TOMO: XCI - **SENTENCIAS**

REGISTRO: 2799

FOLIO: 120/131

PROT.ELECT.:A201 021 **S.191**

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz a los Trece días del mes de septiembre de dos mil diecinueve, se reúnen los señores miembros de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia en los autos: **"CRUZ, José Armando c/ MEPRISA y otros s/ Laboral"**, Expte. N° 15.894 del año 2012 que tramitan en el Juzgado de Primera Instancia N° 2 en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, de esta ciudad, que tuviera ingreso en la instancia bajo el N° 7389. A estos fines se estableció el siguiente orden de estudio: Dr. Humberto Eduardo Monelos, Dra. Griselda I. Bard y Dr. Jorge O. Alonso para responder a las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia recurrida? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

I.- Que el actor representado por el Dr. Paulo Luis Schmidt y Marta Soledad Quiroga promueve, con documental y escrito de fs. 89/98, demanda laboral por cobro de pesos contra Meprisa S.A. y contra los señores Omar Álvarez y Lucía Mabel Ramos como presidente y vocal directora conforme arts. 59 y 157 y concordantes de la Ley de Sociedades Comerciales por cobro de diferencias salariales adeudadas desde octubre de 2009, diferencias en liquidación final, SAC proporcional, vacaciones proporcionales, indemnización por antigüedad, preaviso, integración del mes de despido, SAC sobre dichos rubros, indemnización Ley 25.323 art. 1 e indemnización art. 9 ley 24.013 que estima en pesos 57.499,07 o lo que en mas o en menos surja de la prueba a producirse, más intereses a la tasa activa del Banco de la Nación y costas. Solicita además

se condene a los demandados a rectificar y hacer entrega, en el plazo que se fije, de certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones por todo el tiempo efectivamente trabajado desde 10/3//2009 al 13/4/2011. Realiza un relato con detalle de su ingreso, tareas encomendadas como enfermero auxiliar y las guardias en Cañadón Seco o en petroleras en boca de pozo sin abonársele las horas extras. Invoca un accidente laboral, una registración tardía y haberse desempeñado en negro registrándolo recién en agosto de 2009. Refiere un despido verbal y el intercambio epistolar. Formula consideraciones con cita de doctrina y jurisprudencia.

Funda la procedencia de su pretensión de extender la responsabilidad solidariamente al presidente y al director vocal con descripción de la conducta achacada, fundamentos doctrinarios y jurisprudenciales que se tienen presente. Practica liquidación, ofrece prueba y funda en derecho.

II.- Que corrido traslado de la demanda, a la audiencia del art. 47 de la ley 1444 (cuya acta obra a fs. 205/206) concurren los letrados apoderados de las partes: La Dra. Marta Soledad Quiroga por el actor y el Dr. Ramiro Castillo por la empleadora y los codemandados. No se arriba a una conciliación y Meprisa S.A. contesta la acción con la documental de fs. 116/156 y escrito de fs. 157/169 donde formulan negativas y dan su versión de los hechos, las sanciones aplicadas al actor y la decisión rupturista en despido sin causa notificado por medio de la escribanía Naves y actuación del entonces presidente Arturo Humberto Arguello el 31/3/2011. Se refiere al intercambio epistolar entre las partes y la entrega de la liquidación final y certificados de ley. Señala contradicciones del actor para sostener la improcedencia de la demanda. Impugna la liquidación y señala errores de cuantificación con cita de jurisprudencia. Se

opone a prueba, funda en derecho y ofrece prueba. Pide el rechazo de la acción.

Los codemandados Omar Álvarez y Lucía Mabel Ramos contestan la demanda con la documental de fs. 170/186 y escrito de fs. 187/204. Oponen la excepción de falta de legitimación pasiva. Dice que, a la fecha del despido, Álvarez ya no ejercía la presidencia de Meprisa S.A. ni cargo y niegan la procedencia de la solidaridad pretendida con cita de jurisprudencia. Contestan en subsidio la demanda, en términos semejantes a la empleadora. Fundan en derecho y ofrecen prueba.

III.- Que con el escrito de fs. 207/211 la parte actora contesta la oposición a la exhibición de documental comercial de la demandada y la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los codemandados. Los demandados amplían la prueba y el actor formula precisiones y pide se acompañe el libro de novedades e historia clínica correspondiente a la enfermería de Meprisa S.A. de marzo de 2009 a marzo de 2011. A fs. 216 se difiere la excepción de falta de legitimación y a fs. 224 se admite la oposición a prueba formulada por la empleadora. A fs. 227/229 se abre la causa a prueba y se provee la ofrecida por las partes.

Por providencia de fs. 701 se señala la audiencia del art. 70 de la ley 1444 y únicamente presenta alegato de bien probado el Dr. Castillo apoderado de los demandados que lo hace con la pieza que se agrega a fs. 710/715. A fs. 709 se había dispuesto la agregación del alegato presentado en sobre cerrado a fs. 706/707 y, el pase a despacho para dictar sentencia poniendo el secretario los autos a despacho a fs. 716. La sentencia obra de fs. 717/722 y resuelve admitir parcialmente la demanda articulada por José Armando Cruz en contra de Meprisa S.A. haciendo lugar a las diferencias salariales adeudadas desde el mes de octubre de 2009 según el

ítem dispuesto por el art. 7 inc. 10 del CCT 122/75 y diferencias salariales en la liquidación final: SAC proporcional, vacaciones proporcionales, indemnización por antigüedad, preaviso y SAC sobre dichos rubros en los términos que fuera tratado en los considerandos respectivos, condenando a la demandada a pagar a la parte actora en el término de diez días de notificada y firme la presente, la suma que resulte en definitiva con motivo de la intervención de la perito Contadora Oficial conforme las pautas dadas en el considerando respectivo en la etapa previa de ejecución de sentencia, con costas a cargo de la demandada. Rechaza parcialmente la demanda en lo relativo a la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 25.323 e indemnización del art. 9 de la ley 24.013. Rechaza la demanda instaurada en contra de los Sres. Omar Álvarez y Lucía M. Ramos. Intima a la accionada a hacer entrega dentro de los diez días de notificada del certificado de remuneraciones y servicios y certificado de trabajo con arreglo al presente pronunciamiento y a lo estatuido por el art. 80 de la LCT bajo apercibimiento de fijar astreintes. Difiere la regulación de honorarios y la determinación de la tasa de justicia hasta que obre en autos base suficiente y difiere la percepción hasta que se dé cumplimiento con lo dispuesto por el art. 2 de la ley 17.250 y deja constancia que las regulaciones a practicar no incluirán IVA y que se deberá oficiar conforme art. 50 de la ley 1.538.

El apoderado de la demandada disconforme con la sentencia interpone y funda recurso de apelación a fs. 728/735 que le es concedido libremente y con efecto suspensivo por providencia simple de fs. 736 que corre traslado de los agravios al actor quien los contesta con la pieza de fs.748/754. El actor deduce recurso de apelación con el escrito de fs. 741 y lo sostiene con el memorial de agravios

de fs.742/747 y se le concede libremente y con efecto suspensivo a fs. 755 corriéndose traslado a la demandada quien lo contesta con el escrito de fs. 756/759.

Los autos se elevan con la pieza de fs. 763 y recibidos se dispone el pase a Sentencia a fs. 764 y, firme, a fs. 765 se dispone el pase a estudio fijando el orden para ello. A fs. 765 vta. se recibe documentación omitida. A fs. 766 se deja sin efecto el llamado de autos y se integra Cámara con el Dr. Jorge O. Alonso, como consecuencia de la jubilación de la Dra. Naves. Consentida la nueva integración se dispone el nuevo pase a estudio y se fija nuevo orden para ello.

IV.- Que el apoderado de la parte demandada formula cuatro agravios concretos contra la sentencia: en el primero de ellos sostiene la fecha de ingreso del actor ocurrida el 1/8/2009 y critica que la sentencia lo haya fijado como ocurrido el 10/3/2009 sobre la base de sostener erróneamente que su parte acompañó en forma parcial los libros laborales obligatorios. Detalla lo requerido como prueba y sostiene haberlo cumplido acompañando la totalidad del libro de Sueldos y Jornales. Critica que se haya cuestionado la falta de presentación del libro de Novedades e Historia Clínica que, sostiene, no existe. Entiende erróneo y desajustado resolver que se acompañó en forma parcial los libros de Sueldos y Jornales cuando se los acompañó en forma total, certificándose las copias. Sostiene que nunca se intimó a su parte a acompañar libros de asistencia y planillas horarias y que se le intimó las planillas de entrada y salida del personal y que no se encuentra obligada a llevar otros libros laborales. Critica el análisis de la testimonial de Balzaretti sin realizar una valoración conjunta de la prueba. En el segundo agravio se queja por la admisión del ítem diferencias salariales art. 7 inc. 10 del CCT 122/15 a partir de octubre de 2009 sosteniendo que no existe prueba de que

siempre hayan existido más de 12 o 14 camas ocupadas con pacientes internados, ni que el actor haya sido el único enfermero que trabaje en el transcurso de un turno en el Hospital y se refiera a testimonios que señalan el personal de enfermería que trabajaban por turno. Por otro lado señala que el suplemento es excepcional. Le agravia que se haya admitido el reclamo de SAC sobre la indemnización por antigüedad y sostiene que su inclusión no estaba prevista en el art.245 de la LCT por no ser el SAC una remuneración de pago mensual. Cita plenario 322 de la Cámara Nacional del Trabajo, transcribiendo el voto de la Dra. García Melgarejo y de Cortes Supremas de Mendoza, Catamarca y Córdoba. En el último agravio critica que se dispusiera la aplicación de la tasa activa cartera general (prestamos) nominal, anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina pues entiende que corresponde la llamada tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina, en términos que se tienen presentes.

Estos agravios, como se señalara precedentemente, fueron contestados por el actor a fs. 748/754. En esa pieza con respecto del primer agravio hace hincapié en la presentación del libro de novedades e historia clínica conforme surge de fs. 469 ese libro debe ser llevado obligatoriamente a los fines que el turno entrante de enfermería tenga conocimiento de los movimientos y controles a realizar en cada enfermo y por ello no se puede alegar que no se lleva y que es una obligación de los nosocomios explicando que se trata de documentación clínica. Y que, de haberse acompañado, habría puesto de relieve la fecha de ingreso, y que el juez tuvo en cuenta esa omisión de presentarla. Se refiere a la situación irregular en que se encontraba el actor destacando que su parte acompañó copias del libro de novedades del que surge la actuación del actor en su confección a partir del mes de

marzo de 2009 e invoca la declaración del testigo Sr. Ferrando y del Sr. Balzaretti y sostiene la necesidad de valorar la totalidad de la prueba de la que surge el ingreso del actor el 10/3/2009 y pide el rechazo del agravio. Respecto del segundo agravio recuerda que la demandada aludió a la falta de personal de enfermería y la posibilidad de acompañar prueba documental. Respecto del carácter excepcional del suplemento señala que no se normalizaba el servicio y se reconoce la falta de personal de enfermería por lo que es procedente el rubro por diferencias salariales y señala aspectos contundentes del razonamiento del magistrado y que está acreditado que el actor tenía a su cargo más de doce camas. Respecto del tercer agravio defiende la procedencia del SAC sobre la indemnización por antigüedad con cita de jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Argumenta sobre la procedencia de la tasa activa en términos que se tienen presentes. Reserva el caso federal.

V.- Que el actor a su turno se agravia considerando auto contradictoria a la sentencia que admite la real fecha de ingreso denunciada, lo que implica registro deficiente, pero rechaza la indemnización del art. 1° de la ley 25.323 que resultaría procedente por deficiente registración, o sea el trabajo en negro en un período sin haberse regularizado el registro o inscripción lo que vuelve procedente la indemnización referida. Califica de inexacto que el magistrado, para fundar el rechazo, analizó la procedencia de la indemnización del art. 2 de la ley 25.323 que no fue lo reclamado, por lo que incurrió en un error. En el segundo agravio se queja por el rechazo de la solidaridad solicitada respecto de los administradores de la empleadora para que fueran codemandados en autos. Sostiene que no existió un estudio criterioso porque que se tiene por acreditado el

fraude laboral al tener al actor casi medio año como trabajador no registrado, con pago en negro de los haberes y evasión del pago de los aportes previsionales y no poder los codemandados alegar desconocimiento de la situación irregular. Sostiene que los codemandados, al ingreso del actor, eran presidente y directora (como surge de las copias del libro de actas) y que ellos reconocieron las firmas insertas en la documental por lo que carece de lógica pretender que los mismos desconocían la situación irregular del actor y rechazar la solidaridad, cuando contrataban personal, firmaban las altas, bajas, recibos y debían supervisar. Enumera lo que a su juicio realizaron mal y compromete su responsabilidad y se explaya en la transcripción de doctrina y jurisprudencia que se tiene presente. Reserva el caso federal.

Al contestar los agravios del actor, la parte demandada por medio de su apoderado los rechaza. Insiste respecto del primero respecto de la exactitud de la real fecha de inicio de la relación laboral arranca del 1/8/2009. Sostiene que aún en el supuesto de confirmarse el fallo respecto de la fecha de inicio no corresponde el agravante del art. 1 de la ley 25.323 por estar debidamente registrado el actor con relación a la categoría y sueldo percibido citando un precedente de este tribunal que se tiene presente. Razona que en autos se discute que el trabajador entró el 10/3/2009 y no el 1/8/2009 o sea 4 meses y 20 días más de antigüedad por lo que, a los efectos indemnizatorios, no cambiará el computo de la antigüedad. Hace notar que nunca el actor intimó que se corrigiera la fecha de ingreso durante la relación laboral. Para el supuesto de confirmarse la fecha de ingreso del actor entiende que bastará que se confeccione nuevo certificado de trabajo y certificado de servicios y remuneraciones modificando la documentación en la AFIP y abonando los

aportes por dicho período. Considera desproporcionado duplicar las indemnizaciones en el caso de autos cuando la diferencia en nada afecta la indemnización del art. 245 LCT.

Pide el rechazo del 2° agravio del actor por entender que no existe prueba que acredite la situación de los arts. 54 tercer párrafo y 274 de la LSC, es decir que se perseguía fines extra societarios. Resalta que la norma pretende sancionar el empleo instrumental de la sociedad para realizar actos ilícitos o por el uso desviado de la figura societaria. Cita doctrina y jurisprudencia y destaca que la doctrina y jurisprudencia citada por la actora corresponde a hechos diferentes pues aquí la empleadora no es una sociedad insolvente usada como pantalla y defiende los argumentos del juez de primera instancia en la sentencia.

VI.- Que así expuestas los agravios de las partes y los respectivos traslados sosteniendo la improcedencia de los de la contraria corresponde ingresar al tratamiento de los mismos. Y, ya en esta faena, entiendo que por lógica debo analizar el primer agravio del actor junto con el primero de la demandada toda vez que la admisión de la crítica de la demandada vuelve abstracto la expuesta por el actor.

La cuestión gira en torno a la prueba de la real fecha de ingreso del actor en relación de dependencia como enfermero a las órdenes de la demandada. Para compartir la afirmación del actor con respecto de la fecha de inicio de la relación valora el magistrado las manifestaciones disimiles de los testigos y la presentación en forma parcial de los libros laborales obligatorios del art. 52 de la LCT conforme fs. 304/333 y que correspondía a ésta acompañar los libros de asistencia y planillas diarias. En su momento el actor ofreció como prueba como documentos en poder de la demandada los mencionados libros de sueldos y jornales, planillas de entrada y salida del personal en el periodo correspondiente a

marzo 2009 a agosto de 2011 y libro de novedades e historia clínica por los mismos periodos. A fs. 356 vta. sostiene que no se lleva libro de novedades e historia clínica **con ese nombre**, y aclara que las novedades del día se anotan en una hoja que cada paciente internado tiene y con las que luego cada médico de internación completa la historia clínica, pero que son hojas sueltas que no se conservan.

El actor había acompañado 5 fotocopias (ver fotocopias de fs.79/82) que asegura pertenecen al mencionado libro de "novedades e historia clínica" que corresponderían, a estar al fechado que contienen al 23/03/09, 18/04/09, 12/5/09, 6/7/09 Y 20/6/09 en cuatro de los cuales figuraba como único enfermero, uno atendiendo 16 pacientes, dos con 10 pacientes, otro 8 pacientes y el de fs. 81 a 17 pacientes pero con otra enfermera a la que se identifica como Yanet. A fs. 79 y 80 aparece entre los pacientes Ferrando, que coincide con la declaración del testigo Pablo Alberto Ferrando quien hace referencia a la internación, el 5 de marzo de 2009, de su padre en Meprisa S.A. y a la atención del mismo por parte del actor.

Esta documental fue desconocida en el responde pero recién a fs. 356 vta. se niega llevar un libro con ese nombre.

Por la experiencia hemos tenido muchas oportunidades de analizar historias clínicas y en casos de operaciones o internaciones hemos visto que se agregan "hojas de enfermería" donde se consigna temperatura, presión, remedios y tratamientos aplicados con su nota horaria entre otros datos de cada paciente. El pedido es un libro o cuaderno interno de enfermería a estar a las copias de fs. 78/92 se limita a novedades generales para el traspaso de un turno a otro entre enfermeros. Que no se lleve un libro de este tenor sea como sea que se lo denomine debió ser negado en el

responde donde se limitaron a negar la autenticidad de las hojas de fs. 78/82 (fs. 158 vta. números 16 y 17). En realidad es de público conocimiento que a los fines de control y de deslinde de responsabilidades entre los enfermeros, se lleva ya sea un libro o cuaderno con las novedades generales de la guardia, de las salas de internación o de terapia turno por turno, se lo llame como se lo llame en cada institución, pero no se trata de un libro de conservación obligatoria.

Pero su negativa de fs. 356 vta. queda desvirtuada cuando a fs. 158 vta. n° 16 se refiere a los "libros de guardia" (no sabemos si se trata del mismo libro con distinto nombre), que no aportaron a autos, cuando, hubiera correspondido por un principio de visión solidarista de la carga de la prueba a la que se refiere Morello en su obra "La Prueba tendencias modernas" (páginas 55 a 64) cuando la considera una falta de cooperación activa en perjuicio de la verdad jurídica objetiva ni en el adecuado y deseado resultado de la justicia (con cita de Corte Suprema de Justicia in re "Iriart, Carlos A. s/ habeas corpus" Fallos 307:1039), o las cargas probatorias dinámicas de Jorge W. Peyrano en tendencia que ha sido aceptada por el Código Civil y Comercial en sus arts. 710 y 1735 y en la moderna doctrina procesal española en el art. 217 inc. 6 de la nueva ley de enjuiciamiento civil española (ley 1 de 2000).

Es decir: advierto que la demandada no niega contar con los libros de guardia, los invoca y, sin embargo, no los aportó a juicio, siendo que era quien en mejores condiciones estaba para probar desde que fecha aparece prestando servicios en ese libro el actor, y en su caso demostrar que la documental de fs. 78/82 no se ajustaba a la realidad de lo ocurrido. La lógica nos indica que ningún empresario incluirá en los libros de Sueldos y Jornales a un trabajador no

registrado. Por ello las 143 fojas acompañadas por la AFIP nada aporta a favor de la posición de la demandada como no lo hace el informe de fs. 361 a fs. 408 por el mismo motivo. Las copias certificadas del libro de sueldos y jornales de fs. 304/308 si bien no contienen referencia al actor no corresponden a la totalidad de los empleados por lo que tampoco traen luz.

El mismo razonamiento corresponde respecto de las planillas de entrada y salida del personal y fotocopias que se trajeron a autos por la parte demandada a fs. 356. Se tratan de las correspondientes de agosto a diciembre de 2010 en original y sus respectivas fotocopias que fueron certificadas por el Actuario. Se acompañaron las fotocopias correspondientes a otros 20 meses, prolijamente anillados, pero al no existir los originales no pudieron ser certificados.

Del período en discusión no se acompañaron originales, sólo fotocopias. Pero aún admitiendo que ellas se correspondan con originales de las planillas de firmas de entradas y salidas no demuestran una certeza que pueda favorecer a la parte demandada. Si bien se trata de planillas confeccionadas con impresora cuentan con agregados manuscritos en claros, muchos dependientes sin firmas. En los originales de agosto a diciembre de 2010 aparece agregado en forma manuscrita el nombre del actor y otros dependientes. Aparece como el último, después de otros nombres manuscritos, pero luego de un renglón con una raya. Aparecen agregados manuscritos entre renglones con nombres y categoría impresos en renglones dejados en blanco. En agosto de 2010 en la planilla del día 16 aparece una firma que se corresponde con las del actor y el resto sin firmar por el actor. En el mes de septiembre de 2010 ni en el mes de noviembre de 2010 aparece la firma del actor en ninguna de las planillas

diarias. En las planillas del mes de octubre de 2010 aparece firmada la asistencia del día 11 y el 27 del mismo mes el nombre y apellido del actor pero no la firma y en la de diciembre del 2010 aparece firmado sólo el 8 de ese mes.

No realicé el control de las fotocopias sin certificar por esa razón y no corresponder a periodos cuestionados.

Pero las planillas originales no se encuentran llevadas prolijamente, dando la impresión que a nadie le importaba firmar o no hacerlo. Como prueba no es seria y los originales no corresponden a períodos cuestionados.

Pero sí podría aparecer en libros de guardia y en documentación interna actuación del actor o haber confirmado eventualmente la posición de la empleadora de haberlos aportados. Me explico, por ejemplo en un comercio la prestación de servicios en periodo no registrado, puede demostrarse por documentación, tal como recibos, remitos o facturas que confeccionadas, por un empleado en esas condiciones. Por ello entiendo que no hay tal valoración absurda de la prueba como se indica en el primer agravio de la demandada sino aplicación lisa y llana de lo dispuesto por el art. 55 de la LCT al no presentar los libros de guardia de enfermeros que pudieron arrojar luz en el caso de autos y negar que la organización de enfermería no llevare ni el libro mencionado por el actor ni uno semejante con distinto nombre con igual objeto. El buen orden requiere que exista un libro en que cada guardia de enfermeros pasa la guardia al siguiente, aunque no sean de conservación obligatoria.

Debo señalar que los testigos Olinda Lily Bustos (fs. 441 y fs. 446) es socia, conforme lo declara, pero no indica en que sector trabaja (si lo hace) ni da razón de sus dichos; Juan Amado Amato aparece como socio en el registro de accionistas (ver fs. 339) aunque aparece a fs. 344 como transfiriendo las acciones contesta con un monosílabo (si) a

las generales de la ley sin explicarlas. La Sra. Sánchez indicó que trabaja como ayudante de cocina y moza desde 2006. Ello motiva que se deba tomar con mayor rigurosidad los dichos de estos testigos que fueron cuestionados en su idoneidad (ver fs. 451/452).

Por estas razones entiendo que el agravio vertido en este sentido por la demandada no conmueve la solución dada en la sentencia y propongo el rechazo del agravio.

Expuesto el rechazo del agravio corresponde ingresar al exámen del primer agravio del actor en cuando hace al rechazo del reclamo de la indemnización del art. 1° de la ley 25.323. Sobre el particular se mantiene el criterio expuesto por este tribunal in re "Perea c/ Sánchez s/ laboral cobro de pesos" en voto en primer término de la Dra. Bard y mi adhesión en segundo término sin que emitiera opinión la Dra. Naves. Por otro lado como señala la demandada no afecta la antigüedad a los fines de la indemnización del art. 245 de la LCT.

Ello no quita que, como lo admite el demandado, deba confeccionarse nuevo certificado de trabajo y certificado de servicios y remuneraciones modificando la documentación ante la AFIP y abonando los aportes correspondientes a dichos períodos como lo dispuso el magistrado en el punto 4 de la sentencia.

Por ello propongo rechazar el primer agravio de la parte actora.

VII.- Que luego del tratamiento de dos agravios relacionados, siguiendo el orden propuesto por la parte demandada debo ingresar al exámen del segundo agravio de esta parte, que se relaciona con la admisión de una diferencia salarial correspondiente al ítem establecido en el art. 7 inc. 10 del CCT 122/15 desde octubre de 2009 o sea para los supuestos que el enfermero excediere la atención de 12 camas correspondiendo por paciente un 10% del salario que hubiera

percibido trabajando en forma normal. Como señala el art. 7 inc. 10 del CCT 122/15 se trata de situación excepcional pues se prevé la normalización del servicio dentro de las 24 horas. No se acreditó en autos que salvo circunstancias extraordinarias se diera el supuesto que autoriza el ítem. El quid de la cuestión no pasa, a mi criterio, por la falta de personal de enfermería en salud pública, sino en la cantidad de camas que atiende cada enfermero.

Me he referido a la documental que acompañara el actor como copias del libro llevado en enfermería, y si bien fue negada la autenticidad por el demandado, prueban contra quien las invocó. El actor, como señalé había acompañado 5 fotocopias (fs.79/82) que asegura pertenecen al mencionado libro de "novedades e historia clínica" que corresponderían, a estar al fechado que contienen al 23/03/09, 18/04/09, 12/5/09, 6/7/09 Y 20/6/09 en cuatro de los cuales figuraba como único enfermero, en una ocasión atendiendo 16 pacientes, pero dos en con sólo 10 pacientes, en otra ocasión 8 pacientes y en la hoja de fs. 81 aparece atendiendo a 17 pacientes, pero con otra enfermera a la que se identifica como Yanet. Se trata de una situación que no se puede prever toda vez que el número de internados puede ascender y traspasar el número de doce camas de un momento para otro, sin que en el momento se pueda reforzar con otro enfermero o enfermera el turno. Pero se advierte de la documental acompañada que en un 60% de las guardias no se alcanzaba el tope referido (tres guardias sobre cinco) y que en las dos veces sobre cinco que lo superaba solo en una ocasión habría estado sólo. Si bien se trata de una pequeña cantidad de turnos del actor como para poder sacar un promedio, lo cierto es que se trata de documental que el propio actor eligió para presentar en autos como prueba de su desempeño de la que surge que en una oportunidad sobre 5 estuvo solo con más de

12 pacientes bajo su atención lo que daría un promedio de un día sobre cinco con un paciente en exceso.

Y, si a ello le agregamos que ha manifestado haber sido afectado a cubrir la Sala de Primeros Auxilios de Cañadón Seco, o estar afectado a ambulancia en explotación petrolera (oportunidades en que no se daría el supuesto de procedencia del ítem) se advierte que es solo en parte atendible este agravio, habida cuenta que en la forma otorgada no hay prueba concreta de la procedencia del rubro todos los días, aunque es probable por el principio de la realidad que más de una vez por mes el ítem fuera procedente por lo que propongo reducirlo a cuatro días con pacientes de más durante el mes, o sea reducir la condena a un 40% del salario de un día por mes como una solución de equidad. Así lo propongo al Acuerdo.

VIII.- Que ingreso ahora al tercer agravio de la demandada por la inclusión de la incidencia del SAC para el cálculo de la indemnización por antigüedad. Sobre el particular vale recordar que Raúl Horacio Ojeda en la obra "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada" de la que fuera coordinador, en comentario que le pertenece señala:

> "La mejor remuneración "mensual" tenía cierto efecto expulsivo cuando se refería a conceptos "percibidos", como lo hacía antes de la reforma introducida por la ley 25.877. Desde entonces, el término "percibido" cambió por "devengado", lo que llevaría a entender que más allá que un rubro determinado se liquida por términos distintos al mensual (como las habilitaciones, bonos, SAC etc.) debería estar incluido en la base indemnizatoria siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente." (obra citada, Editorial Rubinzal-Culzoni segunda edición actualizada, tomo III, página 430).

La modificación del art. 245 por la ley 25.877 al estipular ahora que debe tomarse como base la mejor remuneración, normal, y habitual **devengada** durante el último año lleva a la misma conclusión que la sentencia. El término devengada que usa la ley en reemplazo de **percibida** quita toda posibilidad de seguir con la antigua interpretación so riesgo

de violar los claros términos de la ley. No comparto los fundamentos del voto del plenario 322 que transcribe el recurrente toda vez que el aguinaldo es una remuneración que se devenga día a día, aunque su percepción se difiera a dos oportunidades anuales. Propongo rechazar el agravio.

IX.- Que en cuanto a la tasa de interés a aplicar como ha dicho varias veces, para no caer en shylogismos como el personaje de Shakespeare lo considero procedente en atención a lo pedido por los recurrentes en agravios y a la doctrina dictada en casación por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia en los autos "Díaz c/ Pcia. de Santa Cruz s/ laboral" que unifica la jurisprudencia que se debe aplicar sobre el tema. A mayor abundamiento señalo que el Excmo. Tribunal Superior de Justicia mantuvo la aplicación de la tasa pasiva en los autos "Ojeda, Sandra Fabiana c/ Instituto de Seguros de la Provincia de Santa Cruz s/ cobro de pesos" Registrada al Tomo XVII Sentencia TSJ, Registro 574 del 18 de junio de 2014 entre otros. Debo hacer notar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación así lo dispone in re "Palmieri, Leonardo Fabio c/ Estado nacional s/ Ordinario" del 2 de octubre de 2012, criterio que reitera en el recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa "Mantello, Paulo Mario c/ Fuerza Aérea Argentina y otros s/ ordinario" del 15 de abril de 2014 donde remite a lo resuelto en la anterior causa. Ambos fallos se pueden consultar en la Página de la Corte y en igual sentido el antecedente en Fallos 329:6076. El nuevo Código Civil y Comercial hoy en vigencia legisla los intereses moratorios en su art. 768 en tres incisos y otorga al juez la facultad de reducir los intereses en su art. 771. Hago notar que el argumento de la ley provincial 3330 referido puede ser objeto de cuestionamientos constitucionales que no fueron planeados en autos pero que llegado el caso habría que estudiar.



Sin perjuicio de ello y sin que se me escape la realidad de la desvalorización de la moneda, tengo en cuenta que la llamada "Tasa activa", como tasa bancaria que es, contiene ingredientes que son ajenos a la función del interés, toda vez que dentro de los mismos se incluye los gastos financieros de los bancos al facilitar el dinero, los gastos de personal, de infraestructura e incluso las cargas previsionales e impositivas y los riesgos de incobrables sobre el interés que paga a los depositantes. Si se pretendiera razonar que es el interés que podría obtener el trabajador de haber contado con el capital de condena lo vemos alejado de la realidad ya que ello le llevaría a un enriquecimiento, pues su beneficio sería mayor que un banco, al no tener las cargas y riesgos de estas instituciones. No se invocó que el actor hubiera recurrido a un crédito bancario o que los demandados no contara con disponibilidad de dinero.

Debo respetar la doctrina del Tribunal Superior de Justicia (y de la Corte Suprema de Justicia) en el punto. Recuerdo que antes se hablaba del interés puro o sea la tasa de interés sin los factores mencionados de gastos de personal, impuestos y cargas e incluso el riesgo de incobrables o de desvalorización, los intereses que el banco paga a los inversionistas, pero entiendo que no se puede aceptar sin más la tasa activa. Obsérvese que no podemos dogmáticamente imponer un interés que sería "punitorio" sin que estuviera convenido por las partes o por ley en lugar del "compensatorio".

Quiero agregar que, a mi juicio, la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial no me aleja de mi convencimiento. El art. 768 inc. c) del nuevo código establece que en subsidio de acuerdo de partes o disposición legal la tasa de interés se determinará "por tasas que se

fijan según reglamentaciones del Banco Central" y el art. 1748 del Código Civil y Comercial respecto de la indemnización de los daños solo determina que el curso de los intereses comienza desde que se produce cada perjuicio. El art. 768 inc. c) no se pronuncia por ninguna de las tasas reglamentadas por el Banco Central a diferencia de lo que hace el art. 552 del mismo cuerpo, pero para el supuesto de sumas debidas por alimentos y para este tipo de reclamos establece que devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes. Entiendo que no es de aplicación la tasa prevista para alimentos adeudados si nos atenemos a la regla del art. 2 del Código Civil y Comercial pues no puede ser "ley análoga" la que prevé la persecución de alimentos en las relaciones de familia la aplicable en los reclamos de daños y perjuicios .

X.- Queda por último el tratamiento del segundo agravio de la parte actora quien se queja como se resumiera más arriba por el rechazo de la pretensión de una condena solidaria de los señores Omar Álvarez y Lucía Mabel Luna. Desde ya comparto la solución que se critica, sin perjuicio que el fundamento aparece como escueto. Entiendo que en el caso de autos no nos encontramos ante una interposición de la figura de la sociedad para obtener beneficios personales al limitar la responsabilidad.

Las normas que hacen a la responsabilidad de los socios y directivos de sociedades son los artículos 54, 59, 157, 274 y 279 de la ley 19.550. El primero se refiere al dolo o culpa del socio o del controlante, y a la inoponibilidad de la personalidad jurídica el art 157 en la SRL y los demás a la responsabilidad de quienes dirijan o administren la sociedad anónima. No huelga recordar que los arts. 54 y 59 disponen:

> "54. El daño ocurrido a la sociedad por dolo o culpa de los socios o de quienes no siéndolo la controlen, constituyen a sus autores en la obligación solidaria de indemnizar, sin que puedan alegar compensación

con el lucro que su actuación haya proporcionado en otros negocios. El socio o controlante que aplicare los fondos o efectos de la sociedad a uso o negocio de cuenta propia o de tercero está obligado a traer a la sociedad las ganancias resultantes, siendo las pérdidas de su cuenta exclusiva. La actuación de la sociedad que encumbra la consecución de fines extrasocietarios, constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados." "59. Los administradores y los representantes de loa sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones con responsables ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión."

Y los arts. 274 y 279 de la ley 19550 disponen en lo pertinente:

"art 274. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del art. 59, así como por violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, la imputación de responsabilidad se hará atendiendo a la actuación individual cuando se hubiera asignado funciones en forma personal de acuerdo a lo establecido en el estatuto, el reglamento o decisión asamblearia……." "art. 279. Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores."

Son estas las normas que regulan el punto relativo a la responsabilidad solidaria que se pretendió se impusiera a los codemandados. La primera parte del art. 54 de la LSC se refiere al daño ocurrido a la sociedad, y el segundo al socio que aplicare los fondos o efectos de la sociedad en su beneficio. Hay que analizar el último párrafo del art.54 de la LSC.

En este caso tenemos que, es recién después de ser notificado por medio de acta realizada el 31 de marzo de 2009, que el actor plantea que existió incorrecta registración (ver telegrama del 4 de abril de 2009 -

fs.73/74). La prueba y el criterio adoptado para utilizar la teoría de las cargas probatorias dinámicas llevó a que se aceptara la fecha de ingreso denunciada por el actor al tener que dictar una solución. No está permitido el non liquet que se podía utilizar en el Derecho Romano. Pero no podemos llegar a la solución que los codemandados fueran ellos los responsables de una incorrecta registración de pocos meses toda vez que implicaría presumir el dolo.

Desde otro ángulo debemos tener presente que la Corte Suprema de Justicia que entendió que para aplicar la norma del art. 54 de la LSC es necesario probar que nos encontramos "en presencia de una sociedad ficticia o fraudulenta, constituida en abuso de derecho y con el propósito de violar la ley, que prevaliéndose de dicha personalidad, afecta el orden público laboral o evade normas legales" prescindiendo de considerar que la personalidad diferenciada de la sociedad y sus socios y administradores constituye un eje sobre el que se asienta la normativa sobre sociedades anónimas y que configura un régimen especial porque aquellas constituye una herramienta que el orden jurídico provee al comercio como uno de los relevantes motores de la economía" ("Carballo, Atilano c/ Kanmar S.A. (en liquidación) y otros" del 31/10/2002 y "Palomeque, Aldo René c/ Benmenth S.A. y otro" del 3/4/2003) el último expresamente invocado por el apoderado de la demandada.

Entiendo que se debe rechazar el agravio y confirmar el punto 3 de la sentencia en este caso. Ello sobre la base de lo expuesto y la autoridad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia mencionados, además de tratarse de una sociedad anónima creada sobre la base del que fuera hospital de YPF al momento de su privatización, (por lo que no cabe presumir que se creó para perjudicar a trabajadores, cuando muchos de sus accionistas fueron trabajadores o médicos dependientes y lo

son actualmente- ver libro de "Registro de Accionistas" fotocopiado a fs.334/345), que impide entender se constituyó para el fraude. Así lo propongo.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

XI.- Coincido con el Dr. Monelos en cuanto a la solución propuesta al caso, existiendo discrepancia únicamente con la tasa de interés aplicable al monto de condena. Como lo sostengo en toda ocasión que debo expedirme sobre el tema de la tasa de interés, entiendo que corresponde aplicar la tasa activa promedio mensual que utiliza el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuentos comerciales a fin de recomponer adecuadamente el crédito de autos, tal como lo expuse en autos:"Alem, Silvia del Lujan c/ Burcardt, Gabriela y otro s/ Laboral- Cobro de Pesos" expte.7057 -Sentencia Tomo LXXXVIII Registro 2693bis, Folio 168/171; "Ferreyra, Walter y otros c/Rams SRL y otro s/ Laboral" expte. 7361-Sentencia registrada al Tomo XC, Registro 2783, Folio 192/201 entre otros.

Corresponde convocar al Dr. Alonso a fin que dirima la disidencia en el tema de los intereses.

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Alonso dijo:

XII.- Que llamado a dirimir la disidencia planteada precedentemente en lo relativo al tema de la tasa de interés, reitero mi posición que debe aplicarse la tasa activa, tal como lo sostuve en autos "LOI, Omar José c/ EMPRESA INSTALEX y otros s/ ordinario" (Tomo XCI, Registro 2796 F 095/103. Por ello adhiero al voto de la Dra. Bard.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

XIII.- Que en función de las razones expuestas en mi voto propongo al Acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento: 1°) Admitir el cuarto agravio y parcialmente el segundo agravio y rechazar los demás expuestos por la demandada y los expresados por el actor. 2°) Modificar el punto 1 del fallo

limitando las diferencias salariales a partir del mes de octubre de 2009 en el ítem art. 7 inc. 10 del CCT 122/75 cuatro pacientes/día por mes o sea un incremento de 40% del salario de un día por mes y establecer la utilización de la tasa pasiva promedio mensual que establece y publica el Banco Central de la República Argentina, y confirmarla en lo demás que fuera materia de agravios. Costas en la instancia a la demandada por el principio objetivo de la derrota, en el caso parcial (art. 68 del CPCC). 3°) Tener presentes las reservas del caso federal formuladas por las partes. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

XIV.- Que en atención a las razones expuestas en mi disidencia propongo al Acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento: 1°) Admitir parcialmente el segundo agravio de la demandada y rechazar los demás expuestos por la demandada y los expresados por el actor. 2°) Modificar el punto 1 del fallo limitando las diferencias salariales a partir del mes de octubre de 2009 en el ítem art. 7 inc. 10 del CCT 122/75 limitándolo a cuatro pacientes/día por mes o sea un incremento de 40% del salario de un día por mes y confirmarla en lo demás que fuera materia de agravios. Costas en la instancia a la demandada por el principio objetivo de la derrota, en el caso parcial (art. 68 del CPCC). 3°) Tener presentes las reservas del caso federal formuladas por las partes. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTION el Dr. Alonso dijo:

XV.- Que adhiero al voto de la Dra. Bard que antecede.

Por ello se dicta la siguiente sentencia:

Caleta Olivia, 13 de septiembre de dos mil diecinueve

Y CONSIDERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación, citas legales doctrinarias y jurisprudenciales y lo dispuesto por el art. 44 de la ley 1 Orgánica del Poder Judicial la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial:

F A L L A:

1°) Admitir parcialmente el segundo agravio de la demandada y rechazar los demás expuestos por la demandada y los expresados por el actor.

2°) Modificar el punto 1 del fallo limitando las diferencias salariales a partir del mes de octubre de 2009 en el ítem art. 7 inc. 10 del CCT 122/75 limitándolo a cuatro pacientes/día por mes o sea un incremento de 40% del salario de un día por mes y confirmarla en lo demás que fuera materia de agravios. Costas en la instancia a la demandada por el principio objetivo de la derrota, en el caso parcial (art. 68 del CPCC).

3°) Tener presentes las reservas del caso federal formuladas por las partes.

4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Humberto Eduardo Monelos
Juez de Cámara

Jorge A. Alonso
Juez de Cámara

Griselda I. Bard
Jueza de Cámara - Presidente

ANTE Mí:

Carolina M. Lima
Secretaria de Cámara