

//NERAL ROCA, 5 de febrero de 2013.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "SCAIOLA SILVIO FACUNDO c/ CLEVERMAN S.R.L. y AGUAS DANONE DE ARG. S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-23442-10).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO: A fs.16/19 se presentan los Dres. Bárbara Sánchez Pulgar y Rodrigo Romera Bueno, ejerciendo apoderamiento de Silvio Facundo Scaiola. Promueven demanda contra las firmas Cleverman S.R.L. y Aguas Danone de Argentina S.A. por la suma de \$ 74.080,00 en concepto de haberes, liquidación final e indemnizaciones por despido.

El actor Scaiola comenzó a trabajar para Cleverman, quien contrata personas para el trabajo de repositores externos para diferentes entidades. Ingresó en 10-7-2007, como repositor externo de Aguas Danone Argentina en esta ciudad. Su relación tanto con Cleverman como con el personal supervisor de Danone (Alfredo Prucoli) era buena y de comunicación fluida. En noviembre/2008 la supervisora le informa que Aguas Danone va a cerrar el servicio en General Roca y que debían ver donde se le asignarían nuevas tareas. Tres días después le informan que a partir del 1-12-2008 tendría que tomar licencia de vacaciones, por lo que se presenta a trabajar el 15-12-2008 en horario habitual y realizando las tareas asignadas como repositor. En 23-12-2008, llama a la supervisora Deij para pedirle la actualización de su ART, ya que en Carrefour no le permitían el ingreso al local y le contesta que ya había hablado con él ofreciéndole el arreglo, a lo responde que no había sido despedido con lo que le recibió por toda contestación que ella no mediaría con él y que de eso se iba a encargar la gente de Buenos Aires.

Al día siguiente cuando se presenta a realizar sus tareas en Carrefour no se le permite ingresar al local por lo que hablando con el gerente se le hace saber que Deij lo había llamado el día anterior comunicándole que no pertenecía mas a la empresa. A pesar de ello, se siguió permitiendo su ingreso a los restantes locales quienes no estaban avisados de su supuesto despido por lo que siguió prestando servicios.

En 9-1-2009 manda TCL por la que pide aclaración de su situación laboral dentro de las 48 hs., pago de haberes de diciembre/2008 y reajuste de haberes de toda la relación laboral, bajo apercibimiento de considerarse despedido, la que no fue contestada.

En 10-2-2009 ante la falta de respuesta se considera despedido e intima se deposite ante Delegación de Trabajo de General Roca, los haberes, diferencia de haberes, liquidación final, indemnización por antigüedad, omisión de preaviso, integración de mes de despido y art. 1 de la ley 25323, bajo apercibimiento de accionar judicialmente.

En una maniobra extemporánea le cursan una CD que niega que exista o haya existido negativa de tareas por parte de la empresa, adeudar haberes y reajustes y niega que realice prestaciones desde el 15-12-2008 con lo que por aplicación del art. 241 LCT se encuentra terminada la relación. Pone a disposición la liquidación final y certificado del art. 80 LCT en la sede de la empresa.

El accionante responde negando que la relación se hubiera extinguido por abandono y refiere al tenor de los TCL que remitiera en enero y febrero/2009.

Cuando refiere al encuadre normativo dice que la relación se ha registrado de forma defectuosa pues se le otorgó la categoría de empleado de comercio cuando rige a su respecto el CCT de empleados de aguas y gaseosas, lo cual le hizo perjudicar en el salario mensual y aportes jubilatorios que se debían realizar.

El actor trabajaba como repositor de aguas y gaseosas Villavicencio (con y sin gas), aguas saborizadas Ser, aguas Levité, Sodas Brio y Waikiki y Energizantes V en supermercados Carrefour, Topsy, Cooperativa Obrera (sucursales 60 y 61) y La Anónima de General Roca, función que se encuentra contenido en el art. 70 del CCT 152/91, por lo que su sueldo ascendía a la suma de \$ 3.200.

Practica liquidación comprensiva de haberes de diciembre, indemnización por antigüedad y omisión de preaviso, diferencias salariales e indemnizaciones de los arts. 1 y 2 de la ley 25323.

Ofrece prueba.

Corrido traslado de la demanda a fs. 26, contesta a fs. 39/44 con apoderamiento del Dr. Luis María Terán Frías y patrocinio del Dr. Leandro M. Lescano la firma Cleverman SRL. Niega que la empresa sea un estudio que contrata personas para el trabajo de repositores externos para diferentes entidades, que Marisa Deij haya comunicado que Aguas Danone cerraría el servicio de General Roca, que le haya informado al actor que el servicio podía volver a retomarse pero que mientras tanto le reasignarían tareas en otros destinos, que le haya indicado que tenía que tomar sus vacaciones, que se haya presentado en su lugar habitual en 15-12-2008, que Deij se haya comunicado con el actor por motivo alguno en 23-12-2008, que le haya ofrecido arreglo, que se haya comunicado con Carrefour para impedir el ingreso de Scaiola, que haya continuado

prestando servicios en el resto de los locales, que recibiera el TCL 73538299 denunciado en la demanda, aunque reconoce las restantes descriptas en la demanda, aún cuando niega que los hechos consignados sean veraces. Impugna liquidación.

Cuenta que Cleverman SRL es una sociedad legalmente constituida cuyo objeto es la prestación de diversos servicios a empresas usuarias que así lo requieran tales como servicios de reposición en supermercados, distribución, servicio de logística promocional, diseño y producción de stands, entre otros. Cuenta para ello con sus propios empleados en relación de dependencia, perfectamente registrados y utiliza la infraestructura comercial propia.

Por las características de las prestaciones el CCT aplicable es el de Empleados de Comercio por lo que es errado pretender que el actor se rija por un convenio distinto al indicado. El giro empresarial y actividad es distinta a la de aquellos terceros que la contratan. Son varios y desarrollan sus negocios dentro del mas diverso espectro de sectores.

La empresa Cleverlman SRL fue requerida por la firma Aguas Danone de Argentina SA, para que con personal propio y bajo exclusiva dependencia de Cleverman le brindara servicios de reposición de mercaderías en su supermercados y en tal carácter ingresó Scaiola a trabajar en la fecha de ingreso, que reconoce junto con otros trabajadores a prestar tareas de reposición de productos de Aguas Danone de Argentina en distintos supermercados de la zona. El actor percibió sus salarios en forma normal y pacífica, firmando los respectivos recibos y utilizando su obra social, comunicando ausencias y enfermedades y haciendo efectivos sus haberes a través de la caja de ahorro sueldo, tramitó su libreta sanitaria como repositor integró la nómina de ART y Seguro de Vida Obligatorio y le fueron depositados los aportes a la seguridad social. Sin previo aviso y para su sorpresa en 15-12-2008 deja de realizar sus tareas habituales y no se presentó mas a su lugar de trabajo, siendo las primeras noticias que tuvieron las del TCL 74190974 el que fue respondido.

Subsidiariamente impugna liquidación, cuestiona la base de cálculo pues la mejor remuneración devengada y percibida por el actor fue de \$ 1.435,09, que haya registrado mal la relación pues las tareas correspondían a los servicios prestados por la empresa empleadora donde se aplica el CCT 130/75. El CCT 152/91 en su art. 3 dispone que será aplicable solo a los trabajadores que "presten servicios bajo relación de dependencia en los establecimientos o administraciones de las empresas que tengan como actividad principal la elaboración, comercialización y/o distribución (llámense

depósitos o concesionarios) de aguas gaseosas y/o minerales, soda en botellas, soda en sifones, bebidas sin alcohol, jugos de fruta, jugos de soja, cremogenados, sus concentrados y/o aceites esenciales", con lo que la relación mantenida entre Cleverland SRL y el actor que realizaba solamente tareas en supermercados queda fuera del mismo. De allí que no corresponda aplicar la indemnización del art. 1 de la ley 25323.

En razón de que no ha cumplido obligación porque el despido fue con justa causa, mal puede requerirse la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25323. Finalmente en cuanto al preaviso, cuestiona su importe pues ha sido calculado con la presunta mejor remuneración mensual normal y habitual y no la que le hubiera correspondido al período.

Ofrece prueba.

A fs. 68 se declara la rebeldía de la codemandada Aguas Danone de Argentina, circunstancia que cesa cuando a fs. 77 se presenta con apoderamiento del Dr. Pablo Sebastián Bolzán y patrocinio de Carlos Augusto Freixas.

A fs. 85/86 se abre a prueba, produciéndose a fs. 103/111 informativa de Correo Oficial RA, a fs. 120/123 la de AFIP y a fs. 130 audiencia de vista de causa, en que se llaman autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I.- DEFINICION FÁCTICO- JURIDICA: Previo a adentrarme en la cuestión puntual de autos, evalúo conveniente hacer una reflexión inicial sobre el tema que debe dirimirse, por la particularidad y diversidad de opiniones que alrededor del mismo existen.

Hace ya muchos años la realidad ha superado el modelo empresario histórico (fordista) de la empresa estandarizada, uniforme, jerarquizada, vertical e integrada, donde el empleador era bien definido tanto en su poder de dirección como de control completo del ciclo productivo, marco en el cual los empleados se vinculaban mediante contratos de trabajo típicos, por tiempo indeterminado y de jornada completa.

Las nuevas tecnologías, el auge de los servicios y el crecimiento de la competencia internacional, dieron lugar a otras formas de organización consistente en diversas modalidades de descentralización productiva, en una nueva lógica que llevan a la empresa madre a retener para si competencias nucleares y derivar o depender de terceros algunas funciones que completan los procesos de producción.

De ese modo se adaptan a mercados mas complejos en términos de tecnología, calidad, costos y desempeño organizacional. Se trata de finalidades que no necesariamente expresan estrategias de fraude o elusión y que son legítimas.

En tal derrotero como lo explican los doctrinarios, se han de presentar diversos tipos de intermediación que van desde el presupuesto del art. 29 LCT (hombre de paja, proveedor de personal permanente, sociedad de trabajadores que se desempeña exclusivamente para un empresario principal), intermediación con corresponsabilidad identificada en los arts. 29 bis y 30 LCT (contratista o subcontratista que lleve a cabo trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento del empresario principal, cesionario de un establecimiento habilitado a nombre de un tercero, o provisión de trabajadores para cobertura de necesidades eventuales de la empresa usuaria), y aquellos cuya prestación fuera ajena a la actividad normal y específica del empresario principal en sentido propio. Hasta aquí nos encontramos ante cuestiones meramente teóricas.

Ahora bien, en el particular caso de la contratación y subcontratación de servicios (segundo supuesto del art. 30 LCT), para que nazca la solidaridad impuesta por la norma, es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o competan su actividad normal, circunstancia en que debe exigirse el adecuado cumplimiento de las normas del derecho del trabajo y seguridad social, cuestión que exige la existencia de una unidad técnica de ejecución que debe determinarse en cada caso, atendiendo al tipo de vinculación, a la asunción de los riesgos empresariales y a las circunstancias particulares que se han acreditado. De algún modo las actividades tienen que estar inevitablemente enlazadas, cuyas pautas o criterios de interpretación no están en normas inmutables, por lo que cualquier pretensión de objetividad resulta ser meramente coyuntural o relativa.

Con posterioridad a la interpretación estricta que la CSJN hizo en "Rodríguez c/ Cía. Embotelladora", dictó otro pronunciamiento en la causa "Benítez Horacio Osvaldo C/ Plataforma Cero S.A. y Otros" (en 22-12-2009), oportunidad en la que no sentó doctrina respecto de la interpretación que debe hacerse sobre el art. 30 y en qué casos corresponde su aplicación. Lo que sí hizo fue poner en evidencia la "inconveniencia" de mantener la ratio decidendi de "Rodríguez", pues las aristas fácticas son innumerables y parece ser una visión de cada caso en particular lo que permitirá establecer cuando una actividad es accidental, accesoria o concurrente al tratar la idea de paralelo con la principal sin confundirse con lo esencial.

Así pues, a los efectos de la asignación de responsabilidad solidaria del art. 30 LCT, es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal. A tal fin, debe existir una unidad técnica de ejecución

entre la empresa y su contratista.

Si nos atenemos a los términos de la demanda en los que no se cita normativa aplicable a la pretensión, concluyo que el presupuesto jurídico que sustenta el reclamo contra Aguas Danone de Argentina SA está dado por el art. 30 LCT, toda vez que en ningún párrafo del desarrollo se ha invocado fraudulencia o interpósita persona en la contratación de Scaiola por parte de Cleverman SRL.

En efecto, dice que comenzó a trabajar para Cleverman SRL, que es un estudio que contrata personas para el trabajo de repositorios externos para diferentes entidades; que tenía relación fluida con el supervisor de Aguas Danone por temas de ventas y exposiciones, y que en noviembre/2008 le informan que la codemandada ha decidido cerrar el servicio en General Roca, para luego ingresar en la particular situación vivida con Cleverman hasta extinguirse el vínculo con ella.

La descripción está indicando que la empleadora Cleverman SRL, es una empresa con contenido propio, diferente del proceso propio y normal de la fabricante de aguas y bebidas, cuyos productos llegan al mercado consumidor con o sin la tarea del repositor, que se ocupa de un trabajo que busca un efecto plus de consumo o posicionamiento en mercado con ello, pero que en mi opinión, no integra el proceso o unidad productiva de Danone.

No se puede obviar cuando se analiza la existencia o no de solidaridad, que los contratos interempresariales previstos por el art. 30 son lícitos y aún cuando establezca pautas en cuanto al modo en que la empresa contratada o subcontratada debe realizar la tarea y éstas hagan a la actividad normal y específica de la contratante. La solidaridad impuesta a la principal es exclusivamente por las obligaciones laborales incumplidas por su contratista o subcontratista, siempre que el vínculo no sea fraudulento (cierto o presunto) pues simplemente busca garantizar de alguna manera el cobro de las acreencias laborales de los dependientes de la contratada, generando obligaciones de control respecto de ésta a fin de impedir la frustración de derechos de carácter alimentario, ante la eventual insolvencia del empleador, su temeridad o reticencia ante los organismos de seguridad social.

De allí que no se impone responsabilidad directa al principal en la dinámica contractual, como acontece con los presupuestos de los arts. 14, 29 y 31 LCT. Se emparenta mas bien con una obligación de garantía que tutela el crédito del trabajador y solo en las circunstancias previstas por dicha norma.

Por eso, en la contratación o subcontratación no podría presumirse la existencia de una

intermediación fraudulenta, máxime si se trata de una fase del proceso productivo separable de éste y que es llevada a cabo por otro que aprovecha para sí los beneficios del trabajo ajeno y afronta los riesgos de esa gestión como dueño del capital y organizador de sus propios medios de producción, como puedo deducir es Cleverman SRL.

Justamente la descripción que hace la parte actora de la actividad de Cleverman SRL indica que es un "estudio" cuya finalidad es la tarea de repositores externos para diferentes entidades, a lo que la demandada que contratara a Scaiola, agrega que no es ese su único objeto sino que se ocupa de distribución, servicio de logística promocional, y diseño y producción de stands para las empresas con que contrata, lo cual está lejos de convertirla en un mero proveedor de mano de obra eventual o permanente exclusivo de los productos de Aguas Danone Argentina.

A través de dicha actividad la fabricante del artículo, no se desprende de una fase que le es propia, ni delega parte de su ciclo productivo. Cleverman SRL no hace tareas ni indispensable ni inherentes sino que se dedica a otorgar a sus contratistas un instrumento adicional de competencia en el mercado, ajeno al proceso de fabricación, el que desde mi evaluación está ligado al marketing o posicionamiento publicitario en el mercado. Ni tan siquiera son fases meramente instrumentales que puedan considerarse necesarias.

Diferente hubiera podido ser la mirada sobre la temática que se aborda si Cleverman SRL hubiera sido sindicada como una mera intermediaria de mano de obra permanente, pues estaríamos ante el ya referido fraude.

Tampoco se ve justificada la pretensión de la actora por el solo hecho de que la tarea realizada por Scaiola se encuentra definida en el CCT 152/91 de la actividad propia (aguas gaseosas), pues los repositores también existen en la actividad llevada adelante por Cleverman SRL, la que en virtud del conjunto de servicios que brinda es una empresa comercial típica. Su objeto es amplio y uno de ellos es el servicio de reposición que hace mediante la contratación de dependientes propios para lo cual cuenta con una estructura comercial propia y empleados en relación de dependencia. Al menos, la actora no ha dicho lo contrario,

Así las cosas, el caso escapa a los conceptos de "específica" y "propia" utilizados por el legislador para calificar la actividad contratada, en tanto alude solo a aquellos servicios o trabajos permanentemente integrados e inseparablemente relacionados con la actividad que se desarrolla en el establecimiento, sea que se efectúa dentro o fuera de su

ámbito.

Asumo que en el tratamiento de los casos puntuales, existe una difusa línea divisoria entre lo principal y lo accesorio, de allí que hay que evaluar en cada caso atendiendo al tipo de vinculación y asunción de riesgos empresariales. Las posiciones doctrinarias (restingida y amplia) se dividen cuando se trata de distinguir entre lo "indispensable" y lo "inherente", pero en mi opinión, y sin entrar a desarrollar ninguna de ellas en relación al tema que nos convoca, el presente no me ofrece dificultades cualquiera sea la mirada a que se atienda.

No hay que perder de vista que por las graves consecuencias que derivan de la extensión de la responsabilidad a terceros ajenos en principio, a la relación sustancial, se requiere la comprobación rigurosa de los presupuestos establecidos en el art. 30 LCT, pues no basta la índole coadyuvante de la actividad para el desenvolvimiento empresarial. Pues: "...Para que nazca el reproche de solidaridad previsto por el art. 30 de la LCT es menester que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal; debe existir una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratista..." (conf. Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo, Dres. Hierrezuelo y Núñez, Hammurabi, edición 2003, p 220).

A la fabricación de aguas y bebidas concurren varias actividades y el objeto final está dado en una mirada extrema por el acceso del producto final al público cliente, mas las tareas del repositor en supermercado, son perfectamente escindibles pues con o sin ellas, el objetivo final del fabricante se cumple igual.

Al respecto, la CNAT, Sala III en fallo "Betran María c. Unilever Argentina SA" en 14-10-1998 concluyó lo siguiente: "...La reposición de productos de una determinada empresa en las góndolas de supermercados no puede calificarse como una tarea normal y habitual de la empresa fabricante de tales productos. Si bien tal ocupación resulta comparable a la publicidad que busca incentivar las ventas, es típicamente accesorio y conceptualmente escindible de la actividad específica de la principal, lo que lleva a desestimar la solidaridad del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo...". Podrá indudablemente incrementar la venta y promoción de los productos, pero en todo caso es parte de una estrategia empresarial tendiente a posicionarse mejor en el mercado a través de diversas formas marketineras, entre las cuales el repositor puede o no ser una de ellas, pero resulta ajena al concepto del art. 30 LCT en tanto alude solo a los servicios permanentemente integrados o inseparables relacionados con la actividad que se desarrolla en el establecimiento, dentro o fuera de su ámbito (Grisolía Julio, Derecho

del Trabajo y de la Seguridad Social, T I, Pag. 370, Lexis Nexis, Bs. As. 2006).

No hay pues en Cleverman SRL confluencia primaria o directa para el logro del fin de Danone, ni realiza procesos coadyuvantes, necesarios, auxiliares o de apoyo imprescindibles o inherentes a la actividad de fabricación del producto que Aguas Danone ofrece al mercado consumidor.

¿Que hace un repositor y cual es el sentido de su tarea si lo relacionamos con la fabricación del producto?. Contribuye a ordenar la exposición de cierto y determinado producto para incrementar las ventas, limpieza y verificación de precios, colocación de material POP para resaltar la exhibición en góndola, verificación de vencimientos de productos, control de las promociones de la marca y stock, asesora al consumidor sobre el producto que repone, entre otros servicios. Sustancialmente hace merchandising como pilar de crecimiento de un producto en el supermercado de hoy día, sustituyendo la presentación pasiva del producto por una más activa que resalte sus cualidades.

II:- HECHOS: Ha quedado acreditado:

- que el actor fue contratado por Cleverman SRL para cumplir con el servicio de reposición de mercaderías en supermercados de las bebidas que fabrica y comercializa la firma Aguas Danone de Argentina;
- que comenzó a trabajar bajo relación de dependencia de Cleverman SRL en fecha 19/7/2007;
- que cumplía las tareas de repositor en varios supermercados de esta ciudad (Carrefour, La Anónima, Cooperativa Obrera y Topsy);
- que reponía aguas minerales Villavicencio con y sin gas, aguas saborizadas Ser, aguas Levité, sodas Brío y Waikiki y Energizantes "V";
- que a tal fin contaba con facultades para ocuparse de ello en cada uno de los supermercados donde realizaba su trabajo;
- que se le abonaba como repositor del CCT 130/75 correspondiente a la actividad de comercio y no por el CCT 152/91 comprensivo de aquellos trabajadores que prestan servicios en los establecimientos o administraciones de las empresas cuya actividad principal sea la elaboración, comercialización y/o distribución de aguas gaseosas y/o minerales, soda, bebidas sin alcohol, sus concentrados y/o aceites esenciales;
- que la demandada Cleverman SRL recibió el despacho remitido en TCL74190974 (copia a fs. 13) en 12/1/2009 (informativa de fs. 103) en el cual el actor intimaba por la aclaración de su situación laboral por 48 horas y el pago de sus haberes de diciembre/2008 y diferencia de haberes, que fuera remitido en 9-1-2009.

- que la demandada Cleverman SRL recibió el despacho remitido en TCL73538299 (copia a fs. 14) en 10/2/2009 (informativa de fs. 103), por el que Scaiola se considera despedido ante el silencio mantenido por su empleadora al pedido de aclaración y pago de haberes;

No se ha probado:

- que sin previo aviso en 15-12-2008 el actor Scaiola dejara de realizar sus tareas habituales y no se presentara mas a su lugar de trabajo y que el TCL 74190974 haya sido la primera noticia desde aquel momento;

-que el actor haya hecho abandono de su lugar de trabajo y que la omisión de prestar tareas acusada por Cleverman SRL pudiera entenderse como un abandono extintivo del vínculo por voluntad concurrente.

Si bien Aguas Danone de Argentina SA, queda rebelde, lo cual impone a su respecto el reconocimiento de los hechos invocados por la actora, como puede seguirse de lo dicho en los primeros párrafos de este considerando, nada cambia la mirada que la suscripta tiene sobre el relato fáctico.

III.- CONVENIO APLICABLE - DIFERENCIAS SALARIALES Y SU PROYECCIÓN SOBRE LAS INDEMNIZACIONES: el CCT aplicable a la relación entre Scaiola y Cleverman SRL no es el pretendido por la accionante.

La ley 14.250 no define el término convenio colectivo, sin embargo la OIT se ha encargado de ello en la Recomendación n° 91 (1951), destacando que debe entenderse por contrato colectivo a todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por la otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores, o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo a la legislación nacional.

Por su parte, la primera parte del art. 4 de la ley 14.250 (texto según ley 25.877) establece que las normas de las convenciones colectivas homologadas regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría y de todos los empleadores comprendidos en sus particulares ámbitos, siendo irrelevante que los trabajadores o empleadores se encuentren afiliados o no a las respectivas asociaciones signatarias.

De allí que las normas de una convención no son voluntarias sino imperativas, categóricas, irrenunciables y sólo modificables por el mismo procedimiento o norma superior.

Que a los fines de dirimir la cuestión debemos tomar como referencia la actividad del empleador y su representación en la convención colectiva específica.

Conforme lo tuve por acreditado, el empleador de Scaiola es titular de un estudio asimilable en su actividad a la rama "comercio", por lo que ninguna duda cabe que queda fuera de la órbita del 152/91 (rama bebida) como fuera pedido por el actor.

Si bien "comercio" es contenedora de un sinnúmero de actividades en los términos de su definición del art. 2 del CCY 130/75, y que participa de la cualidad de convenio madre del que con el tiempo se han ido desprendiendo un sinnúmero de otras actividades que lograron sus propios convenios colectivos distintivos y hasta su desmembramiento formaban parte de ella, no es el caso de autos, pues la empleadora Cleverman SRL no está representada en la convención 152/91.

En dicho convenio, celebrado en noviembre/1990, las partes intervinientes por el sector empresario fueron: Federación Argentina de la Industria de Aguas Gaseosas y Bebidas sin alcohol, Cámara Argentina de la Industria de Bebidas sin alcohol y la Cámara Argentina de la Industria y Exportación de Jugos de manzanas, peras y afines y por el sector sindical la Federación Argentina de Trabajadores de Aguas Gaseosas.

La actividad regulada es la industria de aguas gaseosas, bebidas sin alcohol, jugos de frutas, soja, cremogenados, concentrados y aceites esenciales, en el ámbito de todo el territorio de la República Argentina y conforme lo dispone el art. 3: "Las disposiciones de esta Convención Colectiva serán aplicables al siguiente personal: obreros, empleados administrativos, repartidores, choferes repartidores, ayudantes de repartidores, ayudantes de choferes repartidores, suplentes de choferes repartidores y/o listeros de la Rama Soda, personal de promoción, personal de máquinas expendedoras, en tanto los mencionados presten servicios bajo relación de dependencia en los establecimientos o administraciones de las empresas que tengan como actividad principal la elaboración, comercialización y/o distribución (llámense depósitos o concesionarios) de aguas gaseosas y/o minerales, soda en botellas, soda en sifones, bebidas sin alcohol, jugos de fruta, jugos de soja, cremogenados, sus concentrados y/o aceites esenciales...".

El art. 4º destaca que: "Serán considerados empleadores a todos los efectos que surjan de la presente convención colectiva las personas físicas o jurídicas de la industria de aguas gaseosas, soda en botellas, soda en sifones, bebidas sin alcohol, aguas minerales, jugos de fruta, jugos de soja, aceites esenciales, cremogenados y sus concentrados, propietarios o no de establecimientos (llámense depósitos o concesionarios) en los cuales se fabriquen o expendan los productos mencionados en el artículo anterior, como

así también a las empresas o personas dedicadas como actividad principal a la distribución, transporte, venta y/o reventa de dichos productos."

Aún cuando en la descripción de la nómina y categorías de personal de producción, mantenimiento y tareas conexas, los arts. 69 a 71 refieren específicamente al personal de promoción, definido como aquel que realiza visitas a los clientes de las empresas, realiza tareas de relevamiento de stocks de productos, envases y material publicitario, así como también el que exhibe, ordena y realiza otras tareas conexas a la promoción, ello no deja de serlo en el marco de una contratación directa para dicha función por parte de alguna de las empresas empleadoras representadas por la CCT.

Así ocurre lo mismo con aquellas otras categorías que puedan ser coincidentes con las que cumplen tareas equivalentes para otras ramas convencionales como administrativos, camioneros, supervisores, oficiales y operarios. No es el tenor de la tarea que se realiza sino el marco convencional de quien contrata para hacerla.

Pretender que se aplique el CCT n° 152/91 al vínculo laboral que mantuvieron Scaiola y Cleverman SRL, implicaría someter la relación a un régimen convencional en donde las partes no estuvieron representadas colectivamente.

Lo expuesto me lleva a la conclusión de que el CCT n° 130/75, es el aplicable en el caso de autos y que en su consecuencia ha de rechazarse la diferencia salarial de \$ 10.640,00 y su proyección sobre las indemnizaciones y haberes de diciembre/2008 sustentadas en una base económica de \$ 1.970,00.

Si bien el testigo Huircan Ulloa relató que otros reposidores que trabajaban en el supermercado Carrefour percibían por el CCT 152/91, bien pudo tratarse de dependientes directos de la empresa madre o de Cleverman SRL por vía de pacto individual, pero ello no condiciona lo que reglamentariamente cabe decidir con los elementos fácticos de estas actuaciones.

Tampoco es determinante que el recibo de haberes de Scaiola detallara la asignación como repositor de "Aguas Danone de Argentina (Neuquen)" pues nada indica que Cleverman SRL sea interpósita persona de la segunda.

IV:- DESPIDO: probado como ha quedado que el actor pidió aclaración de su vínculo laboral con Cleverman SRL, mediante la recepción del TCL 74190974 (copia a fs. 13) en 12/1/2009 (informativa de fs. 103) en el cual el actor intimaba por la aclaración de su situación laboral por 48 horas y el pago de sus haberes de diciembre/2008 y diferencia de haberes, que fuera remitido en 9-1-2009, y que la empleadora incumplió con la obligación sustancial del contrato entre partes consistente en dar tarea efectiva y abonar

por ella, deja al actor sin otra opción que el distracto, toda vez que carece de opciones para compeler a la empleadora a mantener el vínculo, que depende de poder continuar con la función que venía cumpliendo.

Bajo dicho marco, el distracto indirecto está fundado en justa causa, y la responsabilidad económica consecuente, prevista por los arts. 232, 233 y 245 LCT atribuible a la patronal, aunque a diferencia de lo que fuera reclamado no lo será, tal lo dicho en el punto III de este considerando, por la escala salarial del CCT 152/91 sino por la categoría de "repositor" del CCT 130/75.

Si bien la demandada no agregó la prueba instrumental relativa a toda la relación mantenida con Scaiola, se atenderá para la liquidación de los rubros indemnizatorios en función de lo que convencionalmente corresponde.

V:-INDEMNIZACIÓN ART. 1 LEY 25323: no se da en autos el presupuesto de la norma cuya aplicación se reclama, pues para que ella sea operativa se requiere que se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente, lo cual no ha quedado acreditado.

VI:- INDEMNIZACIÓN ART. 2 LEY 25323: La hipótesis que busca sancionar la norma en crisis, es la de aquellos empleadores morosos que sin motivo o causa justificada omitieran dar cumplimiento con el pago de las indemnizaciones derivadas de la extinción laboral fundada en justa causa.

Es la actitud reticente de la patronal con el cumplimiento de las obligaciones indemnizatorias, la que obliga al trabajador a iniciar el trámite judicial y ésta conducta es la que sanciona ley con un incremento del 50% de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, siempre que se cumpla con el requisito de la interpelación fehaciente en tiempo oportuno.

La norma en cuestión no priva ni sanciona, de ninguna manera, el acceso a la justicia en defensa de los derechos que se pretende tutelar, sino la actitud morosa, reticente, injustificada del empleador, que sabiéndose deudor no cumple.

Para su viabilidad, se requiere que el trabajador haya intimado fehacientemente al empleador a que le abone las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, que el empleador omita el pago de las mismas y que ello obligare al trabajador a iniciar acciones judiciales.

En el presente caso, el actor remitió TCL 73538299 el 9-2-2009 por el que se considera despedido, que es recibido según informativa de fs. 103 en 10/02/2009 a las 8.30, oportunidad en que por la condición de receptivo del distracto queda extinguido el

vínculo entre Scaiola y Cleverman SRL. Contaba la empleadora a partir del día siguiente con 4 días hábiles para el pago de la indemnización o sea que el 16/2/2009 debió cumplir con ella.

En 24-02-2009 el actor remite TCL 74768588 que fuera receptado por quien fue su empleador en 26-2-2009 (ver informativa fs. 103) donde intima se le pague la liquidación final, indemnización por antigüedad, preaviso e integración mes de despido, art. 1 y 2 de la ley 25323 y diferencias de haberes reclamados.

De allí que se encuentran cumplidos todos los extremos exigidos por la norma, correspondiendo, en consecuencia, hacer lugar al incremento indemnizatorio de marras.

VII:-INDEMNIZACIÓN ART. 80 LCT: Esta indemnización tiene por objeto compeler al empleador a que cuando extinga la relación, entregue al trabajador: a) constancia documentada de su obligación de ingresar fondos de la seguridad social y sindicales a su cargo; b) certificado de trabajo. Para lo cual el decreto reglamentario 146/01 (art.3) aclaró que el trabajador queda habilitado para hacer el requerimiento fehaciente de los mismos, cuando el empleador no hubiese hecho entrega de ellos dentro de los treinta días corridos de extinguido por cualquier causa el contrato. O sea que es necesaria la concurrencia de: extinción, transcurso de treinta días dentro de los cuales debió haberse hecho la entrega, e intimación fehaciente si no se lo hizo. En tal sentido, no ha cumplido la parte actora con los requisitos indicados, debiendo rechazarse el derecho a su percepción, aún cuando ha omitido en el capítulo pertinente de su reclamo indicar el monto.

VIII:-LIQUIDACIÓN: las cuentas son las que se siguen de la cuenta final de este capítulo y los intereses a aplicar, se computan a tasa mixta (activa-pasiva) de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Calfin c. Murchinson" hasta el 27-05-2010 y a partir del 28-05-2010 según lo dispuesto por el STJRN en "Loza Longo" dictado en 27-05-2010 seguirán devengándose hasta el efectivo pago con aplicación de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, quedando la deuda calculada al 31-1-2013 en los siguientes términos. Se deja constancia que a tal fin se tiene como parámetro del art. 245, 232 y 233 el mejor haber normal y habitual correspondiente al último año de prestación (según recibos de fs. 7/11) y para el mes de diciembre/2008 el mismo como base salarial. Se deja constancia que el mejor haber es razonable como el que versimilmente debió cobrar en el mes de enero o febero (para evaluar el preaviso):

mejor salario: setiembre/2008: \$ 1.741,00

haberes diciembre/2008 \$ 1.741,00.
indemnización antigüedad (2) \$ 3.482,00.
indemnización preaviso \$ 1.741,00.
integración mes despido (19 días) \$ 1.102,63.
art. 2 ley 25323 \$ 3.162,82.
total al 28-2-2009 \$ 11.229,45.
intereses al 31-1-2013 (67,86%) \$ 7.620,30.
total al 31-1-2013 \$ 18.849,75.

IX:-CERTIFICACIONES DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES Y CERTIFICADO DE TRABAJO: Ha de condenarse a la demandada CLEVERMAN SRL a hacer entrega al actor, dentro de los TREINTA DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, de los CERTIFICADOS DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES (que incluirá el de cesación de servicios), y CERTIFICADO DE TRABAJO de toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y categoría laboral que se siguen de los recibos de haberes y categoría indicada al punto III del considerando. TAL MI VOTO.

El Dr. Diego Jorge Brogginí dijo: Que adhiero a la solución que propone la Dra. Gabriela Gadano por compartir los razonamientos fácticos y argumentos jurídicos que la ilustran.

Sin perjuicio de aclarar que la solución de rechazo respecto de la pretensión que se ejerce contra la codemandada Aguas Danone de Argentina S.A. lo es en lo que a mi respecta en el marco interpretativo amplio de los presupuestos de la responsabilidad solidaria objetiva reglada en el art.30 de la LCT, por el que me he inclinado al emitir voto en autos "PAYALAF MARCELO ADRIAN c/ SERNAGLIA RAUL y EDITORIAL RIO NEGRO S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-21764-09, Sentencia Definitiva del 28/6/2012), a cuyos fundamentos "brevitatis causae" remito.

Empero sucede que a diferencia de aquél supuesto, en el caso la actividad de repositor externo en supermercados que el dependiente de Cleverman S.R.L. llevaba a cabo en relación con los productos de la firma Aguas Danone de Argentina S.A. no puede ser considerada como parte del proceso productivo de ésta y de ahí que bajo ningún concepto le cabe la calificación de "actividad normal y específica propia del establecimiento" en términos de la norma de marras.

Al tratarse de una faena que más allá de haber sido dispuesta seguramente en la

inteligencia de que redundaría en una ventaja económica, lo cierto es que como bien sostiene la colega que me precede en el orden de votación, no importó delegación de parte alguna del ciclo de fabricación y comercialización de los productos, sino un elemento adicional asociado a un aspecto del posicionamiento en el mercado (vgr. marketing o publicidad) que en tanto accesorio o adicional, puede ser incorporado por vía de la contratación del servicio con la empresa cuyo objeto es prestarlo, sin la consecuencia legal que el demandante pretende.

TAL MI VOTO

La Dra. María del Carmen Vicente dijo: Que adhiero íntegramente a la solución que proponen los colegas preopinantes.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda instaurada por el actor SILVIO FACUNDO SCAIOLA contra la demandada: CLEVERMAN SRL y, en consecuencia, condenar a esta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificada, la suma de \$ 18.849,75 en concepto indemnización por antigüedad, omisión de preaviso e integración de mes de despido y art. 2 de la ley 25323, importe que incluye los intereses descriptos en el capítulo VIII, calculados al 31-1-2013 y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago. Con costas a cargo de la demandada CLEVERMAN SRL, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Bárbara Sánchez Pulgar y Rodrigo Romera Bueno en conjunto en \$ 3.800,00 y los de los Dres. Luis María Terán Frías y Leandro M. Lescano en \$ 930,00 y \$ 1.730,00 respectivamente (MB:\$ 18.849,75, Arts. 6,7,10 y 40 Ley de Aranceles).

II.- RECHAZAR la demanda promovida por SILVIO FACUNDO SCAIOLA contra CLEVERMAN SRL en concepto del art. 1 de la ley 25323 y diferencias salariales. Costas al actor. Regúlanse los honorarios del Dr. Luis María Terán Frías y Leandro M. Lescano en \$ 4.400,00 y \$ 8.170,00 respectivamente y los de la Dra. Bárbara Sánchez Pulgar y Rodrigo Romero Bueno en conjunto en \$ 8.800,00 (monto base: \$ 62.850,55, arts. 6, 7, 10 y 40 ley 2212).

III.- CONDENAR a la demandada a hacer entrega al actor, dentro de los SESENTA (60) DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, los CERTIFICADOS DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES (que incluye el de cesación de servicios) y CERTIFICADO DE TRABAJO de toda la relación laboral, bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria

(astreintes). Las certificaciones deberán contener las fechas de ingreso y egreso y categoría laboral que se especifican en los considerandos. Con costas a la demandada, estando la regulación honoraria comprendida en el punto uno de esta parte resolutive.

IV.- RECHAZAR LA DEMANDA instaurada contra AGUAS DANONE DE ARGENTINA SA por los motivos expresados en los considerandos, respecto de la totalidad de los rubros reclamados. Costas a cargo del actor a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. Pablo Javier Spieser Riquelme en \$ 5.800,00 (MB:\$ 74.080,00- Arts. 6,7, 10 y 40 Ley de Aranceles).

V.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

VI.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la demandada CLEVERMAN SRL por la parte en que resulta condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

VII.- Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

Dr. Diego Jorge Broggin

Vocal Trámite - Sala II

Dra. Gabriela Gadano Dra. María del Carmen Vicente

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mí:

Dra. Daniela Perramón

Secretaria