

//neral Roca, 23 de abril de 2019.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "FICA GERARDO GABRIEL y TRONCOSO CLAUDIO ARNALDO C/ NELLI & FENIZI CONSTRUCCIONES S.R.L. Y NELLI MARIO S/ RECLAMO" (Expte.Nº R-2RO-1960-L2015- R-2RO-1960-L2-15).-

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

RESULTANDO: 1.- A fs. 35/43 se presentan Gerardo Gabriel Fica y Claudio Arnaldo Troncoso, a través de sus letrados apoderados, a plantear formal demanda laboral contra la firma Nelli & Fenizi Construcciones SRL y el Sr. Mario Nelli, reclamando la suma total de \$ 272.759,76 en concepto de diferencias de haberes, Fondo de Cese Laboral, aguinaldo y vacaciones, más intereses, costos y costas.

Comienzan exponiendo sobre la legitimación activa afirmando que los actores fueron contratados por el Arquitecto Mario Nelli para trabajar colocando Durlock. Tomando conocimiento que estaban trabajado para la razón social Nelli y Fenizi Construcciones SRL por carteles y recibos de sueldo.

En cuanto a la legitimación pasiva aseveran que el Arq. Mario Nelli es la persona que contrata a los demandantes para trabajar en el Banco Credicoop de la localidad de Cutral Co (Nqn). Nelli era quien impartía las ordenes de trabajo en la obra.

Explican que la empresa Nelli y Fenizi Construcciones SRL no posee bienes, inmuebles, que se trata de una empresa que publicita una amplia gama de trabajos en obras públicas y privadas. Que consultado vía internet el BCRA se comprueba que el estado de deuda y la cantidad de cheques rechazados que registra la empresa.

Dice que esto justifica que su acción se dirija al Arq. Mario Nelli, por su participación personal en la relación y contratación laboral, que permite juzgar la conducta como sujeto de derecho en el abuso y violación de la Ley frente al hecho concreto que consiste en la liquidación de los haberes y la extinción de la relación laboral injustificada.

Aducen que la jurisprudencia en casos similares ha extendido la responsabilidad a los directores y socios, cuando hay participación personal y se dan circunstancias de gravedad institucional que permitan presumir que la calidad de sujeto de derecho fue obtenida al efecto de general el abuso de ella o violar la ley. Citando como apoyo los casos "Delgadillo" y "Duquelsy".

Cuentan que el día 18-03-2014 el Arq. Nelli contrata al Sr. Troncoso y el 20-04-2014 contrata al Sr. Fica. Ambos fueron contratados para hacer trabajo especializado como es “colocar en seco (Durlock)” en la categoría “oficial especializado” y en forma permanente; pero Mario Nelli no los registra como tales sino como “ayudantes” en construcción.

Afirman que la empresa tiene su sede principal en la ciudad de Villa Regina, pero los actores cumplieron tareas en la sede del Banco Credicoop de la ciudad de Cutral-Có, Pcia de Neuquén.

Que la jornada laboral era de 13 a 23 horas todos los días de la semana porque la Empresa tenía que entregar la obra en el mes de agosto de 2014, y después continuar en otra obra.

Dice que los trabajos realizados por los actores consistieron construir en seco tabiques, cielorrasos con buñas y cajones que cubren la cañería de calefacción, el cableado de gas, electricidad, teléfonos, etc, colocar aberturas, revestimiento de paredes, divisiones, etc. Así dicen haber colocado 1) tabiquerías (416m²), cielorrasos junta toma (122,27 m²) y desmontable (139,32 m²), 2) compartimientos para una cocina (3 x2 mts), dos baños (2m x 1,60m cada uno aproximadamente), dos oficinas 4,25 x 4,25 mts cada una aproximadamente), lugar para los cajeros y la sala general y otras dependencias sin especificación; 3) realizan trabajos con placas de durlock, adaptándola a la perfilera en todo el terreno que ocupa el banco.

Aducen que el Sr. Nelli no les brinda movilidad, no paga viáticos, ni horas extra, y les reduce el sueldo en horas y en categoría, por ello ante el reclamo les niega trabajo y no les permite continuar en la obra.

Frente a esta situación, dice que concurrieron a la Delegación Zonal de Trabajo de Villa Regina donde les confeccionaron TCL de fecha 21-10-2014, relatando circunstancias laborales, e intiman a que se los convoque a trabajar y abone haberes adeudados, bajo apercibimiento de considerarse despedidos y promover acciones y efectuar denuncias ante las autoridades competentes.

La empresa recibió las intimaciones pero no fueron respondidas, por lo que los actores con fecha 27-10-2014 remiten TCL haciendo efectivos los apercibimientos ante el silencio y se consideran despedidos.

Que el día 28-10-2014 recibieron respuesta de la demandada mediante CDs que rechaza sus TCL y da por concluída las tareas para las que fueron contratados, manifestando que la relación laboral quedo resuelta el 31 de julio de 2014.

Con fecha 30-10-2014 contesta los TCL de despido de los actores rechazando todos sus términos.

Agrega, que con fecha 10-11-2014 inician reclamo ante la Delegación Zonal de Trabajo de Villa Regina, dando inicio al expte. N° 177.856-2014 “Obreros Varios s/ Solicitud Audiencia c/Nelli Fenizi Const. S.R.L.”, donde las partes mantuvieron sus posiciones.

Aducen que la relación mantenida por la partes es de “ocupación indefinida”, según el art. 45 en concordancia con el art. 90 de LCT, se considera por tiempo indeterminado.

Dado que la empresa tiene varios trabajos de construcción, como Banco Credicoop Cutral Co, Centenario Pcia. Neuquén, y en Río Negro 22 viviendas en Cinco Saltos y Vestuarios en la Isla Jordan Cipolletti entre otras, concluye que los actores fueron contratados por tiempo indefinido.

Reclaman se les reconozca la especialidad como colocadores de Durlock, y los viáticos previstos por el art. 82 del CCT 76/75.

Proponen liquidación.

Solicitan medida cautelar.

Ofrecen prueba.

Invocan el derecho aplicable al caso.

2.- Corrido a fs. 53 el traslado de la demanda. Se presenta la firma demandada Nelli y Fenizi Construcciones SRL a través de su letrado apoderado y contesta demanda.

Por imperativo legal formula la negativa de todos los hechos que no sean reconocidos en su responde. También desconocen la documental que no haya emanado de su parte, por ser hechos de terceros y no constarle su autenticidad.

Niegan que los Sres. Fica y Troncoso fueran contratados por el Arq. Nelli, para la colocación de durlock en obras; que hubieran tomado conocimiento que trabajaban para la empresa, a través de los recibos de sueldo y por cartelería; que se consideraran despedidos por culpa del Arq. Nelli, que no hubieran cobrado lo que por ley les correspondía; que los contratará a los actores para realizar tareas de durlock en el Banco Credicoop ubicado en la localidad de Cutral Co, provincia de Neuquén; que el Arquitecto hubiera impartido ordenes a los actores a título personal, ni que le hubiera asegurado éstos trabajos en relación de dependencia suya; que los actores se hubieren vistos sorprendidos cuando en los recibos de sueldo el empleador consignado fuera Nelli y Fenizi Construcciones SRL; que el Sr. Nelli fuera responsable de la extinción laboral de los actores, así como tampoco es cierto que fuera responsable de la administración y estado económico de la empresa.

Sobre la empresa y Mario Nelli dicen que es cierto que Nelli y Fenizi Construcciones SRL no posee bienes inmuebles a su nombre, y si posee unidades vehiculares. Asimismo, dice que es cierto que la empresa se encuentra inscripta en el Registro Provincial de Consultores Ambientales, así como que publicita sus servicios en internet. Pero ello no es fundamento para interponer acción contra el Arquitecto Mario Nelli, ya que no ha participado en forma personal en la relación y contratación laboral, sino que lo ha hecho en su carácter de socio gerente de sociedad.

Dicen que no ha habido abuso ni violación de la ley en la liquidación de haberes de los actores y la extinción de la relación laboral, ni ha habido interposición de la sociedad para actuar en fraude a la ley laboral.

En cuanto a su versión de los hechos, reconocen la fecha de ingreso de cada uno de los actores, y que fueron contratados por la empresa para cumplir funciones de ayudante de albañil.

Sostienen que no es cierto que los actores hubieren sido contratados para cumplir trabajo especializado de colocación en seco (durlock) ni que hubieren cumplido funciones de oficial especializado. Que ambos fueron contratados para cumplir funciones de ayudantes de albañil conforme fueron debidamente registrados por Nelli y Fenizi Construcciones SRL, para quién efectivamente cumplían sus tareas laborales y por quien fueron contratados.

Dicen que no es cierto que desarrollaran su trabajo en la ciudad de Cutral Co, Provincia de Neuquén, con una jornada de 13 a 23 horas todos los días de la semana; y que debiera entregar la obra en Agosto de 2014.

Asimismo, niegan que realizaran los trabajos en durlock que los accionantes denuncian en su demanda.

Siguen con su negativa de que el Arq. Nelli no brindara movilidad a los actores, ni que debiera abonarles viáticos ni horas extras, ni que el sueldo se hubiera visto reducido en horas y categorías.

Por otra parte reconoce que el 21-10-2014 los actores remitieron TCL a la firma reconociendo que la categoría desempeñada era “ayudantes”. Que no es cierto que empresa contestará fuera de término, en tanto respondió mediante CDs rechazando los TCL por haber concluido la obra.

Que con fecha 27-10-2014 envían TCL colocándose injustificadamente en situación de despido indirecto, dado que habían sido notificados de la finalización de la obra al 31-07-2014.

Reconocen que hubo instancia administrativa donde se les entregó las certificaciones de servicios y remuneraciones y cese, libreta de fondo de desempleo y credenciales de IERIC.

Impugnan liquidación de haberes.

Se oponen a medida cautelar.

Ofrecen prueba. Fundan en derecho.

Peticionan se rechace la demanda con costas.

3.- A fs. 74/75 se presenta el Sr. Mario Nelli por propio derecho con patrocinio letrado y contesta demanda.

Comienza rechazando la pretensión de los actores de hacer aplicable en autos la llamada teoría de la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad.

Niegan que Nelli y Fenizi Construcciones SRL haya operado como un escudo societario facilitando prácticas fraudulentas en beneficio de los propio socios, ni que haya procedió en su actuar en contra del objeto de la sociedad, menos aún que haya existido fraude alguno; que resulte aplicable al caso los arts. 54, 59 y 274 de la ley de sociedades comerciales; que el objeto de la sociedad comercial sea ilícito y en fraude a la ley laboral; que exista un fraude laboral permanente y continuo que dé lugar a la aplicación de la teoría de la desestimación de la personalidad societaria; y que haya habido desnaturalización del objeto social.

Cita jurisprudencia de apoyo.

Adhiere a los términos de la contestación de demanda de la firma Nelli y Fenizzi Construcciones SRL.

Ofrece prueba.

Peticiona se rechace la demanda en todas sus partes con costas.

4- A fs. 76 se corre traslado previsto por art. 32 ley 1504. Contesta a fs. 77 la parte actora negando el contenido y autenticidad de las CDs y del Contrato Constitutivo de la SRL (Acta N° 1 del 25-11-2005).

A fs. 82/83 se dicta Auto Interlocutorio rechazando la medida cautelar solicitada por la parte actora.

A fs. 90/91 se celebra Audiencia de Conciliación con resultado infructuoso, se fija audiencia de vista de causa y se ordena la producción de la prueba.

Produciéndose la siguiente prueba: a fs. 97/140 informe al RPA; a fs. 162/172 informe de la Inspección General de Personas Jurídicas;

Se glosa a fs. 174/193 actuaciones administrativas “Obreros Varios s/ Solicitud

Audiencia c/ Nelli y Fenizi Const. SRL” Expte. 177.856-O-2014.

A fs. 198/204 obra informe de Banco Central de la República Argentina.

A fs. 206 informe del IERIC, a fs. 212 informe de Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de Gobierno de Río Negro.

Luce a fs. 249 pliego de posiciones de parte actora.

A fs. 250 obra Acta de Audiencia de Vista de Causa en la que consta la presencia de los actores con su letrada patrocinante, y la incomparecencia de la parte demandada. La parte actora pide la confesional ficta del Sr. Mario Nelli. Prestan declaración testimonial: Matías Damián Gimenez, Gilberto Antonio Veloso y Dario Ernesto Benegas. Desisten de los testigos faltantes. Se decreta la caducidad de la prueba pendiente de producción. La demandada no exhibe la instrumental que oportunamente le fuera requerida, peticionando la parte actora, se efectivice el apercibimiento dispuesto por el art. 42 de la Ley 1504. Se dispone el pase de los autos al acuerdo para dictar SENTENCIA DEFINITIVA.

CONSIDERANDO: I.-Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc. 1 de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1.-Que, la empresa Nelli y Fenizi Construcciones SRL, es una empresa constructora inscripta en el IERIC (hecho reconocido por la demandada en su responde y documental de fs. 22).

2.- Que, Nelli y Fenizi Construcciones SRL es una sociedad comercial debidamente constituida, conforme Contrato de constitución de Sociedad de Responsabilidad Limitado agregado a fs. 166/167, e informe de Inspección General de Personas Jurídicas de fs. 165.-

3.- Que, los actores trabajaron en relación de dependencia para la co-demandada la firma Nelli y Fenizi Construcciones S.R.L, en el caso del Sr. Fica ingresó el 22-04-2014, y el Sr. Troncoso comenzó el 18-03-2014 (hecho no controvertido y dobles ejemplares de recibos de haberes de fs. 8/12).

4.- Que los actores desarrollaron sus tareas en la sede del Banco Credicoop de la ciudad de Cutral Co, Provincia de Neuquén. (dichos de los testigos y confesional ficta posiciones 6 y 12 del pliego de fs. 249)

5.-Que las piezas postales adjuntadas por los actores a fs. 27/34 y por la demandada a fs. 59/66, (consistentes en TCLs y CDs) fueron intercambiadas entre las partes resultando veraces y auténticas. (si bien la parte actora desconoce las CDs a fs. 77, lo cierto es que

son las mismas que ella acompaña a fs. 29/30 y 33/34).

6.- Que, se llevaron a cabo ante la Delegación Zonal de Trabajo de Villa Regina las actuaciones administrativas caratuladas “Obreros Varios s/ Solicitud audiencia c/ Nelli y Fenizi Const. SRL” (Expte. 177.856- O-2014)(Expediente agregado a fs. 174/193).

7.- En la audiencia de Vista de Causa, declararon los testigos propuestos por la parte actora, el acto comenzó con el testigo Matías Damián Giménez que declaró conocer a los actores. Que trabajó para la firma Nelli Construcciones. El trabajo consistió en la remodelación de un inmueble grande para hacer un banco. En su caso ingresó antes del mundial de 2014, para realizar tareas de pintor. Fica y Troncoso iban haciendo el trabajo de Durlock para que pudieran pintar. Cuando renunció ellos quedaron trabajando, en su caso, estuvo dos meses y medio. Se fue por julio/2014. Los actores y otro muchacho hacían el durlock. Trabajaban con planos. Contó que vive en Villa Regina, y se iban en colectivo, les pagaban el boleto. Que vivían todos en una casa alquilada. Eran muchos para comer allí. La comida se la pagaban los trabajadores. Dijo no saber si los actores compraban su propia comida. La comida era gasto propio. La jornada dependía de cuanto tuvieran para avanzar de lunes a lunes. Los actores trabajaban corrido porque los pintores dependían de ellos. Contó que cuando llegó ellos estaban revistiendo las paredes del costado y el cielo raso, y tenían avanzadas algunas divisiones. También las paredes exteriores de Durlock. En su caso lo contrató Mario Nelli. Que las ordenes la recibida de Alejandro Cartes, encargado de la pintura, que Nelli iba cada dos semanas y hablaba con todos. Que el horario de trabajo era de 8 u 8,30 a 23 hs. Refirió que no tenían horario fijo. Sólo paraba para comer. Al principio todos tenían el mismo horario, pero después se hizo complicado para comer porque eran muchos para cocinar, entonces ellos empezaban a partir del mediodía y le pegaban hasta las 23 o 24 hs. Que en su caso trabajó para la empresa en obras de Comodoro y Centenario, normalmente con el mismo personal. Pero no con los actores. Aclaró que esas obras fueron en tiempo anterior al 2014. Manifestó que no puede decir cuanto tiempo hacía que los actores estaban allí, por lo que pudo ver mes o mes y medio por lo menos. Aclaró que todo lo que eran caños, electricidad y cables estaba casi terminado. Continúo, el testigo Gilberto Antonio Veloso que dijo conocer a los actores de vista. De verlos trabajar en una obra con Nelli cuando era integrante de la constructora, con él después se separaron. Hace más o menos 3 años que se separaron. Refirió que con los actores compartió trabajo en Cutral Co. Lo convocó Nelli, a Fenizi lo conoce solo de vista. Nelli lo cansó porque era malo para pagar. Dijo que era oficial albañil. A Cutral

Co fue a realizar todo lo que es albañilería, en una ampliación de un banco. Ellos fueron a hacer el Durlock. Con este material hicieron divisiones, techos, baños, revestimiento de paredes interiores. Que estuvo trabajando allí alrededor de 10 meses a un año. Fica y Troncoso se vinieron antes, ya habían terminado, podría ser que quedara algún parchecito para la tarea grande la hicieron toda. Sólo ellos dos hacían el durlock. Viajaban a veces los fines de semana y a veces cada 15 días. Vivían en una casa que alquiló la empresa. Era grande para 10 o 12 que eran trabajando. Al principio eran 6 obreros, después los actores y al final los pintores. Sobre la jornada dijo que todo dependía de lo que estaban haciendo, y en la época del mundial dependía de los partidos. De lunes a lunes salvo los días que viajaban. Lo mínimo eran 8 horas, y lo máximo de 8 a 22 horas parando una hora para almorzar. Contó que a los albañiles les pagaba Mario Nelli, le daba el dinero al capataz para la quincena. Dijo que era una suma para la cuadrilla de albañiles. Pero que no sabe cómo era para los demás. Que en el caso de los albañiles los llevaba y traía la empresa en una camioneta 4 x 4, los actores iban en el auto de uno de ellos, pero manifestó no saber cómo era el arreglo que tenían. Dijo no saber si para trabajar con durlock necesitan especialización, pero hay que saber hacerlo y se maneja con planos. Comentó que Nelli iba una vez a la semana o cada dos semanas, el que estaba todos los días era el capataz Víctor Castro, quien daba las ordenes a los albañiles. Los planos para el durlock se los daba Nelli. Que entregaron la obra en el plazo justo. A la noche comían todos juntos pero cada uno con su comida. Que, el capataz nunca se ocupó de viandas o comida de los actores.

Por último, el testigo Darío Ernesto Benegas declaró que fueron compañeros circunstanciales de trabajo. Que trabajó para la firma Nelli y Fenizi unos 5 o 6 años como oficial albañil. Contó que estuvo en Cutral Co un mes antes del mundial y un mes después. No alcanzaron a ser tres meses. Vivió en la casa que alquiló la empresa en Cutral Co. Explicó que los actores se dedicaban a trabajos de Durlock, que no cualquier albañil lo hace, hay que conocer la actividad. Que venía a la obra un arquitecto Baleani de Regina, cada 15 días. A Nelli lo vio una sola vez en todo ese periodo que estuvo allí. Declaró que ellos entraban alrededor de la 7 hasta las 22 horas. Cada grupo manejaba los horarios según el avance de aquellos a quienes tenían que seguir. Desayunaban y almorzaban en el mismo trabajo. La cena la solían hacer todos juntos. Dijo que los actores iban o venían el viernes o sábados, se manejaban distintos que los albañiles. Lo hacían en un vehículo propiedad de ellos. A los albañiles les daban el dinero para comprar la comida y cocinar, no sabe en el caso de ellos. Manifestó que el capataz era

Víctor Castro, que no le consta si les daba ordenes a Fica y Troncoso. A los actores los vio haciendo tabiques divisores, techos, baños, oficinas. Refirió que en su caso estaba en blanco y como andaba en su vehículo le pagaban la nafta para el traslado. Le entregaban ordenes para cargar en estaciones de servicio.

II. Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

Delimitada la materia fáctica invocada y acreditada por las partes, corresponde a continuación expedirme sobre los hechos y rubros que proceden a partir del vínculo habido entre las partes.

Acreditada que ha quedado la prestación de servicios para un empresario de la industria de la construcción o en las obras o lugares individualizados por el art.1º de la ley 22.250, se presume la existencia del contrato de trabajo en tales términos, salvo que por las circunstancias, relaciones o causas que lo motivan, se demuestre lo contrario.

Y si bien la actividad del empresario de la construcción define el encuadramiento legal, de sus dependientes, es un proceso de integración mutua, pues la actividad del trabajador en la obra califica al empleador y esa calificación encuadra al dependiente (conf. Sappia, El estatuto de los trabajadores de la construcción. Revista de Derecho Laboral 2004-1, pág. 73).

III- RUBROS POR LOS QUE PROSPERA LA DEMANDA:

Haberes y reajuste de haberes adeudados y reclamados: Los actores reclaman haberes de agosto, septiembre y octubre de 2014, y diferencias de haberes en función de la mayor categoría “Oficial especializado”, que dicen revisten como trabajadores del Durlock, jornada y adicionales de convenio.

Lo que es negado por la demandada manifestando que los actores no tienen especialidad, que se desempeñaron como ayudantes, que el trabajo finalizó el 31-07-2014 y niega que les correspondan horas extras.

Sobre la pretendida categoría, el CCT 76/75 UOCRA en su art. 5 establece: “ ... 1º) Oficial Especializado: Esta calificación le será atribuida al oficial, albañil o carpintero que lea planos referidos a la especialidad en que actúe, sepa interpretarlos y ejecute todas las demás tareas que cabe requerir a quien tenga esas aptitudes, tales como replantear obras y similares....”.-

De la prueba producida en autos, surge: 1) que los actores fueron contratados para realizar trabajo de Durlock en la ciudad de Cutral Co, en el Banco Credicoop (dichos coincidentes de los testigos, confesional ficta posiciones 6ta); 2) Que el trabajo en

durlock lo realizaron Fica, Troncoso y otro muchacho (declaración de testigo Giménez); 3) Que para hacer el trabajo de Durlock trabajaban con planos, y estos se los dió el Sr. Nelli (dichos de Giménez y Veloso); 4) Que para realizar el trabajo con este material hay que conocerlo (dichos coincidentes de los testigos); 5) Que los actores hicieron divisiones, techos, revestimiento de paredes interiores, baño, cocina, etc. sobre 416 metros cuadrados que tenía el local de Banco Credicoop (dichos de Veloso y confesional ficta posición 8va); 6) Que la empleadora les alquilaba una vivienda en localidad de Cutral Co donde prestaron tareas los actores durante la semana y que se movían en el vehículo de uno de ellos (dichos de los testigos); 7) Que la jornada de los actores fue de lunes a lunes desde las 12.00 a 23.00 horas, y volvían a Villa Regina cada 15 días (dichos de los testigos); 8) La fecha de ingreso no está discutida, y en cuanto a la fecha de egreso si bien tenemos telegramas laborales que ponen fin a la relación laboral, lo cierto es que se acreditó con los dichos del testigo Veloso que estuvo alrededor de 10 meses en la obra de Cutral Co, que los actores se vinieron antes porque habían terminado; y el testigo Giménez -el pintor- dijo que su trabajo iba siguiendo el ritmo del trabajo de los actores dado que pintaba en la obra lo que comprendía el durlock, y dijo que en Julio de 2014 se fue y ellos quedaron haciendo unos trabajos sin indicar cuales.

Acreditadas estas cuestiones fácticas, si resulta pertinente determinar la remuneración correspondiente a la tarea prestada de mayor categoria a la abonada, teniendo en cuenta la normativa del régimen general (LCT), por resultar compatible con la naturaleza de la actividad y régimen jurídico especial (art. 35 ley 22250, y 2º LCT), el estatuto de los trabajadores de la construcción ha reforzado la obligación patronal de pagar la remuneración en los plazos y condiciones dispuestos por la ley (art. 74 LCT), estableciendo expresamente la prohibición de abonar remuneraciones inferiores a las establecidas por disposiciones de orden público laboral, previendo a su vez una indemnización –por mora- en el art. 19 ley 22250, pautando las norma los requisitos formales en que procede la misma, los que no se encuentran configurados en este caso. Pero si proceden las diferencias salariales detectadas a partir de las escalas salariales vigentes en los periodos trabajados, tomando el valor hora por 192 hs. mensuales, más adicionales de convenio y sumas no remunerativas. Descontando las sumas que los actores dicen haber percibido en su liquidación, a más de tener en cuenta que la demandada ha quedado confeso y no ha exhibido la instrumental –libros laborales y recibos-, lo que torna procedente el juramento previsto por el art. 42 de la Ley 1504, y

por ende el rubro, por los importes de convenio. Comprendiendo además el viático diario previsto por el art. 82 del CCT 76/75 y las horas extra trabajadas al 50% y 100%. Respecto del periodo trabajado se corresponde con el tiempo que los actores estuvieron en la obra de remodelación del Banco Credicoop en la ciudad de Cutral Co, y su tarea se extendió hasta la finalización de los trabajos en Durlock, acreditándose que la obra se entregó en el plazo justo (dichos de Veloso), lo que me permite concluir que como dice el demandado en sus CD de fecha 28-10-2014, la relación laboral quedó resuelta con el 31-07-2014 con la finalización de las tareas. En consecuencia, el reajuste de haberes resulta procedente por el periodo que va desde el ingreso de cada actor hasta la finalización de la obra.

Por ende, se rechaza el reclamo de salarios de agosto, septiembre y octubre de 2014, dado que no acreditaron prestación efectiva de tareas por estos meses, en otras obras, por más que la empresa tuviera obras en otras localidades como mencionaron los testigos. Tampoco resulta atendible el argumento que esgrime la parte actora de que el contrato es “por ocupación indefinida”, dada la naturaleza del régimen laboral al estuvo sometido el vínculo, caracterizado por la inestabilidad de la relación laboral, donde la misma normalmente está sujeta la duración de las obras en construcción.

Por ello, la Ley 22250 prevé un mecanismo tendiente a resolver la problemática que se plantea ante la discontinuidad laboral de la actividad, creando el fondo de desempleo para ser entregado al trabajador a la finalización de la obra.

Como dice el Dr. Jorge Sappia en su análisis del estatuto : “ ...la extinción del vínculo, decidida por cualquiera de las partes, no reconoce cercenamiento de derecho alguno de los sujetos del contrato. Es que la ley se ha propuesto reconocer una situación anterior a su dictado, y la relación laboral del sector está destinada a extinguirse sin posibilidad de extensión temporal continua y permanente. No hay una expectativa de mantenimiento del vínculo. Entonces sólo cabe considerar que el Fondo constituye una compensación por tiempo de servicio...” (“Estatutos Particulares en el Derecho del Trabajo Argentino”, pag. 38 y sts., Edit. Rubinzal Culzoni).

Por último, cabe agregar que esta Cámara de Trabajo ya ha declarado la inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas en los autos "GARCIA ADRIAN EXEQUIEL c/ ROYMAR S.R.L. y COOPERATIVA OBRERA LIMITADA DE CONSUMO Y VIVIENDAS s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-22174-09), Sent. del 4 de mayo de 2011, con apoyo en los fallos de la CSJN en “ PEREZ ANIBAL c/ DISCO SA.” (Sentencia del 01-09-2009), “GONZALEZ MARTIN NICOLAS C/ POLIMAT

S.A. y Otro” (Sentencia del 19-06-2010), y recientemente en el caso "DIAZ PAULO VICENTE c/ QUILMES S.A. Y MALTERIA" del Sentencia 4-6-2013. En consecuencia, corresponde hacer extensivo dicho criterio al presente caso, al momento de liquidación que se practicará infra.

Fondo de Desempleo: Los actores reclaman el pago del porcentaje del fondo previsto por el art. 15 de la Ley 22250 por el periodo agosto a octubre con su actualización conforme el índice de precios mayorista, nivel general publicado por el INDEC, en el periodo que reclaman como trabajado -por los meses agosto a octubre- y hasta la fecha del depósito realizado en las libretas el 27-11-2014.

Conforme el análisis fáctico y jurídico efectuado en el punto anterior, cabe hacer extensivo los argumentos al periodo reclamado de agosto a octubre de 2014, por este rubro de la pretensión, propiando se desestime el mismo.

Sueldo Anual Complementario y Vacaciones: Corresponde hacer lugar la pretensión de cobro de estos rubros, en razón de no hallarse acreditada en forma documentada su pago.

Asignaciones Familiares por Hijo: Debo expedirme sobre la omisión de pago de la asignación por los hijos menores de los actores, rubro que dicen haber reclamado en reiteradas oportunidades.

La ley 24714 de Asignaciones Familiares y su decreto reglamentario 1245/1996 regulan la procedencia del rubro, las situaciones amparadas, los requisitos y los obligados al pago.

A su vez la Resolución SSS N° 14/2002, establece los requisitos puntuales para instrumentar y determinar su pago, respecto de la asignación por hijo, dice que es obligación del empleador notificar al personal, dentro de los diez días hábiles de su ingreso, las normas que rigen el régimen de asignaciones familiares, entregando y conservando constancia fehaciente de dicha notificación. En este caso niega adeudar el rubro por haber sido acreditado, pero tampoco acompaña dicha constancia de notificación.

Sólo bajo esa actividad previa que ejerce la patronal, con la entrega de las instrucciones relativas al régimen de asignaciones familiares, prueba que está a su cargo, con la sola constancia de la firma receptora de la demandante, ante la negativa y falta de prueba específica de la entrega del documento que daría lugar al pago del importe correspondiente, e intimado al pago, el demandado debe asumir el importe de la asignación por su exclusiva cuenta.

Ahora bien, la norma a su vez establece como carga del trabajador presentar la documentación que avala el derecho a las asignaciones familiares de pago mensual dentro de los 90 días de notificado por el empleador de las normas que rigen el régimen. Vencido este plazo, la falta de presentación suspenderá automáticamente el pago de las asignaciones sin derecho a reclamo. En este juego de carga mutuas impuestas a las partes para habilitar el pago de la asignación mensual por hijo, tenemos que la empleadora no acreditó haber notificado dentro de los 10 días de su ingreso al dependiente de la normativa sobre esta obligación, y los trabajadores no han acreditado haberlas reclamado durante la relación laboral, ni puesto a disposición la documentación –Certificados de nacimiento-, hasta su reclamo mediante Telegramas obreros de fecha 21-10-2014. No obstante la documentación no ha sido acompañada a estos autos, ni en instancia administrativa, en consecuencia, ante la falta de acreditación del presupuesto fáctico para su procedencia, lo que no nos permite determinar cuantos hijos tiene cada actor, ni si eran menores de edad a aquel momento, mi voto es propiciando la desestimación del rubro.

VI.- RESPONSABILIDAD DEL INTEGRANTE DE LA SRL SR. MARIO NELLI- EXTENSION DE RESPONSABILIDAD: Los actores afirman en su demanda que la responsabilidad del socio Sr. Mario Nelli se encuentra ligada fáctica y jurídicamente a la configuración de un fraude societario y laboral que fundan a partir de que la sociedad no posee bienes inmuebles, sólo posee algunas unidades vehiculares, que según informe de BCRA sobre el estado bancario y patrimonial se comprueba el estado de deuda de la empresa y la cantidad de cheque rechazados al mes de Julio de 2015, lo que entiende resulta reprochable al socio.

En otra parte en su escrito dicen que el arquitecto Nelli es quién imparte las órdenes de trabajo, quién promete a los actores categorizarlos, y es la persona que les dice: “Uds. van a trabajar en relación de dependencia en forma permanente en todas las obras”. Que la sorpresa de la actores es cuando en los recibos de sueldo se discrimina como empleador a Nelli y Fenizi Construcciones SRL, ello por nunca vieron al arquitecto Fenizi. Por lo que consideran que Nelli es responsable de la forma que extingue la relación laboral con los actores y, la administración y estado económico de la empresa.

A esto agregan como fundamento jurídico para la extensión de responsabilidad con el Arq. Mario Nelli, es por su participación personal en la relación y contratación laboral, que permite juzgar la conducta como sujeto de derecho en el abuso y violación de la ley. Resultando aplicables los arts. 54, 59 y 274 LSC y arts. 14 y 29 de la LCT.

Todo lo cual es negado por el co-demandado Mario Nelli, dice que no hay en el objeto ilícito alguno, ni menos aún fraude laboral, o haber realizado actos tendientes a obtener un objeto ilícito.

Planteada la cuestión lo cierto es que los accionantes no indican claramente cuales han sido las situaciones de fraude específicas en las que ha incurrido el co-demandado Sr. Mario NELLI, es decir de qué manera se ha abusado del esquema societario con fines contrarios a la ley, y eventualmente frustrar derechos de terceros, en este caso en directo perjuicio de los actores.

No basta con postulados como que él fue quien contrató a los actores e imparte las ordenes de trabajo, y es el responsable de la forma en que se extingue la relación laboral, pues su intervención en la contratación de trabajadores, así como el manejo del personal en la obras contratadas por la empresa, no deja de ser una función propia como socio gerente de la SRL, conforme se acredita con contrato social de fs. 166/167 y Acta e fs.168/169.

Asimismo omite describir en los términos previstos por el art. 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, que conductas desplegadas por el socio gerente han sido contrarias a los fines societarios, como para que proceda su petición de extensión de responsabilidad al integrante de la SRL, configurándose un fraude laboral. No alcanza, con la sola remisión a los arts. 54, 59 y 274 de la ley de Sociedades Comerciales, en tanto han omitido el cumplimiento de obligaciones abusando de la personalidad social, escudándose en una figura societaria como pantalla.

No se dan las condiciones procesales ni sustanciales adecuadas para el acogimiento favorable de la pretensión ejercida en este sentido. En tanto no se ha acreditado el fraude laboral más allá de que la relación haya sido insuficientemente registrada.

Las personas jurídicas, son enteramente distintas de sus miembros y sus bienes no pertenecen a ninguno de ellos, ni están los socios obligados a satisfacer las deudas de la corporación, a menos se compruebe que la sociedad hubiera actuado fuera de los límites creados para su funcionamiento o actúa apartándose de los fines en atención a los cuales el derecho la ha creado o reconocido.

Solo cuando la persona jurídica se emplea como instrumento para frustrar los derechos de otros, o intereses de la sociedad o justificar lo que es improcedente o como recurso para violar la ley, el orden público laboral y la buena fe, la idea fundamental de instrumento útil se pierde, en tanto se abusa de ella para ponerla como obstáculo o máscara de las verdaderas reclamaciones.

Ante dicha circunstancia, se ha encontrado la posibilidad de desestimar o prescindir de la estructura formal, para penetrar hasta descubrir su mismo sustrato personal y patrimonial, poniendo así al descubierto los verdaderos propósitos de quienes se amparaban bajo aquella armadura legal y deben darse al efecto cuatro elementos integrativos de la conducta abusiva que habilitan la penetración de la persona jurídica y que según evalúa el Dr. Gabriel Tosto en "Algunas notas sobre la desestimación de la personalidad jurídica en la jurisprudencia laboral" son: 1.-fraude; 2.-insatisfacción del crédito que tal incumplimiento genera; 3.-manipulación o artimañas para burlar instrumentos legales y 4.-"plus" obtenido por tal medio. Nada de ello acontece en los presentes donde mas allá de no haberse pagado cuanto correspondiera abonar a los actores, nada indica por el momento que la suma sentenciada a favor de ellos haya se ser satisfecha.

En consecuencia se desestima este aspecto de la pretensión.

VI-LIQUIDACIÓN: En base a lo expuesto los actores resultan ser acreedores de las sumas que se liquidan a continuación, con sus respectivos intereses, con las salvedades y criterios expuestos supra, lo que queda al siguiente tenor:

Actor: FICA GERARDO GABRIEL

Rubro Capital Intereses Total

Diferencias

Abril/2014 (10 días) \$ 6.476,07 \$ 11.476,17 \$ 17.952,24

Mayo/2014 \$ 17.119,33 \$ 29.996,88 \$ 47.116,21

Junio/2014 \$ 17.119,33 \$ 29.620,63 \$ 46.740,96

Julio/2014 \$ 19.527,58 \$ 33.387,35 \$ 52.914,93

SAC/2014 \$ 6.139,61 \$ 10.623,39 \$ 16.763,00

Vacaciones 2014 \$ 4.210,02 \$ 7.198,09 \$ 11.408,11

Total al 20-03-2019 \$ 192.895,45

Actor: TRONCOSO CLAUDIO ARNALDO

Rubro Capital Intereses Total

Diferencias

Marzo/2014 (10 días) \$ 6.813,08 \$ 12.213,38 \$ 19.026,46

Abril/2014 \$ 17.363,38 \$ 30.769,44 \$ 48.132,82
48.132,82 Mayo/2014 \$ 17.362,68 \$ 30.411,40 \$ 47.774,08
Junio/2014 \$ 17.606,42 \$ 30.464,46 \$ 48.070,88
Julio/2014 \$ 19.283,84 \$ 32.957,41 \$ 52.241,25
SAC/ 2014 \$ 7.893,79 \$ 13.658,66 \$ 21.552,45
Vacaciones 2014 \$ 5.473,03 \$ 9.353,79 \$ 14.826,82
Total al 20-03-2019 \$ 251.624,76

La demanda prospera por la suma total de Pesos Cuatrocientos Cuarenta y Cuatro Mil Quinientos Veinte con Veintiún Centavos (\$ 444.520,21), importe que comprende capital e intereses de ambos actores.

Cabe agregar, que en cuanto a los intereses se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días de Banco de la Nación Argentina conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo" dictado en 27-05-2010, esto hasta el 24-11-2015. Aplicándose a partir del 25-11-2015 el criterio sentado por el STJRN en la causa: "Jerez Fabián Armando c/Municipalidad de San Antonio Oeste" (Expte. LS3-11-STJ2015), Sentencia del 24-11-2015-. Y a partir del 01-09-2016 conforme reciente criterio fallado en "Guichaqueo Eduardo Ariel c/ Provincia de Río Negro (Policía Río Negro) s/ Accidente de Trabajo s/Inaplicabilidad de Ley", (Expte. 27980/15- STJ) Sentencia del 18-08-2016. Intereses que han sido calculados al 20-03-2019, aclarando que se seguirán devengando hasta el efectivo pago.

VII.- COSTAS JUDICIALES: Atento los vencimientos parciales y mutuos conforme lo expuesto en estos considerandos, las costas se imponen en función de los importes de condena a cada uno (cf. arts. 68 y 71 del CPCyC. y 25 L. 1.504).

A efectos de calcular los honorarios de los profesionales intervinientes, debemos considerar como monto del litigio el de \$ 575.165,57 que resulta de los montos de condena (\$ 444.520,21 a cargo de la Nelli & Fenizi Construcciones S.R.L., \$ 65.321,60 por el rechazo a cargo de Sr. Fica y \$ 65.623,76 a cargo de Sr. Troncoso), ello de conformidad con los precedentes del STJ "MORETE", "JARA" y "RABANAL".

De esta manera, se imponen las costas y se regulan honorarios de la siguiente manera:
Por el reclamo contra Nelli & Fenizzi Construcciones SRL: Se imponen las costas en un 77,30% a cargo de Nelli & Fenizi Construcciones S.R.L. y un 22,70% a cargo de la parte actora (un 11, 30% a cargo de Fica y 11,40% a cargo de Troncoso). De esta

manera se regulan los honorarios de los Dres. Graciela Margarita Tempone y Hernán E. Mones en su carácter de letrados apoderados de los actores en la suma conjunta de \$ 112.735,00 (MB. X 14% + 40%), y los de los Dres. Luis Gustavo Arias, María Silvina Zubeldía y Adrián Gustavo Saggina apoderados de la demandada en la suma conjunta de \$ 96.628,00 (MB. x 12% x 40%), todo conforme lo previsto por los arts. Arts. 6,7,9, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y art. 277 LCT).-

Por el reclamo contra Mario Nelli: Las costas se imponen a cargo de la parte actora, tomando como parámetro el 47,00 % del MB. que representa el monto histórico liquidado en demanda, siendo un 48,50% a cargo de Fica y un 51,50% a cargo de Troncoso. Regulándose los honorarios profesionales de los Dres. Luis Gustavo Arias, María Silvina Zubeldía y Adrián Gustavo Saggina letrados patrocinantes del demandado en la suma conjunta de \$ 37.845,00 (47% MB x 14%), y los de los Dres. Graciela Margarita Tempone y Hernán E. Mones en su carácter de letrados apoderados de los actores en la suma conjunta de \$ 45.415,00 (47% MB. x 12 + 40%). todo conforme lo previsto por los arts. Arts. 6,7,9, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y art. 277 LCT).- TAL MI VOTO.-

Los Dres. Gabriela Gadano y Edgardo Juan Albrieu adhieren al voto precedente por compartir sus fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la CAMARA SEGUNDA DEL TRABAJO de la IIA. CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR parcialmente a la demanda deducida por GERARDO GABRIEL FICA y CLAUDIO ARNALDO TRONCOSO contra NELLI & FENIZI CONSTRUCCIONES S.R.L.. y en consecuencia condenar a ésta última a pagar a los primeros, en el plazo DIEZ (10) DIAS de notificado, la suma total de PESOS CUATROCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTE CON VEINTIÚN CENTAVOS (\$ 444.520,21) correspondiéndoles al Sr. Fica la suma de \$ 192.895,45 y al Sr. Troncoso la suma de \$ 251.624,76, en concepto de diferencia de haberes, SAC/2014 y vacaciones no gozadas, importe que incluye intereses calculados hasta el 20-03-2019, y que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

II.- RECHAZAR parcialmente la demanda instaurada por los actores contra NELLI & FENIZI CONSTRUCCIONES SRL, por los conceptos que se da cuenta en los considerandos.

III.- RECHAZAR íntegramente la demanda promovida por los accionantes contra MARIO NELLI, por los motivos expuestos en los considerandos. Con costas a los

actores.

IV.- Las costas judiciales por el reclamo contra Nelli & Fenizzi Construcciones SRL: Se imponen las costas en un 77,30% a cargo de Nelli & Fenizi Construcciones S.R.L. y un 22,70% a cargo de la parte actora (un 11, 30% a cargo de Fica y 11,40% a cargo de Troncoso). De esta manera se regulan los honorarios de los Dres. Graciela Margarita Tempone y Hernán E. Mones en su carácter de letrados apoderados de los actores en la suma conjunta de \$ 112.735,00 (MB. X 14% + 40%), y los de los Dres. Luis Gustavo Arias, María Silvina Zubeldía y Adrián Gustavo Saggina apoderados de la demandada en la suma conjunta de \$ 96.628,00 (MB. x 12% x 40%), todo conforme lo previsto por los arts. Arts. 6,7,9, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y art. 277 LCT).-

Por el reclamo contra Mario Nelli: Las costas se imponen a cargo de la parte actora, tomando como parámetro el 47,00 % del MB. que representa el monto histórico liquidado en demanda, siendo un 48,50% a cargo de Fica y un 51,50% a cargo de Troncoso. Regulándose los honorarios profesionales de los Dres. Luis Gustavo Arias, María Silvina Zubeldía y Adrián Gustavo Saggina letrados patrocinantes del demandado en la suma conjunta de \$ 37.845,00 (47% MB x 14%), y los de los Dres. Graciela Margarita Tempone y Hernán E. Mones en su carácter de letrados apoderados de los actores en la suma conjunta de \$ 45.415,00 (47% MB. x 12 + 40%). todo conforme lo previsto por los arts. Arts. 6,7,9, 10, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y art. 277 LCT).-

V.- Las regulaciones de honorarios se hacen en consideración del importe pecuniario del proceso, importancia, calidad y extensión de los trabajos realizados. Asimismo, que no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que de corresponder deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

VI- Oportunamente, firme que se encuentre la presente, por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de deposito bancario, a los quince días de notificada bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 2716.

Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE

-Presidente-

DRA. GABRIELA GADANO DR. EDGARDO JUAN ALBRIEU

-Juez- -Juez-

Ante mí: DRA. DANIELA A. C. PERRAMON

-Secretaria-