**RÉGIMEN DE LA INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCIÓN AL PERSONAL TÉCNICO**

|  |  |
| --- | --- |
| PARTE/S: | B. L. S. c/Miavasa S.A. s/despido |
| TRIBUNAL: | Cám. Nac. Trab. |
| SALA: | VI |
| FECHA: | 23/05/2022 |
| JURISDICCIÓN | Nacional |

Buenos Aires, 25 de marzo de 2022.-

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

EL DOCTOR CARLOS POSE DIJO:

El trabajador cuestiona el rechazo de las indemnizaciones por despido y las puniciones de los arts. 1º y 2º de la ley 25.323 y 80 de la LCT y lo decidido en materia de costas; mientras que la demandada impugna la condena de horas extras y a la entrega de certificaciones de servicios y aportes, la imposición de costas y los honorarios regulados, sin perjuicio de que el perito contador solicite la elevación de los propios.

El recurso del trabajador debe tener favorable recepción porque el **art. 2 inc. a) de la ley 22.250 excluye del régimen de la industria de la construcción al personal técnico y, en el caso, los testigos de la demandada lo califican como un oficial especialista en electricidad que era convocado en las obras o excavaciones cuando era necesario para cumplir su tarea específica** (conf. testimonial de Alcalde, Fernández Pazos; Ottobre y Oscari) y ello, al margen de que los dueños de la entidad, lo convocasen eventualmente para realizar algún trabajo de reparación en sus casas usándolo como una especie de comodín (conf. testimonial de Silva).

Lo expuesto explica que, en su momento, se lo haya autorizado a usufructuar una vivienda dentro de la empresa, sin que ello autorice a que pueda beneficiarse con las directivas del CCTr. 660/13 porque el actor ni siquiera explicó qué artículo de dicho pacto le sería aplicable y le haría acreedor a un mayor rédito remuneratorio que el abonado, incumpliendo la manda del art. 65 de la LO. Cabe recordar, en tal sentido, la sola inclusión de un rubro en la liquidación practicada al demandar, no es apta para tener por planteada concretamente la acción a que se refiere el mismo, pues la carga del reclamante es precisar en su demanda los presupuestos de hecho y de derecho que dan sustento a la acción ejercitada (CNTr. Sala I, 23/6/11, “Miño c/Infantes SRL", DLSS 2.011-2006; Sala III, 20/11/07, “Alvarez c/Danimel SRL”, DLE 2009-XXIII-686; Sala V, 10/6/95, “Silveira c/Navenor SA”, DT 1996-A-59: 5/4/18, “Canala c/Petro Trank SA”, DT 2018-6-1386; Sala VI, 8/11/99, “Marva c/Cejas”, DT 2000-A-865; Sala VII, 18/10/04, “Rodríguez Gauna, Martín y otros c/Consolidar AFJP SA”, DLE 2005-XIX-241; 30/5/05, “Pugliese c/ Supermercado Norte”, ED 24/11/05, nº 53.715; Sala VIII, 30/3/99, “Campoccia c/San Jorge”, DT 1999-B-2103; 17/12/04, “Lugo c/Wang Qing”, LL 4/5/05, nº 108.883; 25/7/06, “Fritz c/Casino de Buenos Aires”, ED 21/6/06, nº 54.099; Sala IX, 18/2/05, “Gondora c/Fernández”, DT 2005-B-1294; 27/3/06, “Sanabria c/Mr Blan SRL”, DT 2006-B-1185, sent. 17.275, 16/9/11, "Vallejos c/Maybu SRL"; Sala X, 5/10/07, “Rius c/Solvens SRL”, DT 2008-B-1185; 23/8/12, “Chilczuk c/Consulgroup SA”).

Por otra parte tampoco demostró que, entre sus tareas específicas, estuviera la reparación de bombas, el armado de vallas y las tareas de limpieza enunciadas en el escrito de inicio (ver fs. 18) y ello sin perjuicio de aclarar que los dichos de varias de las personas que declaran a su favor tienen escasa entidad convictiva ya que algunos, incluso, le asignan la categoría de encargado de obra o de establecimiento, lo que no condice con la versión dada por Brito (arts. 386 y 456 CPCC).

Es obvio que el sentido de mi propuesta se apoya en el principio de primacía de la realidad por cuanto lo que caracteriza el régimen de la construcción es la eventualidad y discontinuidad de las prestaciones y estamos ante un trabajador que empezó a prestar servicios el 15 de septiembre de 1994 y fue despedido el 25 de noviembre de 2018 habiendo efectuado prestaciones durante 24 períodos mediando tan sólo una breve interrupción: del 8 de febrero de 2002 al 25 de marzo del citado año (ver pericial contable).

Lo expuesto autoriza a considerarlo acreedor a $653,249,09 en concepto de indemnización por despido ($27.249,09 x 24); $59.039,69 en concepto de indemnización sustitutiva del preaviso y $4.919,97 en concepto integración del mes de despido de lo cual debe reputarse abonada la suma de $12.162,65 percibida en concepto de fondo de desempleo y gratificación por cese (art. 260, LCT lo cual permite considerar adeudada una diferencia de $705.046,10 a lo que debe adunarse la suma de $352.523,05 por imperio del art. 2º de la ley 25.323.

Cabe aclarar que he tomado como referencia el salario informado como devengado por el experto contable sin incluir la incidencia de horas extras reclamadas por el actor como impagas por las razones que, a posteriori, explicaré.

La pretensión de cobro de la punición del art. 1º de la ley 25.323 debe ser rechazada: la experticia contable desmiente que haya mediado una tardía inscripción registral y el simple hecho de que, en los recibos de sueldo, figure como fecha de ingreso la de reingreso no permite concluir que exista clandestinidad alguna, que se hayan evadido normas previsonales, o que haya sido intención de la demandada ocultar a la AFIP la situación del accionante (arts. 386 y 477 CPCC). Brito, por otra parte, nunca denuncio que hubiera mediado pago clandestinos o el pago “en negro” de salarios lo que impide que su pretensión punitiva pueda prosperar.

El rechazo de la punición del art. 80 de la LCT se ajusta a derecho porque el apelante no discute que su requerimiento fue prematuro y la cita de un precedente judicial no constituye una crítica concreta y razonada para enervar lo decidido en primera instancia (art. 116, LO). Por otra parte, la dación impuesta por la referida normal legal fue satisfecha por la empleadora (ver instrumental fs. 28/34) siendo de destacar que los documentos emitidos se corresponde con las constancias contables de la empresa en cuya base debían ser expedidos y protegen adecuadamente las expectativas previsionales de Brito.

**La condena por horas extras debe ser dejada sin efecto: los testimonios de autos corroboran que el actor era enviado a realizar tareas de electricidad en los obradores y en las excavaciones conchabadas por los clientes de la empresa –entre ellas Aysa- cuando era necesario efectuar alguna conexión**. No hay razones para concluir que la jornada de trabajo de Brito se extendiese, en forma normal y habitual, de las 7 de la mañana a las 22 horas y/o que trabajase 9 horas extras al 100 los días sábados y 15 los días domingos (ver escrito de inicio, fs. 18): era un hombre de confianza de la empresa en materia de electricidad, pero sus prestaciones estaban subordinadas a las propias del personal dedicado a las tareas de construcción dentro de una jornada normal de trabajo que, por regla, no comprendía los sábados ni los domingos (conf. testimonial de Fernández Pazos; Ottobre y Oscari, arts. 386 y 456 CPCC) situación que no cambia porque, en alguna ocasión eventual, hubiera sido convocado por los directivos de la empresa para realizar alguna reparación hogareña porque tales situaciones deben reputarse excepcionales y no habituales.

Las costas del proceso deben imponerse a la demandada vencida en lo sustancial por cuanto estamos ante créditos de carácter alimentario y, en cuanto a los emolumentos, el sentido de mi voto conduce a una nueva regulación (art. 279, CPCC).

Por lo expuesto entiendo corresponde: 1) Modificar el fallo de primera instancia fijando como monto de condena la suma de $1.057.569,09; 2) Dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios; 3) Imponer las costas del proceso a la demandada y 4) Fijar los honorarios de representación y patrocinio del actor, demandada y perito contador en los porcentuales del 18%, 12% y 6%, respectivamente, del monto de condena –capital e intereses- que resulte al practicarse liquidación aclarando que los emolumentos fijados recompensan la totalidad de las tareas efectuadas en beneficio de los litigantes.

EL DOCTOR LUIS A. RAFFAGHELLI DIJO:

Por análogos fundamentos, adhiero al voto del Dr. Carlos Pose.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la L.O.), el Tribunal RESUELVE: I) Modificar el pronunciamiento de grado y fijar el monto de condena en la suma de $1.057.569,09 (pesos un millón cincuenta y siete mil quinientos sesenta y nueve con nueve centavos). II) Dejar sin efecto lo decidido en materia de costas y honorarios. III) Imponer las costas del proceso a la demandada. IV) Regular los honorarios de representación y patrocinio del actor, demandada y perito contador en los porcentuales del 18%, 12% y 6%, respectivamente, del monto de condena –capital e intereses- que resulte al practicarse liquidación aclarando que los emolumentos fijados recompensan la totalidad de las tareas efectuadas en beneficio de los litigantes.

Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013.

Regístrese, notifíquese y vuelvan.

CARLOS POSE

JUEZ DE CAMARA

ANTE MI:

LUIS A. RAFFAGHELLI

JUEZ DE CAMARA