En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil catorce, reunida en Acuerdo la ***Sala B*** *de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados:* ***"S., C. E. c/ S. S. s/ Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 619/13****, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 30/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 574), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.*

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: ***PRIMERA****: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 524/534vta.? y* ***SEGUNDA****: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia definitiva nro. 84/2013 del juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción hizo lugar parcialmente a la demanda incoada por C. E. S. y condenó a S. S. a pagarle la suma de $262.588,14, la entrega de certificado de trabajo y la certificación de servicios y remuneraciones. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los letrados actuantes. Contra la misma se alzó la condenada apelando a fs. 536.

Expresa agravios la demandada fs. 538/565.

Primer agravio: omisión de tratar cuestiones

conducentes. No dice el recurrente cuáles son, sino que en el curso del escrito las detallará.

Segundo agravio: Improcedente determinación de la fecha de inicio de la relación laboral entre el actor y S. S..

Transcribe lo dicho al contestar demanda en puntos 75 a 78 y el nro. 85. Lo afirmado por esa parte coincidía con la documentación acompañada

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

La jueza no trato y arribó a la conclusión de que T. I. SA era un empleador aparente, que el trabajador figuraba como trabajador eventual de S. y T., esta última no es empresa de servicios eventuales según informe de fs. 279, pero esa respuesta no autoriza a considerar que se desempeñó como personal eventual discontinuo.

De fs. 370 y fs. 396, respuestas de S. y T. y la AFIP a fs. 448/472, las exempleadoras son personas que cumplieron actividad lícita, y en forma errada incluyó al actor en lo dispuesto en el art. 29 de la LCT.

T. I. SA contrató los servicios del actor y aquella prestó a través de sus empleados determinados servicios a S. como consecuencia de la contratación de ambas.

Al inicio del fallo desvirtuó lo dicho por esa parte y omitió analizar la documentación incorporada en la demanda.

El informe del Ministerio de Trabajo de fs. 279 dice que la empresa S. I. SA ha sido habilitada para funcionar como de servicios eventuales, pero no T. I. SA.

Esta última no era intermediario ni empleador aparente no actuaba como intermediario.

Cita los escritos de fs. 370, fs. 396 el informe de AFIP a fs. 448/472 que eran personas legalmente constituidas, afirma que no se ven comprendidas en el art. 29 de la LCT.

Cita jurisprudencia parcializada.

T. I. SA contrató los servicios del actor y aquella presto a través de sus empleados determinados servicios a S. como consecuencia de la contratación de ambas, no es de aplicación el art. 29 porque no hubo intermediación requisito para la aplicación.

El actor cumplió diversas tareas y distintos encuadramientos en las empresas que trabajo S. I. SA, Trading..., S..

Mal consideró el juez que el ingreso fue en S. desde el 5-2-04 porque en esa fecha ingresó a S. y pasó a T., como surge de fs. 396 el actor tuvo dos ingresos el 16-5-05 y el 3-01-07.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

<u>Tercer agravio: la Omisión de tratamiento de la doctrina de la CSN</u>.

No se atendió la doctrina del caso "Carrizo" del 30-10-2001 citado por esa apelante. Y doctrina del STJ de nuestra provincia sobre el alcance de los criterios de CSJN.

<u>Cuarto Agravio. Omisión de descontar los montos percibidas por el actor en concepto de indemnizaciones</u>

Para el caso que se confirme la condena. El actor fue despedido en 2-7-09 sin causa y generó a su favor indemnizaciones que fueron canceladas.

El actor en el capítulo de liquidación consignó lo percibido: $44.318. Dice el recurrente que abonó $49.803,25 surge de fs. 273 recibo de sueldos, libro de sueldo y jornales fs. 215, documental reservada fs. 275 que no fue desconocida ni impugnada. Peticiona sean descontados.

<u>Quinto agravio: La aplicación del tope y/o caso "V."</u>:

Dice que el personal o trabajador con cargo

jerárquico no incluido en CCT corresponde tomar como tope el 67% de la mejor remuneración.

La sentencia tuvo como fuera de convenio al actor, corresponde el segundo párrafo del art. 245 LCT, dice que había una convención colectiva la nro. 396/04, expresa que de acuerdo al monto publicado en el Boletín Oficial nro. 32004, entonces no debe tomarse $19.052,54, sino la base anual para el cálculo según caso V. $12.765,20.

Aun si se tiene en cuenta la antigüedad del fallo.

Peticiona se descuente lo percibido.

Sexto agravio: La improcedencia de tomar la mejor remuneración normal y habitual para el cálculo de las indemnizaciones sustitutivas de preaviso, integración del mes de despido y vacaciones no gozadas.

Las remuneraciones del actor asumen el carácter de variables debe estarse a los criterios jurisprudenciales vigentes y mayoritarios y tomarse un promedio, no la última remuneración. Efectúa los cálculos.

Séptimo agravio: Condena a entregar las certificaciones de ley por períodos que el actor trabajó para S. I. SA y T. I. SA.

Entiende que mal puede condenarse a que confeccione y entregue certificaciones que contengan como fecha de inicio la consignada en la sentencia, porque ello resulta imposible.

Octavo agravio: Improcedente condena por el art. 2 de la Ley 25323.

De las cartas documentos de fs. 7, 1, 14 las menciones que hace al art. 2 son dirigidas a las operadoras solidarias. La única intimación dirigida a S. fue la de fs. 14 y no cumplimenta lo exigido en la ley. Recién en la demanda intima.

Además deben tenerse en cuenta las atenuantes. Cita

antecedentes remarcando que pagó las indemnización al día siguiente del despido, que los reclamos fueron por diferencias litigiosas.

Noveno agravio. La imposición de las costas.

Dice que hubo un éxito parcial que se demandó por $368.051,76 y la condena fue por $262.588,14.

Ratifica la reserva del caso federal.

A fs. 567/9 la parte actora contesta los agravios.

Trabajó durante 6 años y el demandado hizo figurar al actor como prestando servicios en otras empresas, sin que se haya probado la eventualidad de los servicios que justifiquen un trabajador en esa condición (de eventual), la responsabilidad debe recaer sobre la empresa beneficiaria, insiste en la configuración de un fraude laboral.

Mantiene la reserva del caso federal.

Análisis:

1. En forma preliminar dejo sentada mi opinión respecto de la aplicación tanto de fallos plenarios como de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

"Menos aún tiñe de arbitrariedad al pronunciamiento de la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, el hecho de que esta se apartara de las previsiones de un fallo plenario de un Tribunal de otra Provincia. "La doctrina sentada en un fallo plenario no es una ley, sino una interpretación de esta última, de alcance obligatorio para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla Tribunal de Alzada" (CNCiv. Sala F, "Obras Sanitarias de la Nación c/ Consorcio de Propietarios Paraguay 1984", LL, 1985-A, 129; DJ.985-21-649). El plenario al que hace referencia el recurrente, en modo

alguno obliga al Tribunal que pronunció la sentencia de autos; la obligatoriedad de aquel plenario no se extiende fuera de la jurisdicción del tribunal que lo emitió o pronunció, y carece en absoluto de fuerza vinculante para todos los tribunales de esta Provincia. Pueden, en todo caso valer como guía de la opinión que se quiere compartir en función de cierta certeza jurídica al señalar una interpretación mayoritaria, mas pueden implicar la vulneración del derecho de los magistrados a emitir sus juicios de valor sin imposiciones vinculantes extralegales (cf. CNCrim.y Correc., Sala V 1986/04/23, LL, 1986-D, 39; DJ, 986-2-807).

"…En este orden de ideas este Superior Tribunal con anterior composición, ha sostenido que "No cabe sostener... la validez vertical, lisa y llana de los fallos del Tribunal Supremo de la Nación, pues ello significaría otorgar vigencia y efectos normativos a sus decisiones y a la doctrina que de él dimanan. Así se concedería a ésta, alcances no determinados en nuestra constitución al definir la órbita de competencia de los Poderes del Estado y efectos no regulados en nuestro sistema de fuentes derecho, tal como ocurre en los países donde se aplica el "stare decisis" (SI. N° 101/90.STJCh). Tan solo este Cuerpo ha aceptado que ciertos valores jurídico políticos de gran significación, que constituyen materia federal regida por la constitución, requieren de pronunciamientos uniformes, que reafirmen la seguridad de las instituciones, eviten disparidad en las situaciones particulares y constituyan un sistema útil y efectivo (SI N° 10/96)".

Abordaré el tratamiento de los agravios de la demandada apelante en forma conjunta por la vinculación existente entre los mismos.

La jueza de primera instancia rechazó los planteos del actor respecto del infortunio laboral, los concernientes a los pedidos de inconstitucionalidad por la ausencia de acreditación, lo cual llegó firme a esta Alzada.

No fue desconocido por la sentenciante de grado el informe del Ministerio de Trabajo, tal como señaló el recurrente respecto de T. SA, no era una empresa de servicios eventuales. La interpretación que efectúa de dicha circunstancia es subjetiva del apelante y a mi modo de ver no modifica la situación del extrabajador S. en punto a la prestación de servicios para la demandada haciendo esta afirmación, ateniéndome a la verdad material sobre la aparente; todo lo cual surge de la totalidad de la prueba rendida en el curso del pleito sin que fuera rebatida por el apelante.

En varias ocasiones he tenido oportunidad de señalar que la expresión de agravios es el acto mediante el cual, fundando la apelación el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas por la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos o de la prueba o a la aplicación de las normas jurídicas (PALACIO, Lino, "Derecho Procesal", Buenos Aires, 1.975, Tomo V, pág. 266).

En definitiva, la expresión de agravios debe constituir una exposición y autosuficiente que contenga el análisis razonado y crítico de la resolución impugnada; el apelante, en el caso traído a resolución, no ha logado poner de manifiesto, mostrar, lo más objetiva, clara y sencillamente posible los agravios, es decir el daño injusto que la sentencia le ocasiona, sin que pueda remitirse, simplemente, a piezas anteriores a la

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

sentencia, como los alegatos, o lo vertido en el escrito de contestación de demanda, por más que se halla demostrado o creído demostrar la justicia de su causa (GIANELLA, Horacio. "Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza", Buenos Aires, La Ley, 2.009, Tomo I, pág.1.025 y sgtes.).

La apelación constituye un procedimiento cuyo objeto consiste en verificar, sobre la base de la resolución impugnada, el acierto o el error con que esta ha valorado los actos instructorios producidos en la instancia precedente y de ahí que no se trate de reiterar o de renovar esos actos, sino de confrontar el contenido de la resolución con el material fáctico y jurídico ya incorporado a la primera instancia, a fin de determinar si ese material ha sido o no correctamente enjuiciado, lo que no acontece en la especie, pues el apelante vuelve sobre sus argumentos, que fueron atendidos y no emerge análisis alguno para acreditar cuál fue el error del sentenciante.

Advierto que son coincidentes las declaraciones testimoniales en que el actor prestaba servicios en la empresa demandada aunque figuraba como dependiente de S. y T. y que en el año 2007 fueron obligados a renunciar e integraron el plantel de S. SA (Testigos R. A., G. G.). El vínculo permaneció inalterado para la accionante durante años, que continuó prestando labores siempre y en definitiva durante toda su relación laboral recibió órdenes de S..

Comparto la decisión venida en crisis y los fundamentos brindados, la prueba ofrecida y en particular la detallada ut supra, no se vislumbra del memorial argumentos para apartarse de la misma. "Si bien el fraude a la ley es un recaudo esencial para que se configure la

responsabilidad empresaria solidaria del art. 29 L.C.T., ello no significa que daba probarse el dolo del empleador o un propósito fraudulento de su parte. No se requiere intención subjetiva de evasión de normas laborales tuitivas del trabajador, ni la demostración de una intención evasiva, basta que la conducta empresarial se traduzca en una sustracción a esas normas laborales" (elDial.com - AA4259).

En relación a la intermediación, fenómeno que se produce cuando una persona contrata trabajadores con vistas a proporcionarlos a otras empresas, el art. 29 de la L.C.T. señala con claridad que dichos trabajadores serán considerados empleados directos de quien utilice sus servicios. Rige el principio de primacía de la realidad y es consecuencia de ello la responsabilidad solidaria. Luego, si lo que se pretende es interponer un tercero entre los protagonistas del contrato de trabajo para aliviar la responsabilidad del empleador, la situación es claramente fraudulenta y también prevalece la realidad, con la consecuente solidaridad.

En la causa, a través de las pruebas producidas pudo constatarse que pese a haber sido contratado el trabajador por empresas intermediarias, de todos modos prestó servicios exclusivamente para la demandada, es decir que esta última fue su verdadera empleadora.

Los testimonios señalados –G. y A.- dan cuenta también de la categoría laboral, concordando con los recibos de haberes reconocidos. A mi entender se encuentra configurada la situación contemplada en la norma.

"La cuestión ha sido zanjada con el dictado del fallo plenario N° 323 del 30/6/2010 en autos "V., M. L. c/ T. de A. S.A. y otro" (elDial.com - AA60A3). El art.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

29 de la L.C.T. dispone que "los trabajadores que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación", y tiene la finalidad de prevenir el fraude consistente en la interposición entre el empleador y el trabajador de un sujeto que formalmente contrata a este último. Ello pues, resulta evidente la presencia de una forma particular de fraude dado que las empresas son interpuestas por el empleador directo con el fin evadir sus obligaciones laborales, con el consecuente perjuicio para el trabajador y la realidad es que el obligado a registrar el vínculo laboral, pagar la remuneración, hacer los aportes correspondientes, entre otros, es el empleador directo, real y único de la relación; o sea, el que recibe los servicios del trabajador a su cargo y no un tercero intermediario que deviene irrelevante al no ser su verdadera empleadora (elDial.com - AL4345).

Para la decisión del pleito no ha de estarse exclusivamente a lo dispuesto en un artículo de la ley de contrato de trabajo, sino a su integralidad, al espíritu y los principios que la constituyen.

"Los coaccionados inobservaron lo que el art. 14 LCT busca impedir, esto es encubrir su verdadera condición de empleadores con la sucesiva interposición de personas jurídicas, no debiéndose olvidar que dicha norma es de orden público laboral. No debe olvidarse que el citado art. 14, donde el legislador sentó claramente el principio general de considerar nulo todo negocio contractual que implique simulación o fraude a la legislación laboral, reivindicándose así la aplicación del principio de primacía de la realidad que importa para poder tipificar una relación de trabajo valorar la

realidad de los hechos por sobre lo pactado o consignado por las partes, ya sea de buena o mala fe (ver Ruprecht, "Los principios", pág. 118; Caubet, "La calificación del contrato de trabajo. Cuestión de orden público" DEL 1999 - XIII, 662, CNAT, Sala III, 26/5/99, "Loisi c/ Correo Argentino" del 1999 - XIII- 560)" (Dial.com - AA5492).

En cuanto al fallo plenario que cita el recurrente, es doctrina del mismo: "Por lo que, es una contratación absolutamente ilícita la inscripta por agentes interpuestos por la real empleadora que, a su respecto, no realizó el registro debido. Entiendo que al analizar la letra legal debe primar la búsqueda del espíritu de la norma, a fin de arribar a una interpretación racional y valiosa. Ello en virtud de que el espíritu que las informa es lo que debe rastrear en procura de una aplicación racional (cf. Fallos 300:417). En el caso resulta evidente la presencia de una forma particular de fraude dado que las empresas son interpuestas por el empleador directo con el fin de simular una relación fragmentada de trabajo con el consecuente perjuicio para el trabajador. Y la realidad es que el obligado a registrar el vínculo laboral, pagar la remuneración, hacer los aportes correspondientes, entre otros, es el empleador directo, real y único de la relación; o sea, el que recibe los servicios del trabajador a su cargo y no un tercero intermediario que deviene irrelevante al no ser la misma empleadora del trabajador (elDial.com - AA60A3, FALLO PLENARIO N° 323 - "V., M. L. c/ T. de A. S.A. y otro s/ despido" - CNTRAB - EN PLENO - 30/06/2010, voto de la Dra. F.).

Cierra el tema con lo dicho tanto las pruebas arrimadas a la causa que no son descalificadas por el apelante quien solamente pretende dar una interpretación

diversa, pero lo acreditado tiene una única lectura, el Sr. S. prestó su débito laboral para S. desde el 5 de febrero de 2004. Confirmo el fallo en cuanto a la fecha de ingreso, la categoría laboral.

En cuanto a la obligación de entregar el certificado de trabajo conforme lo dispone el art. 80 LCT, toda vez que la multa reclamada fue rechazada, tema fuera de discusión en esta alzada, tengo en cuenta que la situación es diversa a la conte **MARÍA MAGDALENA CONSTANZO** *la* **Secretaria de Cámara**
LCT como emerge de la lectura de la transcripción parcial del plenario que he efectuado en lo pertinente, he de compartir el ítem del criterio transcripto de la distinguida doctrinaria y camarista, aun con los informes de fs. 340/341 de la AFIP.

En síntesis: rechazo los agravios y confirmo el fallo en los ítems.

Los siguientes planteos recursivos, el tope de la indemnización por antigüedad.

Dice el recurrente que el personal o trabajador con cargo jerárquico no incluido en CCT corresponde tomar como tope el 67% de la mejor remuneración.

La sentencia tuvo como fuera de convenio al actor, corresponde el segundo párrafo del art. 245 LCT, dice que había una convención colectiva la nro. 396/04, expresa que de acuerdo al monto publicado en Boletín Oficial nro. 32004, entonces no debe tomarse $19052,54, sino la base anual para el cálculo según caso V. $12.765,20.

En lo pertinente dijo la CSJN y es conveniente recordar: "…10) Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión solo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía

constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994 (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Son pruebas elocuentes de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32).

Al respecto, exhibe singular relevancia el art. 6 del citado pacto pues, en seguimiento de la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), enuncia el "derecho a trabajar" (art. 6.1), comprensivo del derecho del trabajador a no verse privado arbitrariamente de su empleo, cualquiera que sea la clase de éste. Así surge, por otro lado, de los trabajos preparatorios de este tratado (v. Craven, Matthew, "The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", Oxford, Clarendom, 1998, págs. 197 y 223). Derecho al trabajo que, además de estar también contenido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV) y en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5.e.i), debe ser considerado "inalienable de todo ser humano" en palabras expresas de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11.1.a).

11) Que, en suma, establecer una pauta en el caso en examen, teniendo en cuenta los principios que han venido siendo enunciados, es cuestión que solo puede estar regida por la prudencia, y los imperativos de justicia y

equidad, antes aludidos.

En consecuencia, a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable. Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (Fal **MARÍA MAGDALENA CONSTANZO**
Secretaria de Cámara
210:310, 320, considerando 6°, entre muchos otros).

Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la Constitución Nacional.

La Corte no desconoce, desde luego, que los efectos que produzca la doctrina del presente fallo podrían ser considerados, desde ciertas posiciones o escuelas, como inadecuados a los lineamientos que serían necesarios para

el mejoramiento del llamado mercado de trabajo, cuando no del mercado económico en general.

Esta hipotética censura, sin embargo, al margen de la naturaleza solo conjetural de las consecuencias que predica, resulta manifiestamente desechable. Puesto que, seguramente de manera involuntaria, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el ya mentado principio de supremacía de la Constitución Nacional, cuanto el fundamento en el que toda ésta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aun más por los señeros aportes del art. 14 bis y la reforma de 1994 (esp. art. 75 inc. 22). Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las "leyes" de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas "leyes"), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional.

…12) Que, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299:428, 430, consid. 5° y sus numerosas citas).

En el sublite se ha configurado esta grave situación

según se sigue de los guarismos y cálculos no controvertidos que ya han sido expresados (considerando 2°). Entonces, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable" (ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT - ANTONIO BOGGIANO - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO, "Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido").

Retrotrayéndome al inicio del presente y el tenor del fallo del Supremo Tribunal del país, en orden directriz sobre un tema de tal trascendencia, y esta Sala que integro que se ha adherido a tal postura, recepto el planteo.

No evaluó el tope indemnizatorio al incoar, S. dijo que el encuadramiento era de la CCT394/04 y tomó al momento de efectuar la liquidación en su libelo de la remuneración base de $15.364 (fs. 102 y 106vta.). Dicha suma emana de los recibos de sueldo acompañados (fs. 22) donde también puede leerse "fuera de convenio". La jueza a quo sin ningún fundamento calculó la indemnización por antigüedad conforme el pedido (fs. 532vta.). La recurrente dice a fs. 551 y vta. que al momento de efectuar los cálculos de la in[illegible]dad aplicó la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso mencionado y efectuó sus cálculos indemnizatorios con una base remunerativa diminuida, en síntesis abonó sobre la base del 67% del monto -coincidente con la demanda y los recibos-.

Ahora bien, no obstante la ausencia de planteo de inconstitucionalidad por la actora del art. 245 de la LCT

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

en lo que ataque al tope, ni tampoco objetarse el punto por el demandado en su oportunidad, considero que debe aplicarse lo establecido en el precedente de la CSJN referenciado.

Corresponde la aplicación de los lineamientos sentados en el precedente de la CSJN "Vizzoti" aún cuando en el caso no se haya pedido la declaración de inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT, en virtud de la doctrina del Máximo Tribunal que autoriza a adoptar la ya consolidada aunque no medie solicitud de parte (elDial.com - AA5C94).

Por ello y concordancia con lo decidido, recepto parcialmente el agravio, teniendo en cuenta la doctrina del fallo de la CSJN en el caso "Vizzotti", corresponderá recalcular la indemnización por despido correspondiente sobre una base salarial equivalente al 67% de la remuneración fijada por la juez a quo, y por el periodo estimado en el fallo por tanto la indemnización por antigüedad en el caso arroja un importe de $76.591,20.

En cuanto al planteo agraviante de la recurrente del monto para el cálculo de la indemnización por preaviso, integrativa del mes de despido y vacaciones no gozadas que consideró la juez como la mejor remuneración normal y habitual peticiona se efectué un promedio por ser en el caso variables.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

A los planteos del promedio de remuneraciones en cuanto al rubro preaviso e integración del mes de despido en caso de remuneraciones variables.

El tema de la remuneración variable no estuvo entre los tratados en la instancia de grado, ni mencionado en la precaria demanda y la contestación hicieron referencia alguna al punto, el actor al demandar en la etapa de liquidación a fs. 106vta. toma una remuneración base de

$15.364 siendo negada a fs. 128, la ausencia de prueba pericial contable. Teniendo en cuenta esas falencias del informe de la AFIP de fs. 470/471 surge que el trabajador tuvo remuneraciones variables, asiste en el ítem razón a la apelante.

Recepto el agravio y tomo el monto detallado a fs. 555 y ordeno que por Secretaría del Juzgado de instancia se practique una nueva liquidación con los rubros a percibir por el accionante con las modificaciones establecidas en la presente sentencia.

Ante el caso de remuneraciones variables el criterio de la normalidad próxima rige respecto del preaviso y de los días trabajados en el último mes y el art. 155 LCT en relación a la compensación por vacaciones no gozadas.

A título ilustrativo cito: Cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que torna procedente la aplicación del promedio mencionado (CNTRAB - Sala IV, citar: elDial.com - AL3505).

"a) Las indemnizaciones por despido según antigüedad por falta de preaviso y por integración del mes de despido, en el caso del empleado retribuido con remuneraciones variables, deberá calcularse sobre la base constituida por un promedio de las remuneraciones percibidas durante el período de un año o seis meses de la relación laboral, actualizadas las mismas a valores homogéneas en razón de la desvalorización monetaria,

guardando los límites temporales impuestos a dicho procedimiento por la legislación en vigor. b) La indemnización por vacaciones no gozadas del personal mencionado en el párrafo anterior, deberá calcularse de acuerdo al método descripto en el por el art. 155 L.C.T., que se integrará con valores actualizados con las especificaciones formuladas en el párrafo anterior" (Superior Tribunal de Justicia de Tucumán, elDial.com - BB1F58).

Se queja S. SA de la condena al art. 2 de la Ley 25323, no desconozco los antecedentes citados por el presentante ni mi propio criterio. Pero de la simple lectura de los mismos, y de la letra de la ley surge que se trata de una excepcionalidad, la que los magistrados evalúan, no se ajusta el caso mínimamente a las situaciones que ameriten a ello. Es que en el caso las condenas derivadas de un conflicto por la inconducta de la empleadora.

Además fue intimada a fs. 14, lo cual es reconocido específicamente respecto de dicha norma y del art. 132 bis de la LCT, sería un excesivo rigorismo formal esperar alguna formula especifica, la demandada contestó incluso las intimaciones en forma previa a la interposición de la demanda, considero cumplido los requisitos legales para la procedencia.

Rechazo el agravio confirmando lo decidido, sin perjuicio que señalar que deberá tenerse en cuenta el reajuste de la condena en base a lo dispuesto en los puntos anteriores al practicarse la liquidación ordenada.

También fue motivo de agravio la omisión en el fallo de considerar y efectual del descuento de lo percibido por el actor previo a la demanda. De acuerdo a constancias de autos vinculadas a la relación laboral

habida entre las partes, de lo manifestado en la demanda a fs. 106vta. cabe entender que el monto entregado al actor al momento del cese, tuvo su razón de ser en concepto de liquidación final y puede ser descontada de los rubros que la componen. No contraría la naturaleza misma del rubro cuestionado ni la finalidad resarcitoria –entre otras– de las indemnizaciones previstas en el ordenamiento legal para el supuesto de despido sin causa, ni se afecta el principio de irrenunciabilidad de derechos consagrado en el art. 12 de la LCT.

Dijo la jurisprudencia que parcialmente cito: Si el ejecutante admitió un depósito del ejecutado para ser imputado a liquidación final, es ésta la oportunidad procesal en que debe descontarse lo depositado a cuenta del total (elDial.com - AZ3AE, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO).

Por ultimo, el tema de la imposición de costas en la instancia de grado fue materia de agravio. Toda vez que la sentencia fue modificada conforme lo establecido en el art. 282 del código de forma carece de virtualidad jurídica expedirse.

2. Costas: Por imperativo legal habiéndose modificado la sentencia de grado, me expido respecto de la imposición en ambas instancias.

Reiteradamente este tribunal ha sostenido que la imposición de las costas no debe efectuarse con un criterio aritmético no obstante evaluarlo, sin hacer especial hincapié en el monto por el cual prosperó la sentencia sino considerarlo como un factor más de decisión.

La demanda tuvo como eje central no el despido incausado, sino el fraude laboral, el distracto que se

dispuso en una invocada enfermedad no acreditada, esto último no prosperó, pero sí los rubros indemnizatorios que legalmente se vinculan con esa circunstancia, modificándose los quantum de las indemnizaciones por los planteos de la apelante y la aplicación de las normas al respecto.

He propiciado siguiendo doctrina del STJ de nuestra provincia en situaciones análogas el criterio de proporcionalidad. En la actualidad ha variado el máximo tribunal provincial su criterio y uno de los fallos más conocidos por quienes transitan por estos caminos del derecho del trabajo ha sido "L. R.…", allí se priorizó sobre las normas procesales los principios tuitivos laborales. Por lo cual y teniendo en cuenta otros antecedentes similares recientes (Sentencia Definitiva 001-2012), he de enrolarme en dicha postura. Por lo cual y considerando que en lo sustancial progresó el reclamo del accionante, como señalé precedentemente, impongo las costas de ambas instancias al demandado.

Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo para el Acuerdo

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada S. SA, modificando la sentencia venida en crisis en el punto 1 exclusivamente en cuanto al monto de la condenas y fallo 2 la imposición de las costas. Disponiendo que el monto de condena y suma a abonarse al actor Sr. C. E. S., se determinará readecuándose conforme a la liquidación que se ordena a practicar en la secretaría del juzgado de primera instancia conforme las pautas dispuestas en el presente voto.

2) Las costas de ambas instancias se imponen a la parte demandada. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo, según considerando respectivo.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetic formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

I.A) Contra la sentencia definitiva nro. 84 del 16/09/13 (fs. 524/534vta.) expresa agravios la apelante demandada a fs. 538/565vta., conferido el traslado correspondiente a fs. 566, los mismos fueron contestados por la actora a fs. 567/569vta.

I-B 1 y 2) Observando que el planteamiento de su primer agravio tiene relación con el desarrollo de los demás agravios, he de tratar el mismo en forma conjunta con el segundo agravio (fs. 538vta./539vta. y 539vta./545, respectivamente), haciendo aplicación del principio procesal de concentración y celeridad (art. 34 inc. e de la Ley XIII, nro. 5, anexo A -DJ-), uso de las facultades otorgadas por el arts. 390 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -DJ- y basada en el criterio jurisprudencial que explicita: "El planteo atingente a la omisión de tratamiento por la sentencia bajo recurso de argumentos invocados por el quejoso, es inocuo. Ello así, puesto que como lo ha establecido la doctrina casatoria

local: "Los jueces deben examinar la totalidad de los planteamientos de hecho y de derecho propuestos por los litigantes, pero no tienen obligación de señalar minuciosamente la incidencia que cada uno de ellos ha tenido en el proceso de formación de su estado de conciencia, al punto de que la sola falta de mención de uno de ellos conduzca sin más a la revocación de la sentencia. Su deber es enunciar la decisión, explicar los argumentos que la sustentan y dar a conocer los motivos que llevan a descartar las principales defensas de las partes. Lo demás se deduce por simple decantamiento lógico"(…). En rigor técnico, el principio de congruencia es el reverso del principio de idoneidad, de modo que las peticiones de las partes tienen que ser idóneas, esto es, aptas para la obtención de la resolución judicial apetecida. Por lo demás, advierto que la resolución judicial bajo recurso es congruente, es decir, acorde a la petición que dirime –identidad entre el caso controvertido y el caso resuelto-. (…). Consecuentemente, se previene que la argumentación ante el juez no sólo puede, sino que debe ser interpretada en el sentido de la teoría del discurso (…).(cf. crit. cámara octava de apelaciones en lo civil y comercial de córdoba – 08/02/2011 Sent. N° 1 - "Schneider Elena Inés c/ Aguas Cordobesas S.A. - Ordinario - Daños y Perj. Otras Formas de Respons. Extracontractual Recurso de Apelación - EXPTE. N° 1023440": elDial.com - AA6C9F).

Abocándome al estudio de la temática planteada en los presentes autos, considero importante a efectos de una mejor clarificación conceptual jurídica efectuar previas consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales para posteriormente aplicarlas en el análisis de las cuestiones planteadas por la apelante demanda.

Tengo presente que el Dr. Bernardino Herrero Nieto, en su clásica obra "La simulación y el fraude a la Ley en el Derecho del Trabajo" (Editorial Bosch, Barcelona, 1958), dice: "Toda la habilidad desplegada por el legislador para proteger la Ley puede ceder ante las artimañas que la vida emplea para violarla, minarla y hacerla sucumbir". Con estas impresionantes palabras, describe Ihering el fenómeno social que había observado en el estudio del Derecho Romano, consistente en la resistencia disimulada que, contra el imperativo de la ley, oponen los intereses particulares a los que aquélla hiere con frecuencia. "No basta -añade el mencionado autor- para alcanzar el fin deseado, ordenar una cosa, ni que la Ley tenga una hoja bien afilada para que el golpe vaya directamente al corazón; el golpe más tremendo, si el adversario lo e sablazo en el agua." Y quién puede dudar que de las formas más peculiares y sutiles de evadir los propósitos del legislador no sea esta de hacer parecer lo que no es".

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Sabido es que la misión del Juez, y de manera más intensa en el Juez del Trabajo, consiste en la búsqueda de la verdad sustancial, más allá de las formas que las partes dieran a "contratos" destinados a cubrir el fraude y contrariar el Principio de Primacía de la Realidad, tan imperativo en nuestra disciplina.

El Juez del Trabajo es parte activa en el proceso, no mero espectador pasivo frente a los hechos y actos jurídicos enderezados por las partes. Más allá de las apariencias debe avanzar, como enseñaron los maestros italianos, en "l`indagine giuridica" (cf.: Carnelutti, Calamendrei y otros insignes procesalistas), escrutando las entrañas del caso, en la búsqueda de los signos necesarios para la aprehensión de la verdad y su

encuadramiento jurídico en la normativa vigente para arribar a la solución acertada.

Así se cumple una de las reglas que Rudolf Stammler señala corresponder al Juez en la actividad creadora del Derecho (vide: "Die Lehre von dem Richtingen Recht"). Luis Recasens Siches, siguiendo a Georges Ripert marca el camino: el Juez debe vivificar la ley haciendo intervenir la Moral en sus fallos, ya que el Derecho queda bajo el dominio de las concepciones morales. Lo contrario sería -en el caso- apañar el fraude y la simulación en detrimento de la verdad objetiva y del carácter protectorio del Derecho Laboral (SD 45132 – Causa 28.038/2009 – "Mendoza Carlos Manuel c/ Tramezzino S.R.L. y otros s/ Despido" – CNTrab – Sala VII – 26/03/2013,voto del Dr. Néstor Miguel Rodríguez Brunengo, al cual adhirió la Dra. Beatriz Inés Fontana, no votando la Dra. Estela Milagros Ferreirós: elDial.com - AA7E4A Publicado el 13/05/2013).

El contrato de trabajo es un contrato-realidad, concepto al que responde el artículo 14 L.C.T. cuando establece la nulidad "de todo contrato por el cual las partes hayan procedido con simulación o fraude a la ley

laboral, sea aparentando normas contractuales no laborales, interposición de personas o de cualquier otro medio", agregando la citada norma que "En tal caso, la relación quedar regida por esta ley".

El art. 29 LCT resuelve la cuestión relativa a la interposición de personas para la contratación de trabajadores, atando la consecuencia de la solidaridad para todos los casos en que la interposición se verifique, haya o no fraude o insolvencia (cf. crit. "Della Giustina, Ana Elisa c/ PDV Merchandising S.A. y

Otro s/ Indemnizacion Despido-Certificaciones", expte. N° 3532/L, 30/11/2012, Mag. votantes: Pauletti - Delrieu; Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral de Gualeguaychú (Entre Ríos): elDial.com - GC87).

Haciendo aplicación de los conceptos doctrinarios, jurisprudenciales -los cuales comparte plenamente- y pasando a proceder al análisis tanto de las declaraciones testimoniales valoradas por la a-quo a fs. 529vta. y 530vta. prestadas por la Sra. G. A. G. y el Sr. J. R. A. y más allá de lo contestado por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (fs. 279) donde informa que S. I. S.A. fue habilitada como empresa de servicios eventuales mientras que la empresa T. I. S.A no se encuentra inscripta como empresa de Servicios Eventuales (valorada por la jueza a fs. 529vta.), surge en forma evidente y contundente la conexión entre las empresas ya que conforme emerge de las contestaciones de la informativa prestadas por la Sra. B. R. T. (fs. 370 – por S. I. S.A. y fs. 442 – T. I.l S.A.) es la misma persona con lo cual es indudable la conexidad existente entre las mismas y no como l **MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara** *e demandada en el ptos. 20mo. (fs. 542) y 25to (fs. 543vta.) 28vo. a 32do. (fs. 543vta./ 544vta.). Tal entendimiento es efectuado dentro del contexto previsto por el art. 165, pto. 5to., 1er. párr., 5to. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -DJ-.*

Observo también que a la parte la demandada se la tuvo por desistida (fs. 322) de las declaraciones testimoniales de los Sres. J. S. y G. F. (la cual fuera ofrecida por la accionada en su contestación de demanda – pto. 4 – fs. 149).

Del estudio del presente caso no cabe ninguna duda que la accionada inobservó lo que el art. 14 LCT busca

impedir, esto es encubrir su verdadera condición de empleadores con la sucesiva interposición de personas jurídicas, teniendo en cuenta que dicha norma es de orden público laboral.

No debe olvidarse que el citado art. 14, donde el legislador sentó claramente el principio general de considerar nulo todo negocio contractual que implique simulación o fraude a la legislación laboral, reivindicándose así la aplicación del principio de primacía de la realidad que importa para poder tipificar una relación de trabajo valorar la realidad de los hechos por sobre lo pactado o consignado por las partes, ya sea de buena o mala fe (ver Ruprecht, "Los principios", pág 118; Caubet, "La calificación del contrato de trabajo. Cuestión de orden público" DEL 1999 - XIII, 662, CNAT, Sala III, 26/5/99, "Loisi c/ Correo Argentino" DEL 1999 - XIII- 560) SD.71530 - "Miranda Soto Demerita c/ Uniformart. S.R.L. y otros s/ despido" - CNTrab – Sala V - 04/05/2009, elDial.com-AA5492: publicado el 07/09/2009)".

Vale aquí recordar el Plenario Baglieri dictado por las Cámaras Nacionales del Trabajo, en que en el voto del Dr. Fernández Madrid el mismo dijo "...lo importante es la permanencia en la empresa o del establecimiento en actividad, correspondiendo determinar la nueva titularidad, al solo efecto de establecer los responsables solidarios de los créditos laborales ... Desde este punto de vista la Ley apunta a formar el principio de unidad de empresa en términos tales que impiden el fragmento de la responsabilidad de los créditos laborales anteriores o posteriores a la transferencia. Así, como el trabajador mantiene su antigüedad y su régimen jurídico porque trabaja en la

misma empresa, cualquiera fuera su titular...". Este criterio del plenario, que si bien refiere a las disposiciones de los arts. 225 a 228 de la LCT, considero que es de utilidad para establecer situaciones que aunque no iguales, tienen mucho de parecido cuando el empleador procura eludir su responsabilidad por las obligaciones que tiene con el trabajador, sea como en el caso, utilizando un mismo empleado para la realización de las mismas tareas en distintas empresas,. Por tanto, a mi criterio, el actor trabajó en forma continuada para un mismo empleador, aun cuando se tratare de personas jurídicas diferentes, con el lapso de interrupción del período de renuncia, por lo que su antigüedad debe valorarse conforme a las previsiones del artículo 18 LCT.

A mayor abundamiento entiendo que en el presente caso ha quedado acreditado que la parte demandada resultó conjuntamente con las empresas S. I. S.A. y T. I. S.A. indistintamente beneficiarias de los servicios prestados por el actor. Se trató de un solo contrato de carácter plural pues estuvo integrado en algún tramo por dos personas jurídicas y con identidad de integración societaria (art. 26, LCT); y como la totalidad del objeto de las obligaciones laborales emergentes de ese único vínculo puede ser reclamado por el trabajador in solidum a cualquiera de ellas, resulta indudable que deben responder en forma solidaria (art. 690 y 699 Cód.Civ.)" (SD 71530 -"Miranda Soto Demerita c/Uniformart. SRL y otros s/ despido"- CNTRAB, SALA V, 04/05/2009: elDial.com-AA5492, publicado el 07/09/2009).

Por los criterios doctrinarios y jurisprudenciales y análisis probatorio efectuado arribo a la convicción de rechazar los agravios planteados por la apelante demandada fs. 538vta./545 y confirmar en este sentido la

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

sentencia de fs. 524/534vta.

I.B-3) En lo atinente a la omisión de tratamiento de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación planteado por la recurrente a fs. 545/ 549, ptos. 39no. a 52do.) es entendimiento de la suscripta: "Corresponde el sometimiento de los tribunales inferiores a los precedentes Corte Suprema de Justicia de la Nación por la autoridad institucional de los fallos, en su carácter de supremo intérprete de la Constitución Nacional y las leyes. Las causas que justifiquen el apartamiento caen dentro del margen de discrecionalidad de los jueces, pero será la Corte, en última instancia, quien revise las razones invocadas y decida si son valederas o no para aceptar dicho apartamiento. "Volkswagen S.A. de Ahorro para fines determinados c/ Pereyra, Alberto y otro – Ejecución Prendaria – Recurso de Casación" – TSJ de Córdoba - Sala Civil y Comercial – 15/12/2009; (elDial.com - AA5CD6), razón por la cual la jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de la Nación como la del Superior Tribunal de Justicia no entran dentro de lo entendido por la apelante, por lo que corresponde rechazar dichos agravios.

I.B-4) A fs. 550/552 la parte apelante demandada se agravia por cuanto la jueza a quo prescindió en su sentencia de la aplicación del tope indemnizatorio e incluso del criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Vizotti" al determinar que la mejor remuneración normal y habitual del actor fue la del mes de noviembre del 2008 y efectuar cálculos a partir de ella (ptos. 61ero. a 70mo.).

Siendo que tal como lo destaca la apelante demandada a fs. 552, pto. 70mo. en autos caratulados: "A., J. E. c/ P. I. SRL s/ Demanda Laboral (Indemnizaciones de ley)",

expte. nro. 360/12, del 15/04/13, sent. def. nro. 29 he expresado que compartiendo el criterio jurisprudencial que determina: "Corresponde la aplicación de los lineamientos sentados en el precedente de la CSJN "Vizzoti" aún cuando en el caso no se haya pedido la declaración de inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT, en virtud de la doctrina del Máximo Tribunal que autoriza a adoptar la ya consolidada aunque no medie solicitud de parte. En consecuencia, la base para obtener la indemnización por antigüedad tal como lo expone la recurrente accionada a fs. 551vta pto. 67mo en cuanto a que la base anual para el cálculo de la indemnización es en realidad la suma de pesos doce mil setecientos sesenta y cinco con veinte centavos ($12.765,20.) y fs. 552, pto. 69no. la que multiplicada por seis (06) períodos atento a lo decidido en el punto correspondiente de este voto, asciende a la suma de pesos setenta y seis mil quinientos noventa y uno con veinte centavos ($76.591,20), razones todas ellas por las cuales corresponde hacer lugar a parcialmente a los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 550/552 y revocar la sentencia en este sentido.

I.B-5) A fs. 552/555, ptos. 71ero. a 78vo, funda sus agravios la apelante demandada por entender improcedente el haber tomado la jueza a quo la mejor remuneración normal y habitual como base cálculo de las indemnizaciones sustitutiva de falta de preaviso, integración mes de despido y vacaciones no gozadas cuando el actor percibía remuneraciones variables

Y he de adelantar que asiste razón a la recurrente en su línea argumental expuesta en el pto. 73ero. a 77mo. (fs. 552vta./5559), ya que es criterio jurisprudencial que comparto el que ha resuelto que, cuando el trabajador

es retribuido con rubros variables, no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente, torna procedente la aplicación del promedio mencionado (CNAT, Sala III, 6/12/96, exp. 73.020, "Ramos, Humberto c/ Murchinson S.A. Estibajes y Cargas y otros s/ despido"; cf. también: CNAT, Sala VIII, 25/3/91, S.D. 16.010, "Brunetti, Octavio c/ Autolatina Argentina SA s/ despido") - CNTRAB - SALA IV, S.D. 95777 del 30/09/2011, expte. N° 1261/2010 "Rincón Ernesto Eduardo c/Cervecería y Maltería Quilmes SA s/despido". (Guisado-Marino): elDial.com - AL3A81).

Es que la pauta de la "mejor remuneración" establecida en el art. 245 L.C.T. es aplicable solo para el cálculo de la indemnización por despido y el sueldo anual complementario (Ley 23041). Cuando se trata de la percepción de remuneraciones variables, el criterio de la "normalidad próxima" rige respecto del preaviso y de los días trabajados en el último mes y el art. 155 L.C.T. en relación a la compensación por vacaciones no gozadas. Para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido. Cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, no hay

modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente torna procedente la aplicación del promedio mencionado (CNTrab. - Sala IV, S.D. 92.911 del 19/12/2007, expte. N° 11.645/2006, "Serra, Natalia c/ PEOPLESOLF Argentina S.A. y otro s/ despido" (Gui.M.): elDial.com - AL28CD).

Por los entendimientos expuestos arribo a la conclusión de que el promedio a tomarse para el cálculo de las indemnizaciones sustitutas del preaviso, integración mes de despido y vacaciones no gozadas es de la suma de pesos once mil ochocientos ochenta y siete con cincuenta y cinco centavos ($11.887,55), razones estas por las cuales corresponde hacer lugar a los agravios expuestos por la apelante demandada a 552/555, ptos. 71ero. a 78vo y revocar en este sentido la sentencia.

I.B-5) A fs. 549vta./550 (ptos. 53ero. a 60mo.) plantea la apelante demandada basándose en que la jueza a quo omitió descontar el monto percibido por el actor en concepto de indemnizaciones.

Atento a lo decidido en los considerandos pertinentes y siendo que el mismo actor en el capítulo V, cuando practicó liquidación en su escrito de demanda, admitió que percibió la suma de pesos cuarenta y cuatro mil trescientos dieciocho ($44.318) (fs. 106vta.); que, asimismo, dicha suma emerge del recibo agregado a fs. 215 cf. doc. reservada por Secretaría de esta Cámara de Apelaciones bajo el nro. 437 del 29/10/13, se hace de

aplicación en los presente autos el criterio determinado por nuestro más Alto Tribunal Provincial: "Si bien el derecho no puede proscribir totalmente las contradicciones y obligar a una coherencia absoluta de conducta, existen c[illegible] cuales se ha juzgado necesario sancionarlas para crear así una base de confianza y dependencia recíproca que permita el desarrollo sereno del tráfico negocial. La teoría que explica este resultado y precisa tanto las condiciones para su aplicación como las consecuencias que de ella surgen, ha sido llamada en nuestra lengua "doctrina de los propios actos" y se sintetiza en el aforismo latino 'venire contra factum'"... (STJCh, 21-06-02, Ministros: Dres. Fernando Royer - Agustín Torrejón - Carlos Velázquez, en autos caratulados:" G., M. B. y Otro c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Cobro de Diferencias Salariales. Nulidad e Inconstitucionalidad").

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Advierto que si bien en la transcripción efectuada por la jueza a quo de los términos de la demanda expresa que la parte actora practica liquidación (fs. 525), nada dice con respecto a lo aquí planteado sobre el reconocimiento del actor de la suma percibida como liquidación fina, razón por la cual y en virtud de los entendimientos expresados por la suscripta en el presente voto, corresponde que al momento de practicarse la liquidación en la etapa de ejecución en virtud de las pautas decididas proceda descontar del monto que resultare la suma de pesos cuarenta y cuatro mil trescientos dieciocho ($44.318).

Por las consideraciones expuestas corresponde hacer lugar a los agravios de la apelante demandada expresados 549vta./550, ptos. 53ero. a 60mo.

I.B-6) Se agravia la apelante demandada a fs.

555/557vta., ptos. 79no. a 90no., en cuanto la jueza a quo la condena a la entrega de certificaciones de ley por períodos que el actor trabajó para S. I. S.A. y T. I. S.A.

I.B-7) Apela la recurrente demandada en cuanto entiende que no es procedente la decisión de la jueza a quo de condenarla conforme lo prescripto por el art. 2do. de la Ley 25323 (fs. 557vta./562, ptos. 91ero. a 108vo).

Teniendo en cuenta que en el presente voto la suscripta ha entendido la existencia de fraude laboral respecto del trabajador, se hace de aplicación el criterio jurisprudencial que determina: "Si la relación laboral no fue inscripta por el empleador, sino por un tercero que actuaba como agente (supuesto de aplicación del art. 29 LCT), se está ante el supuesto de aplicación de la norma por cuanto el sujeto que cumple la obligación de hacer no es el sujeto llamado para hacerlo. La carga de registro y de extensión de certificaciones pesa sobre el empleador directamente y, al tratarse de obligaciones de hacer que tienen un sujeto determinado como obligado, ella no puede ser suplida por un sujeto distinto del empleador. Como establece el art. 626 del Cód. Civ.: El hecho podrá ser ejecutado por otro que el obligado, a no ser que la persona del deudor hubiese sido elegida para hacerlo por su industria, arte o cualidades personales´. En la medida que se ha establecido que el sujeto obligado es el empleador, su débito no puede ser reemplazado por su deudor solidario. La obligación de hacer que tiene en cuenta la industria, arte o cualidades personales, como es el caso de la obligación de registro del art. 7 LNE es personalísima del empleador … El registro por el sujeto que no es empleador impide considerar a la remuneración como adecuadamente registrada en los términos del art. 7

LNE y, consecuentemente, hace pasible al empleador de las multas de los art. 8, 9 y 10 LNE, 1 de la Ley 25.323 y art. 80 LCT… En lo referido a la multa por la falta de entrega de certificados de trabajo por no haberse cumplido el recaudo requerido en el decreto 146/01, se considera que tratándose de un negocio fraudulento en el cual se ha intentado poner un velo a la configuración del contrato para excluir las responsabilidades consiguientes, no puede invocarse el plazo de 30 días que requiere dicha norma para que el trabajador intime la entrega de dicho certificado, lo que solo podría justificarse para el caso de una relación laboral normal. Si en virtud del fraude no existía la menor probabilidad de que la demandada extendiera la certificación de los servicios prestados, va de suyo que también caen las exigencias que se pueden hacer valer respecto del empleado. Sin perjuicio de lo cual la demandada, aferrada a la inexistencia del contrato de trabajo, en ningún momento ha intentado confeccionar la certificación en cuestión. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo – Sala VI, expte N° 17.580/2010 S.D. N° 64.974 del 22/03/2013, "Anadon Tomás Salvador c/ Comisión Nacional de Comunicaciones s/ Despido" (Fernández Madrid – Craig): elDial.com – AL405B).

Por las razones expuestas corresponde no hacer lugar a los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 557vta./562, ptos. 91ero. a **MARÍA MAGDALENA CONSTANZO**
Secretaria de Cámara *n este sentido la sentencia.*

I.B-8) En cuanto a la apelación de la apelante demanda respecto de la imposición de costas (fs. 562//565, ptos. 109no. a 118vo.) fue criterio sustentado por la suscripta desde larga data (sent. def. nro. 32 de esta Sala B nro. del 16/05/01): "En la distribución de

costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio" (CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. c/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B-,2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda.

Dicho entendimiento es el que aplica actualmente el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, así en autos caratulados: "S., N. E. c/ B. del C. S.A s/ Cobro de Haberes e Indemnizaciones de Ley (expte. nro. 21.209-S-2008) sent. def. registrada bajo el nro. 5 del día 01/07/08 el Sr. Ministro Dr. Royer señaló expresamente en su voto: "en el ámbito del Derecho Laboral sostuve desde ataño mi criterio –siendo minoritario en anterior composición del Tribunal– respecto a que la imposición de las costas debía ser siempre a la vencida, por aplicación de los arts. 13 y 59 de la ley nro. 69 conc. art. 20 LCT (SD. 49/92). Ello aún cuando la demanda prosperase en una mínima parte, por no parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos (21/SER/97)… También se ha dicho que a los fines de la determinación del porcentaje de costas que cargarán cada parte, los jueces no deben valorarlas con un criterio aritmético, sino jurídico, "atendiendo a que en materia laboral las disposiciones procesales sobre las mismas debe ser interpretadas con los principios de Derecho del Trabajo, en especial el protectorio (LL 1990-A-528, DT 1990-A-609, DT 1992-B-1220), evitando el abuso que podría significar la pretensión de la demanda de beneficiarse con un supuesto exceso de lo peticionado… La erogación que las costas

implican no debe gravitar "en desmedro de la integridad patrimonial de quien se ha visto obligada a litigar por la actitud de su contraria, aunque esta última no haya sido considerada expresamente vencida en el pleito" (LL 1993-D-547), cf. SD 9/SER/06).

Dicho entendimiento fue el seguido en los mismos autos por el Sr. Ministro Dr. Caneo.

Por los criterios expuestos corresponde el rechazo de los agravios planteados por la recurrente demandada a fs. 562//565, ptos. 109no. a 118vo.) y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.C) En cuanto a las costas de esta instancia, y haciendo aplicación del criterio expuesto en el punto anterior de este voto, tanto las costas de primera como de segunda instancia son impuestas a la demandada vencida, ya que lo decidido en la alzada sobre la cuestión principal, cual fuera el fraude laboral, fue confirmada (arts. 282, 69- Ley XIII, nro. 5, anexo A -DJ-). Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Graciela Mercedes García Blanco, adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por dicha colega, ya que considero que esta parte del voto no está comprendida en la manda del art. 169 Const. Prov.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por

mayoría, por lo que la Dr. Reynoso de Roberts no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente SENTENCIA:

1) *Receptar parcialmente los agravios de la demandada S. SA, modificando la sentencia de fs. 524/534vta. venida en crisis en el punto 1, exclusivamente en cuanto al monto de la condena, y en el punto 2, sobre la imposición de las costas.*

2) *Disponer que el monto de condena y suma a abonarse al actor Sr. C. E. S. se determinarán readecuándolas conforme a la liquidación que se ordena practicar en la secretaría del juzgado de primera instancia, conforme las pautas dispuestas en los considerandos pertinentes.*

3) *Costas de ambas instancias a la parte demandada.*

4) *Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a la Dra. S. T. en el dieciséis por ciento (16%) y de los Dres. A.F. A. y M. de la P. F. A., conjuntamente, en el diez por ciento (10%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.*

5) *Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la a alzada a la Dra. S. T. en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. A. F. A., en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.*

6) *Tener presente la reserva del caso federal.*

7) *Regístrese, notifíquese y devuélvase.*

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Juez de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara