En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil dieciocho, 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. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D., P. T. c/ M. SA y otros s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 667/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 215/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 1972) y autos de fs. 1974/1976, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 1912/1930 y su aclaratoria de fs. 1937/1938? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora a fs. 1233, por la demandada a fs. 1935, contra la Sentencia Definitiva nro. 089/2017 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción. La sentencia venida en crisis dispuso: Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. P. T. D., en consecuencia, condenó a M. SA y S. SRL a hacer entrega del certificado de trabajo y constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social en el plazo de DIEZ (10) DÍAS, como así también condenó a M. SA, S. SRL e YPF SA a abonar en el plazo de DIEZ (10) DÍAS La suma de PESOS UN MILLÓN OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS SETENTA Y DOS CON TREINTA Y CINCO CENTAVOS ($1.868.372,35), con más los intereses.

Impuso las costas a las codemandadas vencidas (fs. 1912/1930).

1. La sentencia definitiva de fs. 1912/1930 cuestionada por las partes: la jueza de primera instancia para decidir el monto final de condena tuvo en consideración, lo que sucintamente detallo:

a) Salario en especie (vivienda):

Dada la condición de vivienda compartida establece, que a los fines de su cálculo, se divida por 3 el valor mensual del alquiler de $5.000 y el monto resultante se incorpore como parte integrante del salario del empleado demandante.

b) Inconstitucionalidad Resol. 2585/14 y 550/15:

Las sumas abonadas deben constituir parte de la remuneración y el otorgarle carácter no remunerativo se encuentra en clara contradicción a las disposiciones del art. 14 de la CN, por afectar directamente los derechos de los asalariados. Legalidad de la suspensión:

La demandada no inició el proceso preventivo de crisis, por ello concluyó que no quedó justificada en forma fehaciente la configuración en el caso de la causal prevista por el art. 219 LCT en que la demandada fundó la suspensión. Consideró no se acreditó la existencia de impugnación en forma oportuna que permita otorgarle al reclamante el derecho a solicitar remuneración por el tiempo en que se extendió la suspensión.

c) Causa de la finalización de la relación laboral:

El despido dispuesto resultó injustificado.

d) Subsistencia de obligación de entregar documentación laboral.

La demandada ha incumplido un deber al omitir hacer entrega de la documentación a la que refiere el art. 80 LCT.

e) Solidaridad con YPF:

Se extiende la responsabilidad por considerar de aplicación a la presente relación laboral las disposiciones previstas en el art. 30 de la LCT.

Puntualizando que no se extiende la condena a la confección y entrega del certificado de trabajo.

f) Sanción conminatoria:

Encontrándose verificada tanto la situación de hecho (falta de aportes) como la situación de derecho (aplicación del art. 132 bis y su dto. reglamentario) correspondió viabilizar la procedencia de la sanción conminatoria.

Por sentencia aclaratoria de fs. 1937/1938, dispuso que la suma condenada devengará intereses según la tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco Chubut, desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago.

2. Agravios M. S.A. y S. S.R.L. (fs. 1944/1951), que presentaron el memorial en forma conjunta..

Primer agravio: asignación de vivienda.

La empresa alquiló una vivienda, la cual era indistintamente utilizada por trabajadores de la UTE. Sin embargo, se agravia de la sentencia de autos en cuanto no contempla dos situaciones de hecho: 1) la dificultad para la provisión de vivienda que es una de las excepciones previstas por el artículo 105 inc. D) LCT, y 2) que en diciembre de 2014 el Sr. D. dejó de trabajar en Las Heras para hacerlo en Comodoro Rivadavia.

Segundo agravio: sumas no remunerativas. Beneficios Sociales. Agravia la transformación de sumas abonadas como no remunerativas en remunerativas.

Tercer Agravio: finalización de la relación laboral

Se ha acreditado en autos que el trabajador fue suspendido por 30 días junto con la totalidad del personal de la UTE con motivo de la resolución intempestiva del contrato que por más de dos décadas mantenía con YPF S.A.

La suspensión no fue impugnada por el trabajador. Transcurrieron más de 40 días sin que el mismo se presente ni efectúe comunicación laboral alguna.

Se configuró abandono de la relación laboral, por lo cual, no corresponde el pago de indemnización.

Cuarto agravio: sanción conminatoria art. 132 bis LCT es improcedente porque el actor no intimó previamente a la extinción laboral, sino que lo hace con posterioridad.

Con anterioridad a la extinción del vínculo laboral la UTE se acogió a un plan de pago y/o facilidades de pago de aportes, por lo que al momento de la intimación del actor no había conducta susceptible de ser sancionada en función de lo normado en el art. 132 bis LCT.

Quinto agravio: tope.

Para el cálculo de la indemnización por antigüedad no aplica tope ni el caso Vizzotti.

Solicita que para el caso de confirmarse la condena al pago de indemnización por antigüedad, el cálculo sobre la base del 67% de las remuneraciones normales y habituales del trabajador.

Sexto agravio: condena no mancomunada.

La sentencia debió indicar que el límite de la condena a los integrantes de la UTE es en forma mancomunada y en proporción a sus participaciones.

Séptimo agravio: tasa de interés.

Solicita aplicación de una tasa de interés menos elevada.

Octavo agravio: tasa de interés a sanciones conminatorias.

Solicita que la sanción del artículo 132 bis de la LCT no deberá repotenciarse vía intereses.

Noveno agravio: condena art. 80 LCT. Solicita sea dejada sin efecto con base en el precedente “Labra Rojas…” del Superior Tribunal de Justicia de la provincia

3. Agravios de la parte actora Sr. D. (fs. 1952/1953vta.).

Con base en la ausencia de procedimiento preventivo de crisis, la actora solicita, en los términos del artículo 104 de la Ley 24013 que se le abonen los salarios caídos entre el 16 de abril de 2015 y 15 de mayo de 2015.

Asimismo, se reclama el pago de los salarios de abril, mayo y junio de 2015.

4. M. S.A. y S. S.R.L. contestan agravios del actor (fs. 1955/1955vta.)

Respecto del primer agravio, las accionadas sostienen –tal cual dijera la juez en su sentencia- que dado que el actor no cuestionó la suspensión de 30 días en tiempo oportuno, esta fue consentida.

Respecto del segundo agravio, se entiende que no corresponde el pago de salarios caídos, dado que no hubo contraprestación laboral.

5. D. contesta expresión de agravios de M. S.A. y S. S.R.L. (fs. 1956/1961).

Respuesta al primer agravio:

No se produjo prueba para demostrar el error de valoración y la excepción legal a la regla que la prestación en especie integra la remuneración del trabajador.

La prestación de vivienda integra el salario del trabajador.

Respuesta al segundo agravio:

La crítica de los demandados no resulta capaz de revertir el fallo basado en el Convenio N° 95 de la OIT y doctrina de la CSJN.

Respuesta al tercer agravio:

No se ha probado que los demandados hayan iniciado y concluido el procedimiento preventivo de crisis.

Por ello, corresponde el pago de salarios caídos.

Respuesta al cuarto agravio:

Se indica que el actor intimó fehacientemente y del informe de AFIP se desprende que el plan de pagos caducó por falta de pago.

El actor fue despedido arbitrariamente por supuesto abandono de trabajo, sin mediar intimación previa, ni haberse observado previamente el procedimiento de crisis.

Las demandadas entonces actuaron a sabiendas de su falta de razón por violación del ordenamiento jurídico y con mala fe.

Respuesta al quinto agravio:

En autos no se acreditó cuál es el tope salarial.

Respuesta al sexto agravio:

Dado que la accionada no peticionó que la condena sea impuesta en forma mancomunada, según los porcentuales de participación en la UTE, al momento de contestar la demanda; no procede solicitarlo ahora.

Asimismo, el actor es un tercero ajeno al contrato de la UTE y por ello, dicho instrumento le es inoponible.

Respuesta al séptimo agravio:

Se solicita que la tasa de interés se mantenga, dada la doctrina fijada en "C., H. y otro c/ BBVA B. F. S.A. s/ Sumario", expte. N° 37/17 (Sala A).

Respuesta al octavo agravio.

Dado que la obligación de pagar una sanción conminatoria constituye dar sumas de dinero, en caso de mora del deudor corresponde la aplicación de intereses conforme artículo 768, inc. c del Código Civil.

Se cita precedente de esta Sala "Bolaño, José Luis c/ González y Choperena, Pablo Luis y otra s/ Demanda Laboral", expte. N° 75/2017.

Respuesta al noveno agravio:

Corresponde su desestimación por no cumplir la carga del artículo 269 del CPCC.

Análisis

Iniciaré el tratamiento de las cuestiones venidas a esta alzada por los agravios de la parte demandada, dejando previamente aclarado que YPF SA dejó firme en lo que respecta la sentencia.

a) En cuanto al primer agravio:

Señalo que al contestar demanda las accionadas expusieron que la vivienda estaba a disposición del trabajador en la ciudad de Las Heras, y con el mismo argumento que hoy invocan que vivía en Comodoro Rivadavia (fs. 109/168).

Fueron puntualizadas en los fundamentos de la sentencia venida en crisis las testimoniales, que en esta etapa de revisión fueron contempladas (detalle al que me remito), lo que me lleva a concluir como la jueza *a quo*, que fue probado que el actor pernoctaba en dicha vivienda.

En lo atinente a la casa habitación en la que se hospedaba el actor de lunes a viernes, cabe agregar que el art. 105 LCT es claro en cuanto señala que el salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos, etc. y que dichas prestaciones complementarias integran la remuneración, no resultando aplicable al caso la excepción que el inciso d) indica respecto de los supuestos de grave dificultad en el acceso a la vivienda, por encontrarse en la ciudad de Las Heras.

El memorial no aporta una crítica concreta a lo decidido con base en el argumento expuesto por la jueza *a quo* para revertir en punto que integra el salario del trabajador.

La sentenciante de grado tuvo en consideración al momento de decidir la condición de vivienda compartida estableciendo a los fines de su cálculo, se divida por 3 (dado la cantidad de ocupantes y habitaciones) el valor mensual del alquiler de $5.000 (*cf*. contrato de locación de fs. 123/125) y el monto resultante se incorpore como parte integrante del salario del empleado demandante, es decir $1.666.

El apelante dice que debe ser prorrateado por los otros ocupantes, surge claramente de la sentencia que ataca que así fue e incluso expresamente lo detalló al establecer la mejor remuneración en la parte pertinente del fallo, no encuentro sustento en la queja. En consecuencia, se rechaza el primer agravio.

b) El segundo agravio lo constituye la decisión sobre las sumas no remunerativas.

En sostén de su crítica dice que las sumas fueron acuerdos homologados.

Considero que la juez *a quo* adoptó su decisión en normativa que expresó (de carácter protectorio, de orden público laboral y jerarquía de prelación) y cuyo contenido y alcance no advierto haya sido objetado, simplemente la disconformidad con lo resuelto. Fundamentos del decisorio dado que adelanto comparto y así lo he sostenido en muchas situaciones análogas, que

con intención de abreviar doy como referente la Sentencia Definitiva nro. 48/L/2013 que expresamente por mayoría dejó sentado el criterio que adoptó la jueza *a quo*.

Más allá de todo análisis y discusión se encuentra la facultad de un tribunal nacional o provincial de declarar la inconstitucionalidad de normas, aun de oficio, como surge del planteo recursivo integrado por ambas partes, pues, teniendo en cuenta que el actor al inicio del pleito dejó peticionada y planteado la misma, desde la óptica del quebrantamiento de disposiciones de normas de jerarquía superior como del perjuicio que la aplicación de las cláusulas objetadas de la CCT le producían. El pago de sumas no remunerativas afectó su patrimonio al excluir del cálculo de la liquidación final.

En países como el nuestro cuyos ordenamientos jurídicos laborales descansan sobre la idea de orden público laboral, la técnica de la limitación de la autonomía de la voluntad y la norma imperativa, el ámbito natural de solución de conflictos individuales es la justicia.

He reiterado el criterio en anteriores fallos que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso: el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional.

Las cláusulas convencionales, como las que regulan los rubros y los califican como asignaciones no remunerativas, son normas destinadas a regir las relaciones individuales de trabajo que vinculan a todos los trabajadores y empleadores incluidos en su ámbito de aplicación, una vez que los acuerdos que las contienen sean homologados o, en su caso, registrados por la autoridad de aplicación (*cf*. arts. 4°, 5° y concs., Ley 14250 –t.o. Dec. 1135/2004–; 1°, inc. c), 8 y 9, L.C.T., t.o.).

"El carácter normativo de las mencionadas cláusulas despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica.

"Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión solo podría ser opuesta a los mencionados sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien –naturalmente- no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo.

" Aun cuando por vía de hipótesis se admitiera que el cambio es en conjunto más favorable para el trabajador, ello de ningún modo justificaría la validez de una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, consagratorias de derechos irrenunciables. Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros" (ver el Dial AA6C44).

Más aún como ocurrió en la especie, en cuanto niegan a estas cláusulas su indudable naturaleza salarial, y vulneran –además en el presente caso el derecho constitucional del actor a la protección del salario-.

La jueza *a quo*, en el fallo venido en crisis efectuó un detenido y lógico fundamento estructurado en lo esencial, que es el concepto de salario, la protección

otorgada por la legislación vigente (art. 103 LCT) sin desprenderse de la jerarquía constitucional, y como normas supralegales los tratados internacionales suscriptos y la aplicación en la especie de lo establecido por los artículos 1 y 4 del Convenio 95, con un criterio que comparto, que no deja duda que toda contraprestación sea en dinero o en especie, que perciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración.

Simplemente a modo ilustrativo y habiendo dejado sentado mi criterio una vez más, de conformidad con lo resuelto, cito: El convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes". Desde dicha perspectiva, al tratarse además de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1 L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no haya suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la Ley Fundamental.

Por otra parte, corresponde declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros, en cuanto niegan a estos su indudable naturaleza salarial, y vulneran en el caso el derecho constitucional del actor a la protección contra el salario. En el entendimiento que resulta inconstitucional por vulnerar el convenio 95 de la OIT, norma de jerarquía supralegal (*cf*. art. 75, inc. 22, párr. 1°, C.N.).

Siguiendo en este orden de ideas: “El art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT (texto según art. 1 de la Ley 24700). Dicho convenio dispone que "... el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último

haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha sostenido desde su reunión 65° de 1995 que los beneficios sociales cualquiera sea el nombre que se les pueda dar, son elementos de la remuneración en el sentido del art. 1° del Convenio 95 y por lo tanto debe recibir la protección que al salario el mismo otorga. A ello cabe agregar que el art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT es inconstitucional por violar los derechos a una retribución justa, a la protección contra el despido arbitrario y a las vacaciones pagadas (*cf*. arts. 14 bis y 75, inc. 22, C.N. y convenio 52 de la OIT). (Del voto del Dr. Zas, en mayoría - CNTRAB - Sala V, "Sosa, Stella Maris c/ Segar Seguridad S.R.L. s/ despido").

Rechazo el agravio.

c) Tercer agravio. Finalización de la relación laboral:

Comprobado está que la empleadora no realizó un procedimiento de crisis económica previo al disponer la suspensión por dicha causa del trabajador. Notificó al dependiente la suspensión por 30 días a partir del 16 de abril de 2015.

Impone como razón el apelante para atacar la sentencia de grado, que la primera notificación del actor al empleador fue 40 días después, lo que implicó un abandono de tareas.

Para que se configure el abandono de trabajo, la conducta del trabajador debe ser apreciada dentro de todo el contexto en que se desarrollan los hechos y debe ser interpretada con sumo cuidado, en atención al principio general de exclusión de toda presunción sobre renuncia de derechos, que emana del artículo 58 de la LCT. De tal manera que el silencio del trabajador, como expresión de manifestación tácita de voluntad, debe constituir un silencio circunstanciado, es decir, valorado en función de todas las circunstancias que rodearon al hecho y que permita presumir sin lugar a dudas que el actor ha renunciado tácitamente a su trabajo, al no concurrir

durante cierto tiempo, sin justificación alguna, a cumplir su prestación laboral.

Valoro el silencio opuesto por el empleador por un lapso razonable, debe juzgarse como un obrar contrario al principio de buena fe, que debe presidir las relaciones de trabajo y no justifica, la abstención de haber intimado al dependiente, en definitiva, el acto resolutorio decidido por la patronal; adelanto la opinión que devino arbitrario. A mi juicio, no existe una clara e inequívoca expresión de voluntad recíproca y concluyente de abandonar la relación en los términos del art. 241, último párrafo, de la Ley de Contrato de Trabajo como pretende justificar su conducta el empleador.

El carácter restrictivo con que cabe interpretar la directiva contemplada en el art. 241 *in fine* de la LCT, hace sopesar que entre la fecha del vencimiento de la suspensión y la ausencia de requerimiento fehaciente de reincorporación a las tareas, el desinterés fue del empleador, quien no mantuvo un obrar de buena fe.

En tal caso, le corresponderá a quien alegue la renuncia tácita arrimar prueba de la voluntad resolutoria unilateral del sujeto. De hecho, la renuncia-tácita o renuncia-abandono se confundirá muchas veces con el abandono de la relación, figuras claramente diferenciadas sólo en el plano teórico. No surge un justificativo, en apariencia, no habilita a una reacción de la patronal que no se condice con la actitud esperada, en el marco de la buena fe que debe prevalecer en la relación laboral (arts. 10, 63 de la LCT).

Para que se configure como causal específica de despido el abandono de trabajo tipificado por el artículo 244, LCT, se requiere la concurrencia de una exigencia de tipo formal: intimación previa al obrero a presentarse a trabajar y la convergencia de dos elementos: uno de tipo objetivo: la no concurrencia al trabajo, y el otro de tipo subjetivo: que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento subjetivo.

Dos cuestiones deben quedar bien establecidas, la primera es la disposición de la empleadora de suspender a los trabajadores y la segunda, el consentimiento del trabajador.

Para abordar el tema, me es necesario dejar establecido que en el campo del Derecho del Trabajo la autonomía de la voluntad se encuentra seriamente circunscripta por el orden público laboral, proyectándose sobre aquellas acciones que, por sus características, no toleran otras vías de solución que las impuestas por los dispositivos específicos (SCJBA, 24-8-2005, "Elusich, Rubén Alberto c/ Celulosa Argentina SA s/ Ley 24028", L 80502).

Bajo esta imperativa, la suspensión que impuso la empleadora debió cumplir con requisitos establecidos expresamente por las normas de carácter tuitivo que rigen, lo que no ocurrió en la especie.

Corresponde destacar que la Ley 24013 instituye en sus arts. 98 a 105 un procedimiento obligatorio, con carácter previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas, que afecten a determinado porcentaje de trabajadores referido al plantel total (art. 98). El empleador debe efectuar una presentación con todos los requisitos exigidos por el Decreto 2072/94 (ADLA-LIV-D, 4560), la cual es controlada por la autoridad administrativa. En ese procedimiento, el empleador y la asociación sindical de los trabajadores, tras reconocer la existencia de crisis de la empresa, pueden acordar una serie de medidas con la finalidad de preservar la fuente de trabajo, canalizando de ese modo los conflictos derivados de despidos masivos.

De esa manera, se instituye lo que la doctrina ha denominado "procedimentalización" del despido de dimensión colectiva por causas genéricas externas a la relación laboral, mediante el cual se reduce la responsabilidad indemnizatoria del empleador por causa de crisis de la empresa (*cf.* Confalonieri, Juan S., “Despido por causas económicas o empresariales", Astrea,

p. 51).

El art. 247 LCT ha visto ampliado su espectro causal con los motivos mencionados en el art. 98 de la L.N.E. Por ello, si la causa invocada en el procedimiento de crisis es la económica, la indemnización a pagar es la prevista en el art. 247 LCT (*cf.* Confalonieri, ob. cit. p. 109). El acuerdo al que se arriba configura un negocio bilateral constitutivo de relaciones obligatorias, y su homologación, conforme lo expresa el inciso a) del art. 103 L.N.E., le confiere la misma eficacia que un convenio colectivo de trabajo (art. 3 y concordantes de la Ley 14250).

El acto de homologación dictado conforme al procedimiento instituido en los arts. 98 a 105 L.N.E. que es insusceptible de ser impugnado, constituye un acto administrativo que goza de estabilidad, que declara la existencia de crisis de una empresa, pudiéndose referir a despidos y/o suspensiones de trabajadores fundados en esa crisis, entre otras cuestiones que pueden acordarse. Su eficacia de convenio colectivo (art. 103 inc. a) Ley 24013), le confiere oponibilidad en relación a todas las partes involucradas.

La UTE se abstuvo de realizar dicho procedimiento, y recién al contestar demanda dice que el art. 98 es inconstitucional, la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio limitada su aplicación a un caso específico por parte de los tribunales, la sola mención por parte del demandado carece de todo sustento para abordar el tema, se ignora cuál es el perjuicio que la norma ocasiona, cuál es el derecho o garantía constitucional afectado, más aún cuando fue el planteo extemporáneamente efectuado, ya que no realizó el procedimiento administrativo y no estableció plazo alguno en que se vería afectado.

Cerrando el tema, el art. 4 de la Ley 25877 y Dto. 265/2002 (que según algunos doctrinarios han resucitado el Dto. 328/88 al considerar la Ley 25561), establece que en caso de suspensión o reducción de la jornada laboral por causas económicas, tecnológicas, falta o

disminución de trabajo, los empleadores deberán seguir el procedimiento, y cualquier medida que se adopte transcribiendo lo prescripto carecerá de justa causa.

La invocación de desidia es inadmisible, toda vez que en derecho del trabajo no es aplicable el criterio según el cual la norma debe tomar en cuenta la igualdad jurídica entre las partes. Al contrario, tiene un carácter tuitivo del empleado, a fin de asegurarle una igualdad sustantiva y real, a cuyo efecto debe tenerse en cuenta el desnivel de su capacidad de negociación. En consecuencia, no rige plenamente el principio de la autonomía de la voluntad, sino solo en los casos en que se han asegurado ciertos límites que constituyen el orden público laboral que impregna casi todas sus normas. Su aplicación debe respetar las fuentes y los otros principios propios de esta rama del derecho.

Además de ello, he de recordar que el principio de buena fe contenido en los art. 63 y 66 de la LCT rige desde las tratativas negociales previas, durante la vigencia del contrato y en la extinción, en el caso el empleador impuso su supremacía decidiendo esperar sin intimar, constituyendo una especulación reñida con dicho principio. Estos motivos me llevan a respaldar lo decidido en la instancia de grado.

Rechazo el agravio.

d) Cuarto agravio. La sanción conminatoria del art. 132 bis de la LCT. La multa del art. 2 de la Ley 25323:

Dice el recurrente que el actor intimó cuando ya se había extinguido la relación laboral.

La relación laboral se extinguió el 26/06/15, y el requisito que pretende incorporar el recurrente no se encuentra en el Decreto reglamentario 146/2001 que estableció para la procedencia de la sanción conminatoria fijada, que el trabajador intime previamente al empleador para que dentro del término de treinta (30) días corridos, contados a partir de la recepción fehaciente cursada al efecto, ingrese a los respectivos organismos recaudadores los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder. Por la misiva de fs.

10 que el trabajador efectuó la intimación a su empleador para que regularice el pago de aportes ante la AFIP-ANSES por encontrarse en mora desde hace varios meses, asimismo tengo en consideración que el Correo Argentino informó a fs. 240 y 243 que la misiva CD 01841520 7 fue recepcionada el día 13/07/15, coincido con la jueza *a quo* que se ha cumplido con los recaudos del Decreto 146/01.

Siendo presupuestos para acceder al resarcimiento previsto por el art. 132 bis de la LCT (art. 43 de la Ley 25345), resulta imprescindible que el trabajador acredite que el principal le hubiera retenido aportes con destino a los organismos de la seguridad social. Es recién cuando se haya admitido o acreditado tal circunstancia, que pesa sobre el empleador demostrar el oportuno ingreso de los fondos a las agencias respectivas.

Encontrándose en la especie configurada la situación prevista en el art. 132 bis LCT porque el empleador descontó los aportes previsionales y no los ingresó, vale decir, retuvo y usufructuó créditos ajenos, y violó las obligaciones que se le han impuesto como agente de retención. Es requisito previo de procedencia del citado resarcimiento la intimación cursada en debida forma, tal lo dispuesto en el art. 1° del Decreto 146/01 que dispone: "Para que sea procedente la sanción conminatoria establecida en el artículo que se reglamenta, el trabajador deberá previamente intimar al empleador para que, dentro del término de treinta días corridos contados a partir de la recepción de la intimación fehaciente que aquel deberá cursarle a este último, ingrese los importes adeudados, más los intereses y multas que pudieren corresponder, a los respectivos organismos recaudadores". Resulta ajena a la norma citada la vigencia o no el contrato de trabajo al momento de la intimación.

La intimación se encuentra cumplida con la misiva obrante fs. 10, en la hace referencia a la integración de aportes retenidos y no depositados por parte del empleador y se estipula allí plazo (30 días) para que

regularice el incumplimiento, tal como es requerido en la norma, luego corresponde rechazar el agravio y confirmar lo decidido.

Es inadmisible pretender sostener una queja con el alcance del art. 268 del código ritual, apartándose de las constancias de autos, toda vez que fs. 1.731/1.741 de la contestación de la AFIP emerge, que la accionada omitió efectuar los aportes retenidos a la dependiente en los períodos 07/07; del 12/13 a 07/15 y que el plan H700171 RG 3756 por los períodos 2.013/08 a 2.015/01 se encuentra caduco y no registra pago de cuotas.

Esta sala que íntegro y con criterio que he seguido, estableció que la multa procede por los periodos impagos aun en la hipótesis del acogimiento a moratorias o planes de financiación de pago, cuando estos no fueron cumplidos, situación que se da en el presente caso, donde solo constan los periodos impagos por lo cual entiendo procede la multa.

Ello así, pues dicha sanción no ha sido establecida exclusivamente en interés del trabajador afectado, sino también de los organismos a los que deben integrarse los aportes y, en definitiva, de la comunidad toda, expresión del principio cardinal de la solidaridad social que impera en materia de seguridad social. El artículo 132 bis ha sido incorporado a la Ley de Contrato de Trabajo por la Ley 25345, de Prevención de la Evasión Fiscal, lo que demuestra que la cuestión excede, aunque contemple, el interés individual del trabajador afectado, habida cuenta de que, en definitiva, una de las finalidades principales que persigue la norma -al colocar a la omisión del depósito de los aportes retenidos como condición de la sanción conminatoria allí reglada- es, precisamente, eliminar la evasión de los fondos destinados a financiar el sistema de la seguridad social (SCJBA, 11-3-2013, “Nervi, Romina Andrea c/ Gana, Liliana Beatriz s/ Despido”).

En el mismo ítem, la apelante se queja de la multa del art. 2 de la Ley 25323.

Con referencia a la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 en autos "Miranda, Eucaria del Carmen y otra c/ Antonio Barilari SA s/ demanda laboral", Sentencia Definitiva nro. 04/08 que obra en los registro del tribunal, siguiendo doctrina del STJ de la provincia en Sentencia definitiva nro. 07/SRE/06 autos "Santana, José c/ DLS Argentina ...s/ laboral", expte. 20146-S-2005, que me permito transcribir parcialmente y en lo pertinente el voto del Dr. Caneo: "El agravio que se ha traído a esta sede ya fue objeto de tratamiento por este STJ en Sent. Def. 08-SER-05. Es así como el Dr. Royer, como primer votante, señaló: "...el elemento que torna operativo el factor punitivo de la norma no es otro que la mora en el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de LCT; o en su caso por los arts. 6 y 7 de la Ley 25013, cuando el trabajador despedido sin causa o impuesto a resolver el contrato laboral que lo vincula con su empleador hubiere intimado fehacientemente para que las abone íntegramente. La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esas normas a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (*cf*. Sapia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", publicado en DT-2001-A223/27), como lo expresara, es requisito esencial de operatividad de la multa, que el trabajador intime en forma previa y fehaciente que abone las indemnizaciones a que refiere el citado art. 2 en su primer párrafo. El emplazamiento o constitución en mora del empleador, no opera automáticamente como sucede en el campo de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, razón por la que aparece en la norma como una carga impuesta al trabajador, que debe formalizar en los términos de la Ley 25323. La fehaciencia requerida no es otra que la común a todo instituto jurídico, por lo que será necesaria la forma escrita por un medio que brinde alguna posibilidad de acreditar la recepción del destinatario de la comunicación (*v.gr*., telegrama, carta, documento, acta

notarial entre otras) (Ruiz Álvaro Daniel, "Los alcances de la Ley 25323. Algunas definiciones necesarias", Rev. DT 2000-B-2271/7; Pose, Carlos, "Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio impuesto por la Ley 25323"; y Alejando Jorge Joaquín "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimiento del trabajador" ambos trabajos, publicados en Rev. DT 2000-B, págs. 2303/14)...".

A estas consideraciones -a las que adhiero en su plenitud-, solo añadiría que la sanción contemplada en el art. 2 de la Ley 25323 tiene por objeto resarcir un tipo de daño que es totalmente distinto y autónomo del que causa la cesantía o extinción injustificada del vínculo laboral en sí. La norma está concebida para reparar los perjuicios que padece el trabajador como consecuencia de la falta de pago oportuno (mora) de las indemnizaciones consagradas en la LCT e incluso en la Ley 25013. Se trata de una sanción pecuniaria de carácter punitivo, por lo que en principio es ajena a la ruptura en sí y en su resarcibilidad (CNT Sala IV 29-404, causa 11871-03...).

El recurrente asienta su postura en que el trabajador fue despedido por justa causa, argumento insostenible en esta alzada que se encuentra firme la causal del distracto y que las indemnizaciones contempladas en la normativa no eran aplicables. El requisito legal previo que habilita la sanción punitiva se cumplió en la especie.

Se rechaza en este punto el agravio.

e) Quinto agravio: el tope porque la jueza *a quo* no aplicó en la especie el caso "Vizzotti" de la Corte Suprema.

A fs. 98 peticionó en el libelo de inicio la indemnización por antigüedad en dicha oportunidad adecuó a lo establecido en el fallo "Vizzotti" y el posterior Miranda de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reduciendo en su liquidación el monto que había calculado como base indemnizatoria. Lo cual no fue retrucado puntualmente por las demandadas.

Planteadas así las cuestiones, considero que la sentencia al haber considerado que: "A los fines de resolver esta controversia, tengo presente que el 2do. párrafo del art. 245 LCT dispone que la base del cálculo del concepto que allí se regula no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido. En tal contexto, correspondía -en principio- la aplicación de tal limitación al momento de estimar la base del cálculo de la indemnización por despido que, según surge de la dirección de Internet -página web: www.trabajo.gob.ar/downloads/topes/topes_convenios_por_actividad.pdf>, el Ministerio de Trabajo manifiesta que no resulta factible fijar el tope indemnizatorio en razón de no contar con la información necesaria a tal efecto. Aduno a ello que el Sindicato del Personal Jerárquico y Profesional del Petróleo y Gas Privado de la Patagonia Austral habitualmente informa que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación no ha calculado ningún promedio de remuneraciones en virtud de que el CCT 611/10 no determina escalas salariales, existiendo un rango salarial entre sus representados que oscila entre los $20.000 y los $400.000 mensuales (expte. 14/13 entre otros).

"De acuerdo a lo expuesto, concibo que debe utilizarse como base de cálculo la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador, sin aplicar tope indemnizatorio (dado que el CCT 611/10) no cuenta con tope y el promedio de las remuneraciones sería de $210.000 -promedio entre $20.000 y $400.000" (sic fs. 1925/vta.). Excedió el marco de lo pedido por la parte.

Ahora bien, no hubo controversia en el tema, y el actor peticionó la aplicación de la reducción y efectuó el descuento en la liquidación provisoria.

La capacidad de fallar *ultra petita* atribuida al juez laboral por la norma del art. 68 Ley XIV-1 debe ser

analizada con rigor, pues ella constituye un caso particular de atenuación del principio de congruencia. Si bien en materia laboral los jueces están facultados para fallar "ultra petita", de modo alguno tienen conferida igual facultad para los casos de *extra petita*.

Se trata de una sentencia *extra petita* al resolver sobre lo que no había sido motivo de debate en el juicio la aplicación en el caso de la reducción conforme criterio de la CSJN, conteniendo entonces el fallo algo distinto de lo que fuera objeto de la pretensión y de la oposición al condenar al pago de la indemnización sin la reducción pedida, se trata de una decisión "extra petita". No se trata de una resolución "ultra petita" como expresamente admite nuestro ordenamiento procesal, ya que no se refiere con exclusividad al monto de lo reclamado, sino a un rubro peticionado expresamente.

Además de lo dicho, he mantenido similar postura a la invocada por el actor en su demanda en Sentencia Definitiva nro. 06/L/2015 en autos "ALVELDA, JOSÉ LUIS Y OTROS c/ BREST SOCIEDAD ANÓNIMA DE SRVICIOS PETROLEROS s/ SUMARIO (Cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. N° 275/14, en dicha oportunidad sostuve: "No habiendo sido publicado por la autoridad administrativa sobre la cual estaba delegada la obligación legal de fijar el promedio de remuneraciones del CCT nro. 611/10 tal como quedó determinado en el fallo venido en crisis".

En este orden de ideas, y no habiendo sido publicado el referido tope, no puede colocarse a los trabajadores en mejor condición que otros cuya remuneración supera el promedio establecido en el art. 245 párrafo 2do., por lo cual a la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida, se aplicara una quita del 33% (www.rubinzal.com.ar.com.ar.
Jurisprudencia de Derecho Laboral, RCJ8263/2007).

En síntesis, propicio la aplicación del precedente y adecuar a lo demandado, por lo tanto, reducir la base del cálculo en un 33%, receptando parcialmente el agravio y modificando el fallo en el punto de condena.

f) Sexto agravio la condena a la UTE sin definición.

Para el tratamiento de este agravio, he de iniciar expresando el elemental concepto de derecho, que es la especificidad de la materia, que pretende eludir el apelante.

La autonomía científica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social se refleja en un régimen jurídico especial que recepta sus principios normativos distintivos y que en definitiva es aplicado a aquel sector de la población que reúne las características particulares que motivan su concreción.

Si bien el Derecho del Trabajo sigue recurriendo al Derecho común Civil, del cual se desprendiera en su evolución histórica, probablemente motivado por el sesgo individualista que este presentaba, sustancialmente constituye un derecho especial que posee una marcada autonomía. Existen reglas específicas en materia laboral que desplazan la aplicación supletoria que en todo caso podría concederse al Derecho Civil, orden de prelación que resulta entre otras razones de la interpretación del artículo 1°, inciso b, de la Ley de Contrato de Trabajo. El conflicto entre cuerpos normativos diversos, uno de los cuales es el derecho laboral, debe resolverse a la luz de la aplicación de la norma específica del mismo con prevalecencia sobre las disposiciones o principios de otras ramas ajenas a la índole de la cuestión debatida.

El actor promovió demanda contra M. SA y S. SRL (ambas con el mismo domicilio), que fue contestada en forma conjunta por ambas empresas sin acompañar el contrato social que las unía ni invocar la pretendida división de la responsabilidad la plantea extemporáneamente en el memorial de agravios, simplemente negó que no tuviera personería jurídica (fs. 148).

No corresponde a esta alzada abordar temas que no fueron materia de tratamiento en la instancia de grado por aplicación del principio de debido proceso objetivo en garantía del derecho constitucional de defensa en juicio, lo que conlleva al rechazo del planteo recursivo.

Sin perjuicio de lo decidido, he de dejar establecido mi criterio sobre el tema.

De las constancias de autos surge que el actor prestó servicios para las sociedades integrantes de la unión transitoria de empresas codemandadas, servicios que estaban vinculados directamente con el objeto para el cual se celebró el pertinente contrato de colaboración empresaria, tal y como emerge de los escritos de inicio del pleito. En este marco, considero que las mencionadas sociedades actuaron como un empleador en los términos del art. 26 de la L.C.T. (t.o.) y, por consiguiente, no resulta equitativo fraccionar la responsabilidad de cada una de ellas frente a los actores. Estoy en presencia, por ende, de contrato de trabajo celebrado por el demandante con un empleador múltiple, conjunto o plural en los términos del art. 26 de la L.C.T. (t.o.).

En autos está acreditado que las sociedades integrantes de la unión transitoria de empresas codemandadas asumieron frente a cada uno de los actores la calidad de empleador plural en los términos del art. 5 y del art. 26, L.C.T. (t.o.), norma que -reitero- atribuye tal condición al conjunto de personas jurídicas que requieran los servicios de un trabajador, aunque no tengan personalidad jurídica propia. Esa apropiación conjunta de la fuerza de trabajo conlleva como correlato inexorable la responsabilidad solidaria de las sociedades integrantes de la UTE frente a sus trabajadores, por aplicación del principio de protección del trabajo humano (*cf*. art. 14 bis C.N.).

El contrato de trabajo celebrado entre un trabajador y un empleador es un contrato legalmente intervenido y regulado, entre otras fuentes, por normas legales del orden público de protección, entre las cuales se encuentra el precitado art. 26 de la L.C.T. (t.o.). Desde esta perspectiva, la celebración del contrato de trabajo por el empleador plural implica imperativamente para las personas integrantes del mismo (en el caso: las sociedades integrantes de la UTE codemandadas) la asunción de obligaciones solidarias frente a los

trabajadores, en los términos y con los alcances del art. 699, Código Civil (normativa vigente al momento del distracto conforme art. 7 del CCyCN. De ahí que la aplicación del art. 26 de la L.C.T. (t.o.) con los alcances descriptos desplace en el caso la proyección de la solución propiciada por el art. 381 de la Ley 19550.

En virtud de las consideraciones precedentes, propicio la confirmación de la sentencia de primera instancia en cuanto impone la condena solidaria contra las sociedades integrantes de la UTE codemandadas, o bien como dice el recurrente, la confusa redacción, dejo aclarado el punto; sin perjuicio de las posibles acciones de regreso que pueden ejercer entre ellas como consecuencia del vínculo de colaboración empresaria.

Se rechaza el agravio.

g) Séptimo agravio, los intereses de condena:

Al incoar demanda expresamente el actor peticionó la aplicación de la tasa activa mensual del Banco Nación Argentina, no dejó el tema librado a la prudente discrecionalidad de la sentenciante de grado (fs. 90). y conforme criterio que la congruencia procesal tiene rango constitucional, puesto que existe afectación del derecho de propiedad (art. 17 de la Constitución Nacional) de la empresa demandada, en violación al principio de congruencia y defensa en juicio (art. 18 de la Constitución Nacional). El fallo de grado debe modificarse en el punto, receptando el agravio y aplicarse al capital de condena la tasa de interés peticionada específicamente por el actor.

h) Octavo agravio, los intereses a las sanciones:

Sostiene el recurrente que la multa no debe contener los intereses, que resulta oscura la decisión de la jueza *a quo* al no expresar claramente la exclusión.

En lo que respecta a la sanción del art. 132 bis LCT expresamente la jueza *a quo* dispuso: “la fecha en la que comenzó a devengarse la sanción conminatoria es la misma de la resolución de la relación laboral”. Al fijar los intereses la jueza *a quo* dijo “desde que cada suma es

debida", resulta claro pues que comienza en este punto temporal a computarse los intereses (fs. 1937/8, Sent. Int. 099/17). No resultando ni oscuro ni confuso el tema. No obstante quedó sin decidirse a partir de cuándo comienza a computarse el término para la aplicación de intereses en el caso de la multa del art. 132bis LCT. La magistrada de grado estableció el monto por ello considero que comienza a computarse el plazo para la aplicación de intereses a partir del momento en que el fallo queda firme, por tratarse de una multa, de carecer de naturaleza indemnizatoria.

i) Noveno agravio. La condena del art. 80 LCT:

La confusión que porta el memorial resulta meramente dilatoria, puesto que el tema resuelto en la instancia de grado fue el incumplimiento de entrega del certificado de trabajo, y el "buen empleador" conoce cuáles son las características definitorias que debe contener dicho documento, sin perjuicio de lo cual fueron detalladas en la sentencia de grado a fs. 1921vta/1922vta., sin que se encuentre crítica alguna sobre el particular, constituyendo una mera apreciación subjetiva la invocación de lo que valora justo el recurrente.

El agravio se rechaza, atento al criterio amplio de admisibilidad recursiva del tribunal que integro y comparto.

AGRAVIOS DE LA ACTORA:

Se queja porque no aplicó la solución prevista en el art. 104 de la Ley 24013 que establece que deben pagarse los salarios caídos a los trabajadores afectados cuando no se realizó el procedimiento de crisis, no hace depender como condición o impugnación por parte del dependiente.

Critica el rechazo de los 30 días del 16/4/15 al 15/5/15, el rechazo de los 15 días de abril los últimos 16 días de mayo y 26 días de junio/2015 no surgen abonados de los recibos de haberes.

De la informativa de fs. 1812/30 percibió el pago parcial de haberes de abril/2015 y marzo/2015.

La jueza *a quo*, tuvo en consideración que la UTE empleadora no realizó el procedimiento previo para proceder a la suspensión de los trabajadores por causas económicas y que sin perjuicio de ello aplicó los arts. 222 y 223 de la LCT basándose en doctrina y jurisprudencia.

Adelanto que no he de coincidir con la solución dada, como he puesto de resalto al abordar la causal de distracto, en esta línea de ideas, mal puedo quebrarla.

Me explico: los requisitos de validez especificados en el art. 218 L.C.T., en la aplicación de la suspensión al actor, no fueron cumplidos por la demandada.

Observo que a fs. 105 cuanto la UTE condenada contesta demanda expresamente señala que durante 23 años había renovado contrato con YPF, que conocía la fecha de vencimiento, no obstante, califica de sorpresivo que haya decidido otorgarlo a otra empresa, aclarando que fue invitada a una licitación privada.

La demandada reconoció que fue invitada a una licitación, ello implica que existió un trámite previo a modificarse la situación que venía manteniendo, que además perdió su oferta, lo que evidencia que la invocación "de sorpresivo" en que se asentó la demandada adquirió una relatividad que lo lleva a lo insostenible, que conectada con la circunstancia que no realizó el trámite administrativo de procedimiento de crisis, que es imprescindible como previo a cualquier comunicación de despido o suspensión, provoca la decisión que en la especie corresponde aplicar lo establecido en el art. 104 de la Ley 24013, sobre la norma general de la LCT.

Por estos fundamentos recepto el agravio y condeno al pago de los meses de abril/2015 (14 días impagos), mes de mayo de 2015 y 26 días de junio del mismo año. Ordeno se practique liquidación por Secretaría del Juzgado.

Costas:

Mantengo la imposición de costas en primera instancia, conforme lo dispuso la sentenciante de grado (art. 282 CPr)

Las costas de la alzada las impongo a la parte demandada apelante en aplicación de lo dispuesto en el art. 69 primer y segundo párrafo del CPr, toda vez que el éxito parcial obtenido no modifica la condición de perdidosa.

Honorarios:

En la instancia de grado fueron regulados en porcentuales y los confirmo como fueron dispuestos.

Por la labor en esta alzada, establezco en forma conjunta para Dres. J. M. y C. O. el 27% y para los Dres. E. J. V. y M. C. M., el 30% en forma conjunta, porcentaje de lo regulado en primera instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Receptar los agravios de la actora y parcialmente los agravios de la demandada, según los considerandos respectivos

2) Modificar parcialmente la sentencia venida en crisis en cuanto a la tasa de interés que se aplicará al caso la activa mensual para operaciones de descuento del Banco Nación Argentina, el monto de condena, disponiendo, se incluyan los salarios caídos, y se reduzca la indemnización del art. 245 LCT en la base de cálculo en el 33%, todo ello conforme los considerandos respectivos. Ordenando se practique liquidación por Secretaría del Juzgado.

3) Confirmar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia.

4) Costas de la alzada a la demandada según considerando respectivo.

5) Regular los honorarios de los Dres. J. M. y C. O. el 27% y para los Dres. E. J. V. y M. C. M., el 30% en forma conjunta, porcentajes de lo regulado en primera instancia.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. P. T. D. y previo declarar la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios en cuanto asignan carácter no remunerativo a sumas abonadas

que revisten tal calidad, condenó a las codemandadas M. S.A., S. S.R.L. e YPF S.A. a abonar la suma de $1.868.372,35 por indemnización por antigüedad; preaviso omitido y su SAC, integración del mes de despido y su SAC; vacaciones proporcionales y SAC; indemnización del art. 80, del art. y 2 de la Ley 25323 y sanción conminatoria del art. 132 bis LCT con más los intereses correspondientes a la tasa que cobra el Banco Chubut para préstamos personales y familiares. También condenó a M. S.A. y S. S.R.L. a entregar certificado de trabajo, constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social.

1. Recursos:

Contra tal sentencia, obrante a fs. 1912/1930, se alzaron las codemandadas M. S.A. y S. S.R.L. mediante recurso interpuesto a fs. 1935 y el actor mediante recurso interpuesto a fs. 1934 concedidos a fs. 1943.

Expresaron agravios, las demandadas a fs. 1944/1950 y el actor a fs. 1952/1953 vta.. Ambos apelantes La actora contestaron los traslados dispuestos.

2. Tratamiento de los agravios:

Agravios de las codemandadas M. S.A y S. S.R.L.

a) La primera queja se centra en la admisión del valor del alquiler de la vivienda que ocupaba el actor en Las Heras durante todo el tiempo de la relación laboral como salario en especie.

La demandada negó que su parte suministrara la vivienda, aunque reconoció que alquilaba una vivienda que era utilizada por varios trabajadores y que durante el tiempo que el actor prestó servicios en el yacimiento de Las Heras –hasta enero de 2015- podía pernoctar en esa vivienda para no regresar diariamente a esta ciudad.

La sentencia examina la cuestión teniendo en cuenta las declaraciones testimoniales rendidas, las excepciones previstas por el inc. d) del art. 105 LCT y teniendo en cuenta que no se ofreció prueba tendiente a acreditar la dificultad para el acceso a la vivienda, le otorgó carácter remunerativo a la tercera parte del valor mensual del alquiler abonado ($5.000) toda vez que la

vivienda contaba con tres habitaciones y era compartida con otros empleados de la firma.

Atento a ello, el agravio relativo a que no se analizó la prueba tendiente a demostrar la dificultad para proveerse vivienda no puede atenderse. Porque como bien dijo la sentenciante y no rebate suficientemente el recurrente, no realizó actividad probatoria tendiente a demostrar tal extremo excepcionante que invoca. Si bien argumenta en torno a una explosión demográfica en la zona y la oferta hotelera onerosa y dificultosa, no individualiza cuál es la prueba que habiendo sido ofrecida y producida no fue valorada por la jueza.

También deberá considerarse que a tenor de la contestación de demandada y expresión de agravios, D. dejó de trabajar en Las Heras en enero de 2015 y la desvinculación se produjo en junio de 2015. Como lógica consecuencia de ello cabe considerar que el salario en especie determinado por la sentenciante ($1.666,66), integra la base de cómputo de la mejor remuneración mensual percibida a los efectos del cálculo del art. 245 LCT.

b) La segunda queja está constituida por la consideración como remunerativas de las sumas abonadas como no remunerativas en base a acuerdos negociados por las cámaras empresarias con el sindicato de la actividad y homologados por el MTESS. Refiere que los acuerdos homologados constituyen ley material de alcance general resultando arbitraria su declaración de inconstitucionalidad cuando no fueron atacados durante toda la relación laboral. Afirma que la aplicación de la norma convencional consentida por la autoridad administrativa nacional no puede ser fuente de afectación del derecho de propiedad del empleador.

Solicitó el actor la inconstitucionalidad de las resoluciones nro. 2585/2014 y 550/2015 de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo en cuanto asignaron naturaleza no remuneratoria a las gratificaciones pactadas en las negociaciones colectivas.

Huelga recordar el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 12 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo por el cual existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor. En tal sentido cobra especial relevancia el concepto de salario/sueldo que brindan los arts. 103 y 103 bis LCT y toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial en torno a los mismos.

La integración del salario con sumas otorgadas por negociaciones colectivas y calificadas como no remunerativas ha sido objeto de pronunciamiento invariable por esta Cámara en sus dos Salas declarando la inconstitucionalidad de tal calificación mediante la aplicación de la doctrina emanada de la Corte Nacional en autos "Perez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Recurso de hecho" (esta Sala B S.D. "L" Nro. 3/2012; 25/2013; 22/2016, Sala A S.D. "L" Nro. 4413/2012, 21/2014, 41/2015 entre muchas otras).

Criterios a los que adherí, entre otras en S.D. "L" 27/2017; 43/2017.

Es que considerar que dichos aumentos no son remunerativos afecta gravemente el derecho de propiedad de los trabajadores (art. 17 CN) y a una retribución justa (art. 14 CN) pues desconocen que el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar" (art. 1 Convenio Nro. 95 OIT).

Recuerda Luis E. Ramírez que en la década del ´90 al compás de las corrientes "flexibilizadoras" del Derecho del Trabajo, impulsadas por un neoliberalismo

que se paseaba triunfante por el mundo, se produce un cambio drástico en este tema. Una de sus banderas era la reducción de los costos laborales. Es así que las llamadas "cargas sociales", consideradas en general y hasta ese momento como un salario indirecto pasaron a denominarse "impuestos al trabajo" y la consigna que se bajaba era eliminarlos o reducirlos para estimular las inversiones y supuestamente, crear nuevas fuentes de trabajo. Uno de los caminos era, como es de suponer, la redefinición de la remuneración del trabajador. En esa coyuntura histórica, al amparo de las ideologías dominantes, nace la moda de pactar sumas "no remunerativas" en los convenios colectivos de trabajo. Al principio eran adicionales o beneficios específicos, pero con el tiempo la situación degeneró de tal manera que muchas veces los aumentos salariales pactados en las paritarias fueron, parcial o totalmente "no remunerativos"… y en los últimos años se transformó en un hecho normal y habitual…" ("Las remuneraciones no remunerativas", LL 25/6/2013).

Frente a tal cuadro de situación, la Corte en "Pérez", "González" y "Díaz", desactivó esa construcción jurídica de los pactos o decretos del PEN de sumas "no remunerativas" desde que oponen al concepto de "remuneración", pues la naturaleza jurídica de una institución está definida "por la realidad y no por la voluntad de las partes".

De allí que poco importa si en el caso, no se cuestionara la constitucionalidad de tales rubros, toda vez que la protección de la dignidad de la persona y del bien común son los criterios que presiden la consideración del trabajo humano, que excede del mero mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia normativamente comprendidos en la Constitución Nacional.

La contundencia y fuerza vinculante de los fallos de la Corte que invariablemente ha seguido esta alzada en la materia, determinan el rechazo del agravio.

Y en lo particular, respecto a la suma expediente MTEySS 2015, no es veraz que se trate de prestaciones no habituales ni normales, pues el mismo- tal como señala la sentenciante- fue dispuesto mediante Resolución 2585/2014 del 30/12/2014 para pagarse en los meses de enero a marzo de 2015 y luego tuvo continuidad a través de la Resolución 550/2015 del 28/4/2015 extendiéndose a los meses de abril, mayo y junio de 2015 con más la inserción de una suma extraordinaria del 50% para el mes de junio de 2015, que evidentemente representa un ajuste del aguinaldo. Y agrego que en el mes de julio de 2015 por Acuerdo 849/2015 se estableció idéntico pago para los meses de julio, agosto, septiembre octubre y noviembre de 2015. Todo ello como consecuencia de tratativas de recomposición salarial en la actividad.

La supremacía de la Constitución supone que las estructuras infraconstitucionales que contraríen la manda del texto supremo se desplacen, declarando su inconstitucionalidad, no obstando a ello que la regla en cuestión emane de un convenio colectivo de trabajo.

Tal criterio, además, ha sido sostenido por esta Sala en su anterior composición en S.D. “L” Nro. 3/2012 y 35/2013, pues en nuestro sistema todas las normas jurídicas, cualquiera sea su fuente son susceptibles de esa tacha conforme lo señalara la SCJN en el recordado precedente Madorrán.

En consecuencia propongo el rechazo del agravio.

c) La tercera crítica refiere a la fecha de finalización de la relación laboral que la Dra. P. fijó en el 26/6/2015.

Le causa agravio que la sentencia concluya que se utilizó desmedidamente la potestad disciplinaria del empleador, toda vez que el empleado no se presentó a trabajar en más de 40 días sin efectuar comunicación laboral. Memora que el trabajador fue suspendido por 30 días con motivo de la resolución intempestiva del contrato con YPF y que no fuera impugnada dentro de los 30 días que para ello tenía.

Encuadra la situación en el art. 241 última parte

LCT e insiste en que no fue despedido con motivo de la suspensión, sino porque se ausentó por más de 40 días configurando el abandono de la relación.

En principio la empleadora adujo que la finalización del contrato con YPF S.A fue como consecuencia de cuestiones ajenas a ella y que rompieron la ecuación económico-financiera provocando falta de trabajo o de fuerza mayor no imputables y encuadro los despidos en la previsión del art. 219 LCT.

La Sra. jueza abordó en primer término la legalidad de la suspensión impuesta al actor y concluyó que la accionada no inició el procedimiento preventivo previsto por los arts. 98 a 104 de la Ley 24013 y por ello no justificó la causal invocada en que fundó la suspensión de los trabajadores en el mes de abril de 2015.

También consideró que el actor impugnó tardíamente la suspensión y por ello no otorgó derecho a solicitar la remuneración por el tiempo que se extendió la suspensión.

En considerando separado trató la causa de la finalización de la relación laboral.

Recuerdo aquí que accionada adujo que el trabajador no se presentó a trabajar al término de la suspensión (16/5/2015) y recién el 25/6/2015 reclamó el pago de salarios y ocupación bajo apercibimiento de considerarse despedido conforme el art. 246 LCT.

Frente a ello la accionada respondió con el despido invocando que la falta de asistencia y cumplimiento de órdenes e instrucciones, generó injuria en los términos del art. 242 LCT que impide la continuidad del vínculo laboral.

La sentenciante, consideró que el despido fue injustificado, pues implicó el ejercicio del derecho disciplinario con el solo objeto de poner fin a la relación laboral atento a la falta de intimación para que el empleado revierta la conducta y la falta de entidad suficiente del hecho invocado como constitutivo de injuria.

Frente a tales posiciones, adelanto que el agravio de la demandada tenga, en lo sustancial, entidad suficiente para modificar lo resuelto en primera instancia.

Destaco que aun cuando en la contestación de la demanda refiere que la empresa podría haber supuesto que se configuraba la extinción prevista en el art. 241 *in fine* LCT atento a que el trabajador no se presentó vencido los 30 días de suspensión (fs. 152vta.), la causal invocada en el despido fue el abandono incumplimiento (art. 242 LCT)(ver también en la contestación de demandada a fs. 154 y vta.).

Ahora, en la expresión de agravios dirige su queja a que la sentenciante no consideró la situación del art. 241 última parte LCT (abandono de la relación).

En tal sentido, es pertinente recordar que la regla del art. 243 de la LCT consagra por una parte la inalterabilidad de la motivación invocada para legitimar el despido con justa causa derivada de incumplimiento del trabajador, lo que permite juzgar dicha legitimidad con apego a la situación existente al tiempo de la denuncia y por otra parte, la predeterminación de la materia sobre la que versará en caso de controversia, la actividad probatoria. Así, la norma legal aludida establece un régimen marcadamente formal, en resguardo de la buena fe y del derecho de defensa del denunciado

(*cf*. CNTrab, sala II, 25/09/09, "Hekimoglu Hector Antonio c/ Concord Consumer Comunication Research Development S.A").

Asimismo es dable señalar que es necesario diferenciar el "abandono renuncia" del "abandono incumplimiento". Este último caso, no es el contemplado en el art. 244 de la LCT, sino un caso de ausencia del trabajador, injustificado, pero del que de ninguna manera se puede concluir en forma indubitable que refleje la intención del trabajador de renunciar a su trabajo y/o poner fin a la relación (ALVAREZ, Eduardo, “Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma

de extinción de la relación laboral", editorial Rubinzal Culzoni, Revista de Derecho Laboral, 2000-2, pág. 75 y ss.).

El art. 243 de la LCT es por demás claro, al decir que "no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones". Por ello resulta contrario al principio protectorio laboral, ponerse a indagar en las conductas del trabajador anteriores o diversas a la invocada en la misiva rescisoria, en busca de situaciones que puedan llegar a tener en cierta medida, pero no en forma indubitable, por probada su intención de renunciar a la relación de trabajo; mientras que por otro lado, no se indaga en cuál era la intención del empleador, que ante la ausencia del trabajador y sin intimar su reincorporación, y pese a existir requerimiento del trabajador, la rechaza o ignora, y despide al trabajador considerando que por no presentarse al vencimiento de una suspensión, sea legitima o ilegítimamente dispuesta y oponerse a la misma y en el marco de tal situación, considera que merece el despido.

Resulta irrazonable y desajustado al mandato constitucional del art. 14 bis de la CN. Siendo el despido un acto de la mayor trascendencia dentro del contrato de trabajo, por las consecuencias que tiene en relación al mismo y para el trabajador, las normas que resultan aplicables deben ser interpretadas y aplicadas con la mayor rigidez posible, ya que lo que se está decidiendo es el destino del trabajo y el trabajador, a los que la Constitución Nacional manda proteger de manera preferente.

Es que en el contexto en que se estaba desarrollando la relación laboral, en que la propia accionada admite que la casi totalidad el personal de la UTE suspendido había renunciado (ver fs. 152) no verificándose tal situación respecto del aquí actor y frente a la intimación cursada por el trabajador, el despido dispuesto implicó actuar en contra de los principios laborales, en especial del principio de conservación de

la relación (art. 10 LCT), y los principios de colaboración, solidaridad y buena fe (arts 62 y 63 LCT), sin que pueda considerar la actitud del empleador como ajustada a derecho; ya que tanto uno como el otro, tenían la obligación de agotar todas las instancias antes de dar por finalizada la relación de trabajo.

En consecuencia, concuerdo con la primera votante en rechazar el agravio.

d) A través del cuarto agravio cuestiona la procedencia de la multa del art. 132 bis LCT. Entiende que obsta la procedencia de la multa haber intimado al pago de la misma en la comunicación en la que se consideró despedido indirectamente, no haber indicado los periodos que fueron retenidos y no aportados y por haberse acogido a un plan de pagos ante la AFIP.

En la norma citada se prevé una verdadera sanción conminatoria (tal sería su naturaleza jurídica) cuyo beneficiario sería el trabajador afectado y a cargo del empleador que ha retenido aportes del trabajador.

Los presupuestos que dan andamiaje a la aplicación de la sanción se encuentran reunidos en autos, tal como lo ha señalado la juez de grado. Los agravios de la demandada en tal sentido resultan meramente dogmáticos.

Del informe de la Administración Federal de Ingresos Públicos -fs. 1731/1741- resulta que no se efectuaron depósitos por aportes correspondientes a los meses de marzo de 2012 a octubre de 2012 inclusive, enero de 2013, de diciembre de 2013 a mayo de 2015; a su vez del libro de hojas móviles y del legajo del actor documental reservada bajo el Nro. 212/17- obrantes a fs. 652/663; fs. 679; fs. 701, fs. 350, 352/354, 356, 358,360, 362, 364, 366, 368, 370/371 y 373/374 que efectivamente se efectuaron los descuentos correspondientes a los aportes previsionales por tales periodos.

Es decir, se ha acreditado la concurrencia de los presupuestos legales de la sanción: obligación de retener y retención, por un lado; omisión del depósito por el otro. A su vez resulta del informe del organismo fiscal la subsistencia de tal omisión a la fecha del despido;

ello desde que permanecían impagos al momento de la contestación que es posterior a la del distracto.

La segunda parcela de este cuarto agravio está constituida por la imposición de la multa del art. 2 de la Ley 25323. Entiende que al ser de aplicación restrictiva y mediando invocación de causa para el despido por parte del empleador justifica el no pago de indemnización.

El agravio obtiene respuesta en el tratamiento de los agravios relativos a la causa del distracto, habiendo considerado que fue injustificado el despido por la empleadora y confirmado en este voto, la queja carece de viabilidad.

El art. 2 de la Ley 25323, implementó un sistema de recargo indemnizatorio que convierte en más onerosa la obligación de pagar las indemnizaciones por despido injustificado en tiempo oportuno. Se trata de una sanción por la infracción del bien jurídico protegido: el mantenimiento de la ecuación conforme a la cual la limitación del resarcimiento –por ser tarifada- debe encontrar correspondencia en el cumplimiento del beneficio prometido a cambio término (Machado, José Daniel "Teoría y Práctica del articulo 2° de la Ley 25323", en Revista de Derecho Laboral, "Contratación y Registración Laboral", Rubinzal Culzoni, 2009-2 p. 397 y sgtes.).

De allí que se sancione la renuencia previa que "consecuentemente obligare" a promover el juicio.

"La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esta norma a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (*cf*. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", publicado en D.T. 2001-A, págs. 223/227; Grisolia, Julio Armando, "Régimen 29 Indemnizatorio en el contrato de trabajo", págs. 313/315, Editorial Jurídica Nova-Tesis, 2ª edición ampliada y actualizada, año 2000 y Etala, Carlos Alberto, "La nuevas normas de la Ley 25323", publicado en Rev.

D.T., tomo 2000-B,Secretaria de Cámara págs. 2085/2089, cit. en STJCh 6/SRE/06).

En el caso, se ha demostrado que concurren los extremos que determinan la procedencia de la indemnización prevista por el artículo 2 de la Ley 25323 (despido, falta de pago en forma íntegra las acreencias debidas al trabajador, intimación de pago fehaciente al empleador, inicio de las acciones judiciales tendientes al cobro de tales créditos).

Por ello rechazo el agravio coincidiendo en el punto con la Dra. García Blanco.

e) El quinto agravio refiere a la falta de aplicación del tope para el cálculo de la indemnización por antigüedad.

La sentenciante determinó no aplicar tope a los efectos del cálculo de la indemnización del art. 245 toda vez que el Ministerio de Trabajo manifiesta a través de su página web que no resulta factible fijar el tope por no contar con la información necesaria. Tuvo en cuenta además que el SPJPPyGP habitualmente informa que el MTESS no ha calculado ningún promedio porque el CCT 611/10 no determina escalas salariales, aun cuando existe un rango salarias que oscila entre los $20.000 y $400.000 mensuales.

El recurrente señala que el propio actor solicitó en su demanda la aplicación del caso Vizzoti y practicó su liquidación del reclamo sobre la mejor remuneración disminuida en un 33%.

Es cierto que a fs. 98 el actor luego de determinar la mejor remuneración normal y habitual devengada, manifestó que adecuada la misma a la doctrina Vizzoti, se obtiene una suma de $35.825,07.

También es cierto que nada dijo la ahora recurrente y que en cambio la restante codemandada YPF a fs. 181 manifestó que a tenor de los términos de la demanda, al actor no le genera agravio constitucional el tope previsto en el art. 245 LCT, razón por la que entiende corresponde “estarse al tope indemnizatorio que establece el Ministerio de Trabajo de la Nación” y si

eventualmente se declarare de oficio la inconstitucionalidad, solicitó que se tenga en cuenta la doctrina sentada por la Corte en el referido precedente Vizzoti.

Así, como primera reflexión advierto que la aplicación del tope constituyó materia a decidir.

Y sin perjuicio de la manifestación del actor a fs. 98 entiendo que resulta irrelevante, pues a fin de garantizar el goce efectivo de los derechos constitucionales irrenunciables el ordenamiento jurídico priva de todo efecto a la voluntad de aquel, evitando así que el acto ilícito -la ley inconstitucional- pueda ser saneado o convalidado (*cf*. CNTRAB - Sala V - S.D. 69.545 del 27/04/2007 - expte. N° 15.289/04 - "Gerber, Sergio Gabriel c/ CAMSERVICE S.A. s/ despido" (Z.S.), elDial - AF23C1.

Se trata de la aplicación del principio protectorio y sus proyecciones en materia procesal. En tal orden de ideas, calificada doctrina ha enseñado que la función del mentado principio también denominado de desigualdad compensatoria debe corregir, en el proceso, tres formas de desequilibrio: económico (el conflicto compromete valores de jerarquía patrimonial diferente entre ambos litigantes), probatorio (el empleador tiene ventaja para producir su propia prueba) y subjetivo (la distinta "potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto"). Agrega que el carácter tutelar, se expresa en dos aspectos: la prueba y la "suplencia" del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda (Plá Rodríguez, Américo, “Visión crítica del derecho procesal del trabajo”; en Processo do trabalho na América Latina, LTR, San Pablo, Brasil, 1991, p. 244; citado por Mansueti, Hugo Roberto en “Trabajo decente versus proceso laboral”; L.L. 2010-B-1081).

Aplicando este criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o

que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si solo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltantes para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo (*cf*. Krotoschin, Ernesto, "Tratado práctico de derecho del trabajo".4ta. ed. Buenos Aires, Depalma, 1981, pp. 639693, cuarta parte).

En tal sentido, y en relación a los fallos *extra petita* en materia laboral, se entiende que el magistrado puede complementar lo pedido por el actor, pero siempre en relación con la acción ejercida. Quiere decir que el juez, que está limitado en el proceso civil, ve ampliado su panorama para fallar fuera de la palabra, pero dentro de la pretensión del instituto por el que se está reclamando. La facultad de sentenciar *ultra petita* no puede extenderse hasta el punto de permitir a los jueces cambiar una acción o pretensión por otra, ni a pronunciarse sobre peticiones no formuladas por las partes, pues ello violaría las garantías constitucionales de defensa en juicio. La jurisprudencia ha precisado, en distintos casos los límites de esa facultad, decidiendo que se la excede al pronunciarse sobre el preaviso si solamente se demandó la indemnización por antigüedad; o haciendo lugar al pedido de vacaciones cuando no han sido reclamadas (Allocatti, cit. por Falcon en "Procedimiento Laboral Ley 18345 Actualizada, Comentada, Anotada, Concordada, Normas Complementarias, 2da. ed. actualizada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, p. 193). En consecuencia, propongo el rechazo del agravio.

f) La condena solidaria de la UTE también le causa agravio. Postula que conforme el art. 381 de la Ley 19550 y los arts. 1466 y 1467 del CCyC no corresponde presumir la solidaridad de las integrantes de la UTE sino que sus

integrantes son responsables en el limite de sus participaciones.

Como indica quien abre el acuerdo, el tema no ha sido objeto de debate en la instancia anterior, circunstancia que determina la falta de oportunidad del planteo.

Se sostiene que en materia laboral no rige el art. 381 de la LSC que regula la relación entre los integrantes de una UTE con los terceros que no sean trabajadores y que cada uno de los integrantes de la UTE deben responder solidariamente por las obligaciones laborales de los trabajadores contratados por la agrupación empresaria.

Ello así por cuanto se contrapone al principio protectorio, piedra basal del Derecho de Trabajo, toda limitación en materia de solidaridad que puedan pactar los interesados en desmedro de los derechos de los trabajadores.

Nótese que la ley con el fin de garantizar el crédito del trabajador, impuso que determinadas personas pese a no ser empleadoras, deben actuar como garantes de los derechos del dependiente y responder en forma solidaria (art. 30 LCT). El planteo de la recurrente implica el absurdo de que las integrantes de la UTE que se sirvieron directamente del trabajo del dependiente, responderían entonces menor proporción que quien no es empleador.

Por ello se ha decidido que aun cuando las UTE, que no son sociedades, ni sujetos de derecho no podrían ser empleadores en los términos del art. 26 LCT, sus integrantes responden frente al dependiente solidariamente (CNAT, Sala X “Fitz, Maurice, Mario c. Coconor S.A. UTE y otros”, SD del 12/1/03; Sala VII, “Aciar, Eduardo Esteban c. Transportes Atlántida S.A. y otros” AR/JUR/6058/2008 y “Vidaurreta, Fermín y otro c. Alte Brown S.R.L. Sita S.R.L. – El Practico S.A –UTE y otros”, S.D. 23/11/2005; Sala III “Varone, Daniel N. c. Cinarsa S.A y otros” 26/7/2005, AR/JUR/2475/2005).

De allí que la limitación de la responsabilidad a que alude la Ley 19550 no puede ser oponible a acreedores

protegidos como son los trabajadores correspondiendo al juez aplicar el derecho al caso concreto.

En el caso, las demandadas reconocieron a D. como personal de la UTE sin invocar que cumpliera funciones diferenciadas para cada una de ellas, de los recibos de sueldo y los informes de AFIP obrantes en la causa surge que ambas eran empleadoras de manera que resulta aplicable la normativa tutelar que dimana de la LCT y mantener la condena en la forma dispuesta por la jueza *a quo*, sin perjuicio de las acciones que puedan hacer valer entre si como lo propone la primer votante.

g) En la séptima queja se alza contra la tasa de interés activa para préstamos personales y familiares del Banco Chubut fijada por la sentenciante. Refiere que el actor solicitó la tasa del Banco Nación, y que le causa agravio que se condene al pago de intereses más elevados a los solicitados. Señala que contestó en función del traslado cursado con otro plateo de intereses y de allí que no pudieron hacer una adecuada defensa de sus derechos.

Esta Cámara que integro, en sus dos Salas, ha analizado la tasa de interés que corresponde aplicar en los procesos de naturaleza laboral variando el criterio que vino sosteniendo en pleno hasta el año 2016 de aplicar la tasa activa para operaciones de descuento del Banco Nación Argentina por no reflejar la realidad económica y social del momento, desatendiendo así la plena protección que el salario del trabajador reclama.

Es por ello, que cotejando las distintas tasas que aplican las entidades financieras, la variable de la oferta crediticia, las variaciones de la economía según los datos que surgen de los informes de INDEC y publicaciones efectuadas por IPC consultadas, se estimó adecuada la tasa “para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut S.A. por ser la que mejor mantiene la integralidad del crédito reconocido” (esta Sala S.D. 36/L/2016; 37/L/2016; 2/L/2017; 4/L/2017; 5/L/2017; 8/L/2017; 12/L/2017; 14/L/2017, Sala A, S.D. 34/L/2016, 13/L/2017 entre muchas otras) en aquellos casos en que el principio de congruencia lo permitiera o, hubiera sido

dejado librada la fijación de la misma y siempre y cuando la tasa solicitada no implique un abuso de derecho o arroje un desequilibrio intolerable.

Es por ello que teniendo en cuenta que el actor, al iniciar su demanda, expresamente solicitó que al monto reclamado se agregue la tasa un interés "equivalente a una vez y media la tasa activa mensual que publica el Banco de la Nación Argentina" (fs. 90), el desinterés de la demandada por impugnar tal pedido y que la tasa fijada por la sentenciante resulta más alta que la solicitada por la actora, justifica el agravio.

Propongo admitir parcialmente el agravio disponer que se aplique una vez y media la tasa de interés activa mensual que publica el Banco de la Nación Argentina apara sus operaciones de descuento de documentos comerciales.

h) Cuestiona la decisión de la jueza que, como consecuencia de la aclaración que solicitó el actor en torno a la fecha a partir de la cual se devengarán los intereses, dispuso que deberán calcularse desde que cada suma fue debida. Puntualmente señala que entre los rubros de condena se halla la multa del art. 132 bis, que por su naturaleza no puede ser repotenciada mediante intereses. Y le causa agravio la indeterminación de la sentencia y su aclaratoria.

A los fines de resolver este ítem, diré que la naturaleza jurídica de la sanción consagrada por el art. 132 bis LCT no es remuneratoria ni indemnizatoria, sino una sanción conminatoria mensual, son astreintes como las del art. 666 bis CC.

Es decir que no se relacionan con el perjuicio sufrido, sino que a través de esa imposición se persigue constreñir al obligado a cumplir con la obligación que evade. De allí que si la imposición de la misma no resulta eficaz, la vía adecuada para suplir o corregir el defecto es aumentar su gravosidad.

La fijación de intereses no es admisible desde que se impone la sanción conminatoria y a medida que las astreintes se van generando, en función de la naturaleza provisoria del instituto (*cf*. CNCiv. Sala B, 27/2/76,

causa "Romanova de Diar, Bekirian, Milka", publ. en J.A., 1977-I, 342, cit. en Fassi, Santiago C. - Yáñez, César D., "Código Procesal Civil y Comercial", t. 1, p. 294; esta Sala, causa 6.796/92 del 6/5/04). Empero, una vez aprobada su liquidación y practicada la pertinente intimación de pago, la posterior liquidación de intereses es procedente (*cf*. esta Sala, causa cit., Sala I, causa 677/97 del 26/6/01, entre otras).

Cabe recordar que las astreintes configuran una sanción a beneficio del titular del derecho, vale decir, el acreedor de la obligación incumplida (*cf*. arts. 666 bis del Código Civil y 37 del Código Procesal), de ahí su carácter ejecutable una vez que la resolución judicial que la contiene se encuentra consentida o ejecutoriada (*cf*. CNApel. Civ. y Com. Fed., Sala III, 7oct-2014, MJ-JU-M-105017-AR - MJJ105017 - MJJ105017 "Ríos Menacho Enrique c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro (en liquidación) s/ cobro de seguro").

En el caso, la sentenciante cuantificó la multa hasta el momento del dictado de la sentencia, de manera que los intereses deben correr desde la mora del obligado al pago, esto es desde que adquiera firmeza la sentencia que lo fija.

Ello sin perjuicio de considerar que el límite temporal para la aplicación de la sanción surge del propio texto de la norma y la sentencia (fs. 1927vta. último párrafo).

En consecuencia propongo admitir el agravio y disponer que el monto correspondiente a la sanción conminatoria del art. 132 bis devengará intereses a la tasa fijada desde que la decisión adquiera firmeza.

i) En último término le causa agravio la condena a entregar certificados del art. 80 LCT.

La sentenciante consideró que el certificado de trabajo agregado a fs. 127/133 no reúne la totalidad de los requisitos exigidos por el art. 80 LCT al no consignar si el trabajador realizó acciones regulares de capacitación o la manifestación de no haberlas recibido.

Condenó también a la entrega constancia documentada de aportes y contribuciones teniendo en cuenta que la empleadora no acompañó el formulario 931 y dijo "considero subsistente el deber del accionado respecto al citado documento".

Le causa agravio que se la condene a entregar el Formulario 931 por encontrarse en contradicción con la doctrina emergente del precedente "Labra Rojas" del Superior Tribunal Provincial citada en el propio fallo.

Debe puntualizarse que la condena se refiere a la entrega de constancia de aportes y contribuciones a la seguridad social y no a la entrega del Formulario 931 como entiende la apelante. Pues "el citado documento" se refiere a la constancia que trata en el acápite a) del punto 4.B en que se estructuraron los considerandos para el tratamiento en la sentencia y que se titula "Constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales".

Despejado ello la crítica relativa a la entrega del certificado de trabajo es inadmisible por carecer de fundamentación.

En cuanto a la constancia documentada de haber realizado aportes y contribuciones.,

El primer párrafo del art. 80 LCT luego de atribuir el carácter contractual al deber del empleador de ingresar los fondos de seguridad social sea como obligado directo –caso de las contribuciones- o como agente de retención – caso de los aportes-.

El empleador solo podrá cumplir con dicha obligación cuando previamente haya hecho el deposito aunque este fuera incorrecto o parcial. Tal vinculación, enseña Ackerman, no implica que el deber de depositar aportes y contribuciones sea una obligación principal frente a la de acreditar tal cumplimiento, sino que se trata de obligaciones interdependientes sin accesoriedad. Las constancias documentadas son la prueba del cumplimiento de la obligación de hacer que impone el primer párrafo del art. 80 LCT y deberían estar en poder del empleador.Por mucho tiempo la tendencia jurisprudencial

mayoritaria entendía, que cuando se reclamaba la entrega de la constancia documentada significa que se debe entregar al trabajador "copia de los comprobantes de depósitos", pero ocurrió que a muchas empresas les resulta imposible otorgar esa constancia, pese a haber efectuado puntualmente el pago de aportes y contribuciones a los organismos de Seguridad Social ya sea por tratarse de trabajadores con cierta antigüedad y más tarde porque en los últimos años, los depósitos se hacen en forma unificada y sin individualización del trabajador.

Es por ello que se fue abriendo paso una nueva corriente en la jurisprudencia nacional en el sentido que el reclamo de la entrega de las certificaciones o constancias documentadas no resulta admisible, porque ha perdido toda utilidad práctica a partir de la circunstancia de que el trabajador puede obtener esa información directamente de la Ansés ("Luna, Paola Silvana c/ Fedelitas S.A. s/ Certificación de servicios" y "Allende, Walter Osvaldo c/ Estece S.A. s/ Despido", RDLSS, MJ, 2005-215, cit. por Liverralla, Carlos Alberto en "La sanción prevista por el art. 80 de la LCT".

En coincidencia con tal criterio se pronunció el Superior Tribunal de Justicia Local en el precedente "Labra Rojas" en el cual revocó la condena a entregar constancia documentadas de aportes y contribuciones y la multa impuesta, tras valorar las constancias de la causa -principalmente el informe de A.F.I.P. sobre "detalle de transferencias de aportes de seguridad social" y la declaración jurada de la demandada, que cumplió con su obligación de efectuar los aportes correspondientes ante la ANSES- en el entendimiento que debe prevalecer la realidad que fluye de la misma.

El máximo tribunal entendió que en ese caso se justificaba "la dulcificación de la norma legal para resolución del caso", pues, debe interpretarse en forma integral la voluntad legislativa sin atenernos estrictamente a sus palabras, y en coincidencia con el espíritu que las informa procurar arribar a una

aplicación racional que avente el riesgo de "un formalismo paralizante" (del voto del Dr. Royer en SD. 1/SRE/2011 del 4/3/2011, "Labra Rojas").

En este caso, entiendo que tales constancias del pago obran en la causa por lo que carece de lógica condenar a su entrega.

Del certificado de trabajo obrante a fs. 127/134 mediante Formulario 984 aceptado por el organismo recaudador, surgen los pagos y depósitos efectuados referidos tanto a los aportes como a contribuciones, con las constancias de los pagos parciales que se complementan y coinciden con el informe brindado por AFIP de fs. 1731/1739 referido al "Resumen de situación previsional desde del 5/2007 al 7/2015" y del que surgen los periodos pagos e impagos o pagados parcialmente, así como la falta de depósito de los aportes retenidos y no ingresados que se analizó al tratar la sanción del art.132 bis.

De allí que considero que en la presente, se dio cumplimiento con la obligación pues la finalidad de información veraz se encuentra satisfecha al igual que el fin tuitivo respecto del debido control del trabajador.

Conforme el análisis que antecede, obrando constancias emitidas por el propio organismo recaudador demuestran que la omisión de haber acompañado el formulario 931 carece de interés.

En consecuencia, propongo al acuerdo admitir el agravio y revocar la condena a entregar las constancias de aportes, manteniendo la condena respecto del certificado de trabajo.

Agravios del actor:

a) Cuestiona el rechazo del reclamo de los haberes mensuales correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2015 reclamados con fundamento en el art. 104 de la Ley 24013.

Acusa error en cuanto si bien la sentenciante consideró que no se justificó la causal prevista por el art. 210 LCT, toda vez que la demandada no inició el

procedimiento preventivo de crisis en forma previa a disponer las suspensiones por causas económicas, prescindió de la solución brindada por el art. 104 de la Ley 24013 que prevé el pago de los salarios caídos.

De allí que reclama el pago de los 30 días de suspensión entre el 15/4/2015 y 15/05/2015.

También reclama los haberes de 16 días de mayo y 26 días de junio de 2015, tiempo durante el cual el trabajador estuvo a disposición de sus empleadores hasta que fue despedido el 26/6/2015, sin que surja de los recibos acompañados ni de la prueba informativa del Banco de la Nación que los mismos hayan sido abonados.

La solución al agravio encuentra respuesta en lo ya decido, aun cuando fue inadvertido por la sentenciante.

Así, se confirma en esta instancia lo decidido respecto a que la relación laboral concluyó por culpa de la empleadora el día 26/6/2015.

De allí que pierde toda implicancia el incumplido proceso preventivo de crisis y la falta de impugnación de la suspensión que, a la postre, tampoco obedeció a causa alguna.

Ello por sí mismo determina el deber de abonar los salarios no pagados.

En consecuencia, corresponde abonar los salarios devengados y cuyo pago no fue acreditado en la causa conforme lo solicita el recurrente: 15 días del mes de abril, el mes de mayo y 26 días del mes de julio, todos de 2015.

Propongo admitir el agravio.

3. Costas y honorarios:

La solución que propongo, si bien modificatoria de la decisión de primera instancia, no tiene entidad en orden a las costas, en tanto refuerza la calidad de vencida de las demandadas. Asimismo, confirmo la regulación de honorarios por haber sido fijados en porcentuales y ajustarse a derecho.

Las costas de esta instancia se imponen a las codemandadas apelantes vencidas solidariamente.

Se regulan los honorarios de esta instancia a favor de los Dres. E. J. V. y M. C. M., conjuntamente en el 30% y a favor de los Dres. J. M. y C. O. conjuntamente en el 27%, en todos los supuestos a calcular sobre los regulados en primera instancia con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente el recurso de las codemandadas y modificar la sentencia de primera instancia en cuanto condena la entrega de constancia documentada de ingreso de aportes y contribuciones a la seguridad social y obra social que se revoca, disponiendo que las codemandadas M. S.A. y S. S.R.L. responden solidariamente frente al actor, fijar el interés aplicable al monto de condena en una vez y media la tasa de interés activa que publica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos comerciales y establecer que la multa del art. 132 bis determinada en la sentencia devengara intereses a la tasa fijada desde que la presente resolución quede firme.

2) Admitir el recurso de la actora y en consecuencia condenar a las demandadas solidariamente a abonar los salarios correspondientes a 14 días del mes de abril/20015, mes de mayo/2015 y 26 días del mes de junio/2015, calculados conforme el último salario percibido correspondiente al mes de marzo/2015.

3) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios dispuesta para la primera instancia.

4) Imponer las costas de esta instancia a las codemandadas vencidas.

3) Regular los honorarios profesionales de esta instancia de acuerdo a lo propuesto.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia, parcialmente condenatoria de fs. 1912/1930 integrada con la aclaratoria de fs. 1937/1938, es apelada por la actora a fs. 1934, conforme lo expuesto a fs. 1952/1953vta., rebatido a fs. 1955/1955vta., y por la codemandada M. SA y S. SRL a fs. 1342, en los términos

de la presentación de fs. 1944/1953, contestada por su oponente a fs. 1956/1961. La codemandada YPF SA consiente el fallo.

Que tal como surge de la detenida lectura de los votos que anteceden, existe desacuerdo en cuanto a dos de las cuestiones traídas a debate, por lo que limitaré mi actuación a dar mi opinión en cuanto a las mismas de conformidad con la doctrina que emerge de la norma contenida en el art. 274 CPr/DJ.

En cuanto al debate generado en esta instancia como consecuencia de la decisión que se lee en el fallo referido a las soluciones alternativas que brinda el art. 245 en cuanto a los topes allí establecidos, la limitación conforme razonable interpretación de nuestra CSJN conforme doctrina del caso Vizzoti y casos para los que se admite la inexistencia de topes (como el de los precedentes que ahora recuerda la accionante a fs. 1958vta., en clara contradicción con su postura inicial y sin justificar su planteo inicial, tal como se lee a fs.98, reiterado a fs. 98vta. p. 9, sin reserva alguna).

Así, tomando en consideración el libre sometimiento a la doctrina antes señalada, el CCT invocado y su falta de respuestas a la cuestión debatida y categoría profesional del accionante, conforme algunas de la muchas conclusiones a que autoriza la aplicación de la norma a partir de su recta interpretación, parece pertinente aplicar el principio de equidad en el sentido de interpretar la virtud de la justicia en el caso concreto, en donde se generan dos resultados distintos, por aplicación de dos criterios que no se compatibilizan. Ya que parece pertinente aplicar el principio de equidad en el sentido de interpretar la virtud de la justicia en el caso concreto, en donde se pueden generar resultados distintos, conforme la naturaleza de la relación laboral de que se trate.

Así, se admite que tal precedente en el caso de personal jerárquico retaceando el monto, del modo pedido en origen por el reclamante, resulta razonable, ya que, si bien tal personal está alcanzado por los principios

generales, no son los sujetos que requieren de toda protección en el derecho de trabajo.

En consecuencia, considero que en el caso se consagra un beneficio excesivo y deberá limitarse a lo peticionado sin oposición de la contraria (ver fs. 147/168 y fs. 173/186). Lo propuesto resulta sustancialmente concordante con el primer votante por lo que reitero en el punto su fórmula decisoria.

En cuanto a la condena de entrega del certificado ordenado por el art. 80 y normativa complementaria, considerando que la certificación de fs. 127/134, conforme los datos que aporta a los fines de su innegable utilidad, en el caso, tornan innecesario complementarlo con el Formulario 931; lo contrario sería negar la doctrina legal que se nos impone por el caso Labra, pero distinto es el caso de la falta de datos exigidos por el sexto artículo sin número del capítulo VIII "De la formación profesional" del Título II de la
Ley de Contrato de Trabajo, incorporado por la Ley 24576) que autoriza dentro de tales límites a confeccionar una nueva certificación subsanando tal omisión.

En consecuencia, mi propuesta en el punto concuerda con la opinión de la Dra. Zanatta adhiriendo a su fórmula decisoria en cuanto al punto tratado.

Por todo lo expuesto, considero que existe acuerdo mayoritario por materias debiéndose adecuar la fórmula decisoria en tal sentido.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencia parcial señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios de las codemandadas.

2) Modificar la sentencia de primera instancia de fs. 1912/1930 y su aclaratoria de fs. 1937/1938 en cuanto condena la entrega de constancia documentada de ingreso de aportes y contribuciones a la seguridad social y obra social que se revoca, disponiendo que las codemandadas M. S.A. y S. S.R.L. responden solidariamente frente al

actor, se reduzca la indemnización del art. 245 LCT en la base de cálculo en el treinta y tres por ciento (33%), fijando el interés aplicable al monto de condena en una vez y media la tasa de interés activa que publica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos comerciales y estableciendo que la multa del art. 132 bis determinada en la sentencia devengará intereses a la tasa fijada desde que la presente resolución quede firme.

3) Admitir el recurso de la actora y en consecuencia condenar a las demandadas solidariamente a abonar los salarios correspondientes a 14 días del mes de abril/20015, mes de mayo/2015 y 26 días del mes de junio/2015, calculados conforme el último salario percibido correspondiente al mes de marzo/2015.

4) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios dispuesta para la primera instancia.

5) Imponer las costas de esta instancia a las codemandadas vencidas.

6) Regular los honorarios profesionales de esta instancia de los Dres. E. J. V. y M. C. M., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y de los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el veintisiete por ciento (27%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"