En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre 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. M. Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., P. S. c/ FUNDAR OBRAS SA s/ SUMARIO (Cobro de Pesos e Indem. de Ley)", expte. nro. 439/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2311/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 804), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. M. Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 771/775 y su aclaratoria de fs. 778/vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 780, agravios fs. 784/792). Corrido el traslado de la expresión de agravios, fue contestado por la actora (fs. 795/797).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa en razón del detalle ya efectuado en la sentencia de grado, diré que el actor P. S. G. promovió demanda laboral por diferencias salariales contra la firma Fundar Obras S.A. en la que reclamó el pago de la suma de pesos ciento doce mil ciento veintitrés con ochenta y nueve ctvs. ($112.123,89). Discriminó y cuantificó rubros integrantes rubros. Practicó liquidación provisoria. Ofreció prueba. Con costas. A su turno, contestó demanda la accionada. Cumplió con el imperativo procesal negando

hechos. Ofreció su prueba. Pidió se rechace la acción impetrada, con expresa imposición de costas a la contraria. Se produjo la prueba. Pasaron los autos para resolver.

El fallo de primera instancia hizo lugar a la demanda, y en consecuencia condenó a Fundar Obras S.A. a abonar al Sr. P. S. G., la suma que surja de la liquidación a practicar por el perito contador actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la sentencia, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Impuso las costas se imponen a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

En breve reseña, diré que el Sr. P. S. G. promovió demanda laboral contra la firma Fundar Obras S.A. en la que reclamó el pago de la suma de $112.123,89 en concepto de indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, vacaciones no gozadas y diferencias en la indemnización por antigüedad y SAC. Asimismo, solicitó la aplicación de la multa prevista por el artículo 2 de la Ley 25323.

Explicó allí que el empleador le remitió carta documento con fecha 30 de junio de 2012 en la que le preavisó que el día 31 de agosto del mismo año se extinguiría la relación laboral. Llegada la fecha en la cual debía ocurrir la desvinculación continuó trabajando –al igual que sus compañeros- para la firma demandada, en las mismas condiciones que lo venía haciendo desde el comienzo del contrato de trabajo. Luego, el día 3 de noviembre de 2012 recibió una carta documento en la cual se le notificó su desvinculación. Asimismo, puntualizó que no fue consultado respecto a ser eventualmente cedido a la nueva adjudicataria del servicio de seguridad contratado por YPF S.A., para quien Fundar Obras S.A. prestara servicios hasta entonces.

En la contestación de la demanda, la accionada explicó que no existió ruptura intempestiva; sino solo –dijo- una extinción acordada con continuidad ininterrumpida de prestación de servicios y empleo.

Como mencioné, la sentenciante entendió procedente el reclamo del trabajador respecto de los rubros mencionados. Para decidir del modo en que lo hizo, la señora juez explicó que el actor estuvo unido a la demandada –hasta su terminación sin expresión de causa- por una relación laboral; encontrándose a cargo del primero el control de los accesos de distintos edificios de la firma YPF S.A.

En estos términos y con base en la prueba informativa de fs. 365, dijo que la misiva cursada por la accionada al actor, en la cual se le comunicó la intención de extinguir el contrato de trabajo es de ningún valor; puesto que aquello que se preavisa es la extinción. Es decir, por el modo en el cual se redactó la comunicación, la señora juez no la consideró preaviso en los términos del artículo 231 de la LCT.

Como derivación lógica de lo anterior, la sentenciante concluyó que el actor debía percibir la indemnización sustitutiva de preaviso, integración de mes de despido e indemnización por antigüedad.

Asimismo, ante las comunicaciones de fs. 364/368 y la posición asumida por la demandada; el juez a quo admitió la pretensión de cobro de la multa prevista en el artículo 2 de la Ley 25323.

Como antes dije, en contra de la decisión antes indicada, la parte demandada interpuso recurso de apelación; a efectos que este Tribunal la revoque.

Explicó el apelante que el día 30 de junio de 2012 le comunicó al actor que el día 30 de agosto de 2012 se extinguía el vínculo que los unía porque en dicha fecha concluía el contrato que Fundar Obras S.A. tenía con YPF S.A. Añadió que llegada la fecha de finalización del contrato, el nuevo prestador del servicio no estaba operativamente en condiciones de iniciar la prestación del servicio; por lo cual, YPF S.A. le solicitó que continúe prestando el servicio, primero hasta el 30 de septiembre y luego hasta el 30 de octubre.

Luego, planteó la existencia de un acuerdo de cesión de personal entre Fundar Obras S.A. y Segupet S.A., con mantenimiento de las mismas condiciones de trabajo; pero que, a última hora, el actor se negó a consentir la cesión; lo cual la habría obligado a realizar "un raid notificatorio". Así las cosas, dijo que el actor violó la obligación de conducirse con buena fe por negarse a quedar notificado de la cesión de personal.

Sostuvo que la extinción no operó por voluntad unilateral del empleador, sino por finalización de la empresa en la prestación del servicio y continuidad del empleado en el mismo servicio pero a la orden de otro empleador.

Con base en todo ello, dijo que del plexo probatorio no se puede concluir que hubo ruptura intempestiva del vínculo porque el trabajador conocía que su relación de trabajo continuaría en las mismas condiciones con otro empleador.

En segundo lugar, con base a las consideraciones que realizara, postuló que la base de cálculo para la

indemnización por antigüedad es de $17.860,91 y no de $20.831,45.

Introdujo más tarde dos agravios subsidiarios. Por un lado, cuestionó la condena al pago de la multa del artículo 2 de la Ley 25323; y, por otro, solicitó la aplicación del principio de la normalidad próxima para los rubros preaviso e integración del mes de despido.

En relación a la multa, manifestó que la pretensión del legislador fue sancionar al empleador que a sabiendas de que tiene obligación de pagar no paga y, por ello, esta no es aplicable al empleador que discute la procedencia de las indemnizaciones por preaviso, integración y antigüedad.

Alegó que Fundar Obras S.A. tuvo razones serias y fundadas para entender que al actor no le correspondían las indemnizaciones por preaviso e integración del mes de despido.

En relación al modo de calcular las indemnizaciones, dijo que como consecuencia de los artículos 232 y 233 se debe abonar una indemnización equivalente a la remuneración que le hubiese correspondido percibir al trabajador y no en base a la mejor remuneración.

Bien, efectuadas las consideraciones anteriores e ingresando en la solución diré que, tal como lo refiere el recurrente, creo esencial atender al principio de buena fe que debe regir la relación laboral, al que aduno el de la primacía de la realidad que el juzgador debe ponderar al momento de resolver una cuestión como la que aquí se presenta.

En tal contexto, obra efectivamente la misiva cursada al dependiente en el cual se le preavisó –en los términos del art. 231 LCT (y obsérvese que se hizo mención concreta a la norma, fs 59 – fs. 365)– la extinción del contrato de trabajo. Respecto de ello, no coincido con la interpretación dada a la comunicación por el señor juez de grado, resultando a m juicio plenamente efectiva.

En tal inteligencia, destáquese que ninguna observación formuló el empleado al momento de su recepción. Luego, es cierto que, llegada la fecha prevista, la prestación del empleado se prolongó durante dos (2) meses más, más aquí tampoco fue objeto de cuestionamiento dicha circunstancia, sino que el trabajador laboró tales períodos y los cobró, y no solo eso, sino que al momento de practicársele liquidación final se le tuvo en cuenta tal extensión (ver recibo fs. 64).

Por tanto, entiendo que aquí hubo una clara voluntad del empleador en notificar la futura extinción de la relación, ello sin perjuicio de que más tarde se extendiera la misma, mas de modo alguno considero ajustado a derecho sostener que no se preavisó con base en esta última situación.

En el contrato de trabajo hay dos partes comprometidas, la relación impone derechos y obligaciones a ambas, una de ellas caracterizada como el deber de obrar de buena fe, y con ese norte es que considero que la situación especial apuntada, y a la que antes hiciera referencia, no puede servir para obtener un rédito injusto. Un criterio diferente equivaldría a imponerle al principal que enviara sucesivos preavisos de despido, cuando a la luz de las probanzas producidas ni siquiera aquél conocía la extensión requerida por la contratista. Reitero, en el caso particular se verificó una circunstancia especial, de la que el trabajador estaba perfectamente en conocimiento, sabía que la empresa dejaría de cumplir servicios para YPF SA, y conocía justamente -por la comunicación recibida- cuando ello acontecería. Es impensable que, arribada la fecha de finalización fijada en la carta documento que le enviara el empleador, siguiera el trabajador prestando servicios sin más, como si nada ocurriera.

Aquí es donde corresponde acudir al principio de primacía de la realidad que antes citara, igualmente importante a la hora de develar la realidad de lo que

aquí ocurrió. “En el Derecho del Trabajo prima la realidad, en virtud de la cual, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros” (*cf.* Tribunal Superior de Justicia Córdoba- Sentencia N° 38- 09/05/2017, expte. Nro. 3154232, “LUCERO MARCELO MAXIMILIANO c/ EL DANTE SAIC s/ DESPIDO" -Sala Laboral).

En consecuencia, pretender se le preavise nuevamente, o bien, se le indemnice por la omisión que acusa, resulta a mi juicio un aprovechamiento que no habré de justificar, razón por la que dispondré se modifique el fallo de la instancia de grado en el punto.

Respecto del segundo agravio, de la sentencia en crisis surge que el monto cuestionado de $20.831,45 fue fijado exclusivamente para los rubros indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido (fs. 774), las que guardan estricta vinculación y por lo que antes expuse deberán ser detraídas del monto de condena, razón por la que el agravio ha perdido virtualidad, como también los que fueran expresados en forma subsidiaria, ello en orden a lo que aquí se ha resuelto, con la salvedad respecto de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323, las que habré de mantener en razón de la diferencia resultante en orden a la indemnización por antigüedad abonada parcialmente y que obligara al trabajador a litigar hasta el presente.

Respecto de esto último, recuerdo que el objetivo perseguido por la norma “es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo” (Grisolía, Julio Armando, “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, t. II, pág. 1105).

Resta resolver lo atinente a las costas de esta alzada, las que corresponde sean readecuadas por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual. De

allí, que atendiendo asimismo a como se resuelve y las constancias de autos, serán impuestas en ambas instancias en un 80% al demandado y en un 20% al actor. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes ante la primera instancia y ante esta alzada para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y en consecuencia modificar el fallo de grado, rechazando la pretensión de cobro respecto de la indemnización por preaviso omitido e integración del mes de despido, debiendo ser detraídas las sumas resultantes de dichos rubros del monto de condena, y confirmando el mismo en el resto de lo allí decidido, según considerando respectivo.

2) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada en un 80% y a la parte actora en un 20% (art. 72 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la primera instancia y por ante esta alzada para el momento del acuerdo.

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

El juez de refuerzo del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción dispuso por Sentencia Definitiva nro. 72/2018 (fs. 771/775) hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, condenó a FUNDAR OBRAS S.A. a abonar al Sr. P. S. G., la suma que surja de la liquidación que practicará el perito contador actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez (10) días de quedar firme esta sentencia, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Las costas las impuso a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes; y por sentencia interlocutoria estableció, “Aclarar lo expuesto en el

Considerando I de la sentencia de fecha 26 de junio de 2018, registrada bajo el Nro. 72/2018, obrante a fs. 771/775, en cuanto a que la suma que resulte del cálculo a practicarse, lleva intereses desde el 14/11/2012, hasta su efectivo pago". Contra la misma se alzó la parte demandada presentando memorial de agravios y fue contestado por la accionante (fs. 784/793, fs. 795/797).

Abordaré directamente los temas planteados por la empresa apelante, ya que los antecedentes de la presente causa y las quejas han sido detalladas por el Sr. camarista que me precedió, encontrándose cumplimentada la manda procesal (art. 165 CP).

I. Al contestar el memorial de agravios, la accionante peticiona a este tribunal la declaración de deserción del recurso por insuficiencia técnica. Encontrándose comprometido el derecho de defensa en juicio, el criterio de amplia flexibilidad que este cuerpo que integro ha mantenido constante y reiteradamente, en la convicción que es la interpretación más acorde con esa garantía constitucional de defensa en juicio, por lo que cabe estimar que la carga de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva. En síntesis, la valoración de la expresión de agravios, a los fines de determinar si reúne las exigencias necesarias para mantener el recurso de apelación no debe llevarse a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio, tal ha sido mi criterio durante los largos años que llevo ejerciendo la magistratura.

El recurrente a fs. 784vta. al referirse a la valoración de la prueba efectuada por el juez *a quo*, dice que llama la atención que una situación compleja como la de autos, con 783 fojas ha sido resuelta en dos párrafos.

La sentencia es justa o injusta si resolvió conforme a derecho los planteos de las partes y poco

tiene que ver con el volumen de lo escrito, argumento que pretende el recurrente se valore en este estadio.

II. El primer agravio es la procedencia de la condena de la indemnización sustitutiva de preaviso. Adelanto que para el análisis y decisión de las cuestiones expuestas he de considerarlas bajo la óptica de la autonomía científica del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social que se refleja en un régimen jurídico especial que recepta principios normativos distintivos y que en definitiva es aplicado a aquel sector de la población que reúne las características particulares que motivan su concreción, es decir los trabajadores.

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, como ya he indicado, 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. Lo que se ha denominado el carácter protectorio. Como dije, 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.

Este conjunto normativo aparece integrado bajo una directriz -con arraigo constitucional directo (art. 14 bis)- que proyecta, entre diversas reglas, la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en la propia ley (art. 12, LCT) -y, claramente, la indisponibilidad de las atribuciones patrimoniales emergentes- e impone a los jueces, en su calidad de

custodios del orden público laboral, el control riguroso de su fiel cumplimiento.

En este orden de ideas y respecto del despido dispuesto por el empleador, poco ha de influir que se haya cedido el contrato empresarial, de lo cual no hay constancia de la notificación que por ley debió haber efectuado al trabajador. Siguiendo la línea argumental que vengo desarrollando, no he de receptar el agravio; surge que en junio de 2012 se notificó del preaviso de despido incausado que se efectivizaría en agosto de 2012, pero la relación laboral continuó por cinco meses más hasta noviembre del mismo año.

En relación al instituto del preaviso, este se caracteriza justamente con su propio término conceptual, como la comunicación anticipada de la finalización del vínculo, para esta comunicación y por la L.C.T. en sus arts. 231 y cctes. establece parámetros específicos, tales como el término y la forma en que el mismo se deberá realizar. La circunstancia de que haya continuado el vínculo laboral. Durante varios meses más no puede ser calificado de preaviso de un despido ya hecho efectivo, ya que sería una verdadera incoherencia. Por ello es que en virtud de lo que dispone el art. 234 L.C.T. la actitud de las partes que nada dicen durante esos meses, sino que continúa la prestación de servicios bajo dependencia del patrón, evidencia que existió una retractación del despido formulado sin mediar preaviso, es decir que el contrato de trabajo que unía a las partes continuó en plena vigencia.

No existen normas que se opongan a la retractación de un preaviso, y aunque en ocasiones normales la jurisprudencia mayoritaria se ha inclinado por no admitirla, ello es por la posibilidad de causar perjuicios al trabajador, teniendo en cuanta la finalidad del preaviso, que no es otra que la de evitar atraparlo en una privación sorpresiva de trabajo.

Dado el carácter de acto unilateral y recepticio, y siendo un derecho constitutivo ejercido por medio de dicha declaración de voluntad, la ley decide que el

despido no puede ser retractado, salvo acuerdo de partes. De tal manera, una vez notificado el preaviso a la otra parte, se produce el efecto de un acto jurídico consumado, por lo que no cabe ya su retractación unilateral, siendo necesario para proseguir la relación laboral el consentimiento del preavisado, lo que entiendo ocurrió en la especie.

Si bien considero que el juez *a quo* efectuó un razonamiento ajustado a derecho, lo que lleva a la confirmación en el punto, no puedo dejar de decir que debió comunicarse en forma fehaciente al trabajador que continuaría la relación o el contrato laboral con otro empleador, como establece la LCT, lo que no se hizo. Me remito a lo dicho al inicio del presente, el trabajador es sujeto de protección especial y esta reflejada en la normativa de fondo y forma, además de tener derechos irrenunciables, la ley es tuitiva en ese sentido e inadmisible la distorsión que pretende el apelante.

No contradice en el memorial el detalle que hizo el sentenciante de grado de la omisión de notificar el distracto del mes de noviembre de 2012, que fue acertadamente valorado.

Motivo por el cual rechazo el primer agravio.

III. Se queja la demandada del monto de la indemnización del art. 245 LCT sosteniendo que es errada la base del cálculo tomada por el juez *a quo*, que supera la denunciada como mejor remuneración en la demanda y la establecida por el perito contador. Tal como señaló el primer votante y asiste razón conforme la lectura de la sentencia a fs. 774, la sumas a las que alude el quejoso se refieren a dos conceptos, no a la indemnización por antigüedad. El juez *a quo* agregó a la indemnización sustitutiva de preaviso la parte proporcional del SAC, lo cual no ha sido cuestionado y, conforme reiterada jurisprudencia, procede su inclusión (ver SCJBA DT1981-131).

Cabe recordar 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. En materia laboral los jueces están facultados para fallar "ultra petita", lo que considero aconteció en autos; rechazo el agravio.

IV. Se agravia por la multa del art. 2 de la Ley 25323 dispuesta por el sentenciante de grado, citando jurisprudencia de esta alzada para eximir o atenuar.

No está en discusión que los jueces por disposición de la propia norma tienen facultades para reducir hasta eximir del pago de la multa del arts. 2 de la Ley 25323. La cita efectuada por el apelante es parcial y no analiza, como se hizo en dicha oportunidad, la situación fáctica. En la especie y conforme se plantearon los temas no encuentro argumento alguno para hacer lugar a la eximición o atenuación, ya que llevó al actor a un litigio del que conoció su contenido argumental en forma previa y mantuvo viva la acción hasta esta oportunidad, por lo que confirmo la decisión y rechazo el agravio.

V. En cuanto al quinto agravio, el monto del cálculo para el preaviso, el punto ya fue desarrollado precedentemente.

Los criterios que detalla el recurrente correspondientes a esta Cámara de Apelaciones que tengo a la vista (Sentencia Definitiva nro. 10/14 y Sentencia Definitiva 03/11) no se corresponden con el caso en debate porque en ambas sentencias definitivas los cuestionamientos fueron sobre remuneraciones variables y no la inclusión del SAC en el preaviso, como ocurrió en este caso.

Las costas de la alzada las impongo al apelante vencido conforme principio general de la derrota –art. 69 CPr-. Regulo los honorarios de los Dres. C. K., P. N. y F. L. en el 25% de lo regulado en primera instancia en forma conjunta; a los Dres. N. M. y G. M. D. en el 30%, en forma conjunta, de lo dispuesto en la primera instancia.

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

Propongo para el acuerdo:

1) Rechazar los agravios de la demandada Fundar Obras SA, confirmando la sentencia de primera instancia.

2) Costas de la alzada a la vencida Fundar Obras SA.

3) Regular los honorarios de los Dres. C. K., P. N. y F. López en el 25% en forma conjunta; a los Dres. N. M. y G. M. D. en el 30% en forma conjunta, en todos los casos se trata de lo regulado en primera instancia.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 771/775 hizo lugar a la demanda interpuesta por P. S. G. y condenó a Fundar Obras S.A. a abonar en el plazo de diez días la suma que surja de la liquidación que practicará el perito contador por los rubros reclamados de indemnización por antigüedad, sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido con la incidencia del SAC, SAC vacaciones proporcionales.

A fs. 780, la demandada Fundar Obras S.A, interpuso recurso de apelación contra la sentencia, que fue concedido a fs. 781.

Los agravios obran glosados a fs. 784/792 y contestados a fs. 795/797.

Quienes me precedieron en la emisión del voto han reseñado suficientemente el contenido de los agravios, así como los antecedentes de la causa, razón que me exime de reiteraciones estériles.

Ambos votantes han concordado en confirmar la condena a pagar la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 y la base determinada por el juez para el cálculo de la indemnización por antigüedad, quedando abierto el debate respecto de los agravios de la demandada referidos a la admisión de la indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido.

Su queja se asienta en que el actor era conocedor de la extinción de contrato atento a que el despido fue comunicado con anterioridad (30/06/2012) para efectivizarse a partir del 30/8/2012. Insiste en la continuación de la relación de trabajo en las mismas condiciones, pero con otro empleador.

Dice que se trató de una cesión de personal conforme el art. 229 LCT y que el actor conocía que continuarían prestando tareas para la nueva prestadora del servicio. Dijo que a última hora el actor, como otros compañeros, se negaron a consentir con sus firmas y la obligaron a realizar un raid notificatorio mediante escribano público y sin encontrar a los empleados en sus domicilios.

La obligación de preavisar se cumple mediante la ejecución de un acto positivo consistente en comunicar por escrito a la contraparte la decisión unilateral de extinguir la relación laboral dentro del plazo que establece la ley o el convenio de partes.

La forma y prueba de la notificación conforme lo establecido en el art. 235 de la LCT han sido debidamente acreditadas (fs. 59 y 368 informe del Correo Argentino).

En este sentido la notificación del preaviso tiene por efecto inmediato limitar en el tiempo la extensión del contrato de trabajo, como si fuera de plazo fijo, razón por la cual las partes no pueden introducir otras modificaciones a la relación que las que surgen de la ley, tales como pretender prevalerse de situaciones anteriores para articular supuestos hecho injuriosos.

Produce efectos desde que la comunicación llega a la esfera de conocimiento de su destinatario (en el caso el día 20/7/12) indicando que el contrato quedaba limitado en el tiempo hasta el 30/08/2012.

Entonces, por efecto del preaviso válidamente otorgado, la extinción del contrato se posterga en el tiempo por el plazo de preaviso, la resolución resulta operativa desde que se produce la notificación, hallándose sometida única y exclusivamente al cumplimiento del plazo (ver Enrique Herrera, “Extinción de la Relación de Trabajo”, ed. Astrea, p.100).

De allí que no pueda retractarse ni rectificarse unilateralmente. Ello porque una vez que se notificó la voluntad de extinguir el contrato, se configura una situación bilateral que no puede modificarse

unilateralmente (Deveali, "Sobre la retractación del despido durante el plazo de preaviso", DT XVII-627).

Esta es la posición doctrinaria prevaleciente en el ámbito nacional y provincial, de manera que por el carácter definitivo del plazo notificado, el 30/8/2012 se extinguía el contrato de trabajo que vinculó al actor con la demandada.

No obstante, ambos están de acuerdo en que la prestación laboral se extendió hasta el 31/10/2012.

Entiendo entonces que hubo un acuerdo de las partes por el cual el despido y el consiguiente preaviso quedaron tácitamente revocados por la dación y aceptación de tareas más allá del plazo fijado para que se verificare el distracto, operándose, automáticamente la reconducción del contrato, tal como afirmó el actor en su demanda (íd. CNAT, Sala V, 20/4/73, TSS I-387; íd. Sala IV 30/11/65 LL 122-460 y SCBA 20/4/65, LL 119501 cit. por Herrera, op. cit. p. 102).

Se trata de cuestiones antiguamente resueltas y en definitiva en atención a las discrepancias suscitadas según la jurisprudencia anterior a la LCT y respecto de las cuales la doctrina no era unánime. De allí la importancia de los precedentes citados.

Por ello, el contrato permaneció vivo con posterioridad al 30/8/2012, pues el despido –la desvinculación- no se hizo efectivo.

Esa rehabilitación como dije, contó con la voluntad concurrente de las dos partes y no de una sola, de allí que la retractación empresarial producida porque YPF solicitó la continuidad de la prestación antes de que llegue ese momento es válida y produce como efecto principal el de que el contrato no llegue a extinguirse.

Y como el preaviso es una obligación de hacer que en caso de incumplimiento obliga a su reparación, no habiéndose verificado el mismo con posterioridad a la rehabilitación del contrato, el mismo, en el caso es procedente.

No resulta convincente la buena fe que invoca el recurrente. De hecho, advierto que la continuación del

contrato beneficiaba a todas las partes: YPF que necesitaba la prestación, Fundar Obras S.A. que lograba 2 meses más de contratación; SEGUPET S.A. que adquiría personal capacitado para iniciar sus labores y por supuesto el sujeto débil de la relación que lograba habilitar un contrato de trabajo que debía extinguirse al 30/8/2012.

Entiendo que la buena fe debe ser invocada frente a la operadora YPF, quien requirió la continuación de la labor y no exigirla, en este caso, al trabajador quien, aun cuando pudo conocer que continuaría trabajando para la nueva adjudicataria del servicio, lo cierto es que al 01/11/2012, cuando la nueva adjudicataria comenzó su trabajo (conforme el informe obrante a fs. 259) los empleados no estaban dados de alta como prestatarios de servicios a la misma.

Luego y dan cuenta de ello, las actuaciones llevadas a cabo ante la Subsecretaría de trabajo debieron lograr un acuerdo por el que Segupet debió abonar a cada uno de los trabajadores una gratificación extraordinaria por única vez y para que la propia SEGUPET pudiera continuar brindando el Servicio a YPF (es decir en su propio interés).

Y si bien el actor, junto con los demás trabajadores, lograron que se les reconociera el tiempo que prestaron servicios para Fundar Obras S.A. a fin de calcular el plazo de licencia ordinaria anual, lo cierto es que está registrado como fecha de ingreso el 1/12/12 (conforme surge de recibos de sueldo y el propio informe de Segupet de fs. 259) con lo cual la relación laboral se interrumpió, es decir no media la continuidad que requiere la cesión del personal que invoca.

Tales consideraciones, resultan suficientes para rechazar el agravio relativo a la indemnización sustitutiva del preaviso.

3. Costas y honorarios:

En atención a como se resuelve, entiendo que las costas de esta instancia deben imponerse totalmente a la recurrente vencida.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia los fijo en el 25% a favor de los letrados de la demandada recurrente y en el 30% a los letrados del actor. En ambos casos tales porcentuales deberán aplicarse sobre los que le fueron regulados por su actuación en la primera instancia, de conformidad con las pautas establecidas por la ley arancelaria vigente en sus arts. 5 y 13.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por coincidir con la solución propuesta por la Dra. García Blanco, adhiero a su fórmula postulatoria.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. Hayes, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la demandada Fundar Obras SA y confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 771/775 y su aclaratoria de fs. 778/vta.

2) Costas de la alzada a la vencida Fundar Obras SA.

3) Regular los honorarios de los Dres. C. K., P. N. y F. López en el veinticinco por ciento (25%) en forma conjunta y a los Dres. N. M. y G. M. D. en el treinta por ciento (30%) en forma conjunta, porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

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

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO

Secretaria de Cámara