----En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil veinte, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., P. A. c/ S., J. y Otros/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. N° 113 – Año 2020 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 252.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

----Vienen estos actuados al conocimiento del tribunal de alzada con motivo de los recursos de apelación deducidos en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 209/2019, por el Sr. J. M. S., a fs. 220; y, por la empresa que gira en el comercio bajo la denominación de E. S.A.S., a fs. 221.----------

----La sentencia apelada hizo lugar a la demanda entablada por el actor en contra de los mencionados demandados, condenándolos a que le paguen al Sr. P. A. C., en el plazo que fija, la suma que surja de la liquidación, con más los intereses calculados desde la mora y hasta su efectivo pago a la tasa indicada y con capitalización desde la notificación de la demanda. Asimismo, intima a las demandadas a la entrega en el mismo plazo del certificado de trabajo y las constancias de aportes bajo apercibimiento de astreintes. Todo ello, con costas a cargo de la parte demandada. ----------

----Los demandados recurrentes también apelaron por altos los honorarios regulados a la representación de la parte actora y, el Dr. P. M. M., por su propio derecho, apeló los honorarios que se le regularon por estimarlos bajos. ----------

----Los escritos de expresión de agravios lucen agregados a fs. 223/227, el correspondiente al Sr. J. M. S.; y, a fs. 228/236, el de la sociedad denominada E. S.A.S.

----Ordenado su traslado a la parte actora mediante providencia de fs. 237, éste fue evacuado por escrito agregado a fs. 238/245. ----------

----I.- A) Agravios de la sociedad codemandada E. S.A.S.: ----------

----1) **Carácter remunerativos de los rubros “comida” y “viáticos” del C.C.T. 40/89 -ítems 4.1.12 y 4.1.13-:** Cuestiona que el juzgador a quo haya considerado remuneración a cualquier contraprestación que reciba el trabajador con motivo de la entrega de su fuerza de trabajo al empleador más allá del nombre asignado por la norma a los indicados rubros y a la autorización del art. 106 de la L.C.T. Manifiesta que no se expone ningún fundamento limitándose a transcribir un fallo de la C.S.J.N. que, afirma, no tiene nada que ver con el presente caso. Refiere que el precedente “P. c/ D. S.A.”, refirió a los vales alimentarios del derogado inciso c) del art. 103 de la L.C.T., es decir, una norma que ya no se encuentra vigente. Asevera que, en el caso, no hay conexión ni paralelismo posible con los vales alimentarios. Sostiene que aquí nos encontramos ante

una norma convencional que dispone ciertos rubros como viáticos, en los términos del art. 106 de la L.C.T., es decir, otro supuesto legal y otra norma. Transcribe el ítem 4.2.11 del convenio Nº 40/89, por el cual se precisa que las compensaciones por comida y viáticos que se reconocen a los dependientes por comidas y viáticos durante su prestación de servicios fuera de la sede de la empresa no sufren descuentos ni carga social alguna por no formar parte de las remuneraciones de los dependientes en un todo de acuerdo con el art. 106 de la L.C.T. Destaca, a su vez, que no es necesaria la rendición de los gastos de los rubros de “comida” y “viático especial”. De allí, postula que el juzgador a quo confundió el derecho aplicable ya que manda a computar viáticos explícitamente no remunerativos como parte de la base salarial para calcular la extinción laboral como si fueran vales alimentarios del art. 103 inc. c) y omite invalidar las normas imperativas del C.C.T. Nº 40/89 ítems 4.1.12, 4.1.13 y 4.1.11, así como el art. 106 de la L.C.T. Observa, además, que el juzgador de grado no se hizo cargo de un fundamento legal que expusiera al contestar la demanda, atento a que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación por dictamen Nº 1108/14, confirmó el carácter no remuneratorio de los mencionados rubros que ahora sostiene. Refiere que su parte no podía dejar de pagar esas sumas como no remunerativas, ya que las mismas resultan imperativas y parte del orden público aplicable a la vinculación laboral habida con el accionante, preguntándose cómo es posible que respetar la legislación vigente pueda derivar en un perjuicio económico. Expresa que la sentencia que impugna pareciera aplicar la doctrina del precedente judicial que es propia del Common Law, el que el a quo ordena aplicar linealmente sin dar otro fundamento. Finalmente postula que la decisión adoptada cae en arbitrariedad manifiesta por falta de aplicación del derecho aplicable, solicitando su revocación. ----------

----2) **Que se considere como remuneración normal y habitual las horas extras al 50% y al 100%:** Sostiene que el a quo sobre el punto ni siquiera intentó argumentar su decisión, sino que directamente estableció que las horas extras resultaban ser salario normal y habitual. Afirma que de tal modo nos encontramos ante una decisión arbitraria por falta de sustento real y legal, correspondiendo por ello su revocación y, por ende, concluye, no se deben computar las horas extras para el cálculo de los rubros indemnizatorios y salariales devengados con motivo de la extinción laboral. ----------

----3) **Que se tome como mejor remuneración mensual normal y habitual la de marzo de 2018:** Expone que la sentencia en pugna admitió el reclamo actoral reputando como base salarial a los fines indemnizatorios la remuneración del mes de marzo de 2018 por la suma de $ 41.336,79. Afirma que dicha suma fue devengada y percibida en relación a la vinculación laboral habida con el codemandado, pero no respecto a su parte.Apunta que a los fines indemnizatorios correspondía tomar la suma de $ 32.687,65 devengada en el mes de abril de 2018, ya que -asevera- fue el único período que trabajó para su parte. Repite que no se expresó en la sentencia ningún fundamento legal que

intente explicar por qué motivo debería tomarse una remuneración anterior siendo la base adoptada la única posible. Por ello solicita que se tenga en cuenta como mejor remuneración mensual, normal y habitual la base salarial de abril de 2018. ----------

----4) **Diferencias de la indemnización sustitutiva por preaviso por la base salarial adoptada para su cálculo:** Vuelva a sostener que no se aportó ningún fundamento de hecho o derecho que sustente la admisión de la diferencia por la indemnización sustitutiva del preaviso. Se agravia de que la base salarial para el cómputo de este rubro indemnizatorio sea la cuestionada en los anteriores agravios, por lo que se remite a lo expuesto con relación a ellos. ----------

----5) **Integración del mes de despido y la base salarial adoptada para su cálculo:** Sostiene que la extinción del vínculo laboral con el actor se perfeccionó el 30 de abril de 2018, es decir, coincidiendo con el último día del mes. Alude a la misiva epistolar remitida por la parte actora el 14 de mayo de 2018, en la cual -afirma- ésta reconoce que el despido fue efectuado mediante carta documento CD X de fecha 30 de abril de 2018, concluyendo de ello que aceptó el distracto comunicado ese mismo día. Señala en idéntico sentido que al liquidar el rubro S.A.C. proporcional, coloca entre paréntesis el detalle que liquida (120 días), de modo que toma 31 días del mes de enero, 28 días del mes de febrero, 31 días de marzo y 30 días de abril, no habiendo liquidado ningún día del mes de mayo/2018, sencillamente porque no le correspondía. Con el mismo razonamiento, abunda, liquidó los días por vacaciones no gozadas (7 días) siendo que trabajó una tercera parte del año -cuatro meses de enero a abril-, no así el mes de mayo. Por eso, dice, agravia a su parte que no se hayan tenido en cuenta tales constancias y los actos propios del actor, tomando un argumento fáctico ajeno a la causa. Asimismo, también se agravia de la base salarial que manda a computar para el cálculo del rubro integración del mes de despido, dando por reproducido los fundamentos expuestos en los tres primeros agravios, esto es, que no corresponde computar los rubros “comida” y “viáticos”, el salario del mes de marzo, ni las horas extras al 50% y al 100%. ----------

----6) **Diferencias sobre S.A.C. proporcional y vacaciones-base salarial adoptada para su cálculo:** Sostiene que el juzgador de grado omite aportar fundamentos concreto y específicos para impugnar la liquidación final practicada y las sumas abonadas por su parte, quedando sin sustento la condena a abonar diferencias sobre dichos rubros. Con relación a la base salarial adoptada vuelve a remitir a los fundamentos expuestos en los agravios primero, segundo y tercero. ----------

----7); 8); y, 9) **Indemnización especial del art. 2º de la ley 25.323-omisión de analizar la reducción prevista en el citado artículo “in fine” de la ley 25.323:** Afirma que no se analizó -ni rechazó formalmente- la defensa que su parte opusiera en el punto IV “Impugna Liquidación”, acápite iii) Multa artículo 2º Ley Nº 25.323, del escrito de contestación de la demanda. Es que, continúa diciendo, la multa dispuesta por el citado artículo 2º de la ley 25.323, no fue peticionada por la parte actora en el objeto de su

demanda en el cual únicamente reclama “cobro de indemnización de ley” pero sin especificar la multa en análisis. Por ello, concluye, la sentencia violó el principio de congruencia. ----------

----Cuestiona también que el juzgador haya admitido este reclamo sin haber analizado -afirma- los presupuestos que impone la legislación para su procedencia. Apunta que no en cierto que siendo intimada su parte a pagar las indemnizaciones por despido no lo hizo dando lugar a la iniciación de las presentes actuaciones. Asevera que tal extremo no encuentra sustento fáctico ni en la realidad de los hechos ni en las actuaciones de la referencia. Apunta que de la literalidad de la sentencia se la condena solo a su parte cuando en el expediente fueron demandados tanto ella como el Sr. S., sin fundamento alguno. Observa que al contrario de lo que esboza el juzgador su parte jamás fue intimada por el actor para que le abonen las sumas resultantes del despido. Por el contrario, dice, fue su parte quien tuvo que compeler al trabajador para que se avenga a cobrar dichas sumas. Aduna que la misiva a la que hace referencia el a quo (obrante a fs. 11) no fue dirigida a su parte sino al codemandado, agregando que, como bien lo expone la sentencia es presupuesto necesario para la procedencia del incremento indemnizatorio contemplado por el art. 2 de la ley 25.323 la intimación fehaciente en forma previa, extremo que -asegura- no fue cumplido ni probado en el caso con relación a su parte. Por ello pide que se revoque la sentencia y se rechace dicho rubro contra su parte. A mayor abundamiento hace referencia a que se consignó en la Secretaría de Trabajo, delegación de Puerto Madryn, la liquidación final por despido y las certificaciones de trabajo a favor del Sr. C., indicando que dicha consignación tuvo resultado positivo siendo que el actor se presentó el 23/05/2019 habiéndosele abonado la suma de $ 377.406,01 por los conceptos, rubros y montos que se detallan en el recibo firmado por ante dicho organismo de aplicación en la materia que se glosara en original con el escrito de contestación de la demanda. Observa que con posterioridad a dicho acto su parte no fue nunca intimada por el actor por ningún rubro por lo que -concluye- no se cumplió con el presupuesto de intimación previa que exige el art. 2 de la ley 25.323. Termina solicitando que se revoque el fallo rechazando en todas sus partes la demanda interpuesta, con costas. ----------

----A todo evento, para el hipotético supuesto que no se hiciera lugar a lo anterior, solicita se tenga presente lo postulado en el punto IV “Impugna Liquidación”, acápite iii) “Multa artículo 2º Ley Nº 25.323”, en donde se peticionó que se haga aplicación de la última parte en virtud de la consignación administrativa que efectivamente cumplió, eximiéndola de abonar dicha multa. Apunta que su parte persiguió al actor para abonarle las sumas que por derecho le correspondían y no al revés, como lo hace ver el Sr. Juez a quo. Agrega que también es cierto que se abonaron las sumas que legalmente correspondían ya que no puede exigirse a su parte que sin previa sentencia se considerase los rubros “comida” y “viáticos” del C.C.T. Nº 40/89 (ítems 4.1.12 y 4.1.13.) como remunerativos. -

----10);11); 12); y, 13) **Indemnización especial del art. 80 de la L.C.T. con la reforma introducida por el art. 45 de la Ley 23.345-omisión de analizar la defensa opuesta-condena a la entrega de los certificados de trabajo-omisión de aclarar cómo debe dar cumplimiento a la obligación de entrega de los certificados de trabajo**: Expresa que no fue analizado -ni rechazado formalmente- la defensa que opusiera su parte en el punto IV "Impugna liquidación" acápite viii) "Multa artículo 80 Ley de Contrato de Trabajo" del escrito de contestación de demanda. Señala que dicha multa no fue peticionada por la parte actora en el "Objeto" de su demanda en el que únicamente reclama "cobro de indemnización de ley" pero sin especificar la multa bajo análisis, violándose -afirma- el principio de congruencia. ----------

----Sostiene que el magistrado a quo aplica la multa sin haber analizado los presupuestos para su procedencia. Si lo hubiera hecho, observa, habría tomado en cuenta que su parte nunca fue intimada en los términos del art. 3º de decreto Nº 146/01, motivo por el cual postula que debe revocarse la sentencia para rechazar la procedencia de la multa en cuestión. ----------

----A todo evento indica que es falso y ajeno a la realidad que con la documentación entregada al trabajador no podrá acreditar fehacientemente el tiempo trabajado y los aportes realizados. Afirma que está probado en autos que, al momento de la cesión del contrato de trabajo, el actor recibió de parte del codemandado los certificados de trabajo que ordena el art. 80 de la L.C.T., e indica que no hubo reclamo, queja ni observación sobre dicho punto, de modo que no se encuentra controvertido en autos. Dice que esto es reconocido por la parte actora en tanto que al correrse el traslado de la documental que presentara su parte ésta no negó ni desconoció la misma por lo que, concluye, ha quedado reconocida. Individualiza los documentos que sostiene que han quedado como no controvertidos y cita la informativa de la delegación Trelew de la Secretaría de Trabajo provincial. Apunta quede dichas constancias, surge que el actor recibió las certificaciones en ocasión de la cesión del contrato de trabajo y que también recibió los certificados de trabajo de su parte con motivo de la extinción del vínculo laboral conforme el Expte. Nº 0445/18. Por todo ello, asegura que el demandado tiene en su poder los elementos exigibles para acreditar fehacientemente el tiempo trabajado y los aportes realizados. Finaliza pidiendo que por lo expuesto se revoque el rubro correspondiente a la indemnización del art. 80 de la L.C.T., con costas. ----------

----Insiste igualmente en sostener que el actor no pidió la entrega de las certificaciones del art. 80 de la L.C.T., que no formó parte de la pretensión perseguida en la demanda y mucho menos del objeto de esta, por lo que denuncia nuevamente la violación del principio de congruencia. A todo evento se remite a lo ya expuesto, sosteniendo que tanto el codemandado como su parte cumplieron con la entrega de los certificados de trabajo en los momentos que corresponde. ----------

----Se queja también de que no se haya aclarado cómo se debe hacer para cumplir con

la condena a entregar los certificados de trabajo del art. 80 de la L.C.T., sin indicar ningún dato de los que debería volcar en los nuevos certificados. Se pregunta qué datos están incorrectamente consignados en los certificados que entregó su parte, qué debe hacer para corregirlos y poder entregar nuevos certificados. Denuncia que de tal manera la obligación torna de cumplimiento imposible, llevando a su parte a ser pasible de la imposición de astreintes. ----------

----14) **Capitalización de intereses**: Manifiesta que agravia a su parte la capitalización por la que se la condenacuando no fue peticionada por la parte actora en el punto II "Objeto" de la demanda, incurriendo la sentencia -sostiene- en el vicio de incongruencia.

----15) **Orden de librar oficio en los términos del art. 46 de la Ley 25.345:** Expone que el artículo individualizado refiere a la ley 18.345, que refiere a la Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional de Trabajo, por lo que no resulta aplicable al caso desde que esta causa se encuentra en trámite por ante el Poder Judicial de la Provincia del Chubut. Indica que el Sr. Juez a quo no justifica de ninguna forma la aplicación de dicho precepto legal limitándose a identificarlo. Para el caso que fuera aplicable, no se dan ninguno de los supuestos que establece dicha norma. Finalmente mantiene reserva del caso federal y solicita se revoque el fallo apelado, con costas. ----------

----B) Agravios del codemandado Sr. S.: Previo adherir a la expresión de agravios de la codemandada E. S.A.S., en particular a los agravios 1º a 11º; 14º y 15º; y seguidamente, expone: ----------

----a) **Que se haya tenido por probado el fraude laboral y se lo condene solidariamente con la codemandada:** Refiere al reconocimiento de la parte actora con relación a lo actuado por ante la autoridad de contralor en la materia en referencia a la cesión del contrato de trabajo indicando el dictado de la Resolución Nº 457/18 -DRT-2, con fecha 17 de abril de 2018, que homologó el Acuerdo de Cesión de Contrato de Trabajo entre las partes. Destaca que el actor no ataca dicho acto de ninguna forma en su demanda, por lo que debe concedérsele toda validez y efectos legales. Estima que la cesión habida resulta ley para las partes con motivo de la homologación y no puede ser dejada sin efecto, de modo tal -concluye- que la solidaridad imputada deviene ilegal y arbitraria. Con ello, continúa diciendo, a partir del 01 de abril de 2018, el accionante pasó a ser empleado de la codemandada E. S.A.S., habiendo reconocido todos los derechos que le asistían y poniéndolo en la misma situación que tenía respecto del vínculo con su parte. Señala que el actor expuso que mantuvo su lugar de trabajo, su jornada laboral e idénticas tareas, sin denunciar ningún incumplimiento, ni tampoco cuestionó la liquidación final, discutiendo sólo la base salarial adoptada para los cálculos. Con ello, afirma, queda en evidencia que el actor no denunció ni un solo evento que pudiera dar lugar a un supuesto fraude laboral ya que la cesión no violentó ninguno de sus derechos. Expresa que es falaz y descabellado que se lo acuse de pretender sustraerse de sus obligaciones, siendo que durante todo el vínculo laboral cumplió en tiempo y forma con

todas sus obligaciones laborales y previsionales, y la codemandada mantuvo dicha línea de trabajo. Postula que es absolutamente responsable solidario de todas las obligaciones habidas hasta el momento mismo de la cesión, ubicando la fecha hasta la cual debía responder por cualquier incumplimiento previo, el día 31 de marzo de 2018. Señala que en la demanda no se denuncia ningún incumplimiento previo a la cesión del contrato de trabajo. Dice que la única insatisfacción que denunció el actor tiene que ver con la extinción del vínculo laboral, que nada tiene que ver con la vinculación que antes lo uniera con su parte. Expone que no tiene ninguna responsabilidad sobre las consecuencias del despido decidido por E. S.A.S., ya que deviene de un evento posterior a la cesión del contrato de trabajo. Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su posición, a la cual remito por razones de brevedad. Refiere al régimen legal de las sociedades anónimas de un solo socio, observando que su parte y la codemandada son personas diferentes y apunta que lejos de haberse demandado un fraude laboral, a través de la demanda solo se hicieron afirmaciones vagas y sin ningún tipo de sustento fáctico toda vez que su parte y la codemandada -afirma- han cumplido siempre con sus obligaciones legales en tiempo y forma. Insiste que el único incumplimiento que se denuncia en la demanda tiene que ver con la extinción del vínculo laboral, puntualmente, respecto a la remuneración mensual y habitual, siendo que la empresa codemandada no solo abonó las sumas resultantes del despido, sino que además tuvo que perseguir al actor para pagarlas y entregar los certificados de trabajo. Apunta que es una falacia en la cual se apoya el juzgador de grado al sostener que de no ser condenado su parte el capital social resultará insuficiente, extremo que no fue probado en autos. Reivindica el derecho del empleador de desvincular a un empleado sin justa causa. Termina calificando a la sentencia como arbitraria y solicitando su revocación, con imposición de las costas. ----------b) y c) **Condena a la entrega de los certificados de trabajo-omisión de precisar cómo debe dar cumplimiento de tal condena**: Observa que el actor nunca peticionó por los mismos, violándose por ello el principio de congruencia. Únicamente se reclama el cobro de indemnización de ley. Se remite y tiene por reproducidos los fundamentos expuestos en el agravio 11º por la codemandada, puesto que su parte y la empresa codemandada han hecho entrega de los certificados de trabajo en el momento que correspondía. Repite que su parte solo tenía obligación de entregar las certificaciones del art. 80 de la L.C.T. con motivo de la cesión del contrato extremo que cumplió. Y, que, con posterioridad a la cesión homologada por la Secretaría de Trabajo, no tenía obligación con relación al actor, mucho menos de entrega de certificados de trabajo, por lo tanto, tampoco puede ser condenado a confeccionar y/o hacer entrega de certificados respecto de un vínculo del que no forma parte. Manifiesta que el sentenciante omite indicar como se debe dar cumplimiento a la obligación de entrega de los certificados de trabajo a la que condena. Vuelve a interrogarse si los datos están mal consignados en los certificados que se entregaron al actor, o qué debe hacer para corregir para poder

entregar unos nuevos. Sostiene que de tal manera la obligación torna de cumplimiento imposible. Mantiene reserva de caso federal y solicita se revoque el fallo, con costas. ----
----La parte actora responde a los agravios formulados por los codemandados mediante pieza obrante a fs. 238/245, denunciando en primer lugar la falta de suficiencia técnica por lo que pide que se los declare desiertos. Subsidiariamente los pasa a contestar haciéndolo primero respecto de los planteados por E. S.A.S. y, luego, con los planteados por el Sr. S., a todo lo cual me remito para su lectura por razones de brevedad. ----------
----II.- En los límites que han sido determinados por el contenido de los agravios planeados por los codemandados recurrentes, ingresaré a su tratamiento siguiendo el orden con el que fueron reseñados, toda vez que es el impuesto por la misma cronología de tratamiento seguida en la sentencia impugnada. No obstante, si la materia así lo requiere, se examinará el agravio que planteado por uno de los codemandados recurrentes pudiera influir en los planteados por el otro. Igualmente es factible que algunos también se examinen en conjunto cuando el tópico que involucren, por su conexidad, continencia o identidad, así lo permita.----------
----A) -; 1); 2); y, 3) **Carácter remuneratorio de los rubros “viáticos” y “comida” del C.C.T. Nº 40/89 -ítems 4.1.12 y 4.1.13-Horas extras al 50% y 100% como parte de la remuneración normal y habitual – Adopción de los haberes de marzo de 2018 como base salarial:** En verdad todos estos tópicos refieren a la composición de la base salarial que se deberá tomar a los efectos del cálculo de los rubros integrantes de la liquidación final e indemnizatoria por el despido sin causa que fue decidido por la patronal, la sociedad E. S.A.S -cesionaria del contrato de trabajo que vinculara al actor con el anterior empleador cedente, Sr. S.-, merced a lo cual ingresaré a su estudio y propuesta de resolución de manera conjunta. ----------
----Primariamente, impuesto me veo en señalar mi falta decoincidencia con la apreciación que efectuara el Sr. Juez a quo en el considerando III, en cuanto estima que el negocio jurídico habido entra los codemandados en autos no se trató de una cesión de personal regida por el art. 229 de la L.C.T., sino de una transferencia del establecimiento regulada por el art. 225 y concordantes de dicho régimen legal. ----------
----Es que no encuentro que sea suficiente fundamento para así entenderlo la circunstancia de que dicha cesión de personal se hubiera concretado entre una persona humana -cedente- y una sociedad anónima unipersonal (S.A.S.) -cesionaria-, la que se encuentra constituida e integrada por el mismo y único sujeto cedente. ----------
----Tampoco comparto que pudiera apreciarse válidamente que en el caso bajo examen se produjo una transferencia del establecimiento como lo afirmara el juzgador de grado sin exponer ningún fundamento para así entenderlo. ----------
----Y lo observo toda vez que, a pesar que el judicante dejo constancia que el distinto encuadre normativo del negocio jurídico concertado entre los codemandados en autos no influiría en la solución que termina propiciando, tengo para mi que ello resulta

importante advertirlo, en tanto forma parte de la adecuada decisión que dirima el conflicto planteado por ante este órgano jurisdiccional del Estado. ----------

----Dicho ello, es menester traer a colación que el Sr. Juez a quo estableció de inicio cuatro reglas que guiarían su decisión, cuales son: 1) que el cesionario asume todas las obligaciones del cedente emergentes del contrato de trabajo al tiempo de concretarse la transferencia, aún aquellas que se originen con motivo de la transmisión; 2) que no es responsable de las obligaciones adquiridas por el cesionario (sic)(*rectius*: cedente) con el trabajador luego de perfeccionado el negocio; 3) que la excepción a esta última limitación a la transferencia de dichas obligaciones es el fraude a la ley; y, 4) que el trabajador debe resultar indemne respecto de dicha cesión. ----------

----A partir de lo cual, tomando en consideración de manera preferente la última de las citadas reglas pasó a analizar si las sumas parciales de la liquidación final e indemnizatorias que fueran abonadas por la sociedad cesionaria codemandada son las correctas. ----------

----En tal ideario expuso que la mejor remuneración -sin perjuicio de no considerar las sumas no remunerativas- era la del mes de marzo/2018 ($ 41.336,79); y no la del mes de abril del mismo año ($ 32.687,64). ----------

----El juzgador de grado atendió a la defensa opuesta oportunamente por la empleadora cesionaria recurrente, en cuanto adujo que tomó el salario del mes de abril porque fue el único período que el actor trabajó para ella (Ver: escrito contestatario, punto 4º, primer párrafo de fs. 43), señalando que, como la cesión no puede significar ningún perjuicio para el trabajador -regla 4ª-, correspondía considerar todos los períodos trabajados por el actor dentro del año del despido.----------

----Pues bien, respecto a ello la recurrente postula que en la sentencia "...no se encuentra..." "...ningún fundamento legal que siquiera intente explicar *porqué motivo debería tomarse una remuneración anterior, siendo la adoptada la única posible."* (Sic) (Ver: escrito de expresión de agravios, tercer agravio, letra c), primer párrafo de fs. 230).

----Bastará con decir al respecto que, allende del malgrado que le produzca a la recurrente lo decidido en el anterior grado sobre el punto, lo cierto es que el juzgador expresó la razón por la cual consideró que correspondía tomar la mejor remuneración habida durante el último año trabajado por el actor previo al despido, sin que merezca un concreto y razonado cuestionamiento como técnicamente se exige (Conf.: art. 268 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la Ley XIV Nº 1).----------

----Es que, reiterar el mismo argumento defensivo expuesto sobre el punto al tiempo de contestar a la demanda, el que consistió precisamente en postular que, como el mes de abril de 2018 fue el único período que el actor trabajó para la sociedad correspondía tomar esta remuneración como la mejor remuneración mensual, normal y habitual y, por lo tanto, ser ésta la base salarial para el cálculo de la liquidación final, no satisface el recaudo técnico que da contenido a un agravio. Pues, desde que tal afirmación

pretendidamente impugnativa no es más que la reiteración de lo ya expuesto al tiempo de trabarse la Litis, no configura la indispensable crítica que se requiere para que este tribunal de alzada pueda ejercer su facultad revisora, merced a que no se puntualiza razonadamente cuál habría sido el equívoco en el que habría incurrido el juzgador al considerar lo contrario a lo oportunamente ya postulado, y en consonancia con lo cual, cabe concluir que se carece de un verdadero agravio que se pudiera atender. ----------

----En tal sentido cabe agregar que resulta ineficaz la expresión de agravios que se limita a consignar una mera disconformidad con lo resuelto, pero sin concretar, ni siquiera aproximadamente, cuáles son los motivos por los cuales se considera la porción del fallo impugnado errónea, injusta o contraria a derecho. Y para ello, no basta con argüir aquello que ya se dijo al tiempo de responder a la demanda; pues, mientras no se demuestre que existe un juicio erróneo o no arreglado a derecho –lo cual no alcanza a lograrse a través de la reiteración de lo ya dicho, o en un punto de vista distinto teñido de un alto subjetivismo-, se incurre en una disconformidad que no reúne las exigencias técnicas que requiere una expresión de agravios. ----------

----En tal inteligencia se ha establecido que el razonamiento paralelo o propio del apelante que solo traduce apreciaciones subjetivas, no comporta la crítica concreta que exige la norma procesal. O bien, en el mismo ideario, se ha establecido que cuando no hay una impugnación concreta de las motivaciones básicas de la sentencia recurrida deviene insuficiente la expresión de agravios, para lo cual debe observarse que para satisfacer tal verdadera carga procesal no basta con limitarse a disentir con la interpretación o apreciación de la situación jurídica controvertida que fuera dada por el juzgador sin proveer de fundamento superador a lo ya argüido oportunamente para sostener la posición distinta y discordante que se propugna, ni concretar pormenorizadamente los errores u omisiones en que éste habría incurrido respecto de la apreciación de los elementos aportados al proceso en función de las normas que rigen la materia. Y ello no se logra ciñéndose a postular lo contrario a lo estimado por el juzgador sin dar las bases jurídicas del distinto punto de vista expuesto y sin criticar -en puridad- las razones dadas en contrario, como igualmente remitirse a manifestar la disconformidad con la decisión para considerarla equivocada o injusta sin dar ninguna pauta distinta a la que fuera utilizada –aunque con una evaluación diametralmente diferente- por el Sr. Juez a quo (Vide: Morello-Sosa-Berizonce, en “Codigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, 2ª ed., reelaborada y ampliada, año 2009, T. III, págs. 351 y sgtes.; id., Highton Elena I.-Areán, Beatriz A., en “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Concordado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, Ed. Hammurabi, año 2006, T. 5, págs. 239 y sgtes.). ----------

----En resumen, pues, propiciaré al acuerdo que se tenga por desierta esta porción del agravio bajo examen, por carecer el mismo de una mínima suficiencia técnica que

permita atenderlo (Conf.: arts. 268 y 269 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del art. 73 de la ley XIV Nº 1).----------

----Ya establecido que se encuentra, por la firmeza que deviene sobre tal punto a propósito de lo dicho precedentemente, que el salario del mes de marzo/2018, es la base económica del cálculo con la que deberán computarse los rubros indemnizatorios y de la liquidación final, corresponde pasar ahora a los demás puntos objetados para su conformación numérica final. Esto es, discernir si se deben computar como integrante de dicho mejor haber mensual, normal y habitual los importes devengado por horas suplementarias -al 50% y al 100%- en dicho mes de marzo/2018, y los importes abonados por “viáticos” y “comida” previstos por el convenio que rige la actividad como conceptos no remunerativos. ----------

----Las horas suplementarias, toda vez que fueron liquidadas en el haber de marzo/2018 el que, por ser la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor en el último año, siendo el que adoptara el juzgador de la anterior instancia en porción del fallo que ha quedado firme, en virtud de no ser pasible de un ataque que reúna la suficiencia técnica exigida por el Código del rito, se proyecta tal resultado a su respecto.----------

----Nótese que la inclusión de las horas extraordinarias como componente de la remuneración normal, está basada en la habitualidad de las mismas, vale decir, si son habituales son computables. Pues bien, con respecto a ello basta con remitir a la vista de los recibos de haberes acompañados a estos actuados, de los que surge que todos los meses fueron liquidadas al actor horas suplementarias al 50% y al 100%, inclusive en el mes de abril de 2018 siendo la cesionaria aquí recurrente la empleadora (Ver: recibos de haberes de enero/abril de 2018 -fs. 01/03 y 27). ----------

----El juzgador de la anterior instancia ponderó que las horas extras cumplidas por el actor fueron distintas en cada mes razón por la cual estableció que se debía computar un promedio de los últimos seis meses a valores actualizados tal como lo estableciera el fallo apelado, porción del fallo que no mereció cuestionamiento alguno por lo que devino en firme por consentido.----------

----Con relación a los importes en concepto de “viáticos” y “comida” es pertinente rememorar cuál fue el argumento expuesto por el juzgador para considerarlos importes de naturaleza remuneratoria, a pesar de lo contemplado -en contrario- por el C.C.T. Nº 40/89, en el marco de lo previsto por el art. 106 de la L.C.T. ----------

----Básicamente se remitió a un antecedente propio que individualiza y pasa a transcribir las porciones pertinentes del mismo el cual se apoya en el precedentes de la Corte Federal de autos “A. H. L. c/I. A. de A. A. S.A.”; “Z., E. y otros c/C. de A. de A. L. M.” y “P., A. R. c/ D. S.A.”, concluyendo que *“...es poco lo que se puede agregar a dicha sentencia por la claridad que posee, al menos en lo que respecta a que debe considerarse salario a toda contraprestación recibida por el trabajador en razón de la entrega de su fuerza de trabajo al empleador (art. 103 L.C.T.), esto más alá del nombre*

asignado por la norma a determinados rubros, y a la autorización emanada del art. 106 L.C.T."(Sic)(Ver: considerando de fs. 214/215). ----------

----Vinculado con este argumento que hiciera suyo el juzgador de grado, relativo a qué debe considerarse "remuneración" y que, como doctrina, fuera establecido por la Corte Suprema de Justicia Nacional en los fallos que se citaran y en otros en similar sentido, debo descartar en primer lugar que dicho criterio se ciña -tal como lo pretende la recurrente- a los vales alimentarios contemplados en el art. 103 inc. c) de la L.C.T. Basta para corroborar la pertinencia de tal aseveración, con observar que, al tiempo del dictado del citado fallo "P. c/ D. S.A." ya hacía dos años que el citado inc. c) del art. 103 bis de la L.C.T. (incorporado por ley 24.700), había sido derogado por la ley 26.341 (B.O. del 24-12-2007).----------

----En el citado precedente y en otros dictados con posterioridad, la Corte Federal fue directo al centro de la definición del salario o remuneración, lo cual se proyecta no solo a la ticket canasta del caso sino a cualquier otro concepto que, bajo cualquier otra denominación, sea considerado no remunerativo, incluso por normas legales o convencionales. Así, a partir del año 2009, el máximo tribunal dictó tres fallos trascendentales en materia de remuneración en "P., A. R. c/ D. S.A.", Fallos: 332:2043; luego, el 19/05/2010 la sentencia recaída en "G., M. N. c/ P. S.A. y otro", Fallos: 333:699; y, finalmente, el 04/06/2013, la sentencia recaída en "D., P. V. c/C. y M. Q. S.A.", Fallos: 336:593. ----------

----En los pronunciamientos citados, en los que se establece un concepto expansivo del concepto de remuneración, resulta gravitante la fuerte influencia de la normativa internacional en el ordenamiento jurídico argentino ya percibida desde los precedentes anteriores "A.", "V." y "M."(Fallos: 327:3753; 327:3677 y 330:1989). ----------

----Surge del citado precedente "P. c/ D. S.A." que la conceptualización del art. 103 de la L.C.T., en cuanto define a la *"...remuneración -como- la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo"*, resulta compatible con la definición del Convenio OIT 95, y que la protección del salario -que comienza por la propia definición de sus alcances y sus límites- se encuentra íntimamente ligada con el principio de protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis CN), pues tal como lo señala la procuradora fiscal, "*la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo y la indebida exclusión de conceptos que, como el sub examine, se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario"* (Sic).----------

----Lo que se viene diciendo se corrobora con la lectura del fallo “G., M. N. c/ P. S.A. y otro”, por el cual declaró la inconstitucionalidad de los decretos 1273/2002, 2641/2002 y 905/2003, en cuanto establecieron en favor de los trabajadores del sector privado, comprendidos en el régimen de convenciones colectivas de trabajo, asignaciones de carácter alimentario a las que caracterizaron como “no remunerativas”. En este precedente la misma Corte Federal, declaró aplicable al caso las mismas consideraciones ya vertidas en “P. c/D. S.A.”. Con relación a la falta de cómputo de tales asignaciones en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido y de las vacaciones, nuevamente recordó la CSJN que al así proceder se estaba afectando claramente el principio de protección contra el despido arbitrario (Art. 14 bis CN) al desvirtuar la protección específicamente prevista por el legislador en el régimen indemnizatorio previsto en el art. 245 de la L.C.T., mediante un mecanismo que termina desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa se limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquella que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de la realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido. ----------

----El tercer pronunciamiento de la CSJN, en esta misma dirección, esto es, expandiendo el concepto de remuneración, fue el dictado en la causa “Díaz, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”. Este último se produjo a raíz del recurso de hecho interpuesto por la parte actora contra un pronunciamiento de la sala VIII de la CNAT, mediante el cual el tribunal de segunda instancia había confirmado el fallo de primera instancia que había rechazado la demanda de cobro de diferencias indemnizatorias, por excluir de la base de cálculo de las indemnizaciones respectivas tanto los vales alimentarios (se rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c de la L.C.T.) como una asignación dineraria establecida en el acuerdo colectivo celebrado en el marco del C.C.T. 152/91, denominado “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”.----------

----Este precedente es interesante traerlo a colación por cuanto en relación al último de los tópicos referidos la Cámara de Apelaciones del Trabajo había expuesto, con relación al alcance no remunerativo que el acuerdo colectivo le imprimió al “Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005”, lo siguiente: *“la convención colectiva de trabajo es, en esencia, un contrato”* y que *“sus efectos sólo se extienden a quienes fueron parte de él (artículos 1195 y 1199 del Código Civil) y su calidad de contrato normativo explica la no incumbencia de los jueces en las cláusulas que la integran, en cuanto constituyan mayores beneficios para los trabajadores allí representados, independientemente que revistan carácter remunerativo o no”*, que *“ello es así porque, con la reserva de la intangibilidad de los mínimos legales y convencionales, las retribuciones de los trabajadores pueden ser perfectamente incrementadas yas sea en el marco de una convención colectiva o, también, por decisión unilateral del empleador, sin sujeción alguna al carácter salarial en cuestión. Se trata en definitiva, del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad en pleno*

uso de las facultades de uno de los contratantes o de los dos, debidamente representados".----------

----La CSJN, en este particular caso, con voto mayoritario, declaró aplicables las consideraciones y la doctrina del fallo "Pérez, A. c/ Disco S.A.", en cuanto al cuestionamiento de la validez con base constitucional del art. 103 bis, inciso c de la L.C.T. Y, en cuanto al segundo aspecto del recurso, reiteró -con remisión a diversos considerandos del mismo precedente "Pérez, A. c/ Disco S.A." que el trabajador constituye un sujeto de "preferente tutela constitucional", hallándose el salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiiones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de Derecho interno y fallos de la CSJN. Sostuvo, en síntesis, que estaba claro que encontrándose ratificado el Convenio OIT 95, cuyo artículo 1º define al salario como *"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 el 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 servicios que haya prestado o deba prestar"*, concluyendo de tal manera que el denominado "Anticipo Acta Acuerdo Nov 95" debía ser considerado remunerativo. ----------

----Asimismo, no solo se estableció en el citado voto mayoritario el notorio desajuste entre la calificación jurídica que pretendieron otorgarle las partes colectivas a una prestación dineraria y el concepto de salario establecido con rango supralegal por el artículo 1º del Convenio OIT 95, sino que hicieron suyo el dictamen de la procuradora que descalificó los argumentos de la sala VIII de la CNAT, al sostener que la supuesta disponibilidad colectiva evocada para justificar el otorgamiento del carácter no remuneratorio de las prestaciones dinerarias reconocidas en el acuerdo resulta incompatible con los arts. 7º de la L.C.T., y 7º de la ley 14.250, por cuanto las partes no pueden pactar condiciones menos favorables para el trabajador que las dispuestas en las normas legales y porque las disposiciones de las convenciones colectivas deben ajustarse a los preceptos que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionada con cada una de aquellas instituciones resulten más favorables a los trabajadores. En definitiva, el dictamen de la procuradora se inclina por la inconstitucionalidad de ambas normas (legal y convencional) y acude al criterio que la CSJN evocó en el prececente que citara el Sr. Juez a quo en el presente caso, "Perez c/Disco S.A.", con cita de un precedente del año 1981 ("Inta Industria Textil Argentina S.A.", Fallos: 303:1812), según el cual *"la naturaleza jurídica de una institución deber ser definida por los elementos que la constituyen y las facultades otorgadas por la ley, con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan"*. -----

----Cabe señalar que la CSJN reiteró en más de una oportunidad, en fallos posteriores, la doctrina emanada de los fallos "Pérez", "González" y "Díaz", ya citados, como ocurrió

en los casos “A. de T. del E. s/Acción de Inconstitucionalidad” (Fallos: 336:672), y ulteriores fallos en los que, adhiriendo al dictamen del procurador general, previo admitir formalmente el recurso de queja y declarando procedente el recurso interpuesto, revocó sentencias que habían resultado adversas a la pretensión de la parte actora con respecto a incluir en la remuneración total distintos rubros pactados con “carácter no remunerativo”.----------

----La doctrina del caso “Díaz” fue reiterada en fallos posteriores de la CSJN, entre los que cabe citar, entre otros, los casos “Zunino, Héctor René y otros c/Telefónica de Argentina S.A.”,; y, “Asciutti, Fabio Alejandro y otros c/ Telefónica de Argentina S.A.”, ambos dictados el 11/12/2014. Estos últimos fallos de cita, resultan particularmente pertinente traerlos a colación por cuanto en ellos se trató no solo la imposibilidad de convalidar acuerdos colectivos que pacten prestaciones caracterizadas como “no remunerativas” que, conforme el Convenio OIT 95 y el art. 103 de la L.C.T., deban ser consideradas “remuneración”, sino que también descartó que el carácter firme de la resolución homologatoria dictada por la autoridad administrativa competente (Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social) pudiera ser convalidable, entendiendo -con remisión al dictamen de la procuración general- que la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo no purga el acto viciado. En esta dirección se expuso textualmente en el citado dictamen de la Procuración, lo siguiente: “*el marco regulatorio específico del Derecho del Trabajo prevé, en particular, que las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones de este derecho protectorio y no pueden fijar, en consecuencia, condiciones menos favorables a las establecidas en la ley (cfr. Arts. 7º, ley 20.744, y 7º, ley 14.250)*”, y por lo tanto se añadió, *“carece de aptitud para modificar la solución propuesta el hecho de que la disposición emergente de la negociación colectiva cuente con la homologación de la autoridad administrativa del trabajo, ya que la directiva de la ley es terminante respecto de la invalidez de la cláusula y la intervención de la autoridad de aplicación, en los términos del art. 4º de la ley 14.250, no obsta a su revisión ulterior por parte del órgano jurisdiccional respectivo”.* ----------

----De tal manera, resulta incuestionable para mi extraer como doctrina establecida de los citados los fallos de la Corte Federal, una interpretación del concepto de remuneración comprensiva de toda percepción que reciba el trabajador y que represente una ganancia para el mismo, que satisfaga total o parcialmente su consumo, ya que de no existir ella el trabajador hubiera debido obtener dicha prestación de su propia expensa. Es, entonces, remuneración todo lo que percibe el empleado como lo que le evita un desembolso. Ello así, integrando y propiciando la operatividad plena de las normas internacionales, tales como los tratados, declaraciones y los Convenios de la OIT ratificados por nuestro país, tal como lo hiciera el Sr. Juez a quo en el caso bajo análisis. Es decir, la conclusión que se debe extraer de la tríada de los fallos antes

citados, y de los posteriores que ratificaron tal doctrina, es que la Corte Suprema de Justicia Nacional ha adoptado el concepto amplio de “salario” o “remuneración” tal como está definido en el art. 1º del Convenio OIT 95. ----------

----Es decir, que con prescindencia de cuál ha sido la fuente u origen de su otorgamiento (una ley o la voluntad unilateral del empleador o un acuerdo de partes a nivel colectivo o individual), y ya se trate de una ventaja como incremento patrimonial, o bien mediante la evitación de un gasto que de todos modos se encuentra originalmente a cargo del trabajador, lo concreto es que si se trata de una prestación que recibe el trabajador en el marco y con motivo de su carácter de trabajador, dicha prestación integra su “remuneración”. ----------

----Esto, descarta que se pudiera compartir la aseveración impugnativa consistente en postular que la cita del criterio jurisprudencial establecido en el caso “Pérez” no tiene conexión ni paralelismo posible con el supuesto planteado en la especie. ----------

----En resumen, cabe calificar el carácter remuneratorio de un beneficio, ingreso, ventaja o incremento patrimonial del trabajador cuando su “causa” sea la existencia misma del contrato de trabajo, de modo que la “retribución” del trabajo prestado o comprometido ya no implica la inmediata correspondencia entre servicios específicos prestados por el trabajador y el beneficio o pago en cuestión (conmutatividad perfecta), sino que se está en presentecia de una relación mucho más “difusa” y el concepto de remuneración se expande a todo beneficio o ventaja (o evitación de un gasto propio del trabajador) que recibe éste con motivo de la existencia del contrato de trabajo (Conf.: Pinto Varela, Silvia “Salario” en “Jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, obra dirigida por Mario E. A., coordinada por María I. Sforsini, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2019, T. I, págs. 393 y s.s.; ver también: Frassia, P. Fernando, en “Alcances del concepto de salario y el tratamiento de los beneficios sociales en la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, en Revista de Derecho Loboral, “Remuneraciones-II”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2017-1, págs. 107/156; id. Fernandez Madrid, Juan Carlos, en “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. Feyde, 3ª ed., año 2007, T. II, págs. 1328/1330; idem, Caballero, Julio C. y Pico, Jorge E., “Salario”, en “Tratado de Derecho del Trabajo”, dirigido por Mario E. A., coordinado por Diego M. Tosca, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2005, T. III,, pág. 141). ----------

----En tal marco de entendimiento, corresponderá tal y como lo expresara el juzgador de grado, declarar la inconstitucionalidad de oficio de las normas involucradas en la especie, en tanto que se contrapongan al marco constitucional y convencional ya citado. Adviértase que no existe obstáculo en hacerlo en esta instancia por cuanto, a pesar de haberlo así expuesto el juez de grado (Ver: considerando III “in fine”, fs. 215), inadvertidamente omitió luego expedirse sobre tal cuestión en la parte resolutiva de la sentencia, debiendo ser suplida su omisión –eventualmente- mediante el presente resolutorio. Ahora bien, ello solo será de tal manera siempre y cuando no sea posible

por vía de una interpretación sistemática armonizar las normas involucradas, de tal manera de adoptar una exégesis que la compatibilice y que respete los principios fundamentales.----------

----Por otra parte, la norma contenida por el art. 106 de la L.C.T., compaginada con los items 4.1.11, 4.1.12 y 4.1.13 del C.C.T. 40/89, en cuanto disponen que los rubros de "comida" y "viático" que se reconocen a los dependientes -sin necesidad de rendición de cuentas-, por la prestación de servicios fuera de la sede de la empresa, no forman parte de la remuneración, ha de ser armonizada con el marco constitucional de protección del salario del trabajador, que resulta prevalente, en la línea hermenéutica expuesta precedentemente. De modo tal, que debe ser entendida – al menos, en la especie-que rige desde la perspectiva que arroja la regla primaria que contiene, al establecer *"Los viáticos serán considerados remuneración..."*(Sic). De manera tal que, en virtud que la norma convencional establece que no se le requiere rendición de cuenta ni presentación de comprobante alguno, ha de considerarse a los viáticos que se reconocen a los empleados de la actividad como remunerativos. ----------

----No soslayo de modo alguno que el citado art. 106 de la L.C.T., deja a salvo la regla general referida al establecer *"lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo".* ----------

----Apunto que para Fernández Madrid, toda cantidad entregada por el empleador sin obligación de rendir cuentas o sin la posiblidad de comprobar documentadamente el gasto, es salario. Aunque admite que es posible que la consecuencia legal sea excesiva, y en algún caso contradiga el concepto económico jurídico del salario, adjudicándole dicho carácter a pagos que no constituyen un ingreso disponible para el trabajador, determinado por la prestación de sus servicios, pero ello no permitiría apartarse de lo que resulta de los términos empleados por la ley (Ver: aut. cit., en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T. II, pág. 1333). ----------

----Sin embargo, se han perfilado algunas decisiones que no siempre consideran remuneratorio al viático no sujeto a rendición de cuentas. Así la CNAT, en fallo plenario del 30-05-1962, in re: "T., D. c/E. EN" (D.T., 1962-498) al interpretar un convenio de empresa, sentó criterio de que constituían remuneración las sumas que en concepto de compensación por comidas establecía dicho convenio y en cambio negó carácter salarial a los importes por boletos de ida y vuelta entre el campamento (lugar de trabajo) y el lugar de incorporación del trabajador a la obra. Establece dicho precedente jurisprudencial una distinción entre el viático que hace las veces de compensación para afrontar posibles gastos de comida y las sumas convenidas como reembolso de los gastos de transporte. Dentro de la línea de opinión expresada, los viáticos exclusivamente destinados a cubrir gastos de hospedaje y alimentación, cuando el empleado se ausenta de su domicilio en razón de sus tareas, no serían computables como remuneración. ----------

----A la par, tampoco omito considerar que se registra el fallo plenario 247 dictado en autos “A., A. c/T. A. C. S.A.” (28-08-85), cuya mayoría dispuso que la norma referida faculta a los convenios colectivos a eximir de la obligación de rendir cuentas sin que ello sea impedimento para excluir del carácter salarial del pago. Así se señaló: *“El artículo 106 de la Ley de Contrato de Trabajo autoriza que un convenio colectivo de trabajo o un laudo arbitral atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento, sin exigencia de rendición de cuentas”.* Sin embargo, aún dentro de la tesis mayoritaria, la interpretación efectuada no implica autorizar que por vía de los convenios colectivos se disfracen rubros salariales bajo el ropaje de viáticos. ----------

----Cabe tener en cuenta que, si bien la mayoría de dicho plenario admite que por convenio colectivo o un estatuto se disponga que los viáticos abonados, incluso sin comprobantes, no tenga carácter salarial, ello es así, a menos que se acredite un supuesto de fraude laboral (Conf: art. 14 de la L.C.T.). ----------

----En esta última tesitura se sostuvo jurisprudencialmente, que *“la doctrina del plenario 247...no implica que las partes colectivas puedan llamar viáticos a cualquier suma que el empleador entregue a sus dependientes y se requiere inexorablemente que los montos en cuestión hayan sido dados para ser gastados con relación a la prestación de tareas”* (CNAT, sala X, 07-11-2006, in re: “T., A. c/A. A. S.A.”, cit. en “Ley de Contrato de Trabajo. Comentada”, dirigida por A., Mario y coordinada por María I. Sforsini, pág. 44, nota nº 58). ----------En esta línea interpretativa, a tenor de la modalidad de cumplimiento de las tareas que denunciara el actor en su demanda, lo cual no fue motivo de controversia alguna por los demandados en autos, no encuentro que los rubros “comidas” y “viáticos” contemplados en el C.C.T. 40/89 como sumas “no remunerativas”, se encuentren estrictamente relacionados a la prestación de tales tareas. ----------Ello así, en cuanto se indicó que realizaba *“...tareas de chofer y cumpliendo funciones en las ciudades de Trelew, Rawson, Gaiman y Puerto Madryn, conforme necesidades de la empleadora, comenzando sus labores a las 06:00 hs. hasta aproximadamente las 18:00 hs., dependiendo del cúmulo de tareas a realizar, presentándome diariamente a tomar funciones en el depósito del S. L. A. sito en el Parque Industrial de Trelew...”*(Sic)(Conf: punto III “Hechos”, del escrito de demanda -fs. 05 “in fine”-). --------

----Descartado que fue, que el rubro “comida” pueda ser considerado como ”no remunerativo” desde que el concepto de remuneración se expande a todo beneficio o ventaja (o evitación de un gasto propio del trabajador) que recibe el trabajador con motivo de la existencia del contrato de trabajo según doctrina establecida por la CSJN en los precedentes “Pérez”, “González” y “Díaz” ya citados; el rubro “viático” exento de rendición de cuentas que es contemplado también como “no remunerativo”, tampoco se justifica en el particular caso bajo examen desde que éstos no se corresponden estrictamente con la naturaleza de las tareas que desempeñara el actor, toda vez que,

sin perjuicio de lo extenso de la jornada denunciada, no se ausentaba de su domicilio sino que cumplía su jornada diaria en los mismos horarios comenzando a las 06:00 hs. y culminando a las 18:00 hs. de mismo día -sin tener que pernoctar fuera de su domicilio-, reportando en todo caso la percepción de las sumas por tal concepto en un beneficio personal otorgado al trabajador y, por lo tanto, de carácter remunerativo. ----------

----En consecuencia, por lo argumentado, propondré al acuerdo que se desestimen todos los agravios que se han examinado y, en consonancia con ello, se deberá adoptar como salario que servirá como base económica para el cómputo de todos los conceptos de la liquidación final e indemnizaciones de Ley, los haberes de marzo de 2018, con las horas complementarias al 50% y al 100% y los importes correspondientes a comida y viáticos. Así lo voto.----------

----A).- 4).-; 5).-; y, 6).- **Diferencias de la indemnización sustitutiva por preaviso - Integración del mes de despido – Diferencias sobre el S.A.C. proporcional y vacaciones - base salarial para su cálculo:** Todos estos agravios individualizados en el epígrafe tienen en común que se intentan sostener en el mismo planteo, el que se halla supeditado a las resultas de los agravios que se vienen de tratar con resultado adverso a la codemandada recurrente. ----------

----Esto es, el planteo impugnativo centrado en pretender que se tome el salario del mes de abril/18, sin integrar las sumas por horas extraordinarias y los adicionales por comida y viáticos, ya ha sido motivo de tratamiento concluyendo que corresponde su rechazo. Por lo cual, a su respecto a todo lo ya dicho me remito.----------

----De manera tal que, en virtud de que las diferencias admitidas con relación al S.A.C. proporcional y vacaciones no gozadas, como también, el preaviso admitido en primera instancia, solo fueron cuestionados por la base de cálculo que se determinó que procedia para liquidarlo, corresponderá desestimarlos sin más.----------

----En cuanto la impugnación refiere a la improcedencia de la integración del mes de despido, apontocada en sostener que el despido fue notificado al actor el mismo día 30/03/2018 y no el 04/04/2018 como lo estableciera el Sr. Juez a quo, queda en claro que tal afirmación no alcanza a ser más que un punto de vista diferente, aunque sin aportar contenido crítico alguno que se pudiera atender por este tribunal revisor.----------

----Es que afirmar lo contrario a lo que estimara el juzgador, quien para establecer la fecha de recepción del despacho postal por el que se le comunicó la decisión rescisoria al trabajador, se atuvo a la fecha denunciada como de recepción por el actor (04/05/2018), apoyándose para ello, además, en la carta documento de despido que aportara conjuntamente con su demanda, y, en *"...la constancia que obra pegada en su dorso y la copia de dicho instrumento reservada a fs. 23..."*(Sic). Así, abundó el juzgador observando que *"La C.D. en cuestión fue remitida el día 30 de abril de 2018, y si bien una posibilidad es que haya sido recibida ese mismo día, de la constancia obrante al dorso, surge que recién el día 3 de mayo al encontrar el domicilio cerrado o estar ausente*

el trabajador, se dejó un aviso de la visita" (Sic)(Ver: considerando V, párrafos cuarto y sexto de fs. 216). ----------

----Hago notar que tal mérito fue directamente ignorado por la pretensa impugnante, sin merecer el más mínimo concreto y razonado cuestionamiento de la recurrente. ----------

----Solo a mayor abundamiento advierto que la referencia a la respuesta que por despacho postal remitiera el actor aludiendo al despido comunicado por epistolar del día 30/03/2018, no altera en nada lo ponderado por el juzgador de la anterior instancia, por cuanto dicha mención a la fecha del despacho que contestaba está ceñida a la data de su confección no a la de su recepción que, obviamente, son momentos temporalmente distintos. ----------

----Por lo demás, la circunstancia de que el actor hubiera tomado equívocamente el período a computar en los rubros -sin contemplar los cuatro días de mayo-, no altera en absoluto lo concluido por el juzgador de grado con relación a la procedencia del rubro integración del mes de despido. Nótese que tal yerro corresponde -inclusive- que sea subsanado aún de oficio por el tribunal, ello así, en ejercicio de su potestad de pronunciarse "ultra petita" contemplada expresamente en el art. 68 de la Ley XIV Nº 1. -

----B).- a).- **Que se haya tenido por probado el fraude laboral y se lo condene solidariamente al Sr. S. con la codemandada:** El orden lógico de los temas motivo de agravio impone, a mi juicio, que se examine este tópico que fue materia del agravio planteado por el co-demandado S. -previo a continuar con el análisis de los demás agravios formulados por la sociedad codemandada E. S.A.S.-, habida cuenta que la conclusión a la cual se arribe en él tendrá influencia en aquellos.----------

----El Sr. Juez a quo, en el considerando VIII del fallo apelado, hizo una reseña de los datos fácticos relevantes del caso para concluir que la cesión del contrato concertada entre el Sr. S. y la sociedad anónima simple integrada unipersonalmente por él mismo, importó un fraude a la ley laboral. ----------

----Básicamente, en tal reseña el juzgador de la anterior instancia focalizó su atención en las fechas de constitución de la sociedad E. S.A.S., la del ingreso de la cesión del contrato a la Delegación Trelew de la Secretaría de Trabajo, la de su homologación por Res. Nº 0457/18 DRT y la del despacho por el cual se le comunicara el despido al actor, para evaluarlas desde la perspectiva de observar cuál fue el capital social con el que se constituyera la sociedad cesionaria, para concluir de tal modo, en que: *"...Del conjunto de los datos enunciados precedentemente surge que la cesión del contrato del actor fue un fraude a la ley, que buscó disminuir la responsabilidad de S. frente a la desvinculación del contrato con el actor que aquel decidiera..."*(Sic)(Ver: considerando -fs. 217-). --------

----Seguidamente, explicó los motivos por los cuales concluyera en tal sentido, con un desarrollo argumental que -en síntesis- propugna que *"...de no declararse la cesión hecha en fraude a la ley, solo se podría intentar cobrar en relación al capital social de la sociedad, lo que resultará insuficiente..."* (Ver: considerando, fs. 217 vta.). ----------

----Es decir, la motivación del juzgador transitó en la idea de que la infra capitalización societaria con relación al crédito que se reconoce en el mismo pronunciamiento, podría derivar en un perjuicio para el trabajador despedido en tales circunstancias, dada la personalidad diferenciada de la persona jurídica creada con un patrimonio distinto al de sus miembros (Conf.: art. 143 del C.C.yC.), mediante la constitución de la sociedad anónima simple integrada únicamente por el codemandado Sr. S.. Ello, merced a que el capital social con el que se constituyera es de $ 100.000, el que -estima- que resultaría insuficiente para hacer frente al pago del crédito laboral del actor. Con tales datos es, entonces, que concluyó, que la creación de la S.A.S. importó un fraude a la ley (Conf. Art. 14 de la L.C.T.).----------

----Como es fácil de colegir de lo reseñado, la postulación impugnativa centrada en sostener que el actor no atacó ni cuestionó la validez de la cesión del contrato de trabajo, ni el acto de homologación por la autoridad de aplicación en la materia, no asume ni se hace cargo de la verdadera razón dirimente que fuera expuesta por el juzgador de la anterior instancia. A partir de lo cual, podría perfectamente concluirse que, el dicente agravio, en verdad, no es más que una argumentación desarrollada en paralelo a la motivación expuesta en el fallo que se ataca pero que no contiene, al menos en esta porción de su razonamiento, un concreto ataque o crítica al argumento que de manera dirimente fue expuesto por el judicante. ----------

----Sin perjuicio de lo cual, entiendo que resulta pertinente expresar que comparto absolutamente el argumento que de manera prolija y incontrastable desarrollara el Sr. Juez a quo respecto a este tema. Y digo así, toda vez que resulta trascendente puntualizar las fechas de los sucesos tal como, con toda propiedad, lo hiciera el juzgador. Y hete aquí que tal reseña temporal no refiere solo a la fecha de concreción de la cesión del contrato de trabajo, sino también -de modo relevante-, a la fecha de constitución de la sociedad con relación a la fecha de adopción de la rescisión del vínculo laboral cedido. Nótese que siendo constituida la S.A.S. -cesionaria- con la integración unipersonal del anterior empleador -cedente- en el mes de febrero de 2018, torna evidente que la fecha de la desvinculación laboral que decidiera la sociedad en el mes de abril de 2018 es determinante para concluir como lo hiciera. Es que, como el desarrollo de la actividad de dicha persona jurídica impide toda posible conjetura de contar con un patrimonio distinto al social o de constitución. ----------

----El capital social es el valor atribuido al conjunto de aportes hechos por los socios. A más de su función típica de productividad, es decir, de constituir el medio por el que se proveerá a la consecución de su objeto, la doctrina ha señalado una innegable función de garantía patrimonial para los terceros que se relaciones con la sociedad, como contrapartida de la responsabilidad de los socios -que aquello que, en la especie, se encuentra en disputa-. ----------

----Con relación a la función de garantía del capital social, la doctrina se ha interrogado

sobre cuál es el concepto de capital social que debe ser tenido en cuenta al efecto de considerar la garantía apropiada. Así se diferenció el concepto de capital social, entendido como la suma de los aportes de los socios consignado en el estatuto, del patrimonio, como conjunto de bienes de una persona, comprensivo de créditos y deudas (Conf. Art. 242 del C.C.yC.). ----------

----Pues, en tiempo contemporáneos el dato patrimonial fue adquiriendo importancia hasta convertirse hoy en un índice de mayor relevancia para terceros que contratan con la persona jurídica siendo impensable que cualquiera que pretenda dar un crédito a una sociedad no tome contacto previo con los estados contables para conocer la evolución patrimonial o su estado de resultados. ----------

----En esta dirección, tenemos que al constituirse la sociedad, el capital y el patrimonio coincidirán, toda vez que el único patrimonio de la sociedad serán sus aportes, consignados como pasivo social. Pero a medida que transcurra la vida del ente, y si la conducción es exitosa, irán sumándose o restándose bienes en su propiedad, o bien, créditos y deudas, con lo que su patrimonio tenderá a divorciarse del capital inicial aportado, por la evolución de su actividad. De esta manera, el patrimonio comenzará a fluctuar dinámicamente creciendo o disminuyendo, mientras el capital social permanecerá intangible hasta que el o los socios decidan su aumento o disminución. Así las cosas, durante la vida social de la persona jurídica la medida de su solvencia y capacidad económica será el volumen de su patrimonio, siendo su patrimonio neto, como diferencia entre el activo y el pasivo, el índice comúnmente considerado por los terceros a efectos de comprometerse contractualmente. ----------

----En tal marco de entendimiento es que torna en relevante el análisis temporal realizado por el Sr. Juez de primera instancia, con toda propiedad y adecuación a las circunstancias particulares del caso, merced a que el escasísimo lapso existente entre la constitución de la sociedad integrada unipersonalmente por el Sr. S., y la fecha en la que se concertó la cesión de los contratos de trabajo que, luego, fuera homologada por la autoridad administrativa de la materia -previa conformidad de los trabajadores cedidos-, determina que el capital social incuestionablemente resulta insuficiente para hacer frente a los créditos laborales que pudieran surgir, por ejemplo, por la ruptura decidida por la empleadora cesionaria del vínculo laboral habido con el actor con motivo de la referida cesión. ----------

----Para realizar tal afirmación, no obsta ni hace mella alguna a lo considerado, la circunstancia de que la sociedad hubiera consignado las sumas correspondientes a la liquidación final e indemnizaciones de ley al actor, por ante la autoridad administrativa del trabajo, toda vez que no se cuenta con ningún dato u aporte contable relativo a cuál habría sido el origen o el modo de obtención de tales importes para realizar tal pago que a tenor de lo resuelto en la anterior instancia y se viene confirmando en la presente, resultó insuficiente atento las diferencias salariales reconocidas-. Todo lo cual deja como

única pauta objetiva a observa, al capital social con el que se constituyera la sociedad aquí recurrente, como referencia de la función de garantía a cumplir por el patrimonio social, tal como correctamente lo considerara el sentenciante del anterior grado (Ver: Richard, Efraín Hugo, en “Sociedades, incluso unipersonales, y responsabilidad de administradores y socios”, en Revista de Derecho Laboral, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – I”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2015 – 2, págs. 319 y sgtes.).----------

----Se ha dicho con criterio que comparto que la infra capitalización societaria más que un fenómeno o suceso por el que atraviesa la sociedad se trata de una inadecuación entre el capital social en relación al objeto social que, de constarse en el caso, da lugar a que se extienda la responsabilidad a los socios que la integran frente a terceros cuando la sociedad esté constituida por un capital inadecuado frente al giro social -en el caso, el giro social se representa desde esta perspectiva en la consecuencia económica derivada de la ruptura del vínculo laboral sin expresión de causa en cuanto generadoras de un crédito a favor del trabajador que debe poder satisfacer-. En otras palabras, no importa ser la infracapitalización una patología societaria que afecta a su funcionamiento, sino que comporta un dato fáctico que puede ser tomado como presupuesto de aplicación, como en la especie, para extender la responsabilidad a los socios que integran el ente social por descorrimiento del velo societario en los términos contemplados por el art. 54 de la Ley General de Sociedad y el art. 144 del Código Civil y Comercial de la Nación. -

----Para entenderlo de tal manera, estimo conveniente recordar que el carácter de la personalidad jurídica de las sociedades es meramente instrumental, y por ello, otorgado por el legislador cuando de ese reconocimiento se derivan beneficios para el interés general, no para la utilidad de los particulares. Motivo por el cual, cuando su utilización se desvía de tales fines mediante el “enmascaramiento” de la persona humana que está detrás del ente, o se abusa de esa personalidad para fines no queridos al otorgarla, es lícito atravesar o levantar el “velo” para aprehender la realidad que se oculta debajo de esta ficción, aplicando la normativa tutelar en materia laboral correspondiente a quienes pretenden eludirla mediante maniobras consumadas al amparo de la legislación y que pueden constituirse en fraude a la ley y orden público laboral, para el logro de fines extrasocietarios (Arts. 14 L.C.T., 54 de la L.G.S. y 144 C.C.yC.). ----------

----Culmino señalando que se ha dicho que con la incorporación de la última de las normas citadas, no solo se ha replicado casi de manera identificado el art. 54 de la ley de sociedades, sino que se lo amplió, con la inclusión de la expresión “actuación”, a partir de la cual se debe entender también como comprensiva de cualquier acto emanado de los órganos sociales en los cuales se expresa la voluntad del ente, aludiendo asimismo a quienes se han valido de la estructura societaria para lograr fines extrasocietarios, es decir, cuando no hay ilegitimidad ni dolosa frustración de los derechos de terceros, sino simplemente provecho de los beneficios que la ley otorga a las sociedades o a sus

integrantes(Ver: Aseff, Lucía María, en “La inoponibilidad de la persona jurídica en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su proyección sobre el Derecho Laboral”, en Revista de Derecho Laboral “Actualidad”, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2017 – 1, págs. 131 y sgtes.; id., Richard, Efraín Hugo, en opus cit., punto IV pág. 324/332, y, punto VII, pág. 341/351; ídem, Formaro, Juan J., en “Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirigido por Alberto J. Bueres, Ed. Hammurabi, año 2014, T. 1 A, págs. 620 y s.s.; ibidem, Herrero Sánchez, Pedro, en “Tratado de Derecho Civil y Comercial”, dirigido por Andrés Sánchez Herrero, coordinado por Pedro Sánchez Herrero, Ed. La Ley, año 2106, T. I -parte general-, pág. 542 y sgtes.).----------

----Por todo lo razonado y expuesto, concluyo proponiendo al acuerdo la desestimación del agravio examinado. Así lo voto.----------

----7).-; 8).-; y, 9).- **Omisión de considerar la defensa opuesta con relación a la indemnización especial del art. 2º de la ley 25.323 – omisión de analizar la reducción prevista en el último párrafo del citado artículo:** Estos agravios se analizarán en conjunto dada su estrecha vinculación. ----------

----Descarto de plano que hubiera acontecido en el caso de marras la denunciada violación al principio de congruencia con basamento en que dicho agravamiento indemnizatorio no integró el capítulo del “Objeto” de la demanda. ----------

----Es que, evidentemente la codemandada impugnante no avizora en su planteo impugnativo la distinción entre el objeto inmediato de la pretensión que, en el supuesto de autos es obtener un pronunciamiento de condena al pago de las diferencias salariales (pronunciamiento que se persigue -condena de dar-), cuyo reclamo global se cuantifica en el importe demandado y que, luego, en el capítulo correspondiente se precisa particularizadamente a través de su liquidación respectiva, con el agregado de la formula ritual*“...o lo que, en más o en menos, resulte de la prueba a producirse conforme el art. 275 de la LCT, con más intereses...”* (Sic), con el objeto mediato. Este último, se configura con cada uno de los rubros que luego se especifican al tiempo de individualizar cada uno de los créditos de su reclamo -al practicar su liquidación e, inclusive, en el particular supuesto del agravamiento indemnizatorio bajo análisis, integrando un capítulo especial con referencia a tal pretensión-. Asimismo, todos estos reclamos pretensionales se coronan como objeto de la demanda, con el petitorio final contribuyendo a la determinación del objeto litigioso (Ver: escrito de demanda, punto II “Objeto”, fs. 5; punto C) “Liquidación Final e Indemnización de Ley”, punto D) “Multa Art. 2º Ley Nº 25.323”, fs. 07 y 8 yy vta.; y, en el punto 4º del petitorio, fs. 11) (Ver: Falcon, E. M., “Código Procesal Civil de la Nación. Anotado. Concordado. Comentado”, Ed. Abeledo Perrot, año 1992, T. II, nota nº 330.9.5, págs. 610/611; id., Morello-G.L. Sosa-Berizonce, “Cód. Proc. Civ. y Com. De la Prov. Bs. As. y la Nación”, Ed. Abeledo Perrot, año 1998, T. IV-B, págs. 15 y s.s.). ----------

----Pero lo más trascendente para desestimar este cuestionamiento está dado por la circunstancia fáctica incontrastable de que la parte demandada aquí recurrente no tuvo ningún obstáculo para ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Ello se verifica con solo observar que en su escrito contestatario pudo oponerse con amplitud a la pretensión de condena deducida en su contra y, también, específicamente respecto de la liquidación final, e incluso, con un señalamiento particularizado, de la puntual pretensión relativa al agravamiento indemnizatorio contemplado por el art. 2º de la ley 25.323 (Ver: escrito de contestación de demanda, punto 4º, fs. 42/43). ----------

----Por tales razones, propongo al acuerdo que se desestime esta porción del agravio bajo tratamiento. ----------

----Asimismo, a tenor de lo analizado y concluido con relación al agravio vinculado a la condena solidaria que fuera formulado por el codemandado Sr. S., deviene inaudible la postulación apontocada en sostener que la sociedad E. S.A.S. no fue intimada a pagar las indemnizaciones por despido, aduciendo para ello que la misiva obrante a fs. 11 fue dirigida a S. y no a dicha persona jurídica. El corrimiento del velo societario producto de las circunstancias particulares que presenta el caso, las que llevan a concluir que la sociedad cesionaria fue constituida con un capital insuficiente para hacer frente al crédito del actor y, por lo tanto, que ello deriva en un supuesto de fraude a la ley laboral, desbarata tal argumento impugnativo. ----------

----En cuanto se solicita “ad eventum” que se haga lugar a la solicitud de la facultad de eximirla del agravamiento indemnizatorio, tal lo previsto por la última parte del art. 2º de la ley 25.323, en virtud de que, mediante la consignación administrativo, efectivamente cumplió con el pago de las sumas que -asevera- le correspondían al actor, agregando que no puede exigirse que sin previa sentencia su parte considerase a los rubros “comida” y “viáticos” del C.C.T. 40/89, como remunerativos. ----------

----Se ha dicho que la norma del art. 2º de la ley 25.323, se dirige a sancionar a un deudor injustificadamente remiso al pago de las indemnizaciones devengadas. ----------

----Ahora bien, a la par, para evitar la operatividad automática de la norma, se encuentra prevista la posibilidad de que los jueces evalúen la conducta del empleador que ha negado el pago y, en la medida en que esa resistencia sea razonable por encontrarse fáctica y jurídicamente en situación de considerarse como no deudor, procedan a reducir el monto indemnizatorio hasta la eximición del mismo (Conf.: TSJ de Córdoba, Sala Laboral, 27-3-2014, D.T., 2014, julio, pág. 1894; id., CNAT, sala VIII, 28-2-2003, L.L. 2003-D-765). ----------

----Es que si la norma bajo análisis funcionara en forma automática, donde producido el despido y omitido el inmediato pago -o, como en el caso, el pago fuera realizado pero no íntegramente-, se sancionarían no sólo las conductas que implican una negativa injustificada del pago sino también aquellas en las que el empleador niega el pago porque considera razonablemente que no es deudor. ----------

----A tal efecto se ha dicho que para esta evaluación subjetiva es determinante atender al principio de ajenidad de los riesgos, el cual opera como uno de los límites entre lo invocable o no por el empleador para justificar su conducta. ----------

----Desde esta óptica se expuso, por caso, que no corresponde aplicar un criterio restrictivo para juzgar la procedencia de una indemnización como la establecida por el art. 2º de la ley 25.323. Si tal criterio se apoya en la limitación del derecho de defensa que sufrirían quienes estarían obligados a resignar el debate judicial ante el riesgo de un incremento de las indemnizaciones, es útil recordar que toda actividad empresarial (e incluso cualquier proceso judicial) se apoya, en algún grado inevitable, en la asunción de riesgos (Ver: Boletín temático de Jurisprudencia “Indemnización por despido. Recargos de la ley 25.323 (arts. 1º y 2º) de la CNAT”, actualización de marzo de 2012).

----En tal marco hermenéutico, considero que lo contemplado por la norma es un recurso técnico jurídico para desalentar la litigación innecesaria en tren de restaurar el sentido del sistema de indemnizaciones tarifadas, en tanto presupone su pago espontáneo en caso de despido sin expresión de justa causa como aconteciera en el caso bajo examen.

----Ahora bien, dado que las diferencias reclamadas derivan de la inclusión -entre otros rubros- de las sumas adicionales por “comidas” y “viáticos, ” los que convencionalmente -en el marco de la autorización legal contemplada por el art. 106 “in fine” de la Ley de Contrato de Trabajo-, se consideran como “no remunerativas”, cuestión de derecho que la demandada, con acierto o error según la apreciación judicial, ha planteado como núcleo de su defensa, corresponde entender que su posicionamiento no ha trasvasado los límites de una razonable creencia de buen derecho; además, de haber realizado un despliegue argumental en sustento de su posición defensiva congruente con tal posicionamiento desde el comienzo de la litis y sin que pueda inferirse de tal actitud, a mi juicio, un ánimo dilatorio que contravenga la finalidad querida por el legislador. -------

----Sin embargo, también hay que observar que tales rubros convencionales no fueron los únicos en disputa con relación a las diferencias reclamadas en la demanda, sino que -quizás- el principal aspecto controvertido que derivó en el reclamo tuvo que ver con la base salarial que correspondía utilizar para el cálculo de la liquidación final y las indemnizaciones de Ley. Por dicha razón, entiendo que de ningún modo corresponderá eximir a la parte del mismo, aunque por lo señalado con respecto a los adicionales por “comida” y “viáticos”, propugnaré al acuerdo que se disminuya el agravamiento indemnizatorio contemplado por la norma solo al 25% de la diferencia entre las sumas pagadas por los rubros indemnización por antigüedad y la correspondiente a la falta de preaviso e integración del mes de despido de los arts. 232; 233 y 245 de la L.C.T. (Conf.: art. 2º 2º apartado de la ley 25.323).----------

----En conclusión, por lo expuesto propondré al acuerdo la admisión parcial del presente agravio, propiciando que se disminuya al 25% el agravamiento indemnizatorio conplando por el art. 2º de la ley 25.323. Así lo voto. ----------

----A) .- 10).-; 11).-; 12).-; 13).-; 15).-; y, B).-;b).-; y, c) **Indemnización especial del art. 80 de la L.C.T. con la reforma introducida por el art. 45 de la Ley 23.345-omisión de analizar la defensa opuesta–orden de librar oficio en los términos del art. 46 de la ley 25.345 - condena a la entrega de los certificados de trabajo - omisión de precisar cómo debe dar cumplimiento de tal condena**: Estos agravios fueron planteados en términos similares por ambos codemandados, además de encontrarse todos ellos íntimamente ligados por continencia o conexidad entre sí, por lo que es pertinente realizar su examinado en conjunto. ----------

----En cuanto se arguye que esta indemnización especial no fue peticionada por la parte actora en el “objeto” de su demanda, me remito a lo ya expresado al tratar el agravio vinculado al agravamiento indemnizatorio contemplado por el art. 2º de la ley 25.323, por ser de estricta aplicación también a este rubro indemnizatorio. ----------

----Asimismo, igualmente, lo más trascendente para desestimar esta porción del agravio está dado por la circunstancia fáctica incontrastable de que, siendo un capítulo específico de la demanda el concreto y puntual reclamo de condena al pago de la indemnización especial por falta de cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 80 de la L.C.T., la parte demandada no tuvo ningún obstáculo para ejercer adecuadamente su derecho de defensa (Ver: escrito de demanda, punto III “Hechos”, acápite E) “Certificado Artículo 80 LCT”, fs. 08 vta./09 vta.).----------

----Lo dicho se verifica con solo observar que en su escrito contestatario pudo oponerse con amplitud a esta puntual pretensión de condena que fuera deducida en su contra y, también, específicamente respecto del importe liquidado por este concepto, e incluso, con un tratamiento particularizado, de esta puntual pretensión relativa a la indemnización especial contemplada por el art. 80º de la L.C.T. (Ver: escrito de contestación de demanda, punto V, apartado iii), fs. 30/31; id., contestación de la demanda, punto B “Realidad de los hechos”, apartado 4º, fs. 42/43).----------

----Por tales razones, propongo al acuerdo que se desestime esta porción del agravio bajo tratamiento. ----------

----Más allá de a quién fue dirigido el despacho postal por el cual el actor reclamó la entrega de los certificados del art. 80 de la L.C.T., toda vez que con motivo del corrimiento del velo societario que se propicia y su consecuencia en la especie, ello deviene a la postre indiferente. ----------

----Por otro lado, la consignación administrativa de los certificados que hiciera la sociedad codemandada no implica *“per se”* que se hayan satisfecho las obligaciones de hacer y de dar contenidas en la citada norma. Se ha dicho al respecto que las obligaciones de certificar contenidas en el art. 80 de la L.C.T., son dos, claramente separables. Una, es la de dar cuenta del tiempo y condiciones del trabajo cumplido y de las remuneraciones correspondientes; y, otra, es la de certificar (más apropiadamente

debería decirse en este caso: demostrar) documentadamente haber realizado los aportes y contribuciones -pagados efectivamente- al sistema de seguridad social. -------

----El Sr. Juez a quo expresó respecto al tópico textualmente lo siguiente: *"...Según consta en el expediente administrativo 0445/18 de la delegación Puerto Madryn de la Secretaría de Trabajo "E. S.A.S."* (Sic) *consigna documentación laboral y liquidación final p/C., P. A., se entregó un documento titulado certificado de trabajo suscripto por J. M. S. en su carácter de gerente de la sociedad, sin firma certificada (fs. 16), un certificado de trabajo firmado también por S. solo por el mes de abril de 2018 (fs. 22/23), y la certificación de servicios y remuneraciones, formulario PS.6.2. también solo por un mes. (...) Toda vez que la documentación adjuntada es incompleta, siendo que el trabajador no podrá con la misma acreditar fehacientemente el tiempo trabajado y los aportes realizados, y considerando el fraude resuelto en el Considerando anterior, se condenará a los demandados a pagarle al actor tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual, según se estableció precedentemente (art. 80 L.C.T.)"* (Sic)(Ver: considerando VIII, fs. 218). ----------

----A primera vista, de la lectura del argumento expuesto por el juzgador del anterior grado, puede decirse que su evaluación resulta cuanto menos parcial e incompleta, desde que con cita del expediente administrativo individualizado soslayó considerar no solo las constancias documentales aportadas con la contestación a la demanda por la codemandada E. S.A.S., las que se individualizan en el punto VIII "Ofrece Prueba", acápite (g) y (j); sino también las constancias del Expte. Administrativo Nº 354/18 DRT (El que fue requerido *"ad effectum videndi et probando"* mediante la prueba informativa ofrecida por el codemandado S.).----------

----De la compaginación de dichas pruebas puede inducirse perfectamente por qué se califica al mérito realizado como parcial e incompleto con relación al incumplimiento de tales obligaciones enrostrado a la patronal por el Sr. Juez a quo. Aclaro, que la porción del considerando que fuera transcripta completa para su mayor fidelidad fue el único motivo desarrollado como fundamento de la admisión de la indemnización especial contemplada en el citado art. 80 de la L.C.T. ----------

----Sin perjuicio de lo cual, se advierte desde ahora que, con motivo que ya se estableciera-luego del examen del primero de los agravios planteados por la sociedad E. S.A.S.- el carácter "remunerativo" de los adicionales por "comida" y "viáticos", la constancia relativa al depósito de los aportes y contribuciones realizados, indudablemente no comprende las mentadas sumas "remunerativas" percibidas por el actor en tal concepto. Ello se proyecta -necesariamente- en que corresponderá mantener la orden de libramiento del oficio pertinente a la AFIP en los términos contemplados por el art. 46 de la Ley 25.345, a efectos de que dicha autoridad fiscal determine y -eventualmente- reclame la deuda proporcional devengada por aportes y contribuciones no ingresados oportunamente al sistema de seguridad social por la patronal. ----------

----No obstante, corresponde observar que, con los datos incorporados en las certificaciones de servicios y remuneraciones que le entregaran y recibiera el actor por el empleador -en dos tramos, todas vez que primero lo hizo S. como cedente del contrato de trabajo y, luego, la sociedad cesionaria-, es factible afirmar que el actor cuenta con la información relativa al tiempo de trabajo cumplido para el Sr. S. y, también, para la sociedad E. S.A.S., la fecha de ingreso y egreso, funciones que desempeñaban y la remuneración percibida. ----------

----La información relativa a los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social, se encuentra acreditado en autos que se efectuaron -más allá que los importes pudieran ser inferiores a los devengados en virtud de no contemplar las sumas remunerativas por los adicionales convencionales antedichos-. Y lo afirmo, desde que, con la informativa producida por la AFIP se individualizan las relaciones laborales habidas entre el actor y el Sr. S. y la sociedad E. S.A.S., y se acompañan las constancias impresas del sistema de “simplificación registral”, donde constan las fechas de altas y bajas; y, las impresiones del sistema de “aportes en linea”, donde consta las remuneraciones percibidas y los aportes a la seguridad social y a la obra social (Ver:fs. 119/134). Por lo cual, entiendo, que nada obsta a que se tenga por satisfecha tal obligación legal.----------

----En tal sentido, tal como ya lo expresara en precedentes análogos, soy de la opinión que en la actualidad es cuestionable que subsistan las razones históricas, prácticas y fines por los cuales –en su tiempo- se justificó la obligación de certificar sobre el desarrollo del contrato de trabajo o sobre el cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social.----------

----Al respecto se ha dicho que con el cambio o actualización producida en el sistema informático de AFIP, el problema del certificado contemplado en el 2º párrafo del art. 80 de la L.C.T., ya ha dejado de ser el consistente de si se trata de uno o dos certificados, o cuál debiera ser su contenido del certificado de trabajo o si se puede o no “desagregar” la información del formulario dispuesto para certificar el cumplimiento de aportes y contribuciones. ----------

----Y es que, en el presente, la evolución de las registraciones informáticas ha llevado a que la constancia de servicios y remuneraciones (historicidad laboral del trabajador), como asimismo, de los pagos previsionales, se pueda obtener mediante el acceso a dicha información –sea por la patronal o personalmente por cada trabajador- a través de un sistema público disponible en la página virtual de AFIP.----------

----Ello, a partir de que la Res. Gral. 1752/04 de la AFIP, aprobó el sistema denominado “mis aportes”. Esta resolución se dio en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 39 de la Ley 25.877 (ley para la simplificación de la registración laboral). El sistema opera a través de internet y se encuentra disponible en la página web de AFIP www.afip.gov.ar/MisAportes y para ingresar en él, la AFIP provee una clave de acceso

personal a cada trabajador que la pide (conf. Arts. 3 y 4 de la citada resolución).----------
----Asimismo, obsérvese que acentuándose si se quiere tal inteligencia, a partir del 1/8/2008, los empleadores, para generar y emitir las certificaciones de servicios y remuneraciones de sus trabajadores, deben hacerlo vía internet, de acuerdo con lo establecido en las Resoluciones de ANSES. Para ingresar a la aplicación y obtener dicha certificación, vía internet, los empleadores deben poseer la clave de seguridad social generada por la ANSES o la clave fiscal emitida por la AFIP.----------
----Habida cuenta de lo cual, todos estos datos comprendidos en las obligaciones contempladas por el art. 80 de la L.C.T. de mentas, lo proveen satisfactoriamente los sistemas del ente recaudador, que, por lo demás, emiten las únicas constancias que la autoridad previsional y/o recaudatoria acepta como válidas (Ver: Ramírez Bosco, Lucas y Ramírez Bosco, Luis, “Informe sobre los certificados del art. 80 L.C.T. y su problemática según la práctica y jurisprudencia”, en T. y S.S. 05/2012, 289). ----------
----Y, para finalizar, observo que esta tesitura doctrinal ha sido recibida por el S.T.J. de la provincia en el precedente emitido en el caso “L. R., H. M. c/ P. I. S.R.L. s/ Demanda Laboral –diferencias de haberes e indemnización-“, en el cual se expresó en relación al tópico que *“…En los últimos tiempos que corren y los avances en los sistemas informáticos, hacen que –en la práctica- la exigencia de la norma deje de tener la trascendencia de antes…”* (Ver: voto del Dr. Roger); y, se añadió en el mismo sentido que *“…Tanto la A.F.I.P. como las ANSES indicaron que toda la historia laboral del actor puede consultarse accediendo directamente a la página web de la ANSES; o presentándose con D.N.I., en cualquiera de las oficinas;…”*; y, que*“…en la actualidad la constancia documentada ha dejado de tener la trascendencia que antes detentaba…”*(Sic)(S.T.J.Ch.,”in re” cit., N° 01/S.R.E./2011). ----------
----En síntesis, concluiré, por lo expuesto, proponiendo al acuerdo que se deje sin efecto parcialmente la condena en cuanto incluye la indemnización especial contemplada por el Art. 80 de la L.C.T., según texto agregado por el art. 45 de la Ley 25.345; y, en consecuencia, para disminuir el monto del capital a liquidar en la etapa de ejecución, en la porción cuantitativa correspondiente a dicho concepto que propicio se excluya de la condena. Así lo voto. ----------
----A).-; 14).- **Capitalización de intereses:** La sociedad anónima simple codemandada plantea impugnación respecto a la condena de capitalización de intereses dispuesta de oficio por el juzgador. Por ello, denuncia la afectación al principio de congruencia en esta porción del fallo. ----------
----El Sr. Juez a quo, respecto a esta cuestión expresó lo siguiente: *”...no obsta a ello que la actora no lo haya reclamado en forma expresa en la demanda, pues lo referente a la forma, dies a quo, tasa de los intereses, etc., son cuestiones sometidas a la decisión de los jueces, pues se trata de interpretar la ley aplicable, bastando que el demandantes exprese su reclamo de que se fijen los réditos...”*(Sic)(Ver: considerando IX, fs. 218 vta.).-

----Planteada la cuestión de tal manera debo decir que tengo posición tomada en el sentido postulado por sociedad impugnante. ----------

----Nótese que la posibilidad de peticionar expresamente el anatocismo referido en el fallo ya se encontraba expedita al momento de ser presentada la demanda (03/07/2018, ver: cargo obrante a fs. 12).----------

----Es que, no hay lugar para dudar que, encontrándose vigente esta novel excepción incorporada por Ley 26.994, a la regla general que ya regía en el Código de Vélez, que establece la prohibición del anatocismo, nada impidió a la parte actora concretar la pretensión de capitalización de los intereses ya devengados al interponer su demanda. Esto es, concretando la petición concreta del supuesto legal por el cual se habilita al acreedor de una deuda dineraria impaga a pretender que sean capitalizados los intereses devengados desde que operó la mora y hasta que se produzca la notificación de la demanda, tal como habilita hacer el art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial de la Nación, cuya entrada en vigencia operó desde el 01/08/2015 (Conf.: Leyes 26.994 y 27.077).----------

----Empero, es verificable de las constancias de autos y así lo observa expresamente el juzgador de grado que, a pesar de ello, el actor no ejerció tal potestad (Ver: escrito de demanda, punto II, de fs. 5, y, punto VII de fs. 11).----------

----Ello pone en la palestra del análisis un particular aspecto que, a mi juicio, resulta ser determinante para que proponga al acuerdo la admisión del agravio bajo estudio.---------

----Este aspecto al cual refiero, consiste en advertir que al no haber sido materia de una concreta petición lamentada capitalización de los intereses, tal cuestión -que insisto, es una excepción a una expresa prohibición legal- quedó fuera del *thema decidendum* sobre el cual podía expedirse el judicante de la anterior instancia. Y, quedó excluido tal tópico, nada más ni nada menos, porque de entenderlo de otro modo implica afectar el derecho de defensa en juicio de la parte demandada, desde que no tuvo oportunidad de controvertir su procedencia o fundabilidad.----------

----Obviamente que, en esta tesitura no se coincide de manera alguna con el argumento expuesto por el juzgador del anterior grado, consistente en sostener que siendo pretendidos los intereses su capitalización integraría tal pretensión por formar parte de su régimen. Al contrario, propugno que el reclamo por intereses y el reclamo por su capitalización se tratan de pretensiones distintas y autónomas entre sí. Y, lo entiendo de tal manera por cuanto, primariamente debe enfocarse cualquier posicionamiento a su respecto desde la primigenia regla o principio general que establece el art. 770, cual es, la prohibición del anatocismo.----------

----En tal inteligencia, sostengo que la específica pretensión debe ser formulada en el escrito de demanda como condición *sine qua non* para que, previo dar oportunidad a la demandada de que ejerza la incanjeable defensa de su derecho respecto al punto, para recién sustanciado debida y oportunamente tal aspecto se encuentre el judicante del

anterior grado habilitado a pronunciarse válidamente a su respecto, en los términos previstos por el art. 165 inc. 6º, 1er. párrafo del Código del rito, de aplicación al caso por vía del art. 73 de la Ley XIV Nº 1. ----------

----En tal sentido, no puede obviarse que la traba del presente litigio, la que se concretó con la correspondiente contestación de la demanda, enmarcó cuál era el contenido o la materia sobre la cual debía expedirse el órgano jurisdiccional del Estado. Y dicha contestación a la demanda se atuvo, lógicamente, a responder aquellas pretensiones actorales concretadas en la demanda –entre las que, insisto, no se encontraba la relativa a que se capitalicen los intereses- sino solo el reclamo de los intereses moratorios planteado por el actor.----------

----Se produjo de tal manera, entonces, la delimitación de la controversia en los términos que fueron introducidos por las partes, en plena operatividad del sistema dispositivo que rige prevalentemente en nuestro ordenamiento procesal positivo. ----------

----Esto es, la aludida capitalización de los intereses no integró el contenido o materia del conflicto que fuera puesta a la consideración y decisión del órgano jurisdiccional del Estado. Esta capitalización de los intereses recién aparece, de modo sorpresivo e inaudita parte, en el pronunciamiento definitivo.----------

----Concretada la materia del litigio en los términos y con el alcance que fuera propuesto por las partes, se excluyó la posibilidad de que el judicante se expidiera sobre el anatocismo que finalmente decide de su propio cuño – con sustento en la cita del art. 770, inc. b) del C.C. y C. de la Nación-, e interpretando que *"…pues lo referente a la forma dies a quo, tipo de tasa de los intereses, etc., son cuestiones sometidas a la decisión de los jueces..."* (Sic) (Ver: considerando IX de 218vta.; y,punto I "in fine" del resolutorio, fs. 219).----------

----De modo tal que, a mi juicio, en esta porción de lo decidido, el pronunciamiento desorbitó el ámbito propio del ejercicio de la potestad jurisdiccional, marco en el cual debió ceñir su decisión (Conf.: arts. 34, inc. 4 y 165 inc. 6° y 166 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la Ley XIV N° 1). ----------

----Igualmente, advierto que tal decisión trasciende a la facultad que el art. 61 de la Ley XIV Nº 1, por la que se confiere a los jueces con competencia en la materia laboral expedirse ultra petita, en tanto dicha norma tuitiva y concordante con el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, solo habilita a que se expedan en más de lo pedido, pero nunca por fuera de lo pedido. Y digo así, por cuanto la decisión sobre aquello que no fue pedido, importa emitir un pronunciamiento *"extra petita"* que, como tal, avasalla derechamente el principio procesal de congruencia tal caro al debido proceso legal de fuente convencional y constitucional.----------

----Abro un breve paréntesis para poner de resalto el equívoco incurrido en el punto I del pronunciamiento, al enunciar textualmente que la condena que se dispone es *"...con capitalización <u>desde</u> la notificación de la demanda..."* (Sic)(Ver: punto I "in fine" de la

parte resolutiva del fallo -fs. 219-)(El subrayado me pertenece). ----------

----Es que, no resulta lo mismo decir que la “acumulación” de los intereses opera desde la fecha de la notificación de la demanda que “desde” la notificación de la demanda.-----

----Este último modo de establecer la supuesta capitalización resulta errado, toda vez, que de tal manera no se encuentra prevista en la norma de cita. En puridad, por cuanto, de tal manera, no hay propiamente capitalización de intereses ya devengados, sino que -a todo evento- se trataría de una “capitalización” futura de intereses a devengar que, obviamente, no se encuentra prevista como excepción en ninguno de los supuestos contemplados por el citado art. 770 del C.C.yC. Ello surge de utilizar la alocución “desde” y no “hasta”, para designar el momento de la capitalización establecido en el supuesto previsto por el inciso b) del art. 770 -notificación de la demanda-. ----------

----III.- **Apelación de honorarios fijados a los letrados de la parte actora, Dres. C. D. y M. –por altos-; y la apelación de honorarios deducida por el Dr. M. –por bajos-:** -

----En primer lugar, señalaré que, merced a que los honorarios fijados en primera instancia fueron establecidos en alícuotas porcentuales a calcular sobre el capital de condena, éstos se ajustarán automáticamente al resultado propuesto por la presente en cuanto se dispone disminuir dicho monto de capital de la condena. ----------

----Sin perjuicio del señalamiento efectuado, estimo que los honorarios establecidos a los letrados de la parte actora (19,75%) se aproximan y ajustan a los porcentuales que este cuerpo revisor fija, de común, a los letrados que hubieran actuado para la parte vencedora en el proceso (19,6%, que resulta de aplicar el 14% de la escala del art. 6, con más el 40% contemplado por procuración por el art. 8 de la ley del arancel). De allí, que pondero que no resultan excesivos tal como lo propugna la parte demandada apelante. ----------

----Igualmente, los honorarios fijados al Dr. M., letrado interviniente por la parte demandada, en un 13,55%, tampoco resulta bajos como se postula. Nótese que el indicado porcentual resulta escasamente inferior al que –en general- establece esta Cámara a los letrados apoderados que actúen por la parte vencida (14%, que resulta de aplicar el 10% de la escala del art. 6º, con más el 40% del art. 8 de la ley del arancel). -

----En consecuencia, propongo al acuerdo que se desestimen los planteos impugnativos, sin imponer costas atento a que la materia no las genera. ----------

----En suma, propondré al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado, en cuanto dispone la capitalización de los intereses hasta la notificación de la demanda.----

----Así lo voto.----------

----VI.- Conclusión: ----------

----Por lo razonado y expuesto, propongo al acuerdo que se revoque parcialmente la demanda para: 1) disminuir el agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2º de la ley 25.323, al 25% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. que le corresponden al actor; 2) dejar sin efecto la indemnización especial

contemplada por el art. 80 de la L.C.T. (según texto agregado por art. 45 de la Ley 25.345); y, 3) dejar sin efecto la condena a capitalizar intereses contenida en el punto I "in fine" de la parte resolutiva del fallo; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----Desde que la disminución del monto del capital de condena que deriva de la revocatoria parcial que se propicia en mi voto, no altera las calidades de vencedor y de vencida que el actor y la parte demandada presentan en la anterior instancia; mientras que los honorarios regulados lo fueron en alícuotas porcentuales que se ajustarán automáticamente al nuevo importe, no será menester practicar las adecuaciones previstas en el art. 282 del C.P.C.C, de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la Ley XIV Nº 1.----------

----De los quince agravios planteados por la sociedad codemandada E. S.A.S., prosperan sólo tres de ellos (uno parcialmente -referido al agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323-; y totalmente los referidos a la indemnización especial del art. 80 de la L.C.T. y el referido al anatocismo dispuesto de oficio por el juzgador de grado), rechazándose los restantes.----------

----Y, de los dos planteados por el codemandado, Sr. S., uno se rechaza (el vinculado a la solidaridad derivada del corrimiento del velo societario por la cesión del contrato en fraude a la ley laboral) y se admite el restante (la indemnización especial del art. 80 de la L.C.T.).----------

----En resumen, desde tal perspectiva corresponde que se impongan las costas devengadas en esta segunda instancia según las porciones de vencimientos parciales y mutuos ocurridos en ella. De tal manera aprecio ajustado asignar la carga de las costas devengadas en esta alzada de manera diferenciada respecto a cada uno de los codemandados, atendiendo a las distintas porciones de éxitos y derrotas obtenidas por cada uno de ellos. ----------

----Así, estimo adecuado atribuir las costas de segunda instancia en el80% a cargo de E. S.A.S y el 20% restante a la parte actora (Conf.: arts. 72 y 282 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la ley XIV Nº 1). ----------

----Y, al codemandado S., estimo adecuado asignarle el 90%de las costas de segunda instancia y el 10% restante, a la parte actora. En este último caso, por cuanto no puede omitirse considerar la entidad cualitativa de las pretensiones impugnativas deducidas por dicho codemandado, siendo la rechazada sustancialmente mucho más trascendente que la admitida (Conf.: arts. 72 y 282 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la ley XIV Nº 1). ----------

----Los honorarios profesionales de los Dres. W. M. C. D. y E. A. M., letrados apoderados de la parte actora, por sus tareas cumplidas en la segunda instancia, apreciados por su extensión, calidad y eficacia, estimo apropiado fijarlos, en conjunto, en la suma equivalente al 5,72 % del monto del capital de condena que resulte de la liquidación a

practicar en la etapa de ejecución de sentencia; y, los honorarios de los Dr. P. M. M., letrado apoderado de la parte demandada, por sus tareas de alzada apreciadas bajo idénticas pautas cualitativas, estimo adecuado fijarlos en la suma equivalente al 4,06 % del aludido monto de condena sujeto a liquidación en la etapa judicial respectiva. En ambos casos tales emolumentos con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.439 y 23.871). ----------

----De tal manera culmino mi intervención pronunciándome en la presente cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó:----------

----Atento la claridad de la reseña, que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante, de la sentencia de origen de fs. 209/219, de los agravios que contra la misma expusieran los codemandados apelantes a fs. 223/227 y 228/236, así como de la respuesta de la actora a fs. 238/245, me remito a la misma en homenaje a la brevedad, adentrándome directamente en el tratamiento de los agravios. ----------

----I.- Seguiré el mismo orden de exposición que el Dr. Lucero, ya que el mismo es el más adecuado a los fines de la claridad y economía en el tratamiento de los agravios. --

----1) En primer lugar, y de acuerdo al orden seguido por el colega prevotante, examinaré los tres primeros agravios de la codemandada E. S.A.S. -a los que adhiere el co-apelante S. (ver fs. 223 vta., 1er. párrafo)-, los que cuestionan la consideración como remunerativos de los rubros “comida” y “viáticos” del CCT N° 40/89, que se considerara como remuneración normal y habitual a las horas extras, y a que se tome como mejor remuneración mensual normal y habitual la de marzo de 2018 (ver fs. 228/230, pto. II, a, b y c). En cuanto a esta última queja, la sociedad codemandada arguye que se tomó la remuneración de marzo cuando el actor no tenía vínculo con ella sino con el anterior empleador, por lo cual, dado que sólo laboró para ella en el mes de abril de 2018, debió considerarse la remuneración de $ 32.687,65 correspondiente a dicho período, agregando que en la sentencia no se brinda ningún argumento para considerar el haber del mes de marzo (ver fs. 229 vta./230, pto. c).----------

----Sobre la falta de fundamentación que se enrostra al decisor, cabe señalar que se equivoca la quejosa, ya que éste, al examinar la cesión entre el anterior empleador y el último, destacó como una de las reglas a considerar *“Que el trabajador debe resultar indemne respecto de dicha cesión”*, y destacó que esta última regla es la que especialmente debía analizar para establecer si las indemnizaciones y liquidación abonadas eran correctas (ver sentencia a fs. 213 vta., 4to. y 5to. párrafos). Y sobre dicho argumento ninguna crítica realizó la apelante. Al respecto es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442).

----La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 941). En el mismo sentido es sabido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143-100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por esta Sala en numerosos antecedentes, entre ellos, CANE, Sala “B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10.----

----Es así que coincidiré en la deserción parcial de este agravio por insuficiencia técnica (conf. arts. 60 de la ley XIV N° 1 y 268 y 269 del CPCC). ----------

----Como consecuencia de lo anterior, deviene firme la base de cálculo sentada en la remuneración del mes de marzo de 2018, en tanto es la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Cabe decir que, en cuanto al segundo agravio relativo al cómputo de las horas extras, la recurrente también adujo que el juez de grado no brindó fundamentación alguna (ver fs. 229, pto. b). Esta afirmación desatiende el razonamiento del juzgador, quien destacó que en el caso de las horas extras pagadas al 50% y al 100% durante el mes de marzo, conforman un salario normal y habitual (ver sentencia a fs. 214, 1er. párrafo), a lo que añadió que como las remuneraciones son variables en razón de que las citadas horas extras son distintas en cada mes, se tomará el monto de cada período considerando un promedio de los últimos seis meses a valores actualizados (ver

sentencia a fs. 215 vta., 4to. párrafo). Este razonamiento, amén de compadecerse con lo que surge de los recibos de haberes de enero/abril de 2018 (ver fs. 01/03 y 27 de la documental reservada), no recibió crítica alguna por parte de la quejosa, por lo que también en este agravio corresponde la declaración de deserción parcial por insuficiencia técnica. ----------

----Resta examinar, en cuanto a las tres quejas aquí agrupadas, la relativa a la inclusión de los rubros “comida” y “viáticos” del CCT N° 40/89 como remunerativos. Se objeta que el juez se limitó a transcribir el fallo de la Corte Suprema “Pérez, A. Raúl c/ Disco S.A.” que se refirió a los vales alimentarios del ya derogado inc. c del art. 103 de la LCT. Entiende que dicho antecedente no es aplicable al caso por cuanto aquí se está en presencia de viáticos en los términos del art. 106 de la LCT, así como que el CCT N° 40/89 establece que tales ítems no forman parte de las remuneraciones y no exige rendición de cuentas de los mismos. Agrega que se omitió invalidar las normas imperativas y vigentes y no se hizo cargo del dictamen N° 1108/14 del ministerio respectivo que confirmó el carácter no remunerativo aludido (ver fs. 229 “in fine”/229 vta., pto. a).----------

----Sobre esta cuestión me he expedido en diversos antecedentes de esta Sala “B”. Al respecto sostuve en el precedente de esta Sala, entre otros, SDC N° 11/11, del 18/08/11, que este Cuerpo se ha expedido en el sentido de que en materia indemnizatoria la remuneración del trabajador comprende los importes brutos y no los netos. En tal sentido se excluyen del cálculo las prestaciones que por su naturaleza no son salariales, como las asignaciones familiares o las sumas abonadas a título indemnizatorio como la integración del mes de despido (conf. Etala, Carlos Alberto: “Contrato de trabajo”, Ed. Astrea, 2000, pág. 578), mientras que toda prestación que recibe el trabajador por parte del empleador y que represente una ganancia para el mismo que satisfaga total o parcialmente su consumo, debe considerarse salario (conf. CNAT, Sala II, 12/5/95, DT, 1995-B-1626), así como que es remuneración tanto lo que percibe el empleado como lo que le evita un desembolso (conf. CNAT, Sala II, ídem).----------

----Asimismo, aduje que en los precedentes de esta Sala “B”, SDL Nº 05/13 del 28/02/13 y, SDL N° 12/14, del 19/06/14, había sostenido que la doctrina de los períodos que van desde 1994 en adelante, y mucho más en la primera década del siglo, se inclinó por la cita, estudio y utilización del Convenio 95 OIT como fundamento para plantear severas inconstitucionalidades de normas nacionales y también de decisiones de convenios colectivos de trabajo homologados por la autoridad de aplicación que concedían retribuciones de los trabajadores consideradas indebidamente, por el legislador o por la autonomía colectiva, como “rubros no remuneratorios” cuando su real naturaleza no es ésa (conf. Seco, Ricardo Francisco: “El Convenio 95 de la OIT, beneficios sociales y sumas no remunerativas en los convenios colectivos de trabajo”, en Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni Editores, 2010-2, “Normas internacionales y derecho interno”,

pág. 324). Asimismo agregué que en el antecedente referido el sentenciante se atuvo a la evolución de la doctrina y jurisprudencia desenvuelta en esta materia. Siempre de acuerdo al citado artículo de Seco (conf. aut. cit., op. cit., págs. 291/325), quien divide esta evolución en distintas etapas, se indica que una primera va desde que el Convenio 95 OIT fue aprobado por la Argentina (1956) hasta la reforma constitucional de 1994; otra desde ésta hasta 2004 cuando, en la primavera de ese año, la Corte Suprema de Justicia de la Nación con su nueva integración comenzó a expedirse sobre temas laborales abandonando los criterios vigentes de la época neoliberal; otra que va desde 2004 hasta 2009 cuando la Corte se expidió en el caso “Pérez c/ Disco”; y finalmente desde esa fecha en adelante (conf. Seco, op. cit., pág. 293). En la primera etapa se sucedieron diversos fallos plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo estableciendo el carácter no remunerativo de distintos rubros y prestaciones otorgados al trabajador (conf. Seco, op. cit., págs. 294/296). Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 31 y 75, inc. 22 de la Const. Nacional, el bloque de constitucionalidad reconoce primero a la Constitución Nacional y a los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, luego a los tratados internacionales, entre ellos a los convenios de la OIT, y luego a las leyes nacionales. La Constitución Nacional en la cláusula social incorporada en 1957 avanza desde el salario mínimo vital y móvil hasta la retribución justa, también atiende a la participación del trabajador en la empresa, aclarándose que se entiende que la remuneración es regida por la justicia social. Varias son las normas internacionales vigentes en nuestro país, con jerarquía constitucional según el art. 75, inc. 22 de la Const. Nacional, referidas al salario que la Corte señaló en el fallo “Pérez c/ Disco”. Ellas son: la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23, 24 y 25); la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XIV, segundo párrafo, y XXXVII); el PIDESC (arts. 6 y 7); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5, inc. e); la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra la Mujer (art. 11.1, incs. D y e). El Convenio 95 de la OIT es, a partir de la reforma de 1994, claramente una norma supralegal pero infraconstitucional (conf. Seco, op. cit., págs. 297/298). En el período de 1994 a 2004 la ley 24700 incorporó a la LCT la figura de los beneficios sociales en el artículo 103 bis y contempló otras prestaciones no remuneratorias en los artículos 105 y 223 bis. Con todo, las prestaciones enunciadas en la ley 24700 no presentan rasgos homogéneos, pudiéndose bosquejar la siguiente clasificación: 1) beneficios sociales plenos (art. 103 bis); 2) beneficios sociales parciales (ídem); 3) prestaciones complementarias no remunerativas (art. 105); 4) prestación no remunerativa (art. 223 bis). Lentamente comenzó a haber mayores referencias en la jurisprudencia al Convenio 95 de la OIT, en especial para descalificar los llamados beneficios sociales por inconstitucionales (al menos de varios de los positivizados). Así se entendió que la compensación escolar es remunerativa (conf. voto del Dr. Capón Filas

en CNAT, Sala VI, del 11/08/97, en “Salinas, Ernesto c/ ANSES”, en D.T. Online; AR/JUR/5979/1997). La Corte Suprema de Justicia de la Nación el 24/11/98, en autos “Della Blanca c/ Industrias Pescarmona”, dijo que era inconstitucional el decreto 1477/89 porque la naturaleza no remunerativa debe ser establecida por una ley, pero además sostuvo que ella debía ser confrontada con la Const. Nacional en cuanto al art. 14 bis que establece la retribución justa y el art. 28 que consagra el principio de razonabilidad (conf. Seco, op. cit., págs. 298/300). En el período entre los años 2004 y 2009 se expresaron por la inconstitucionalidad de algunos beneficios sociales paradigmáticos varios autores relevantes, fundándose en el art. 1 del Convenio 95. Así por mencionar sólo algunos, A. cuestionó la validez de las normas que desalarizan contraprestaciones otorgadas por el empleador como consecuencia del contrato de trabajo, en especial por contravenir el Convenio 95, art. 1, respecto de los incisos b y c del art. 103 bis de la LCT, porque aquella tiene jerarquía supralegal y no puede la ley contradecir sus reglas. G. consideró a los tickets canasta como “vales” destinados a la compra de alimentos -no distinto del que habitualmente tiene buena parte del salario-, su desalarización tiene como evidente finalidad la de abaratar su costo; para esto, se consagra su carácter no remuneratorio, que implica que en relación a su importe no se tributa a los diversos regímenes de seguridad social ni se le tiene en cuenta para la determinación de los créditos de los trabajadores que tienen su base de determinación en el salario (v. gr. vacaciones, indemnizaciones, preaviso y despido, etc.). Es un artificio consistente en tratar a parte de la remuneración como si no lo fuera, lo que constituye una franca transgresión al Convenio 95 de la OIT. A su vez R. M. utilizó el Convenio 95 para juzgar la inconstitucionalidad de las normas que reducen el contenido de las remuneraciones de los pagos por contraprestación laboral, por la superioridad normativa del Convenio respecto de las leyes. En el mismo período la jurisprudencia se sirvió del Convenio 95 para justificar que es salario la retribución en caso de licencia por enfermedad inculpable y que debe considerarse a los fines de la indemnización por despido, no obstante lo cual la jurisprudencia, de manera general, presentó posturas controversiales respecto a esta materia (conf. Seco, op. cit., págs. 300/314). ----------

----El 01/09/09 la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló la causa “Pérez, A. Raúl c/ Disco S.A.” (Fallos: 332:2043). Tanto en los votos de la mayoría como de la minoría se afirmó que el Convenio 95 define el término salario y este fallo dio un alcance amplio a las normas del Convenio en el sentido de prevalencia de la salarialidad de las retribuciones de los trabajadores. La Corte Federal adoptó esa postura, atendiendo a las observaciones dirigidas a la Argentina por “la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT”. Dicha Comisión, con expresa referencia al artículo 103 bis recordó a la Argentina que el artículo 11 del Convenio, si bien no tiene el propósito de elaborar un modelo vinculante de definición del término “salario”, sí tiene por objeto garantizar que las remuneraciones reales de los trabajadores, independientemente

de sus denominaciones o cálculo, serán protegidas íntegramente en virtud de la legislación nacional, respecto de las cuestiones que tratan los artículos 3 a 15 del Convenio. Las obligaciones derivadas del Convenio en materia de protección de los salarios de los trabajadores, no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos, por el contrario, es necesario que la legislación nacional proteja la remuneración del trabajo, cualquiera sea la forma que adopte, de manera amplia y de buena fe (conf. Seco, op. cit., págs. 314/316). Como consecuencia de lo argumentado, la Corte, en el considerando 9 concluyó que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c de la LCT (t.o. según ley 24700), relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial. Desde el año 2009 en adelante la jurisprudencia pareció alinearse mayoritariamente tras el fallo de la Corte referido, otorgando carácter remuneratorio a los tickets canasta, los llamados “bonus”, los tickets almuerzo, vales alimentarios, decidiendo la Corte Federal el 19/05/10 en la causa “González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro” que las llamadas asignaciones no remunerativas establecidas por los decretos de necesidad y urgencia 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen, son inconstitucionales (conf. Seco, op. cit., págs. 316/317).----------

----Como conclusiones de todo lo expuesto, destaqué que el artículo 1 del Convenio 95 de la OIT establece *“A los efectos del presente Convenio, 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 servicios que haya prestado o deba prestar”.* En interpretación de dicha norma se ha sostenido que la intención de los redactores era utilizar el término “salario” no en un sentido técnico, sino en un sentido general que comprendiese la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración del trabajo. En dicha línea de interpretación las reglamentaciones internacionales propuestas se aplicarán a la remuneración o ganancias, cualquiera que sea su designación o forma de calcularlas, que fueran posible expresar en términos de dinero pagadero por un empleador a un trabajador por trabajos o servicios prestados en virtud de un contrato de empleo, escrito o verbal. La CSJN en “Pérez c/ Disco” afirma de modo tajante, y en contradicción con abundante doctrina nacional e incluso jurisprudencia que así no lo consideraba, que el Convenio 95 define el término salario dándole un alcance amplio a sus normas. Con los pronunciamientos citados de la CSJN y su interpretación acerca del alcance del Convenio 95 de la OIT, atendiendo a sus normas y criterios de interpretación, cabe resignificar a los demás beneficios sociales subsistentes o a crearse previstos en las normas legales o convencionales, o concedidos por los empleadores, o las asignaciones no remunerativas concedidas a los trabajadores por normas heterónomas o autónomas, porque esa

caracterización, al margen de la naturaleza jurídica de la remuneración, está vedada a la disponibilidad de las autonomías sectoriales o decisiones heterónomas (conf. Seco, op. cit., págs. 319/325).----------

----Ahora bien, la recurrente cuestiona la aplicación del antecedente de la Corte Federal citado, por cuanto, señala, que aquí se trata de ítems no remunerativos en los términos del art. 106 de la LCT y que dicho carácter fue ratificado por el CCT N° 40/89 y el Dictamen del MTEySS N° 1108/14. El art. 106 precitado establece: *"Los viáticos serán considerados como remuneración, excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de los comprobantes, salvo lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo".* Se ha sostenido que tal como está redactada la norma, el criterio general es que los viáticos tienen carácter salarial más allá de que luego menciona la excepción. Se trata de una norma destinada a evitar el fraude y por ende considera que las sumas dadas por el empleador a su dependiente en concepto de viáticos, en principio, tienen carácter salarial. En efecto, la norma dice "los viáticos serán considerados como remuneración excepto en la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes…", pero deja a salvo "lo que en particular dispongan los estatutos profesionales y convenciones colectivas de trabajo". La norma expresamente establece que no será salario la parte efectivamente gastada y acreditada por medio de comprobantes. En definitiva, quien pretenda sostener que no tenían carácter salarial las sumas dadas por este concepto deberá acreditar que le fue exigido al dependiente comprobantes de dichos gastos. Dos son los recaudos que prevé la disposición legal para considerar que los viáticos no revisten carácter salarial: a) existencia de un gasto efectivo: suma que se paga a un tercero ajeno a la vinculación laboral por un servicio; b) existencia de un comprobante: un medio documental -factura, boleto, recibo- emitido por un tercero que prestó el servicio y entrega a quien usó dicho servicio y lo pagó. Cabe descartar de la noción de comprobante del art. 106, al documento emitido por el propio trabajador o empleador, tales como: vales de caja, boletas internas de gastos, etc. (conf. Pinto Varela, Silvia, en A.-Sforsini: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T° II, págs. 40/42).----------

----En la especie, a pesar de que no se han rendido los gastos de los rubros "comida" y "viático especial", la apelante señala que la norma convencional establece específicamente que dicha rendición no es necesaria, y destaca la parte pertinente del art. 106 precitado que alude a dicha excepción (ver fs. 228 vta., dos últimos párrafos/229, 1er. párrafo). Cabe señalar que en el CCT 40/89, en los ptos. 4.1.12 y 4.1.13 se prevén los rubros de "comida" y "viático especial", así como el pto. 4.2.11 establece que respecto de estos ítems, entre otros, queda convenido que los trabajadores no deberán presentar comprobantes de rendición de cuentas, y que en ningún caso sufrirán descuentos ni carga social alguna, por no formar parte de las remuneraciones de los dependientes, en un todo de acuerdo con el artículo 106 de la LCT.----------

----Al respecto se ha sostenido que la excepción al principio general contemplado en la norma, originó controversias doctrinarias y jurisprudenciales. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el acuerdo plenario 247 del 28/08/85, en autos “A., A. c/ T. A. C. SA”, cuya mayoría dispuso que la norma faculta a los convenios colectivos a eximir de la obligación de rendir cuentas sin que ello sea impedimento para excluir del carácter salarial del pago. Señaló: “El artículo 106 de la Ley de Contrato de Trabajo autoriza que un convenio colectivo de trabajo o laudo arbitral atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento, sin exigencia de rendición de cuentas”. Con todo, aun dentro de la tesis mayoritaria, la interpretación efectuada no implica autorizar que por vía de los convenios colectivos se disfracen rubros salariales bajo el ropaje de viáticos. En efecto, más allá de la interesante discusión doctrinaria que emana de los votos de la mayoría y minoría, cabe tener en cuenta que si bien la mayoría admite que por convenio colectivo o un estatuto se disponga que los viáticos abonados, incluso sin comprobantes no tenga carácter salarial, ello es así (tal como surge de varios votos de la mayoría) a menos que se acredite un supuesto de fraude laboral (art. 14 de la LCT); de producirse este supuesto, rige la primera parte del art. 106 de la LCT. Ello podría darse en el supuesto en que si bien en el convenio colectivo se le da carácter no salarial a las sumas abonadas en concepto de viáticos, lo cierto es que se trata de trabajadores que no afrontan gastos de movilidad o ante cualquier otra situación de fraude. Así se ha dicho que “si se ha probado que los actores no debían afrontar gastos de movilidad, la suma abonada por tal concepto no configura viático sino remuneración, aun cuando la norma convencional -CCT 40/90- prevea que el adicional por viático especial como compensación del gasto de movilidad no tiene carácter remuneratorio, pues el supuesto previsto en la norma convencional no guarda relación con el caso” (CNAT, sala VI, 28/07/02, in re: “Villafañe, Roque c/ Manliba SA”). También se sostuvo que “la doctrina del plenario 247…no implica que las partes colectivas puedan llamar viáticos a cualquier suma que el empleador entregue a sus dependientes y se requiere inexorablemente que los montos en cuestión hayan sido dados para ser gastados con relación a la prestación de tareas (conf. CNAT, sala X, 07/11/06, in re: “Tomás, Adriana c/ Aerolíneas Argentinas SA”). Resta señalar que desde la doctrina Seco señala que no comparte la decisión del fallo plenario pues considera que la salvedad sostenida en el párrafo mencionado alude, incuestionablemente, a la posibilidad de que las convenciones colectivas de trabajo pudieran mejorar la situación del personal comprendido en ella y le asignara naturaleza laboral aun a sumas que por su contenido y por estar respaldadas con los debidos comprobantes, los gastos que las mismas tienden a cubrir serían naturalmente “viáticos”. Y agrega que por más ambigua que resulte la excepción, no aparece adecuado interpretarla en un sentido que no resulta del resto de la normativa laboral, soslayando lo expresamente dispuesto en los arts. 7 y 8 de la LCT (conf. Pinto Varela, op. cit., págs. 43/44). ----------

----A la luz de los conceptos señalados, resulta claro que más allá de lo dispuesto por la convención colectiva, los rubros en cuestión, a fin de que puedan ser considerados no remunerativos, deben tratarse de montos que hayan sido reconocidos para ser gastados con relación a la prestación de tareas. Y como bien lo destaca el colega preopinante, los ítems “comida” y “viáticos” carecen de relación con la prestación de tareas del actor. Ello así por cuanto se trata de un chofer que cumplía funciones en las ciudades de Trelew, Rawson, Gaiman y Puerto Madryn, durante una jornada de 6 a 18 horas (ver demanda a fs. 05, pto. III, A, 1er. párrafo). Es así que, si bien la jornada resultaba extensa, el rubro “comida” evidentemente representa un beneficio o ventaja para el trabajador que debe incluirse dentro del concepto de remuneración. Y respecto del rubro “viáticos”, tampoco se alcanza a vislumbrar su vínculo con la prestación de las tareas laborales, ya que el actor pernoctaba en su casa, no ausentándose de su domicilio.----------

----En síntesis, por los motivos expuestos, es que habré de concordar en el rechazo de este agravio. ----------

----2) Seguidamente paso a examinar los agravios cuarto, quinto y sexto de la codemandada E. S.A.S. -a los que también adhiere el codemandado S. (ver fs. 223 vta., 1er. párrafo)-. En el cuarto agravio se señala que sin fundamento se reputa procedente una supuesta diferencia en la indemnización sustitutiva del preaviso, además de cuestionarse la base salarial de acuerdo a lo expuesto en los tres primeros agravios (ver fs. 230, pto. d). Esos mismos argumentos se esgrimen para cuestionar la base salarial a considerar para la integración del mes de despido (ver fs. 230 vta., dos últimos párrafos), y para objetar el monto reconocido por las diferencias sobre SAC proporcional y vacaciones (ver fs. 231, pto. f). Dada la suerte adversa que corrieron los tres primeros agravios, tales argumentos y quejas aquí analizadas deben ser desechados como lógica consecuencia de lo anterior. Agregaré que, en relación a la falta de fundamentación alegada para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, el sentenciante argumentó que *“Según la constancia del recibo de liquidación final acompañado por la demandada y que obra a fs. 28 de la d.r. se le pagó al actor la suma de $ 32.687,64, equivalente a la remuneración de un mes, y por el monto del salario sin los rubros denominados no remunerativos. Como ya se expresará en el considerando anterior, el trabajador no debe soportar ninguna pérdida por la cesión del contrato efectuada, por lo que se debe considerar la antigüedad desde el ingreso a trabajar para el primer empleador, el Sr. J. S. que según acuerdan las partes en el expediente y surge de los mismos recibos que acompañó la demandada fue el 13 de septiembre de 2008. En razón de ello y teniendo en cuenta que la antigüedad del trabajador a computarse, excede los cinco años, los períodos que deben integrar esta indemnización son dos. Por otro lado, también en este caso se deberán computarse* (sic)*, por lo ya dicho las denominadas sumas no remunerativas”* (ver sentencia a fs. 215, último párrafo/vta., tres primeros párrafos).----------

----Queda por tratar lo argüido por la quejosa, en el quinto párrafo, en cuanto a que no procede el rubro integración del mes de despido, por cuanto el despido se perfeccionó el 30/04/18, siendo el último día del mes, lo que fuera admitido por la actora en su misiva del 14/05/18, y al liquidar el SAC proporcional y las vacaciones no gozadas, por cuanto no incluyó en tales cálculos al mes de mayo de 2018 (ver fs. 230, último párrafo/vta., cuatro primeros párrafos). Al respecto el juez "a quo" razonó que *"Es cierto que si se considera la fecha del despido el último día del mes, no correspondería otorgar esa indemnización, lo contrario de si esa fecha es un día distinto a ese (2° párr.. del art. 233 L.C.T.). La C.D. en cuestión fue remitida el día 30 de abril de 2018, y si bien una posibilidad es que haya sido recibida ese mismo día, de la constancia obrante en el dorso, surge que recién el día 3 de mayo al encontrar el domicilio cerrado o estar ausente el trabajador, se dejó un aviso de la visita. Esto significa que siguiendo el razonamiento enunciado previamente, y teniendo en cuenta que nuestra legislación laboral para la notificación de la extinción del contrato rige el carácter recepticio, es decir que se considera notificado cuando el contenido de la CD llega a la esfera de conocimiento del trabajador, concluyo que el 4 de mayo es el día en que se produjo dicha comunicación, y por lo tanto la fecha de dicho despido. En razón de lo expuesto, se calculará esta indemnización según las pautas y los fundamentos dados en los considerandos anteriores, y se hará por un mes completo, dado que no surgen pagados los primeros cuatro días del mes de mayo que se deben considerar como trabajados"* (ver sentencia a fs. 216, cuatro últimos párrafos/vta., 1er. párrafo). ----------

----Nada dijo la apelante respecto a este razonamiento, por lo que no hay agravio que atender al respecto. Por lo demás lo expuesto en cuanto a que el actor habría reconocido que el despido se produjo el 30/04/18 y que liquidó el SAC proporcional y las vacaciones no gozadas por cuatro meses como base, ello no obsta al reconocimiento que se efectuara en la sentencia, por cuanto en virtud de lo dispuesto en el art. 68 de la ley XIV N° 1, el juez está facultado para sentenciar "ultra petita", supliendo la omisión o error del demandante. ----------

----En suma, por los motivos expuestos también se rechazan los tres agravios aquí examinados.----------

----3) De acuerdo al orden de tratamiento que siguiera el Dr. Lucero, paso a examinar el primer agravio del codemandado S. El mismo se queja de que se hubiera tenido por probado el fraude laboral y se lo hubiera condenado de manera solidaria. Recuerda que la sociedad codemandada reconoció que su mandante decidió ceder el contrato de trabajo, lo que se realizó ante la Delegación Regional de Trelew de la Secretaría de Trabajo provincial y fue homologado administrativamente. Es así que se cedió el vínculo laboral cumpliendo con las formalidades legales, en especial con el art. 229 de la LCT, incluyendo la aceptación del actor. Destaca que la contraria no atacó esta cesión y que el juez no invalidó la decisión administrativa. Agrega que el actor mantuvo todas las

condiciones laborales que surgían del vínculo de empleo por lo que no denunció un solo evento que pudiera considerarse fraude laboral. Enfatiza que no existió sustracción alguna a las obligaciones del art. 229 precitado, por lo que resalta que su responsabilidad comprende los incumplimientos hasta el 31/03/18, más la única insatisfacción del actor deriva de la extinción del vínculo laboral que fue posterior a esa fecha. Cita jurisprudencia relativa al art. 229 de la LCT. Seguidamente se refiere a la recepción legal de las sociedades unipersonales en el Código Civil y Comercial, reitera que la acusación de fraude laboral es vaga, señala que E. pagó las sumas resultantes del despido, por lo que el juez decidió arbitrariamente que su parte garantice el cobro de condena ya que se basa en una falacia, que el capital social resulta insuficiente, lo que no se ha acreditado (ver fs. 223 vta./225 vta., pto. b). ----------

----Sobre esta cuestión el juez de grado razonó, de manera dirimente, que la cesión del contrato del actor fue un fraude a la ley que buscó disminuir la responsabilidad de S.. Luego, sin perjuicio de señalar la legalidad de la constitución de la sociedad codemandada, destacó que S. lo hizo en relación a la actividad que ya desarrollaba, y a partir de dicha constitución cedió el contrato y una vez homologada la cesión despidió al accionante, pagándosele menos de lo que se le debía, sin invocar una justa causa. Entiende que existió fraude a la ley, ya que la condena que está decidiendo sólo puede hacerse efectiva del capital social (ver sentencia a fs. 217/vta., considerando VIII). -------

----Habré de concordar con el Dr. Lucero en cuanto a que el argumento de la quejosa respecto a que no se atacó la validez de la cesión del contrato, no se hace cargo del razonamiento del juzgador respecto al fraude a la ley, en especial la referencia a las fechas, dado que el juez de origen destacó que la sociedad codemandada se constituyó el 05/02/18, que la cesión del contrato se homologó el 17/04/18 y que el telegrama de despido se envió el 30/04/18 (ver sentencia a fs. 217, 2do. a 4to. párrafos). La proximidad de las fechas, como lo destaca el colega preopinante, conduce indefectiblemente a considerar que el patrimonio de la sociedad, al tiempo del distracto, no podía ser diverso al social o de constitución, ya que no había transcurrido el tiempo necesario para que dichos capital y patrimonio se incrementaran con el desarrollo de la actividad productiva y económica de la sociedad. Es así que el magistrado de grado consideró muy especialmente que el capital social al tiempo de la constitución de la sociedad era de $ 100.000 (ver sentencia a fs. 217, antepenúltimo párrafo), por lo que si se tiene en cuenta el monto demandado (ver fs. 05, pto. II), es evidente que el mismo resulta insuficiente para hacer frente al reclamo. ----------

----Debe destacarse entre los fundamentos dados por la Comisión reformadora de los Códigos Civil y Comercial, para justificar la iniciativa de incorporar en el texto legal la sociedad unipersonal, los siguientes: a) que en la aceptación legislativa de la sociedad de un solo socio, la idea central no es la limitación de la responsabilidad, sino permitir la organización de patrimonios con empresa -objeto-, en beneficio de los acreedores de la

empresa individual de un sujeto con actividad empresarial múltiple, y que en esto se habrían seguido, con alguna innovación, los lineamientos de anteriores proyectos de unificación, y la línea general propiciada por la doctrina; 2) se consideró conveniente dejar esta norma en el ámbito societario y no incluirla como norma general en materia de personas jurídicas, como había sido propuesto por algunos colaboradores. Y ello porque se trata de un fenómeno fundamentalmente societario y no se da en las asociaciones, fundaciones u otras personas jurídicas privadas que no son sociedades comerciales; c) finalmente, el Poder Ejecutivo estimó adecuado limitar la cuestión a una norma permisiva de carácter restrictivo, disponiendo que este instrumento sólo pudiera canalizarse por la vía de las sociedades anónimas, e incluyendo las mismas en el régimen de fiscalización estatal permanente contemplado en el art. 299 de la ley 19550 (conf. Vítolo, Daniel E., en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director): "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, T° XI, págs. 701/702).----------Como queda claro la infracapitalización, que en la especie deriva en la limitación de la responsabilidad, justamente atenta contra los objetivos de la recepción legislativa de la sociedad unipersonal. Al respecto debe recordarse que el art. 144 del C. Civil y Comercial establece la inoponibilidad de la personalidad jurídica en estos términos: *"La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituye un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".* Esta norma, como bien apunta el colega prevotante, se ubica en línea con el art. 54 de la ley 19550, que en el tercer párrafo reza: *"La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituye un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados".* ----------Y debe recordarse que en aplicación de esta última norma no cabe efectuar una interpretación forzosamente restrictiva. Así en un antecedente de la Sala II de la Cámara Nacional del Trabajo, en el caso "A. c/ P. V. SRL s/ despido", del 09/05/73, se responsabilizó por las obligaciones de una SRL no sólo a la persona jurídica, sino también solidariamente a los socios en forma individual, cuando aquella sociedad funcionó irregularmente, sin hacer aportes jubilatorios, dejando luego sin trabajo a empleados y haciendo desaparecer sus instalaciones, que constituían el único patrimonio de la entidad. En el mismo sentido, la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en fallo del 05/12/97, no recurrió a criterios restrictivos para sancionar un claro ejemplo de abuso de personalidad jurídica. Se dijo en ese precedente que *"Cuando se sostiene a ultranza el valor absoluto de las instituciones jurídicas se*

corre el peligro de crear escudos protectores de la ilicitud, haciendo caer el derecho en una profunda contradicción, o reduciendo su papel a un mero conjunto de reglas de juego, vacías de contenido moral o político" (LL, 1998-F-439). Desde la doctrina, Nissen ha señalado que comparte la posición asumida por tales tribunales en torno a la aplicación del recurso de la desestimación e inoponibilidad de la personalidad jurídica sin necesidad de recurrir a criterios preconcebidos. En primer lugar, por cuanto nada impone la ley en tal sentido, a diferencia de otros supuestos, en los cuales el legislador ha consagrado expresamente al criterio restrictivo como pauta de juzgamiento; y en segundo lugar por cuanto la apelación a criterios restrictivos de juzgamiento son sólo excusantes retóricas del cometido de los jueces de analizar las pruebas y extraer una conclusión discursivamente expuesta de lo acontecido en autos (conf. Nissen, Ricardo Augusto: "El artículo 54 de la ley 19550 no debe ser objeto de interpretaciones restringidas que limiten su alcance", en VIII Congreso Argentino de Derecho Societario. IV Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa (Rosario, 2001), págs. 484/485). ----------

----En síntesis por los motivos expuestos habré de concordar en el rechazo de este agravio.----------

----4) Paso a analizar los agravios séptimo, octavo y noveno de la codemandada E. S.A.S., todos ellos referidos a la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25323. En primer lugar la apelante cuestiona la sentencia por violar el principio de congruencia por considerar que la referida multa no integra el objeto de la demanda (ver fs. 231/vta., pto. g). Nuevamente habré de compartir las argumentaciones del Dr. Lucero quien, con la pertinente distinción entre el objeto inmediato y mediato de la pretensión, aludió a que en el punto relativo al objeto de la demanda, se reclamó la suma de $ 764.186,20 *"…o lo que, en más o en menos, resulte de la prueba a producirse conforme el art. 275 de la LCT…"* (ver fs. 05, pto. II), y luego a fs. 08, pto. D, expresamente se solicitó la multa del art. 2 de la ley 25323. Y como bien lo resalta el vocal preopinante, la demandada ejerció oportunamente su derecho de defensa al contestar la demanda, ya que expresamente hizo referencia a que debía rechazarse la citada multa dado que su parte había dado cabal cumplimiento con todas las exigencias legales, habiendo consignado las sumas y certificados correspondientes (ver fs. 43, último párrafo). Es así que dicha cuestión quedó dentro de la integración de la litis, por lo que no existió infracción al principio de congruencia por decidir sobre ella.----------

----Se ha sostenido que ha de cuidarse celosamente que las resoluciones judiciales se adecuen al postulado de congruencia, lo que impone lograr que medie conformidad entre el contenido de aquéllas y el objeto de las peticiones -pretensiones y oposiciones- que delimitan el *thema decidendum.* La comparación entre lo reclamado y lo decidido, debe guardar una estricta correspondencia. Cuando la resolución se aparta de la materia que fijaron las partes, se menoscaba el aludido requisito. Es que sobre el particular gravita

el señorío de los justiciables, quienes en virtud del principio dispositivo que impera en este sector del proceso, vinculan al órgano jurisdiccional. No obstante que la congruencia se proyecta desde un triple punto de vista, hacia los sujetos, el objeto y la causa del proceso, el fenómeno adquiere mayor relevancia tratándose del objeto y la causa del mismo. En efecto, normalmente, las sentencias comprenden a quienes han revestido la calidad de partes y difícilmente se incurre en violación de este aspecto. En cambio, tratándose de la causa y especialmente del objeto, son mucho más frecuentes los vicios que suelen afectar a las resoluciones judiciales. Así suele suceder, desde este último punto de vista, que los pronunciamientos omiten decidir alguna cuestión esencial introducida por las partes -*ne eat iudex citra petita partium-,* configurándose esa situación no sólo en las sentencias de primera instancia, sino también en las de la Alzada. En otro orden de cosas, se viola el principio en tratamiento cuando el pronunciamiento excede el marco litigioso, otorgando o negando más de lo peticionado por las partes -*ne eat iudex ultra petita partium*-, como puede configurarse entre otros casos cuando se viola la prohibición de la *reformatio in peius,* o bien, cuando se pronuncia sobre materia ajena al *thema decidendum,* resolviendo cuestiones distintas a las introducidas por las partes *-ne eat iudex petita partium-.* Los tres supuestos, que se fundan, en definitiva, en la inobservancia del requisito de congruencia, constituyen motivo para descalificar los pronunciamientos que lo violan, desde la perspectiva que ofrece la sentencia arbitraria. Tal realidad exige de los órganos judiciales cuidar rigurosamente la aplicación de este recaudo, tan necesario para asegurar la eficacia del servicio de Administración de Justicia (conf. Morello-SosaBerizonce: “Códigos Procesales…”, Librería Editora Platense S.R.L. – Abeledo-Perrot, 1982, T° I, págs. 116/118).----------

----Reitero que corresponde rechazar este agravio por cuanto la multa del art. 2 de la ley 25323 integró el *thema decidendum*, por lo que el juzgador, en este aspecto, se atuvo al principio de congruencia.----------

----En el octavo agravio, la sociedad apelante sostiene que la letra de la sentencia carece de sentido, ya que refiere a que el actor fue fehacientemente intimado cuando es el actor quien debe intimar. Además aduce que en el decisorio se refiere a la demandada cuando existen dos codemandados, y argumenta que su parte jamás fue intimada por el actor para que le abone las sumas resultantes del despido, sino que quien fue intimado fue el codemandado S. (ver fs.231 vta./232 vta., pto. h). Con relación a lo primero, se trata de un evidente error de pluma la referencia a que el actor fue intimado (ver sentencia a fs. 216 vta pto. VI, 1er. párrafo), ya que es obvio que es éste quien debe intimar. La referencia a “la demandada” (ver sentencia a fs. 216 vta., pto. VI, 1er. párrafo) también deviene intrascendente ya que puede considerarse una referencia genérica a la “parte demandada”, comprensiva de ambos codemandados. Y en relación a que la sociedad no fue intimada, ya que a fs. 11 de la documental reservada sólo surge la intimación al codemandado S., habré de compartir lo expuesto por el Dr. Lucero, dado que en base a

lo razonado en el considerando anterior respecto al corrimiento del velo societario, es claro que ambos codemandados deben responder por las consecuencias patrimoniales del distracto.----------

----Eventualmente se cuestiona que no se hubiera atendido su petición de reducción de la multa en examen, tal como se prevé en la misma norma del art. 2 de la ley 25323, ya que su parte fue quien debió perseguir al actor para abonarle las sumas correspondientes, así como abonó sin imposición judicial previa de los rubros “comida” y “viáticos” (ver fs. 232 vta., pto. i). Al respecto cabe destacar que la última parte de la norma mentada establece: *“Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador; los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la exhibición de su pago”.* Sobre este punto, la jurisprudencia ha entendido que para eximirse de la multa no alcanza con que el empleador asevere haber puesto a disposición del trabajador la liquidación final, máxime cuando en general los importes indemnizatorios se abonan luego de la condena judicial, sino que es menester que ante la negativa del trabajador de recibir el pago, el empleador consigne judicialmente el importe debido. Ello pues la mera puesta a disposición fuera del marco judicial no significa cumplimiento de la prestación debida. Lo importante a destacar es que el trabajador haya tenido que iniciar acciones administrativas o judiciales para hacerse acreedor de los montos que el empleador debió pagar al momento del distracto. Más allá de ello, la norma le da la posibilidad a los jueces de reducir o eximir al empleador de tal imposición, en caso de existir causas que justifiquen la conducta del empleador de no pagar en tiempo y forma las indemnizaciones. Para ello es menester que los jueces realicen una prudente valoración de las circunstancias que justificaron al empleador a no abonar las indemnizaciones en legal tiempo y forma. Por ello cuando la recepción o no de un reclamo indemnizatorio ameritaba la valoración de los elementos arrimados por las partes para determinar el encuadramiento de la situación dentro de los términos del art. 242 de la LCT, aun cuando fueran viables las indemnizaciones de los arts. 245, 232 y 233, el juez podía eximir al empleador de la multa del art. 2 de la ley 25323. También sería viable la excepción cuando el empleador de buena fe pagó las indemnizaciones que a su criterio correspondía abonar, más allá de que la sentencia luego establezca que las mismas no eran suficientes. Sin embargo, esta facultad está dirigida a situaciones en las que exista un razonable debate respecto del derecho que tenía el empleador de disponer el despido, pero no cuando el mismo resultó injustificado o arbitrario (conf. Salpeter, P. y Pepe, Carlos: “Indemnizaciones tarifadas agravadas”, en A.-Sudera: “Extinción de la relación laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 639/640). ----------

----A la luz de las consideraciones reseñadas, el análisis del caso en estudio revela que, por un lado la empleadora pudo haberse creído con derecho a abonar las sumas debidas

sin atender a los rubros “comida” y “viáticos”, atento la interpretación en torno al art. 106 de la LCT y la caracterización de tales ítems en la convención colectiva respectiva. No obstante, ello también es cierto que la empleadora abonó las indemnizaciones correspondientes sobre una base salarial menor a la debida. En consecuencia, un análisis de todas las variables que orbitan alrededor de esta cuestión, me conducen a concordar con el Dr. Lucero en cuanto a hacer lugar parcialmente a esta queja, a fin de disminuir el agravamiento indemnizatorio al 25% de las sumas a abonar por los rubros indemnización por antigüedad, falta de preaviso e integración del mes de despido (conf. arts. 232, 233 y 245 de la LCT, según remisión del art. 2 de la ley 25323). ----------

----5) Paso ahora a analizar los agravios relativos al art. 80 de la LCT, que son el tercero y cuarto del co-apelante S. (ver fs. 225 vta./226 vta., ptos. c y d), y los agravios décimo a décimo tercero (ver fs. 232 vta./235, ptos. j, k, l, m) y décimo quinto (ver fs. 235/vta., pto. o) de la sociedad co-apelante. Un primer argumento es que la indemnización del art. 80 de la LCT no fue peticionada por el accionante, habiéndose violado el principio de congruencia (ver fs. 225 vta./226, pto. c; y fs. 232 vta./233, pto. j). Cabe reproducir aquí lo expuesto en el considerando anterior en cuanto a que dicha indemnización fue introducida en la demanda (ver fs. 08 vta./09vta., pto. E) y ello fue claramente controvertido en las contestaciones de demanda (ver fs. 30/31, pto. iii; y fs. 43), por lo cual no existen dudas de que dicho reclamo integró el *thema decidendum.* Por tales motivos es que debe desestimarse estos agravios. ----------

----En cuanto a que la sociedad empleadora no fue intimada a los efectos de la normativa en cuestión (ver fs. 233, pto. k), también aquí resulta estéril dicho argumento en virtud de la aplicación de la teoría del “disregard” tal como se explicó en el considerando tercero. Seguidamente la sociedad recurrente esgrime que, al momento de la cesión del contrato de trabajo, el actor recibió de parte del codemandado S. los certificados de trabajo del art. 80 de la LCT, sin que hubiera efectuado reclamo alguno al respecto, es más dicha documental fue adjuntada por el actor, todo lo cual fue ratificado por la autoridad administrativa en las actuaciones respectivas (ver fs. 233 vta./234). El juez de grado consideró las actuaciones administrativas, en las que la sociedad empleadora consignó la documentación laboral y la liquidación final, así como entregó un documento titulado certificado de trabajo suscripto por S. como gerente de la sociedad sin firma certificada, un certificado de trabajo también firmado por S. por el mes de abril de 2018 y la certificación de servicios y remuneraciones, formulario PS.6.2 también por un mes. Y en base a ello razonó que *“Toda vez que la documentación adjuntada es incompleta, siendo que el trabajador no podrá con la misma acreditar fehacientemente el tiempo trabajado y los aportes realizados, y considerando el fraude resuelto en el Considerando anterior, se condenará a los demandados a pagarle al actor tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual, según se estableció precedentemente (art. 80 L.C.T.)”* (ver sentencia a fs. 218, pto. VIII, segundo y tercer párrafos).----------

----La apelante adjuntó como prueba documental el certificado de haberes por los meses febrero/abril 2018 y liquidación final suscripta por el actor; y fotocopias del expediente administrativo N° 354/18 STR-DRT (ver fs. 52, ptos. g y j). Dicho expediente además fue remitido en su original por la Secretaría de Trabajo (ver fs. 117). Ahora bien, atento lo resuelto con relación al carácter remunerativo de las sumas correspondientes por “comida” y “viáticos”, es claro que la integración de los aportes y contribuciones omitió las citadas sumas, de allí que corresponde mantener la orden del libramiento del oficio a la AFIP en los términos del art. 46 de la ley 25345 a fin de que el organismo citado determine y reclame, en su caso, la deuda proporcional originada en dicha omisión. Es así que corresponde desestimar el décimo quinto agravio de la sociedad co-apelante (ver fs. 235/vta., pto. o). ----------

----Sin perjuicio de ello, de las constancias de fs. 119/134 surge la información pertinente a los aportes y contribuciones ingresados a los organismos de seguridad social, por lo que el actor cuenta con la información necesaria al respecto. Sobre este aspecto he señalado anteriormente en el precedente de esta Sala “B”, SDL Nº 38/09 del 11/05/09, que, como lo dijera en otros antecedentes, en el art. 80 de la LCT se regula lo que a nivel doctrinario y jurisprudencial se afirma que son dos obligaciones del empleador a las que se refiere la citada norma: a) la entrega de la constancia documentada del depósito de los aportes y contribuciones correspondientes a la seguridad social y sindicales y b) la entrega de un certificado de trabajo, con las indicaciones que prevé el segundo párrafo del mismo artículo, a las que debe adicionarse la información sobre la formación profesional adquirida por el trabajador, de acuerdo con la modificación introducida por la ley 24756 (conf. Livellara, Carlos A., en R. M.-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº II, págs. 1024/1025).----------

----Con relación concreta a la entrega de la constancia documentada del depósito de aportes y contribuciones, se ha dicho que junto a la obligación principal de ingresar los fondos destinados a sindicatos y organismos de la seguridad social, el art. 80 de la LCT estatuye a cargo del empleador el deber accesorio de entregar al trabajador, si éste lo solicita, al extinguirse el contrato, constancia documentada de haber realizado tales depósitos; y durante el tiempo de la relación, se debe otorgar dicha constancia, sólo cuando medien “causas razonables” (art. 80, parte 2da. LCT) (conf. Livellara, op. cit., ídem, pág. 1028). En cuanto a la vigencia de esta obligación y la dificultad del empleador de cumplirla, la tendencia jurisprudencial mayoritaria, que sigue opiniones doctrinarias relevantes, indica que cuando se reclama la entrega de una constancia documentada, ello significa que se debe dar al trabajador “copia de los comprobantes de depósitos” (conf. SCJ Mendoza, Sala II, 16/10/03, in re: “M., V. c/ M. A.”, DT, 2004-A-371). Se ha reconocido que esto trae aparejado diversas dificultades para las empresas sobre todo cuando se trata de trabajadores con cierta antigüedad, y la obtención de copias de todos los depósitos efectuados a través de los años no es fácil, a lo que se agrega que, en los

últimos años, los depósitos se hacen en forma unificada y sin individualización del trabajador (conf. Livellara, op. cit., ídem, pág. 1029). Esto ha llevado a la consideración de la constitucionalidad de la norma, por considerarse que la misma afecta el principio de razonabilidad al tornarse en muchos casos una obligación de cumplimiento imposible (conf. Cortiñas, M.: "Inconstitucionalidad del art. 80 de la ley de contrato de trabajo", Rev. del Foro de Cuyo, Suplemento mensual de Enero 2006, pág. 8). Estas dificultades condujeron asimismo a que en los últimos tiempos se abriera paso una nueva corriente jurisprudencial a partir de diversos pronunciamientos de la Sala III de la CN del Trabajo que considera 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 del ANSES (in re: "L., P. S. c/ B. SA s/certificación de servicios" y "A., W. O. c/ E. SA s/ despido", RDLSS, MJ, 2005-215). ----------

----Se ha señalado que es tan contrario al sentido de la norma la circunstancia de que el empleador emita una certificación de depósitos que falsee la realidad, como cuando el trabajador requiere esa constancia sólo para especular con la posibilidad que frente a un incumplimiento de aquél opere la indemnización a su favor, máxime cuando ahora el ANSES emite informes a los trabajadores sobre los depósitos efectuados por las empresas (conf. Livellara, Carlos Alberto: "Las certificaciones del art. 80 LCT y su problemática", DT, 2004-A, 371). A partir de tales cuestiones se sostuvo que los jueces, al evaluar la aplicación de la sanción del art. 80 de la LCT, con relación a la entrega de una constancia documentada de los depósitos previsionales, deberán hacer mérito de las particularidades del caso y de las conductas de las partes dentro de los carriles de la buena fe contractual (conf. art. 62 , 63 y conos. de la LCT) (conf. Livellara, op. cit., ídem, pág. 1031). Es así que coincidí con el Dr. Vergara en el precedente citado, en cuanto a que la entrega del formulario ANSES PS.6.2 no cumple con los requisitos de la norma en cuestión, tal como lo ha sostenido esta Cámara en diversos antecedentes (conf. CANE, Sala A, SDL Nros. 44/03 7 66/04, y Sala B, SDL Nro.08/05, entre otros). En cuanto a la obligación de entregar el certificado de trabajo, contenida en el 2do. parágrafo del art. 80 de la LCT, también concordé con el Dr. Vergara, ya que no se precisan los datos referidos a los importes y fechas en que se efectuaron los aportes y contribuciones debidas.----------

----Ahora bien, con posterioridad al precedente citado, en el fallo de esta Sala "B", SDL N° 13/14, del 23/06/14, y coincidiendo con el Dr. Lucero, tuve en cuenta el antecedente del Superior Tribunal de Justicia provincial, posterior al precedente referido de esta Sala, y que se encolumna en la vertiente jurisprudencial que citara y que flexibiliza el cumplimiento de la obligación del empleador del art. 80 de la LCT, lo cual me condujo a reexaminar la postura expuesta en el antecedente mentado (ver STJCH, SD Nº 01/S.R.E./2011 del 03/03/11, in re: "L. R., H. M. c/ P. I. S.R.L. / Demanda Laboral (Dif.

Hab. E Indem.)" (Expte. Nº 21.884-L-2010). El primer votante, Dr. Royer, comenzó por recordar el contenido de las obligaciones establecidas en el art. 80 de la LCT, señalando *"...que del tenor literal del art. 80 de la L.C.T. emergen dos obligaciones con objeto diferenciado: 1º) entrega al dependiente de la copia de los comprobantes de pago de las contribuciones -la norma dice "constancia documentada del depósito de aportes y contribuciones"-; y 2º) la entrega del certificado de trabajo. Además, contempla la oportunidad de su exigibilidad y los requisitos formales para su nacimiento. La entrega del certificado de trabajo es una obligación de hacer que nace con la extinción del contrato de trabajo -lo relevante es la información contenida en el mismo- y no requiere respaldo instrumental. Se deberá indicar: el tiempo de prestación de tareas, su naturaleza, sueldos percibidos, constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de seguridad social y la calificación profesional obtenida...La entrega de las constancias documentadas del pago de cotizaciones al sistema de seguridad social, es una obligación de dar del empleador que nace ante el requerimiento expreso del trabajador que puede ser formulado a la época de la extinción de la relación laboral, o bien durante su vigencia cuando medien causas razonables..."*. Puesto a examinar las constancias de la causa a decidir, el ministro mencionado consideró que *"Del contenido de este certificado surge la siguiente información: datos personales del actor, tiempo de prestación de servicios, calificación profesional con la que egresó; y que los aportes jubilatorios de Ley se efectuaron ante la ANSES, indicando número de C.U.I.L. del actor y número de C.U.I.T. de la empresa...Asimismo, de la certificación de remuneraciones y servicios emitida en un formulario de ANSES identificado con la sigla alfanumérica PS.6.2....surgen datos sobre remuneraciones, oficio u ocupación, carácter de los servicios y tiempo efectivo de los trabajos".* Y al cotejar el cumplimiento de la obligación del art. 8 de la LCT en base a la documental reseñada agregó que *"...se colige que el certificado de trabajo...si bien no contiene información referida a la constancia de remuneraciones percibidas por el actor, no puedo soslayar que este extremo surge de los datos volcados en el formulario P.S.6.2...."*; y si bien aclaró *"...que ello, no autoriza a interpretar que el mentado formulario viene a suplir o reemplazar al certificado de trabajo exigido legalmente",* consideró *"...en cuanto al dato vinculado a los aportes y contribuciones que debería tener este certificado...la empleadora, lo cubrió cuando informó...que hizo los aportes y retenciones correspondientes, brindando además, los datos vinculados a la individualización fiscal de ambos".* ----------

----Es así que los datos involucrados en las obligaciones previstas en el art. 80 precitado se encuentran satisfechos con la información suministrada por el ente recaudador. En consecuencia, coincidiré con el colega preopinante en la admisión de este agravio, dejando sin efecto la condena a abonar la indemnización agravada del art. 80 de la LCT. Es así que deviene abstracto el tratamiento de los agravios cuarto del codemandado S.

(ver fs. 226/vta., pto. d), y duodécimo y décimo tercero de E. S.A.S. (ver fs. 234/235). ----6) Queda por analizar el agravio décimo cuarto de la sociedad codemandada, que cuestiona la capitalización de intereses dado que ello no fue requerido por el actor (ver fs. 235, pto. n). Habré aquí de disentir con el Dr. Lucero, como lo vengo haciendo cada vez que nos ha tocado en suerte decidir este tema. El juez de grado condenó a abonar las sumas que surjan de la liquidación a practicar en la etapa procesal oportuna, con más los intereses calculados desde la mora hasta su efectivo pago a la tasa del Banco del C. S.A. para sus operaciones generales vencidas, con capitalización desde la notificación de la demanda (ver sentencia a fs. 219, 1er. párrafo). Es cierto que el actor no solicitó la capitalización en cuestión, solicitando solamente intereses (ver fs. 05, pto. II). ----------

----Ahora bien, sobre este punto vengo sosteniendo que, efectivamente, el art. 770, inc. b del C. Civil y Comercial establece como excepción a la prohibición del anatocismo esto es la deuda de intereses sobre intereses-, el supuesto de que “la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda”. He de reconocer que autorizada doctrina considera que esta norma se aplica a los juicios en trámite (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, pág. 148). Con todo no he de compartir la cita doctrinaria apuntada en el sentido de que la nueva norma se aplica a todos los juicios en trámite, sino que considero que la fecha de corte está dada justamente por la fecha de notificación de la demanda, que es el supuesto fáctico previsto para permitir el anatocismo. Esta postura que vine sosteniendo reiteradamente (ver el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 84/16, del 07/11/16; entre otros), coincide con la opinión doctrinaria que sostiene que la aplicación inmediata del inciso b del artículo 770 sobre capitalización de intereses apareja algunas dudas. Así se sostiene que el empleo de la nueva norma a juicios en trámite es claramente procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015; pero si esa notificación ocurrió vigente el artículo 623 del viejo Código Civil, se plantea el interrogante sobre si es posible aplicar la nueva norma retrotrayendo la capitalización a la notificación de la demanda (que pudo ocurrir varios años antes) o se trata de una situación ya consumida bajo la vigencia de la ley anterior (conf. Loustaunau, Eduardo: “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses”, en “Revista de Derecho Laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016-1, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-II”, pág. 359). ----------

----Ahora bien, el pleito fue incoado el 03/07/18 (ver fs. 12), fecha en la cual ya había entrado en vigencia el C. Civil y Comercial. Esta circunstancia indicaría que debiera desestimarse el agravio. Con todo cabe preguntarse si dicha capitalización debió ser peticionada en la demanda, o al menos con anterioridad a la traba de litis, dado que en

la especie tanto la interposición de la demanda como el traslado de la misma tuvieron lugar con posterioridad a la entrada en vigencia del C. Civil y Comercial. La respuesta negativa es la brindada por la Sala “A” de este Cuerpo. En efecto, en el precedente de dicha Sala, SDL N° 43/16, del 27/06/16, entre otros, los Dres. V. y L. M., concluyeron que el reconocimiento de la capitalización de intereses sin petición de la actora, no infringe el principio de congruencia, en tanto se demandó concretamente el pago de los mismos, y dicho reclamo lleva ínsito el de aplicación de la totalidad del régimen legal que disciplina el instituto de tales accesorios.----------

----El anatocismo consiste en la capitalización de los intereses, práctica que en principio se encuentra prohibida, salvo las excepciones autorizadas por la ley. Cuando es de fuente convencional se encuentra fuertemente limitado, ya que la periodicidad para practicarlo es de seis meses, como mínimo (conf. art. 770, inc. a del C.C.C.). En cuanto a la interpretación de la norma del art. 770 citado, se sostiene que el anatocismo, que consiste en la capitalización del interés, que pasa también a devengar intereses, es una práctica que, si bien impuesta por las necesidades del tráfico en ciertas circunstancias, produce el efecto de acrecentar en forma notable la deuda de dar dinero, es así que el interés se convierte en capital. Por ello se comprende el disfavor con que esta figura ha sido tratada por la ley. Importa uno de los medios más refinados de usura. Tal es, según se ha dicho, la verdadera causa de prohibición de su uso, esto es, el riesgo de que constituya en manos de los acreedores un medio para sorprender a los deudores o para extorsionarlos con anterioridad a la entrega del dinero. De todas maneras, también es válido y, en muchos casos, necesario, ya que la propia realidad económica impone esa solución, pues en materia bancaria rige por lo general dicho principio para las operaciones pasivas, razón por la cual no puede aplicarse un criterio distinto para las de carácter activo. La dinámica del tráfico, el funcionamiento del sistema financiero, los parámetros actuales para determinar el costo del dinero y su rentabilidad, operarían como factores decisivos para admitir la validez de los pactos anticipados de capitalización de intereses (conf. Ossola, Federico Alejandro, en Lorenzetti, Ricardo Luis (Director): “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni, T° V, 2015, págs. 146/148).----------

----Es así que la regla es que no se deben intereses de los intereses. Pero el art. 770 precitado establece cuatro excepciones. La que aquí interesa es la del inc. b) ya transcripto. Esta excepción reconoce como antecedente al art. 569 del C. de Comercio derogado (relativo al mutuo comercial), en el que se disponía: “Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por un año”. En el actual código unificado existe la posibilidad de aplicar el anatocismo desde la fecha de la notificación de la demanda (en todos los otros casos se encuentra vedado, por aplicación del principio general), y no es requisito que los intereses se adeuden por algún

período determinado. Es así que, si bien en términos generales se mantiene la solución del artículo 623 del código civil derogado, se producen cambios trascendentes. Por una parte, se limita notablemente, la facultad de pactar el anatocismo, desde que la capitalización únicamente puede practicarse en lapsos de seis meses (conf. art. 770, inc. a). Asimismo, como importante novedad, se permite ahora practicar tal capitalización al momento de notificarse la demanda, originariamente prevista sólo para el mutuo comercial (art. 770, inc. b). El tercer caso replica la solución del art. 623 del código derogado, para incorporar finalmente, la referencia a otras leyes especiales (conf. Ossola, op. cit., ídem, págs. 148/149). ----------

----El Dr. Lucero, en su voto, ha expuesto meditados y extensos argumentos en pos del rechazo de la aplicación de la capitalización, en tanto la actora no peticionara la misma, ya sea en la demanda o, en su caso, antes de la traba de la litis. En principio, descarto que acoger la norma del art. 770, inc. b) del C. Civil y Comercial importe una aplicación retroactiva, dado que, en la especie, se interpuso la demanda y, por consiguiente, se trabó la litis con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código, como se indicara “ut supra”. Ahora bien, podría inferirse que al no requerirse la capitalización en la demanda, se presentaría una violación a los principios de defensa en juicio y de congruencia. Sobre esto, escuetamente diré que la cuestión a dilucidar radica en si, vigente la nueva norma al momento de interponerse la demanda o antes de la traba de la litis, el actor debe requerir expresamente la aplicación de la misma, y de esa manera que se capitalicen los intereses -tal como lo fundamentó con respetables y agudos fundamentos el Dr. Lucero- o si ello no es necesario, bastando con que se reclamen intereses, tal como lo decidiera la Sala “A” de esta Cámara, por cuanto al pedirse intereses se debe aplicar el régimen legal vigente respecto de los mismos. ----------

----Habré de coincidir con esta última postura, por cuanto, en virtud del principio *iura novit curia,* considero que si se han reclamado intereses, la petición de los mismos impone la aplicación del régimen legal relativo a ellos, dentro del cual es claro que se encuentra el citado art. 770, que en su inc. b) permite el anatocismo en caso de demanda judicial, sin necesidad de que además se peticione expresamente la aplicación de esta norma. Agrego que la demandada, al contestar la acción donde se reclaman intereses, tampoco se encontraría sorprendida o con su derecho de defensa disminuido, por cuanto la norma citada integra la materia de intereses, en todo caso, si considerara que no debe aplicarse la capitalización o en la especie lo considerara irrazonable o violatorio de algún derecho constitucional, bien podría invocar el art. 771 del C. Civil y Comercial, o llegado el caso, plantear la inconstitucionalidad de la norma.----------

----Sólo para reafirmar la postura que sostengo, habré de añadir que si se requiriese la petición expresa de la capitalización a los fines de aplicar el art. 770, también debería exigírsela para los otros restantes incisos del mismo artículo. A tal fin destaco que debe repararse que el inc. c) replica parcialmente el art. 623 del viejo C. Civil, y durante la

vigencia de esta norma bastaba con reclamar intereses, para que luego en la etapa de ejecución de sentencia se liquidara la capitalización prevista.----------
----En síntesis, por las razones expuestas es que postulo el rechazo de este agravio.----
----7) Más allá de que la revocación parcial del decisorio traerá como consecuencia la reducción automática de los emolumentos por haber sido establecidos en porcentajes (ver sentencia a fs. 219, pto. IV de la parte resolutiva), no se aprecia que tales honorarios fueran excesivos (19,75%) ni exiguos (13,55%), ya que se encuentran dentro de los parámetros habituales que este Cuerpo regula a los letrados apoderados de la parte vencedora (19,6%) y de la parte vencida (14%). Es por ello que se rechazan las apelaciones de honorarios de fs. 220 y 221, 2do. párrafo, y fs. 221 vta.; sin costas porque no las genera la materia regulatoria. ----------
----II.- En virtud de todo lo razonado, corresponde propiciar la revocación parcial de la sentencia apelada, a fin de: 1) disminuir el agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25323, al 25% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT; y 2) dejar sin efecto la indemnización especial contemplada por el art. 80 de la LCT (conf. art. 45 de la ley 25345); confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------
----La disminución del monto de la sentencia es consecuencia de que se rechaza un ítem solicitado y se disminuye otro. Al respecto a los fines de la readecuación de las costas, atento lo dispuesto por el art. 282 del CPCC (conf. remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1), cabe señalar que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo titi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140). Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “C. de R. c/ Chubut Construcciones y otro”, SD 03/93).----------
----Al respecto habré de recordar que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se

allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62; DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D465). De lo expuesto hasta aquí entiendo que la disminución del monto acogido no implica que no se cargue la totalidad de las costas al condenado en la pretensión principal. Al respecto se sostuvo que el carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la demanda prospera, aunque lo sea en mínima parte en cuanto al monto; si la actora triunfó en todas las cuestiones litigiosas. Ello así, aunque el actor estimara su reclamación en una suma superior a la que correspondía, pero demandando el importe que resultara -en más o en menos- de las constancias del juicio (conf. SCBA, 26/2/80, DJBA, 118-133 y RepLL, XL-627, sum. 8; íd., 9/12/80, ac. 29.540, “Doctrina de los Fallos”, dic. 1980, nº 71; íd., 6/5/80, ac. 28.931, “Doctrina de los Fallos”, may. 1980, nº 89). Sin embargo, en la especie no se trató sólo de una disminución del monto de condena sino del rechazo de la indemnización contemplada en el art. 80 de la LCT, siendo irrelevante la disminución meramente cuantitativa de la indemnización del art. 2 de la ley 25323. Es así que la visión global que debe primar hace que imponga las costas en un 95% a las codemandadas, y en un 5% al actor, entendiendo que tales porcentuales representan equitativamente el vencimiento parcial y mutuo entre las partes (conf. art. 72 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).----------

----Si bien ya se han desechado las apelaciones de los honorarios, como quedara expuesto en el considerando séptimo, reitero que los porcentajes en cuestión se encuentran dentro de los parámetros habituales, por lo que no corresponde su readecuación.----------

----En cuanto a la imposición de costas en esta sede, dada la visión global ya aludida, queda claro que los codemandados han sido derrotados en casi todos los agravios que plantearan, siendo de recordar que S. adhirió a la mayoría de los agravios de la sociedad codemandada (ver fs. 223 vta., 1er. párrafo). Es así que estimo adecuado imponer las

costas en un 90% a los codemandados recurrentes y en un 10% al actor (conf. art. 72 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).----------

----En cuanto a la regulación de honorarios en esta sede, dado el resultado del pleito, extensión y entidad de los trabajos realizados en esta instancia de apelación, deviene razonable fijar los mismos a los letrados apoderados del actor, Dres. W. M. C. D. y E. A. M., en conjunto, en un 5,72%; y los del letrado apoderado de los codemandados, Dr. P. M. M., en un 4,06%; en ambos casos sobre el monto total de condena a determinarse en la etapa procesal oportuna, con más el IVA respectivo (conf. arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871). ----------

----A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

----**A ESTA MISMA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Vergara dijo:----------

----1. Toca al suscripto dirimir la disidencia habida entre los colegas que me precedieron en la votación respecto a la queja referida a la capitalización de intereses dispuesta en el fallo en crisis a partir de la notificación de la demanda, remitiéndome por razones de economía procesal al relato de los hechos e individualización de los agravios que efectuaran.----------

----En tal sentido, el Dr. Lucero entiende que la excepción a la prohibición del anatocismo establecida en la normativa antes citada no resulta aplicable ya que la capitalización de intereses requiere que sea expresamente peticionada y ese no es el caso de autos, por lo que de concederse importaría dictar un pronunciamiento *extra petita*, en tanto que el Dr. De Cunto se inclina por la procedencia de dicha capitalización al considerar que el art 770, inciso b) del C.C. y C. se aplica a los juicios en trámite siempre que la notificación de la demanda sea posterior al 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento. ----------

----Al respecto, conforme a la regla "*iura novit curia*" los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. El principio según el cual la jurisdicción del órgano "ad quem" se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla "iura novit curia", es decir, que ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes. En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano "ad quem" no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el "a quo". Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …",

Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1986, T. II-C, pág. 73, y 1988, T. III, págs. 420/421, y cita de fallos, respectivamente). ----------

----De tal modo, no hay violación del principio de congruencia pues el dato fáctico que hace a la materia de los intereses está introducido en demanda (ver p. II, fs. 05). Es que, las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación substancial en litis y determinar la norma jurídica que rige, principio que se expresa con la fórmula *iura novit curia* (Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", EDIAR, 2da. ed., 1957, T. II, págs. 245 y 246). Agrego que el juez tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes. No obstante, aunque el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto. Una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el principio de congruencia. El primer principio (*iura novit curia*) se emplaza primordialmente en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero, como no existe una separación tajante entre "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho", se presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Editorial Hammurabi, 1997, T. 3, par. 27 a, págs. 240/241). ----------

----Con ese alcance, es evidente que no le asiste razón a la codemandada E. S.A.S. cuando en su agravio catorce sostiene que no cabe la capitalización de intereses ya que no fue requerida en demanda, queja a la que se adhiriera el codemandado S., pues en definitiva tales accesorios, como ya lo señalara, fueron peticionados por el actor en su escrito de demanda al solicitar intereses (ver escrito de inicio, p. II, Objeto, fs. 05). -------

----Por eso, ante dicha pretensión no cabe más que aplicar el régimen legal previsto en esa materia y ello incluye los supuestos de excepción a la prohibición del anatocismo previstos en el art. 770 del C.C. y C., y en el caso lo dispuesto en el inciso b) al establecer que sí se deben intereses sobre intereses cuando la obligación se demande judicialmente. Entender tal como lo postula el Dr. Lucero que la parte debió al promover demanda requerir la capitalización de intereses con fundamento en el supuesto previsto por el art. 770, inciso b, del C.C. y C., conduciría al extremo de que también debería postularse en demanda la excepción prevista en el inciso c), esto es, que debería requerirse en el escrito inicial no sólo intereses sino además para el caso de que la obligación se liquide judicialmente la capitalización desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo. ----------

----En síntesis, si se reclaman intereses corresponde aplicar el régimen legal de tales

accesorios, incluyendo los supuestos de excepción a la prohibición del anatocismo previstos en el art. 770 del C.C. y C., y en el caso el nuevo supuesto legal contemplado por el inciso b) de dicha norma que tiene su antecedente en el art. 569 del derogado Código de Comercio. ----------

----Este es el criterio de la sala “A” de esta Cámara de Apelaciones en c. 226/2016, S.D.L. 43/16 del 27/06/16, al señalar que: “No columbro violación del principio de congruencia por haber el juzgador de grado dispuesto la capitalización de los intereses sin petición en tal sentido de la actora, toda vez que ella demandó concretamente el pago de los intereses (fs. 25 cap. VII, pto. D), reclamo éste que lleva ínsito el de aplicación de la totalidad del régimen legal que disciplina el instituto de dichos accesorios resarcitorios del daño moratorio, inclusive del art. 770 inc. “b” del Cód. Civ. y Com” (del voto del Dr. V.); “Sentado ello, cabe indicar en otro plano que no se evidencia una violación evidente del principio de congruencia, conforme expone el apelante, derivada del hecho que el a quo dispusiera la capitalización de intereses sin petición de la accionante. Ello, ya que al demandar la actora el pago de intereses (cfr. fs. 25), tal reclamo global comprende en su seno el de aplicación de la totalidad del régimen legal que regla la aplicación de tales accesorios, hallándose entre tales normas el art. 770 CCC (cfr. respecto del régimen de anatocismo establecido por el nuevo CCC, mi voto en fallo de esta Sala del 23/2/2016, in re “B. A. L. c/ L. S. A. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. N° 651 – Año 2015 CAT)” (del voto del Dr. López Mesa). ----------

----En tales condiciones, señalo que a la fecha de la promoción de la demanda (03/07/18, ver sorteo de Cámara y cargo, fs. 12), y por ende al momento de su notificación, ya se encontraba en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (ver ley 26.994 y ley 27.077). Y en tal sentido, tanto el Dr. De Cunto como el suscripto expusimos en reiterados pronunciamientos, entre otros, c. 233/16, S.D.L. 13/17, c. 199/17, S.D.L. 39/17, que corresponde considerar como fecha de corte para establecer el ordenamiento legal aplicable a los fines de determinar la procedencia de la capitalización de intereses la fecha de la notificación de la demanda ya que ese es el dato fáctico previsto por el art. 770, inciso b, del C.C. y C. Así, con referencia al inciso b) del art. 770 del C.C. y C. se precisa que el empleo de la nueva norma a juicios en trámite es claramente procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015 (Loustaunau, Eduardo, “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses”, en Revista de Derecho Laboral, 2016 – 1, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – II”, Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 359). En igual sentido se señala que: “La teoría general de las obligaciones presenta novedades que son de aplicación inmediata por ser consecuencias no agotadas de relaciones existentes. Por ejemplo: … c) También se aplica a los juicios en trámite el nuevo supuesto de anatocismo autorizado (art. 770, inc. b) (acumulación desde la fecha de notificación de la demanda); la imputación y

repetición de los intereses pagados en exceso (art. 771)" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, págs. 147/148).----------

----Por tales razones, corresponde rechazar el décimo cuarto agravio de la codemandada E. S.A.S., al que se adhiriera en especial el codemandado S., en cuanto se solicita la revocatoria del fallo de primera instancia en lo que hace a la capitalización de intereses dispuesta. ----------

----2. En consecuencia, al compartir el criterio del Dr. De Cunto también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para disminuir el monto del incremento establecido por el art. 2 de la ley 25323 al determinarlo en un 25% de las indemnizaciones contempladas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, y asimismo para dejar sin efecto la indemnización prevista por el art. 80 de la LCT, confirmando el fallo en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----La revocatoria parcial que se propicia conduce al análisis de las adecuaciones establecidas por el art. 282 del C.P.C.C.----------

----Ante el progreso sustancial de la demanda ya que sólo se rechaza la pretensión referida a la indemnización prevista por el art. 80 de la L.C.T. pues el rubro incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 se mantiene con la salvedad de su reducción porcentual, también estimo prudente fijar las costas de primera instancia en un 95% a cargo de los codemandados y en un 5% al actor, por reflejar adecuadamente el escaso vencimiento habido del accionante (art. 57 de la Ley XIV N° 1 y art. 72 del C.P.C.C.). ---

----Atento a la extensión, mérito, eficacia y resultado alcanzado por los trabajos profesionales cumplidos en primera instancia, estimo prudente mantener los honorarios regulados en el fallo en crisis ya que los porcentajes establecidos en un 19,75% y 13,55%, se ajustan a las pautas generalmente establecidas por esta sala "B" en el caso de los letrados apoderados de las partes vencedora y vencida en un 19,60% y 14%, respectivamente, por lo que no será necesario adecuar los mismos. ----------

----En cuanto a las costas de Alzada, el fracaso de prácticamente la totalidad de los innumerables agravios traídos a consideración de este cuerpo conducen a imponer las mismas en un 90% a los codemandados y en un 10% al actor por ser fiel reflejo de la sustancial derrota habida en esta instancia por parte de los apelantes (art. 72 del CPCC).

----Con las pautas antes establecidas, estimo prudentes los honorarios que propicia el Dr. De Cunto a favor de los Dres. W. M. C. D. y E. A. M., letrados apoderados del actor, en forma conjunta, y los del Dr. P. M. M., letrado apoderado de los codemandados, por las tareas de segunda instancia, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,72% y 4,06%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente. ----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente, a saber: 1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo del anterior grado para: a) disminuir el agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2º de la ley 25.323, estableciéndolo en la suma equivalente al 25% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. que le corresponden al actor; b) dejar sin efecto la condena al pago de la indemnización especial contemplada por el art. 80 de la L.C.T.; y, c) dejar sin efecto la manda de capitalizar los intereses al momento de notificación de la demanda dispuesta en el punto II “in fine”; confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----2) IMPONER las costas de alzada de manera diferenciada respecto de los codemandados, atribuyéndolas en un 90% a cargo del codemandada Sr. S. y en el 10% restante a cargo de la parte actora; y, en el 80% a cargo de la sociedad codemandada E. S.A.S., y en el 20% restante a cargo de la parte actora; 3) REGULAR los honorarios de los letrados intervinientes por sus tareas de segunda instancia del siguiente modo: a los Dres. W. M. C. D. y E. A. M., en conjunto, en la suma equivalente al 5,72%; y, al Dr. P. M. M., en la suma equivalente al 4,06%. En ambos casos tales alícuotas a calcular sobre el monto de condena que resulte de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----ASI LO VOTO. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

----I.- Revocar parcialmente la sentencia apelada, a fin de: 1) disminuir el agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25323, al 25% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT; y 2) dejar sin efecto la indemnización especial contemplada por el art. 80 de la LCT (conf. art. 45 de la ley 25345); confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----II.- Imponer, por readecuación, las costas de grado, en un 95% a las codemandadas, y en un 5% al actor.----------

----III.- Imponer las costas de Alzada en un 90% a los codemandados recurrentes y en un 10% al actor.----------

----IV.- Regular, por las tareas realizadas en esta sede, los honorarios de los Dres. W. M. C. D. y E. A. M., en conjunto, en un 5,72%; y los del Dr. P. M. M., en un 4,06%; en ambos casos sobre el monto total de condena a determinarse en la etapa procesal oportuna, con más el IVA respectivo.----------

----Así lo voto. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación.----------

ÀN ETCHART
UBROGANTE

----Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; por mayoría, RESUELVE:----------

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, a fin de: 1) disminuir el agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25323, al 25% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT; y 2) dejar sin efecto la indemnización especial contemplada por el art. 80 de la LCT (conf. art. 45 de la ley 25345); confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER, por readecuación, las costas de grado, en un 95% a las codemandadas, y en un 5% al actor.----------

----IMPONER las costas de Alzada en un 90% a los codemandados recurrentes y en un 10% al actor.----------

----REGULAR, por las tareas realizadas en esta sede, los honorarios de los Dres. W. M. C. D. y E. A. M., en conjunto, en un 5,72%; y los del Dr. P. M. M., en un 4,06%; en ambos casos sobre el monto total de condena a determinarse en la etapa procesal oportuna, con más el IVA respectivo. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

SERGIO RUBÉN LUCERO
JUEZ DE CÁMARA
EN MINORÍA PARCIAL

RAÚL ADRIÁN VERGARA
PRESIDENTE

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2020 - SDL - CONSTE.----------

P. SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO SUBROGANTE