En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil veintiuno, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de su titular, Dra. M. Fernanda Zanatta, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Ricardo R. Enrique Hayes y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., R. D. y otros c/ N. O. SRL y otra s/ SUM. - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 53/21**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2588/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 1413) y autos de fs. 1414/1416, correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo R. Enrique Hayes, Dra. M. Fernanda Zanatta y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1346/1358vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 1359, agravios fs. 1376/1381vta.); la codemandada N. O. SRL (fs. 1360 vta., agravios fs. 1373/1375vta.); y la codemandada E.S. SA (fs. 1362, agravios fs. 1383/1385). En pieza aparte, vienen apelados por derecho propio los honorarios profesionales que les fueran regulados a los letrados que representaran a E. S. SA, por bajos (fs.

1366/1367vta.). Corridos los traslados de ley, fueron replicados los agravios: por la parte actora a fs. 1386/1386vta.; por la demandada N. O. SRL a fs. 13871388vta.; y por E. S. SA a fs. 1389/1394vta. I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que los Sres. R. D. B., D. H. D. L. y M. D. G., interpusieron demanda laboral en contra de N. O. SRL y E. S. SA, por la suma de pesos un millón trescientos treinta mil cuatrocientos trece con dos centavos ($1.330.413,02), con más las diferencias salariales que se acrediten, o lo que el más o menos surja de la prueba, con más actualización monetaria e intereses conforme el artículo 275 de la LCT en 2,5 tasas activas del Banco de la Nación Argentina y costas del proceso.

Solicitaron además que se declare la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 LCT, de la normativa que establece sumas no remunerativas que limiten la base de las indemnizaciones laborales y de los arts. 7 y 10 de la ley de convertibilidad -en cuanto limitan la actualización del crédito del actor en franca lesión del art. 14 bis y 17 de la CN y del art. 16, pues se le permite actualizar en el art. 255 de la LCT al empleador, mas no al trabajador. Relataron los hechos. Detallaron los rubros reclamados. Practicaron individualmente liquidación. Argumentaron respecto a las pretensiones de inconstitucionalidad respecto del art. 245 LCT y la normativa creadora de sumas salariales no remunerativas. Peticionaron la aplicación del art. 2 Ley 25323 como así del art. 275 LCT y art. 9 Ley 25013 Efectuaron consideraciones respecto a la pretensión de

inconstitucionalidad de los art. 7 y 10 de la Ley de Convertibilidad 23928 y art. 4 Ley 25561. Fundaron en derecho. Ofrecieron prueba. Peticionaron. Luego ampliaron demanda a efectos de acompañar prueba documental y ofrecer prueba informativa.

A su turno, contestó demanda la accionada N. O. SRL solicitando su rechazo con costas. Opuso excepción de prescripción. Negó los hechos y documental que fuera acompañada. Brindó su propia versión de lo ocurrido. Se opuso al progreso de los rubros reclamados. Ofreció prueba. Fundo en derecho. Peticionó. Efectuó reserva del caso federal. A su turno contestó la acción incoada la codemandada E. S. SA peticionando su rechazo. Negó los hechos expuestos en la demanda en forma general y particularmente. Repelió la solidaridad alegada. Desconoció la documental adjuntada a la demanda. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. Producida que fue la prueba ofrecida por las partes, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado rechazó la excepción de prescripción planteada por N. O. SRL e hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por los actores. En consecuencia, condenó a la codemandada N. O. SRL a abonar, a R. D. B., M. D. G. y D. H. D. L. la suma de pesos que resulte del cálculo a practicar por el perito contable actuante en autos, más los intereses fijados, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la sentencia. Rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT, sobre sumas no remunerativas, y sobre la Ley de Convertibilidad 23928. Asimismo, rechazó la demanda interpuesta en contra de E. S. SA, en el carácter de deudor solidario.

Impuso las costas en un 80%, a cargo de la demandada N. O. SRL y en un 20%, a cargo de la parte actora. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios. Solución:

Contra el decisorio se alzaron la parte actora y ambas codemandadas. La accionante cuestionó: 1) la condena a abonar la indemnización del art. 245 LCT sin considerar los salarios remunerativos efectivamente devengados y no abonados y el rechazo de la inconstitucionalidad peticionada respecto a la normativa que crea sumas no remunerativas; 2) el apartamiento del criterio jurisprudencia sentado por la CSJN en el precedente "VIZZOTI"; 3) la no aplicación del art. 275 LCT y art. 9 Ley 25013; 4) rechazo de la solidaridad planteada respecto de la codemandada E. S. SA; 5) el rechazo de la aplicación del art. 2 de la Ley 25323 para el Sr. R. D. B. y, 6) la imposición de costas.

Por su parte la codemandada N. O. SRL criticó el fallo en virtud de lo resuelto con relación: 1) al rechazo de la prescripción; 2) la causa de despido; 3) la admisión del rubro antigüedad; 4) la aplicación del art. 255 de la LCT para el cómputo de la antigüedad; 5) la imposición de las costas respecto de la citación de E. S. SA. Esta última objetó la imposición de costas. Obra, asimismo, recurso de apelación interpuesto por los letrados de la codemandada E. S. SA contra los honorarios profesionales que les fueran regulados, por bajos.

Antes de ingresar al tratamiento de las quejas, y en acotado relato, diré que sostuvieron los actores al incoar demanda que mantuvieron una relación laboral con uno de los socios de la demandada, el señor N. O., quien

luego constituyó una SRL con su esposa, continuando la relación de trabajo con N. O. SRL, por indicación de la operadora E. S., que es adjudicataria de una concesión de explotación en el yacimiento "P. del C.", donde la demandada, mediante relación contractual con la operadora, ejecuta tareas de producción y servicios petroleros.

Explicaron que trabajaron exclusivamente dentro del mencionado yacimiento y realizaron servicios petroleros que son propios de la actividad normal y específica de la responsable solidaria. Por otro lado, denunciaron que la operadora fue negligente al controlar el correcto cumplimiento de los deberes laborales que le pesaban al empleador respecto de sus dependientes.

Detallaron que el Sr. B. inició su relación con el señor O. el día 28/10/2002, mientras que el Sr. D. L. lo hizo el día 1/06/1995 y el Sr. M. D. G. el 19/02/2007.

Puntualizaron que el señor R. D. B. se desempeñó como soldador calificado y su salario bruto aproximado, en 2013, era de $17.126,56, siendo que por categoría le correspondían $30.242,32, según el CCT 605/2010 y las resoluciones del Ministerio de Trabajo de la Nación 74/2012 y 198/2013. Señalaron que el Sr. D. L. se desempeñó como jefe de cuadrilla -que no existe en el CCT-, por eso le asignaron la categoría de operador especializado, categoría "L" y percibía, en 2013, un salario bruto aproximado de $13.000, no obstante, según su categoría le correspondía un salario bruto aproximado de $25.000. Indicaron con respecto a M. D. G. que efectuó dos tareas distintas: inicialmente, se desempeñó como operador de entrega de productos en terminal, categoría "H"; y luego a partir del 01/01/2012, trabajó como

oficial amolador, categoría "I", sin perjuicio que siempre estuvo categorizado en el segmento "H" y, al 2013, percibía un sueldo bruto de $13.000, siendo que debería haber cobrado aproximadamente $20.000, de bruto. Refirieron que en todos los casos existió un pago insuficiente de salarios y deficiente registración de los salarios que correspondían, con déficit en el pago de aportes y contribuciones.

Denunciaron la existencia de deuda por diferencias salariales en tanto durante la relación laboral no se cumplió con el pago de salarios y de todos sus rubros con regularidad, de acuerdo a lo normado en el CCT 605/10 y a los acuerdos 81/11, 596/11, 461/11, 671/11, 74/12, 198/13 y 508/13, celebrados entre el S. del P. y G. P. del C. y la C. de E. y P. de H. Y la C. de E. de O. P. E., ante el Ministerio De Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Reclamaron asimismo el pago de horas extras, adicional de antigüedad, horas de viaje, diferencias por zona de favorable, y adicional turno B.

Persiguieron a su vez el cobro del adicional de viandas extras correspondiente a los días lunes, martes, miércoles y jueves, así como la omisión reiterada de pago por asistencia y puntualidad perfecta. Por otra parte, y para el caso de que el perito determine que existen diferencias salariales remunerativas, solicitaron se ordene el pago de sus aportes y contribuciones.

Refirieron a la transformación de Obras y Servicios de N. O. a N. O. SRL señalando que la relación laboral con la empresa demandada se inició en la época en que la titularidad recaía en la persona física de N. O.

Adujeron que por exigencia de la operadora E. S., tuvo que modificarse jurídicamente y constituir una sociedad comercial.

Con base en ello, postularon que la antigüedad a la hora del despido debe ser computada desde el inicio de la relación laboral, por más que el empleador haya intentado desconocer los derechos que les corresponden por motivo del tiempo que tenían en el empleo.

En referencia al despido, expusieron que en fecha 06/07/2013 intimaron a N. O. SRL y a N. O., y a la firma E. S. en fecha 01/10/2013, reclamándole el reconocimiento de la verdadera antigüedad en su servicio, desconocida desde el 01/10/2011, cuando se reconduce la empresa de la titularidad de persona física a sociedad; más los rubros impagos o pagados deficientemente que detallan en la misiva transcripta.

Afirmaron que como respuesta a las intimaciones remitidas todos fueron despedidos el día 12/07/2013, mediante carta documento del Correo Oficial de la República Argentina S.A. Se explayaron sobre los créditos demandados en consecuencia dado que invocaron despido incausado.

Corrido el traslado de ley, la demandada N. O. SRL interpuso excepción de prescripción contra los rubros reclamados bajo el concepto de diferencia de haberes por todo el período anterior al mes de agosto del 2012, por imperio de lo dispuesto en el art. 256 de la LCT y el art. 3986 del Código Civil.

Sostuvo que los actores ingresaron a trabajar para N. O. SRL con fecha 01/10/2011, desempeñando las tareas que describen sus respectivos recibos salariales en el marco del CCT 605/2010.

Refirió que, con anterioridad, los tres habían trabajado bajo relación de dependencia en la empresa unipersonal que giraba bajo el nombre comercial "O. y S." de L. N. O. la que ejecutó tareas en el yacimiento "P. del C.-L. G." operado con la empresa E. S. hasta el 30/09/2011 por vencimiento del contrato de servicio existente entre las partes.

Dijo que, con motivo de la firma de un nuevo contrato de servicios distinto del anterior, se decidió participar de la convocatoria a través de una sociedad de responsabilidad limitada que asegurara la ejecución de las obligaciones contractuales más allá de la finitud que implica a una empresa unipersonal.

Explicó que, no obstante, ante la finalización del contrato y por intervención y petición de ambos sindicatos del sector, se procedió a desvincular a cada operario abonando la indemnización por despido sin causa de cada uno, ingresando los mismos a la nueva empleadora. La única condición que fue negociada con la nueva empleadora consistió en el reconocimiento de la antigüedad de los trabajadores a los fines de las licencias vacacionales, dejándose aclarado que esta era la única excepción a la regla que implicaba el comienzo de un nuevo empleo con una persona jurídica empleadora distinta de la anterior. Tanto el acuerdo con las entidades sindicales, como el reconocimiento de la antigüedad descripto fueron plasmados en sendos acuerdos celebrados en expedientes tramitados ante la Secretaría de Trabajo de la Provincia de Chubut (Delegación Comodoro Rivadavia). Señaló que se registra la aceptación particular de cada operario mediante la suscripción del mismo.

Relató que tomó conocimiento respecto de una serie de pretensiones efectuadas 2 años después, sin ningún tipo de fundamento y expresadas con un tenor de ambigüedad tal que impedía asistir a su defensa. Adujo que esta ambigüedad que se sostiene aún en día en el curso del reclamo, observaba incluso una serie de rubros tales como "diferencia hora nocturna", "descuento por días de enfermedad", "adicional Art. 55 bis", "retención de impuesto las ganancias", "presentismo", "sueldo anual complementario impagos y pago en forma deficiente desde el inicio de la relación" y "entrega de recibos salariales desde el inicio de la relación laboral", que no fueron reclamados en esta demanda.

Argumentó que las comunicaciones postales emitidas por los actores expresaban el mismo reclamo y motivaron la misma respuesta, que no pudo resultar en otra cosa más que el despido, porque el alocado reclamo faltaba gravemente a su deber de buena fe que impera como obligación de ambas partes en el marco de la relación contractual y respecto de los acuerdos suscriptos y homologados ante la autoridad administrativa. Se explayó sobre el tema. Se opuso luego a la procedencia de cada rubro reclamado.

A su turno, E. S. A. SA dijo que los actores reconocen abiertamente que en su condición de dependientes prestaban servicios para N. O. SRL.

En alusión al art. 30 LCT, sostuvo que se encuentra excluida expresamente la solidaridad respecto de los trabajos relacionados con la actividad accesoria, limitándose la exclusivamente a aquellos trabajos vinculados con la actividad específica propia.

Señaló que la pretendida solidaridad que esgrime la parte accionante choca contra un vallado insalvable, cual es que la actividad de N. O. SRL (obras y servicios petroleros) no es la "actividad normal y específica propia" (art. 30 LCT) de S., que como es bien sabido se dedica a la exploración y explotación de petróleo. Agregó que la pretensión de la demanda importa clara transgresión al texto legal.

Argumentó que la parte demandada N. O. SRL no estaba vinculada al proceso de producción posterior de S., como a un sinfín de otros servicios y elementos del más diverso tipo.

Bien, como antes señalé, de resultas de lo decidido en la sentencia de grado, la demandada recurrente N. O. SRL se agravió por el rechazo de la excepción de prescripción opuesta. Sostuvo que el sentenciante, sin perjuicio de acoger el planteo formulado respecto a la prescripción, luego confusamente cierra el considerando concluyendo el rechazo de la excepción. Explicó que el agravio no resulta abstracto, sino que repercute en la imposición de costas. A su entender el magistrado debió hacer lugar a la excepción e imponer las costas a la contraparte.

En segundo lugar, cuestionó lo resuelto respecto a la causa de despido. Dijo que la cláusula 3ra. que en la resolución de fs. 1052 se omitió homologar, y que resulta ser el argumento central del despido, contiene la renuncia al reclamo para una persona diferente de la demandada, por lo que no se extendía a N. O. SRL.

Agregó que los despidos operados no tuvieron por causa la renuncia allí expresada, sino las subjetividades expresadas en las intimaciones

efectuadas por los actores que resultaban injuriantes para la demandada en violación del deber de buena fe que prima entre las partes.

Achacó yerro al juez en cuanto consideró que la cláusula 3ra. del acuerdo constituye el argumento central del debate en relación al despido operado. Le resultó obvio que toda persona y en particular el trabajador en este caso conserva la facultad y acción para ejercer sus derechos. Dijo que ello no puede constituir una causal de despido, pero si configura una maniobra destinada a originar un despido indirecto sin causa fundante, tal como ha sido en el caso, se transforma en un acto injuriante.

Señaló que ninguno de los rubros reclamados por los actores en sus respectivos telegramas se declaró procedente. A partir de ello, infirió que el reclamo se formuló con el solo objetivo de causar en el fututo el despido indirecto.

Efectuó consideraciones respecto al correcto ejercicio de los derechos, para afirmar en conclusión que el despido es la consecuencia del uso abusivo del derecho de reclamo instado por los actores, con suficiente causalidad injuriante para fundarlo.

Su tercer cuestionamiento versó ya sobre el acogimiento del rubro antigüedad por periodos ajenos a la relación de trabajo.

Arguyó que contrariamente a lo afirmado por el juez de grado, en el caso no estamos frente a una transferencia de establecimiento o cesión de personal, sino ante dos relaciones laborales suscitadas con distintos empleadores, tratándose la segunda de una relación laboral nueva una vez resuelta la primera.

Argumentó que, dado que los trabajadores no fueron transferidos al nuevo empleador, no puede este responder por deuda salarial generada cuando el contrato de trabajo entre las partes aun no existía, por lo que los actores debieron de dirigir su reclamo y demanda ante la anterior empleadora, el Sr. N. O., quien nunca dejó de existir, no desapareció, ni eludió sus responsabilidades como persona humana.

Concluyó que no hay responsabilidad alguna de la Sociedad de Responsabilidad Limitada y mal puede condenársela por aproximación como se pretende a través del fallo, invocando institutos jurídicos que en el caso devienen inaplicables por inexistencia de presupuestos fácticos que operen en su encuadramiento.

Seguidamente, en cuarto término, se agravió de la aplicación del art. 255 de la LCT en el entendimiento que resulta errónea en cuanto al cómputo de la antigüedad anterior de los actores.

Sostuvo que en función de los argumentos expuestos en el agravio precedente no corresponde computar la antigüedad de los actores respecto de la relación laboral anterior toda vez que se trata de distintos empleadores.

Explicó que, no habiendo mediado transferencia de establecimiento, cesión de personal o figura jurídica que permita colegir la existencia de relación laboral entre un mismo empleador y un mismo empleado, el art. 255 LCT resulta inaplicable al caso, como así la resolución del juez a quo respecto al cómputo de la antigüedad que los actores registraban con “O. y S.” de N. O.

En forma subsidiaria, y para el caso en que no se acoja el planteo realizado, sostuvo que además le genera agravio que la sentencia omita la deducción de lo abonado en base al texto del art. 255 LCT vigente al tiempo del despido, por lo que el fallo resulta arbitrario y parcialmente nulo al no considerar las defensas opuestas.

Aclaró que el juez, ambiguamente, indicó la procedencia de la deducción de lo abonado por conceptos indemnizatorios, pero no estableció la actualización de estos, por lo que no consideró la norma vigente en aquel momento.

Por último, cuestionó la imposición de las costas respecto a la citación por parte de los actores de E. S. Dijo que el sentenciante impuso de manera general las costas en un 80% a la demandada y en un 20% a los actores, cuando no trajo a la citada al proceso.

Aseveró que siendo los accionantes quienes la demandaron con carácter solidario, deben correr con las costas en tanto no corresponde cargarla con las costas de una incidencia que no provocó y a la cual además no adhirió. Sostuvo que corresponde regular los honorarios y establecer las costas por separado, imponiendo las costas de los letrados de la codemandada S. a los actores por resultar perdidosos en su pretensión de condena. Finalmente efectuó reserva del caso federal.

Respecto ahora del recurso interpuesto por la parte actora, cuestionó esta que el juez de grado condenara a la contraria a abonar la indemnización del art. 245 LCT sin considerar los salarios remunerativos efectivamente devengados y no abonados.

Dijo que la sentencia de grado resulta arbitraria y los perjudica gravemente, ya que utiliza como criterio para el cálculo las sumas remunerativas efectivamente percibidas y no las sumas verdaderamente devengadas.

Explicó que el fallo es contradictorio y arbitrario, especialmente, porque hace lugar a las diferencias salariales reclamadas desde julio de 2012, razón por la cual, para el cálculo de la indemnización por despido deben tenerse en consideración las sumas devengadas y no abonadas a la fecha.

Agregó que, arbitrariamente, el magistrado interpretó que existen sumas no remunerativas que no fueron identificadas, cuando constan en la causa, ya que incluso los recibos de sueldo fueron acompañados por la contraria.

Asimismo, criticó que el sentenciante rechazare la inconstitucionalidad peticionada respecto de la normativa que crea sumas no remunerativas. Dijo que ello contribuye a afectar los montos indemnizatorios y beneficia al empleador que evitó, asimismo, el pago de cargas sociales.

Argumentó que en esta incorrecta valoración, el juez de grado consideró que la base de cálculo para el actor D. L. es de $13.491,64 (mayo 2013), dejando fuera de este cálculo los rubros identificados en su recibo como “no remunerativos”, y que ascienden a $5.883,98, excluyendo del cálculo además, lo que debiera haber percibido en mayo 2013 por diferencias respecto a antigüedad, horas extras, horas viaje, zona desfavorable, etc., sumas que elevan el monto indemnizatorio que deberá calcularse por la perito

experta en el momento oportuno, pero que obran a fs. 1313 a 1315vta.

Con base en ello, señaló que, considerándose el cálculo según lo dispuesto por el juez de grado, la liquidación final del Sr. L. sería de aproximadamente $295.000, más si se tiene en cuenta el salario bruto con las sumas remunerativas y no remunerativas, el monto indemnizatorio del art. 245 LCT sería cercano a los $425.000.

Refirió que resulta perjudicial además si se considera que no estamos calculando las diferencias salariales que el juez de grado entiende no deben computarse, pero que igualmente condenó a la demandada a abonar.

Expuso que en igual sentido se afecta a los otros dos actores, ya que hay identidad de reclamo, y la prueba los favorece por igual.

Volviendo sobre el argumento de la arbitrariedad planteado, dijo que no existe ninguna razón para extraer del cálculo indemnizatorio las sumas no remunerativas y las diferencias salariales devengadas, aduciendo que con ello el juez desconoce el derecho material, la prueba rendida en autos y el mejor interés de los trabajadores.

Peticionó, conforme lo expuesto, que se revoque la sentencia que disminuye los montos indemnizatorios, y haga lugar a la demanda, condenando a la contraria a abonar los conceptos de los arts. 232 y 245 LCT, tomando como base de cálculo los salarios de mayo 2013 para el Sr. L., febrero 2013 para el Sr. G., y marzo 2013 para el Sr. B., considerando las sumas remunerativas, no remunerativas y las diferencias salariales debidas en dicho período.

Ya en su segunda queja, cuestionó que el juez se apartara del criterio sentado por la CSJN en "VIZZOTI". Peticionó que, para el caso en que el cálculo indemnizatorio excediera los topes salariales, se aplique la fórmula de dicho precedente.

Arguyó que, erróneamente, el juez de grado rechazó la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 LCT, en el entendimiento de que los actores no especificaron la afectación que le produce el tope en sus derechos indemnizatorios; y por cuanto no se aclaró qué norma constitucional se encuentra afectada.

Dijo que genera agravio por ello la condena a la demandada a indemnizarlos por el despido incausado, tomando en consideración los mejores salarios percibidos y abonados, excluyendo los conceptos no remunerativos (que para cada uno representan cerca de la mitad de lo remunerativo), y por supuesto sin considerar las diferencias salariales debidas por las que se condenó también a la demandada.

Infirió que, pese a que aún se desconoce el monto indemnizatorio, ya que están pendientes las liquidaciones, el juez *a quo* falló en abstracto para no hacer lugar a la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio.

A lo dicho agregó que además el tope indemnizatorio no fue probado en autos, ya que de la prueba de la contraria no surgen cuáles son los topes salariales a aplicar. Con base en ello, afirmó que mal podrían considerarse a la hora de realizar las liquidaciones indemnizatorias.

Argumentó que los topes salariales desnaturalizan el sentido de la indemnización, a la vez que atentan

contra la garantía contra el despido arbitrario enunciada en el art. 14 bis de la Constitución, resultando más grave en este caso por cuanto ni siquiera se probó en autos cuál es el tope indemnizatorio. Peticionó que, en el caso que los montos indemnizatorios pudieran exceder los topes salariales, se revoque la sentencia de grado en cuanto al rechazo de la inconstitucionalidad del tope salarial, y se condene a la contraria a abonar las sumas resultantes del despido sin causa, sin tope.

Criticó en el tercer y sexto agravio que el juez de grado no hiciera lugar a la aplicación del art. 275 LCT y el art. 9 Ley 25013, pese a la conducta maliciosa o temeraria asumida por la empleadora.

Expresó que, arbitrariamente, el juez eximió del pago de intereses de hasta dos veces y media el que cobren los bancos oficiales para operaciones corrientes de descuento a quien perdió parcialmente el juicio. Dijo que no consideró el juzgador la conducta desplegada por la empleadora demandada que ocasionó la desvinculación, además de ignorar las manifestaciones vertidas por N. O. SRL en su contestación de demanda, que profundizan la verdadera malicia con que actuó la empleadora condenada en autos.

Refirió que no consideró el sentenciante que N. O. SRL reconoció, en su escrito de contestación de demanda, que los despidió luego de que intimaran a su empleadora al reconocimiento de su verdadera antigüedad, así como por diferencias salariales y conceptos no considerados; ni tampoco que adujo la accionada que el reclamo fue hecho en mala fe, por lo que constituyó una injuria.

Señaló además que la empresa sostuvo su postura negacionista hasta el punto de calificar al reclamo judicial de “alocado”, hecho “al voleo”, y aduciendo que la conducta de los trabajadores “faltaba gravemente al deber de buena fe que impera como obligación de ambas partes en el marco de la relación contractual”.

Dijo que la misma resolución del juez *a quo* hizo lugar a los rubros reclamados y negados por la demandada tales como reconocimiento de antigüedad, horas extras, adicional por antigüedad, adicional de horas de viaje, zona desfavorable, adicional turno B, viandas, asistencia y puntualidad, y se los despidió por reclamar en forma ajustada a derecho por su salario, sin causa, adeudándoseles desde el mes de julio del 2013 su indemnización final y diferencias salariales, con el aditamento de ridiculizar su reclamo.

Concluyó su agravio afirmando que el art. 9 de la Ley 25013 impone una presunción de conducta temeraria y maliciosa al empleador que no paga en término y sin causa justificada la indemnización por despido incausado.

En la cuarta queja, se alzó la actora contra el rechazo de la solidaridad planteada respecto de la codemandada E. S. SA Dijo que ello deriva de una incorrecta valoración de los hechos reconocidos y probados.

Sostuvo que resulta agraviante la sentencia en tanto no advirtió el juez que la relación habida entre N. O. SRL y E. S. SA quedó reconocida por todas las partes del juicio.

Señaló que en su contestación de demanda N. O. SRL reconoció expresamente que trabajaron, desde que

ingresaron bajo la unipersonal N. O., cumpliendo tareas en el yacimiento operado por E. S., P. del C. – L. G.

Puntualizó que, incluso para que la demandada pueda prestar servicios en forma específica y de acuerdo a las normas de E. S., debió adecuar su personalidad jurídica y conformar una SRL. Dijo que, en ese momento, en lugar de ceder los trabajadores y continuarlos en la nueva sociedad, se desvinculó a los operarios y se los contrató nuevamente bajo la SRL.

Explicó que la demandada solidaria, al contestar demanda, reafirma que N. O. SRL únicamente suministró determinados servicios para ella, agotando su cometido al llevar a cabo estos servicios de los que no aporta ningún detalle, servicios que lleva prestando al menos desde el año que ingresaron a trabajar para la unipersonal hasta su despido.

Alegó que, en consecuencia, no prestaron servicios en otro yacimiento ajeno a E. S., quien se ha servido del soldador calificado (R. B.), del jefe de cuadrilla (D. L.), y del operador de entrega de productos y oficial amolador (M. G.) para cumplir sus tareas determinadas y específicas en la actividad petrolera.

También dijo que aquellas tareas que se prestaron en el yacimiento y bajo las órdenes de E. S. son hechos que nadie cuestionó en el proceso, por ello le genera agravio que el fallo del juez de grado entendiera que no hay "elemento fáctico" que sirva de sustento para "ligar la actividad del denunciado deudor solidario" con la actividad del empleador principal.

Insistió en que todas las tareas desempeñadas por los operarios fueron hechas en beneficio de la demandada solidaria, y que jamás han prestado servicios en el

yacimiento de otras de las grandes operadoras petroleras.

Continuó argumentando que de la prueba surge que E. S. controlaba al personal de la demandada, inspeccionando su categoría, tareas, ingreso, etcétera, por lo que, en este presupuesto, la unidad técnica de ejecución para la exploración y producción de petróleo y gas (que es la finalidad de E. S.) resulta fundamental la actividad de N. O. SRL, que realiza servicios de apoyo para la extracción de petróleo y gas.

A su entender, correspondía a E. S. exigirle a N. O. SRL el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo, porque ha subcontratado con ella servicios correspondientes a su actividad propia y específica: la extracción de petróleo y gas natural.

Afirmó que ello constituye la realización de actividad intrínseca del objeto empresarial de E. S., que como consta a fs. 1249, es la dedicación por cuenta propia o ajena de la exploración, explotación, beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, compra, venta, importación, exportación, y demás actividades propias de operadoras petroleras.

En virtud de todo ello, dijo que conforme el art. 30 LCT, al incumplir N. O. SRL con sus obligaciones laborales, responde solidariamente la codemandada E. S. por no ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tiene el cesionario o subcontratista respecto a cada uno de los trabajadores que presten servicios.

Concluyó que la sentencia resulta arbitraria, no responde a los hechos sobre los que no hay controversia ni a las probanzas del juicio, y debe ser descalificada

como acto jurisdiccional –por desconocer el derecho vigente- y no hacer una indagación general de los hechos y prueba del caso, de los que se aparta sin valorarlos siquiera. Peticionó se revoque la sentencia de grado y haga lugar a la demanda, en todas sus partes.

A continuación, cuestionó la recurrente el rechazo de la aplicación del art. 2 de la Ley 25323 para el Sr. R. D. B., no obstante, las pruebas de autos.

Dijo que resulta arbitrario el rechazo del incremento indemnizatorio de la Ley 25323 art. 2 con base en que no surgió de la prueba informativa que se haya intimado fehacientemente a la demandada.

Alegó que obra en autos una importante cantidad de documental que fue agregada no solo por N. O. SRL, sino además por la Subsecretaría de Trabajo, en los que consta que el Sr. B. intimó en julio 2013 conforme establece el art. 2 de la citada ley.

Refirió que incluso la demandada reconoció que la causa del despido tuvo su razón en que los actores intimaron fehacientemente por el reconocimiento de la verdadera antigüedad del servicio, así como rubros por diferencias salariales.

Señaló que la respuesta de la demandada fue el despido que obligó nuevamente a un cruce de intimaciones telegráficas, un nuevo procedimiento administrativo en la Secretaría de Trabajo, y posteriormente el inicio de estas actuaciones.

Objetó que la sentencia de grado, centrada únicamente en la formalidad, no se detuviera a analizar que cuando hay dudas respecto al alcance de la ley, debe apreciarse en el caso concreto y en el sentido más favorable al trabajador conforme art. 9 LCT.

Argumentó que iniciaron conjuntamente todas las actuaciones, lo que quedó probado en autos, por lo que, de haberse analizado todas las constancias documentales, habría hecho lugar a la indemnización del art. 2 de la citada ley, ya que, aunque el Correo Argentino no hubiera enviado las comunicaciones telegráficas, hay al menos 37 telegramas acompañados al contestar demanda, de los cuales la demandada N. O. SRL sólo desconoció 14. Agregó al respecto, que la demandada solidaria no desconoció ninguna documental acompañada.

Sostuvo que el rechazo del concepto indemnizatorio, en perjuicio del trabajador, beneficia a las demandadas al no sancionar la inconducta de esta, que no abonó la indemnización por antigüedad correspondiente, y debió ser demandada para que se reconozca al Sr. B. y a los otros dos actores, su derecho a la antigüedad en el empleo. Peticionó se haga lugar al concepto reclamado.

Por último, se agravió de la imposición de costas. Sostuvo que el juez, de manera infundada les impuso las costas en un 20% cuando resultaron vencedores en cuanto a su reclamo de antigüedad e indemnizaciones correspondientes y reconocidas por el juez *a quo*.

Dijo que, no obstante, algunos conceptos reclamados fueron rechazados, y no se hizo lugar a la solidaridad planteada respecto de E. S. SA, los actores tenían pleno derecho a demandar en este sentido, sin que esto se entienda como una petición desmedida, ya que efectivamente prestaban tareas dentro del yacimiento de la demandada en solidaridad, como quedó probado.

A su entender, lo decidido se aparta de lo dispuesto por el art. 69 del Cpr, ya que en primer lugar no fundamenta la razón de la parcial imposición, y en

segundo lugar, porque más del 80% de los rubros peticionados prosperaron. Con fundamento en ello, afirmó que las costas deben ser impuestas a la demandada.

El recurso de apelación interpuesto por E. S. S.A cuestionó la imposición de costas. Sostuvo que el rechazo íntegro de la demanda en su contra confirma que no se dan los presupuestos excepcionales que habilitan al juzgador para eximir a la actora, por lo que lo resuelto no se ajusta a derecho, configurando un agravio en sus intereses. Citó jurisprudencia e invocó el criterio sentado en SD 26/2017 de esta Sala que integro, entre otras. Efectuó reserva del caso federal.

La parte actora replicó la pretensión de los letrados de la codemandada aduciendo que el porcentual regulado respeta los parámetros de la norma de aplicación. Asimismo, señaló que no desplegó actividad procesal que justifique elevar los emolumentos regulados.

Por otra parte, en respuesta al cuestionamiento efectuado en relación a las costas efectuado por la codemandada E. S. dijo que carece de agravio en tanto no fue condenada a su pago, ello, toda vez que fueron impuestas en un 80% a la demandada N. O. SRL y en el 20% a la parte actora.

E. S. a su turno, dio respuesta al agravio de la actora referido a la pretendida solidaridad peticionando se rechace el planteo confirmando el rechazo de la demanda.

En primer término, señaló que el agravio carece de los requisitos mínimos para constituir una crítica concreta y razonada del fallo, resultando una expresión de disconformidad con lo resuelto.

Luego, dijo que las manifestaciones de la contraria parten de premisas erróneas que surgen de mantener los infundados extremos de su escrito de inicio que no fueron comprobados en la causa. Afirmó, por fin, que la inexistencia de pruebas que acrediten los extremos pretendidos, consecuencia de la inactividad de la propia actora, constituye el obstáculo para la procedencia de la acción y la admisión de los agravios, explayándose en sus argumentaciones.

Efectuada la reseña precedente, y adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi estudio, no resulta ocioso en el inicio recordar que la ley no obliga al juez a seguir a los litigantes en todas sus argumentaciones, ni de refutar estas una por una, pues tiene amplia facultades para ordenar el estudio de los hechos y de las distintas cuestiones planteadas en forma metódica, asignándole el valor que corresponda a las que realmente lo tengan, prescindiendo de las que no influyan para formar convicción o no sirvan a los fines de la justa solución del pleito" (CNCIV, Sala D, 20/12/67, E.D. t. 23 p. 485, en consonancia con CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Entonces, en la solución y atendiendo en primer lugar al recurso interpuesto por la parte codemandada N. O. SRL, cierto es que su queja respecto de la excepción de prescripción que opusiera en oportunidad debe tener favorable acogida, ello desde que el propio sentenciante así lo entendiera, aunque luego, sin razón, terminara concluyendo de modo distinto. En efecto, surge de la lectura del decisorio que el señor juez *a quo* analizó la procedencia de la defensa (fs.

1350vta./1351), teniendo en cuenta allí el efecto suspensivo producido por las misivas que los actores despacharan (informativa Correo Argentino fs. 919, 922, 923, 924, 925 y 926), y fijó una fecha limitativa a partir de la cual podrían aquellos reclamara válidamente sus créditos laborales. De este modo, es claro que la prescripción opuesta resultó procedente más, como dije, contrariamente, fue dispuesto su rechazo, lo que aparece como incongruente, razón por la que corresponde sea revocado. Se admite el agravio.

En lo que hace a los agravios siguientes, cuestiona el accionado la causa de despido, el acogimiento del rubro antigüedad como así su cómputo. Aquí debe tenerse presente que los trabajadores laboraron para la firma "O. y S." de L. N. O. hasta su desvinculación operada por despido el día 30 de septiembre de 2011, lo cual se encuentra consignado expresamente al inciso 1° de la Res. n° 1809/11 DRCR dictada en el marco del Expte. Administrativo n° 1-1914/11 que tramitara por ante la Subsecretaría de Trabajo local (ver asimismo responde de la demanda fs. 613vta.). No hay duda en torno a las razones que dieron lugar a que no se homologara el inciso 3° integrante de la Resolución individualizada, por resultar violatorio de los derechos laborales de los dependientes. Luego, y en ejercicio de los mismos, bien podían estos efectuar reclamos derivados de la relación laboral referida.

Ahora bien, de los telegramas laborales a los que hiciera concreta alusión más arriba, se colige que el mismo texto fue enviado tanto a O. y S. de N. O., como a N. O. SRL, empresa esta para la que los accionantes comenzaron a trabajar a partir del 1° de octubre de

2011. Sin embargo, del cotejo de los actuados (fs. 5) se desprende que la presente acción no fue incoada contra ambos, sino únicamente contra N. O. SRL y E. S. SA.

Sin perjuicio de ello, adelanto que no asiste razón al sentenciante cuando asimila las reglas aplicables una "transferencia de establecimiento" a la situación de autos. No se me escapa su referencia a que "pudo haberse mantenido vigente la relación contractual de los trabajadores, en la transición de la empresa unipersonal a la asociativa, sin desvinculación alguna", pero lo cierto es que, en el caso en particular, los trabajadores –bajo el amparo del Sindicato que los nuclea y asimismo con la intervención de la autoridad administrativa del trabajo– aceptaron y suscribieron el acuerdo de desvinculación y percibieron sus indemnizaciones por despido incausado. Aquí se produjo efectivamente el distracto entre los actores y "O. y S." de N. O. Es decir, no se verifica en los presentes el supuesto por el que, ante la transferencia, el personal es absorbido por el nuevo empleador quien, en ese escenario corresponde reconozca la antigüedad de los dependientes de la firma anterior.

Ahora bien, ello no empecé a la solución a la que se arribara respecto de la causal de despido, el que a todas vistas resulta incausado. Es que, repárese precisamente que la firma N. O. SRL pretendió justificar el despido de los actores en el incumplimiento del deber de buena fe (arts. 62 y 63 de la LCT) haciendo alusión al acuerdo homologado ante la autoridad administrativa que antes individualizara, en el marco del cual no tuvo ninguna participación desde que fue suscripto con "Obras

y Servicios” de N. O. Se rechaza el segundo agravio respecto de la causa del despido.

Sin perjuicio de lo anterior, lo expuesto permite arribar a las siguientes conclusiones: Por un lado, todo reclamo derivado por diferencias salariales por el período correspondiente a la relación laboral que uniera a los actores y “O. y S.” de N. O. debió haber sido encaminado contra este último, no siendo la nombrada sujeto pasivo demandado en autos. Por otro lado, aquel reclamo laboral que los accionantes pretendan contra N. O. SRL bien puede ser ventilado en los presentes actuados, siempre por los períodos que no fueran alcanzados por el instituto de la prescripción, ya analizado. Se admiten los agravios tercero y cuarto.

En esa línea entonces, ingresando al recurso interpuesto por la parte actora, se queja esta por cuanto a los efectos del cálculo indemnizatorio del 245 LCT no se tuvieron en cuenta las sumas no remunerativas obrantes en los haberes de los mismos.

Tengo dicho ya en oportunidades anteriores que la tutela del salario se haya consagrada en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna (principio protectorio), así como en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a XIV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), el Pacto Internación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 6° y 7°), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (a 5°, inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. l°.d),

recordando asimismo que la preocupación de la comunidad internacional en la materia se remonta al propio acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo y se expresa en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados en el seno de esa institución.

Comparto el pensamiento por el que se sostiene que la tutela que emana de aquel principio rector y de las normas internacionales mencionadas perdería buena parte de su sentido y efectividad si no expresara una conceptualización del salario que permitiera su adecuada identificación. En efecto, los artículos 6° y 7° del PIDESC proporcionan pautas decisivas para esclarecer dicho concepto al señalar que el derecho a trabajar comprende la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo y calificar como "salario" o "remuneración" la prestación debida por el empleador cuando ese trabajo es prestado en relación de dependencia.

En tal contexto, y como lo refiriera ya nuestra más alto tribunal en los autos "P. c/ D.", resulta inadmisible colocar fuera de la conceptualización de "salario" prestaciones que han constituido una "ganancia" para el trabajador, y que solo encontró motivo o resultó consecuencia del contrato de trabajo. Es preciso reconocer, agrega, que "toda ganancia que obtiene el trabajador del empleador con motivo o consecuencia del empleo resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

Es claro que, frente a tales definiciones, la noción de remuneración que se aplique en manera alguna podría entenderse de alcances menores a la acuñada por el artículo 1° del Convenio 95 de la OIT, razón que

junto con demás fundamentos del fallo citado, hiciera que aquel concluyera declarando la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c, de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según Ley 24700).

En el voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay se señaló, además, que el artículo 103 bis inciso c) de la LCT, afecta los principios constitucionales de retribución justa en correlación con el de protección contra el despido arbitrario, al excluir indebidamente de la base de cálculo de la indemnización por despido conceptos que se encuentran dentro de la noción de salario recogida en las normas internacionales ratificadas por el país. De esta manera se altera el debido sinalagma, la razonable proporción que debe guardar la indemnización por despido arbitrario con uno de los elementos de su cálculo como es la contraprestación salarial que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Así, no puede correr distinta suerte el cuestionamiento formulado en relación con rubros que se ha dado en denominar de común como "no remunerativos", correspondiendo se reconozca el yerro en que se incurriera en la sentencia al no considerarlos, haciendo lugar al agravio, razón por la que dispondré sean incluidos al momento en que sea practicada la respectiva liquidación.

Sobre ese piso de marcha y en relación con la queja vinculada al rechazo de la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios del art. 245 LCT, ya ha tenido oportunidad de expedirse nuestro Superior Tribunal en los autos "M. D., D. R. c/ S. A. I. S.A. s/ SuM. - Cobro de pesos e Indem. de Ley", expte. n° 24634/2017, entre

otros, en los que, habiéndose liquidado una indemnización sin tope, se dispuso el reajuste de la pretensión del actor al monto que se corresponde con aquella afectación máxima, en un todo de acuerdo con el espíritu que sentara la doctrina del caso "VIZZOTI" de la CSJN. Destaco, en tal sentido, que la recta interpretación del precedente citado conduce a concluir que lo que se hizo allí fue resguardar el derecho del trabajador frente al pago insuficiente del monto indemnizatorio por antigüedad que le correspondía, ello en tanto la empleadora –por aplicación de topes– pretendía abonarle una suma que resultaba confiscatoria, violatoria de su derecho de propiedad, estableciéndose entonces un máximo porcentaje a efectos de que aquello no ocurra.

Es decir, en el citado fallo "M. D.", la Corte provincial resolvió asegurando no solo el respeto por el principio protectorio, sino el derecho constitucional del trabajador, ello frente al pago insuficiente efectuado por la empleadora. Para aclararlo más aún, lo que se hizo en "VIZZOTI", y es replicado en "M. D.", no constituye de modo alguno una restricción al trabajador, sino una restricción al empleador, cuando por vía de una incorrecta indemnización intenta afectar el derecho del primero.

Entonces, a la luz de lo obrado por el máximo tribunal de la provincia en el precedente "M. D.", lo que aquí corresponde es determinar si en razón del mejor salario mensual, normal y habitual del trabajador y la indemnización que habrá de abonarse, de acuerdo con las pautas que aquí se establecen, se ha violentado la garantía que emana del fallo "VIZZOTI".

Pero resulta que no puede saberse si ello habrá de ocurrir, toda vez que el despido incausado se reconoce en el decisorio venido en impugnación –y aquí se confirma– y el actor no ha practicado en el marco de su demanda una liquidación, al menos provisoria, que permita conocer si aquella afectación se verifica en el caso particular.

Por tanto, y si bien no corresponde el decreto de inconstitucionalidad en abstracto, deberá tenerse presente al momento del cálculo a realizar que la aplicación de los topes del art. 245 LCT no implique una reducción de la indemnización superior al 33% de los montos que pudieran corresponder sin aplicación de aquellos, y para el caso en así sea, pues corresponderá que allí se plantee temporalmente la cuestión. El agravio se recepta entonces parcialmente.

Ya en lo que hace a la solidaridad de E. S. SA, adelanto que habré de coincidir con los resuelto en la sentencia de grado. Es que, en rigor de verdad, del escueto argumento con el que los actores intentan hacer valer su pretensión (ver fs. 11) no puede sin más justificarse la aplicación de la letra del art. 30 LCT. En tal sentido, e independientemente de que pueda discutirse la mentada relación entre contratista y contratante respecto de la integración de los servicios del primero con la actividad propia y específica desarrollada por el segundo, debe demostrarse el incumplimiento de la normativa laboral que le es achacada en el caso a N. O. SRL, de modo que frente a ello, sus consecuencias se proyecten sobre el supuesto deudor solidario, que es precisamente lo que aquí no

ocurre, pese a que el apelante lo diera por cierto. Se rechaza el agravio.

Se queja luego el apelante en razón de que no se haya hecho lugar a la imposición de la multa de art. 2 Ley 25323 respecto del Sr. B. Establece el citado artículo que "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%. 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 eximición de su pago".

Surge aquí, entre quienes ostentan posiciones diversas, una primera disquisición en torno a la letra de la norma. Recuerdo que el objetivo perseguido por la norma "es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo" (Grisolía, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", t. II, pág. 1105).

Aún así, algunos sostienen que si se pagó no corresponde la aplicación de la multa, otros que si se pago, pero deficientemente, debe afrontársela. En una posición intermedia se sitúan aquellos que en este

último caso, optan por morigerar su monto, tal la facultad que otorga la parte final de la norma.

Creo en lo personal que el criterio a aplicar debe ser acorde al caso específico, resultando por tanto improcedente a mi juicio fijar una posición absoluta sobre la cuestión.

Tengo dicho en anteriores votos que cabe al trabajador, en efecto, intimar fehacientemente al empleador al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, más ello a mi entender no significa que deba intimarlo a que lo haga bajo apercibimiento de requerir el pago de las multas que la legislación laboral prevé para el caso en que no lo hiciera en tiempo y forma. Tales agravantes surgen naturalmente frente a la inconducta o incumplimiento en el pago, la intimación fehaciente no se vincula con ellas, sino que lo que se intima es el pago de la indemnización. Es lógico que si mantengo ese criterio que refleja cierta amplitud, cuanto más hallo procedente la multa cuando, como en el caso, el trabajador intimó (ver TLC, fs. 156, doc. reservada sobre n° 14/21 CA), es decir dio cumplimiento con la carga que la ley le impone, siendo además concreto sobre su pretensión.

El juez de grado solo se detuvo a verificar el informe del Correo Argentino, más prescindió del hecho de que nuestra jurisprudencia, de modo unánime viene considerando que el telegrama laboral constituye un instrumento público y que para descalificarlo debe éste ser argüido de falso, lo que aquí no ocurrió. Así, se ha dicho “Si bien es cierto que la accionante no cursó oficio al Correo Argentino, con el objeto de acreditar la autenticidad del telegrama enviado al empleador para

regularizar su situación laboral, no es menos cierto que las misivas se encuentran redactadas en formulario de estilo, con el sello de la oficina postal y demás recaudos formales, por lo que debe entenderse que lleva insita la prueba de su autenticidad y –en consecuencia- de su remisión por lo que debe valorarse a la luz de lo resuelto recientemente por la Sala II de esta Excma. Cámara en S.D. n° 97.194 del 29/09/09 "B., A. R. c/ B. E. O. s/ Despido", que ha sostenido la calidad de instrumento público del telegrama (CNAT, Sala VII, S.D. 43.428 del 29/03/11, expte n° 27.977/09, "C., F. Silvio c/ C., J. s/ Despido" (Ferreirós-Rodriguez Brunengo).

Despejado ello, se ha expresado: "Ahora, el artículo 2 de la Ley 25323, tiende a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que busca indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y por la Ley 24013. Esto es que pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de sus créditos, sin tener que padecer la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial. Luego, considero que la reparación debe ser integral, y no limitada, pues los mismos perjuicios le ocasiona al actor, tener que reclamar por una diferencia salarial, que por el total de la indemnización. Ya que, no habiendo obtenido una respuesta satisfactoria a sus intimaciones, tuvo que iniciar la presente acción (de la misma manera en que lo hubiera iniciado por el todo), a fin de cobrar las sumas reclamadas. En consecuencia, corresponde confirmar el agravamiento en cuestión." (CNac. Apel.

Trabajo, Sala III, autos “S., V. H. c/ S. S.A. y otro s/ despido”).

Destaco que nada tiene que ver, a mi juicio, que el empleador hubiera argumentado una justa causa para efectivizar la ruptura de la relación laboral –revocado el punto como se ha visto-, y en virtud de ello hoy pretenda evadir el pago de la multa en cuestión. Sería muy fácil en tal sentido burlar la ley provocando despidos “por justa causa”, para quedar luego a resultas de la decisión judicial. Es que, debe quedar en claro que, si la causa justa no existió, el empleado fue despedido sin causa, y debió promover la presente acción para que sea reconocido su derecho. Se vio obligado, en otros términos, a promover demanda con ese fin. Y de allí es que la multa procede.

Entonces, resulta que aquí el trabajador intimó, y el empleador no pagó las indemnizaciones, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2015 –hace casi 6 años a la fecha-, por lo que huelga aclarar que el litigio no solo no se evitó, sino que sin lugar a dudas la conducta dilatoria del empleador generó gastos y pérdidas de tiempo- excesivas por cierto-, razón por la que no me cabe duda alguna de que sí, la multa que está prevista en la norma ha de aplicarse, pues debe hacérselo en casos como el presente. Se admite el agravio.

Respecto del resto de los agravios expresados (5to. agravio del codemandado N. O. SRL, 3er. /6to./7mo. agravios de la parte actora) así como los correspondientes a los recursos de apelación interpuestos por la codemandada S. y por sus letrados

por derecho propio; su tratamiento ha devenido abstracto en virtud de cómo se resuelve.

Resta en consecuencia resolver respecto de las costas, las que corresponde sean readecuadas por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual. En ese entendimiento, las costas por la demanda no admitida contra E. S. SA se imponen en ambas instancias a la parte actora. Respecto del resto del proceso, y en virtud del resultado obtenido para las partes, mantendré las costas en la proporción fijada en la instancia de grado, y las fijaré asimismo en el 80% a cargo de la demandada N. O. SRL y en el 20% a los actores, por la etapa correspondiente a esta Alzada. Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por las partes actora y demandada, disponiendo se modifique la sentencia dictada en la instancia de grado, según considerandos respectivos.

2) Imponer las costas por la demanda no admitida contra E. S. SA en ambas instancias a la parte actora vencida. Respecto del resto del proceso, y en virtud del resultado obtenido para las partes, mantener las costas en la proporción fijada en la instancia de grado, y fijar asimismo en el 80% a cargo de la demandada N. O. SRL y en el 20% a los actores, por la etapa correspondiente a esta alzada (arts. 69, 72 y 282 CPCCCh.)

3) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Los antecedentes del caso, el alcance del fallo, los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante de modo que a dichas consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

1. Tratamiento de los agravios:

Por una cuestión de orden he de dar tratamiento en primer lugar a las quejas de N. O. SRL por la prescripción, la causa del despido, la diferencia por antigüedad y la aplicación del art. 255 LCT, atento a la incidencia de la solución a la que arribe sobre las restantes quejas.

Reclama la recurrente el rechazo de la excepción de prescripción, aduciendo que lo resuelto incide respecto a la distribución de las costas.

Adelanto mi coincidencia con lo resuelto por quien me antecediera en el voto.

Los actores incoaron la acción el 10/07/2015 persiguiendo el cobro de deudas por diferencias salariales desde el inicio de la relación con Obras y Servicios de L. N. O. (D. H. D. L., el 01/06/1995; R. D. B., el 28/10/2002; M. D. G., el 19/02/2007), y que luego mantuvieran con N. O. SRL a partir de octubre del 2011.

La demandada N. O. SRL, opuso excepción de prescripción contra los rubros reclamados bajo el concepto diferencias de haberes por el periodo anterior al mes de agosto de 2012.

El sentenciante de grado, a la par que arribó a la conclusión de que los actores pueden solo reclamar sus créditos válidamente hasta los del mes de julio del año 2012, rechazó la excepción de prescripción planteada por la demandada N. O. SRL.

De este modo, lo resuelto resulta incongruente, en tanto como consecuencia del razonamiento efectuado, devenía lógica la admisión de la excepción opuesta, y no su rechazo.

En razón de lo expuesto, admito el primer agravio de N. O. SRL.

En segundo lugar, cuestionó la recurrente el rechazo del despido con justa causa invocado.

Sabido es que la valoración de la injuria es una tarea reservada a la magistratura, que debe ser realizada teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad y en un todo de acuerdo con las circunstancias de tiempo, lugar y persona.

El sentenciante, tras el análisis de la prueba rendida en la causa, concluyó que los trabajadores, no han hecho más que peticionar se cumpla con los derechos que le confiere la Ley de Contrato de Trabajo y el CCT 605/10, efectuando el pedido de reconocimiento de los derechos que consideraron perturbados por el accionar de la demandada, lo que no constituye injuria que pueda ser determinante de la extinción del vínculo.

De la argumentación brindada por el magistrado no surge el yerro denunciado en la valoración de la injuria.

La demanda alegó en autos el incumplimiento al deber de buena fe por parte de los actores; y el

sentenciante entendió que ello no se verifica, toda vez que, el trabajador se encuentra habilitado para efectuar los reclamos necesarios que deriven de lo que considera incumplimiento de la otra parte en el contrato de trabajo, en mérito claro, de la facultad que le otorga el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos.

Tampoco, resulta del fallo que el argumento central del decisorio esté constituido por la cláusula 3ra. del acuerdo oportunamente celebrado entre N. O. y los accionantes. No obstante, y a todo evento, cabe recordar que fue la demandada hoy recurrente quien invocó el desconocimiento del acuerdo conciliatorio celebrado en el marco del expte. 1-1914/11 a efectos de despedir a los aquí accionantes conforme surge de las misivas obrantes en autos, y alegó en su libelo de responde de demanda la renuncia por parte de los trabajadores a cualquier tipo de reclamo derivado de la relación laboral, punto sobre el cual se expidiera el magistrado.

No obstante ello, y ante la manifiesta improcedencia del planteo, solo he de recordar que por imperio del principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 12 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo, existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor.

En virtud de lo expuesto, siendo que los argumentos vertidos en esta instancia resultan inhábiles para

modificar lo decidido, adhiero a la propuesta de rechazo del agravio.

Las siguientes críticas radican en la aplicación del art. 255 LCT al caso de autos y el cómputo de la antigüedad de los actores.

Considero que no le asiste razón a la recurrente.

El juez de grado estimó que "debe computarse la antigüedad que tenía cada uno de los trabajadores, presentes en este proceso, en la empresa O. y S. de L. N. O., en tanto, según reconocimiento efectuado en el escrito de inicio, por la propia demandada (N. O. SRL), solamente adecuó la empresa a uno de los tipos sociales (Sociedad de Responsabilidad Limitada) de la Ley 19551, sin efectuar otra modificación y al solo efecto de participar en la licitación de obra, llevado adelante por E. S. S.A. sin que se produjera otro cambio en la relación laboral mantenida entre las partes. Puso de resalto el magistrado que, quien era titular de la empresa unipersonal, es decir, L. N. O., pasó a ser socio mayoritario en la nueva sociedad. A ello agregó que pudo haberse mantenido vigente la relación contractual de los trabajadores, en la transición de la empresa unipersonal a la asociativa, sin desvinculación alguna, y sin pretender disminuir o mermar, o menguar el beneficio que otorgaba la antigüedad de los trabajadores, sobre sus salarios

Consideró que resulta aplicable el art. 255 de la LCT, con la deducción que corresponda, según lo allí previsto.

Entiendo que el juez hizo aplicación concreta del principio de primacía de la realidad, principio que cobra intensidad en esta materia, otorgando prioridad a

los hechos, vale decir, a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad sobre las formas o apariencias o lo que las partes hayan convenido. El contrato de trabajo es un "contrato realidad", prescindiendo de las formas para hacer prevalecer lo realmente acontecido. La modificación operada en la organización jurídica del empleador, constituyendo una SRL en la que titulariza el 75% del capital social, dedicándose a la misma explotación que N. O. O. y S., impone la solución dada por el principio aludido.

Frente a ello, en nada enervan el decisorio recurrido los argumentos expuestos en cuanto a que no existe relación entre los sucesivos empleadores de los accionantes, y en cuanto a que entre una contratación y otra medió un despido con su correspondiente indemnización.

Tales fundamentos, además de constituir una reiteración de lo sostenido al contestar la acción incoada, y haber sido evaluados por el sentenciante, no se hacen cargo de la verdadera solución dada por el juez *a quo*, cual es aplicar el art. 255 por tratarse de un reingreso a nombre del mismo empleador.

La queja desatiende de este modo el análisis efectuado por el magistrado de grado respecto a la vulneración de derechos que implicó para los trabajadores el despido efectuado innecesariamente (fs. 1056, y 1095), atento a la merma que representa en los salarios liquidados, la ausencia de cómputo de la real antigüedad, en virtud de la cual admitió las diferencias salariales reclamadas.

En atención entonces a que el argumento esencial dado por el juez de primera instancia para admitir el

rubro antigüedad y aplicar el art. 255 LCT no resultó objetado propongo el rechazo del tercer y cuarto agravio de la demandada.

Resuelto lo anterior, ingresaré al tratamiento de los agravios de la parte accionante.

Cuestionaron en primer término los actores que, por un lado, el sentenciante no declarare la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 LCT, ni mandare aplicar la doctrina sentada en "Vizzoti"; y, por otra parte, que condenare a abonar dicha indemnización sin computar las sumas percibidas como no remunerativas, sin declarar la inconstitucionalidad de las normas que les otorgare tal carácter.

El juez de refuerzo, con fundamento en que la inconstitucionalidad de una norma no puede dictarse de manera abstracta, y sosteniendo que las tachas de inconstitucionalidad fueron formuladas sin especificar de qué manera afectan sus derechos y la norma constitucional que transgreden, rechazó la inconstitucionalidad planteada respecto al art. 245 de la LCT, y de las sumas no remunerativas.

Adelanto que he de disentir de lo resuelto.

La integración del salario con sumas otorgadas por negociaciones colectivas y calificadas como no remunerativas ha sido objeto de pronunciamiento invariable por esta Cámara en sus dos salas declarando inconstitucional tal calificación mediante la aplicación de la doctrina emanada de la Corte Nacional en autos "Perez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Recurso de hecho" (esta Sala B S.D. "L" nro. 3/2012; 25/2013; 22/2016, 38/2018, 38/2019, Sala A S.D. "L" nro. 13/2012,

21/2014, 41/2015 entre muchas otras). Tal doctrina, es además la receptada por la CNAT y numerosos tribunales del país.

Si bien los accionantes al promover la acción peticionaron se declare la inconstitucionalidad de la normativa que establece adicionales no remunerativos en el salario, sin efectuar el detalle (fs. 5 y 9 y vta.) surge de los recibos de haberes obrantes en autos (fs. 413/477 Doc. Res. 15/21), los rubros que les fueran abonados con tal carácter. En contraste con los ítems de la columna "Haberes", se encuentran los individualizados en la columna que describe el concepto como "No. Remun.", lo que permite efectuar el test de constitucionalidad postulado.

Son sabidas ya las razones que llevan a considerar inconstitucional la categorización como no remunerativos de tales rubros, pues afecta al dependiente en el cálculo de sus aportes y contribuciones a la seguridad social incidiendo directamente sobre sus futuros haberes jubilatorios, y además impacta negativamente en el cálculo de las indemnizaciones por antigüedad, y preaviso, máxime cuyo reconocimiento operó en autos.

En razón de ello, admito el agravio en el punto.

Respecto a la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios, comparto los argumentos vertidos por el anterior votante en cuanto a la aplicación de los criterios sentados por nuestro tribunal cimero provincial en los precedentes "Á." y "M. D.".

En virtud de ello, es que considero que en la etapa de ejecución de sentencia habrá de aplicarse en autos el tope previsto por el CCT 605/10, y someter su

resultado al test de constitucionalidad, siguiendo el criterio que ha delineado la CSJN en el fallo “Vizotti”, pudiéndose aplicar la limitación prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable de cada actor.

Entiendo que tal solución es la que mejor se concilia con los principios protectorios propios de la materia, así como con los criterios sentados por nuestro máximo tribunal.

En cuanto al rechazo de la aplicación del agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 Ley 25323 para el Sr. R. D. B., advierto que la demandada no desconoció la documental obrante a fs. 156 (Doc. Res. n° 14/21), sino que se limitó a negar la autenticidad de las misivas que fueran remitidas y enviadas por y al actor R. D. B., por resultarle la comunicación postal ajena, y producida entre terceros (613).

Frente a ello, habiéndose declarado injustificado el despido dispuesto, aun ante la ausencia de constancia de recepción de la misiva otorgada por el correo, por imperio de lo normado por el art. 360 inc. 1 CPCC, debe tenerse por recibida, y por cumplido el recaudo exigido por la norma cuya aplicación invoca el actor.

En consecuencia, admito el quinto agravio de la parte actora.

En relación a la aplicación de los art. 275 LCT y 9 Ley 25013, tengo dicho que el proceder temerario ha sido definido como aquel en que se obra con conciencia de la propia sinrazón; importa la deducción de defensas cuya falta de fundamento no se puede razonablemente ignorar

Se requiere en consecuencia la presencia de dos elementos: uno objetivo (la falta de razón) y otro subjetivo (el conocimiento de que la posición procesal adoptada es infundada) (Fenochietto, Carlos E., "Cód. Proc. Civ. y Com. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", t.1, Astrea, Bs. As., 1999, pág. 204. Y la conducta maliciosa -caracterizada por la mala fe de quien incurre en ella- consiste en la obstaculización del proceso, ya sea para demorar el dictado de la sentencia o bien, una vez dictada, para entorpecer su ejecución.

Es decir, que las herramientas y recursos del proceso son utilizados en contra de sus fines para dilatarlo. A su vez, este ánimo subjetivo que tipifica a ambas conductas debe surgir de los elementos probatorios obrantes en la causa. Para declarar una conducta como temeraria, el juzgador debe proceder con cautela y prudencia para no menoscabar la garantía de defensa en juicio. La conducta temeraria o maliciosa no surge del hecho de que el litigante haya perdido el pleito o que sus pretensiones carezcan de sustento jurídico. La primera muestra una antijuricidad objetiva y la segunda una ilicitud subjetiva. Por ello, cuando la parte interesada solicita la sanción del art. 275 LCT o del art. 45 del C.P.C.C.N. y el juzgador ha de conjugar el derecho de legítima defensa y la necesidad de reparar los daños causados por la conducta procesal asumida por el empleador demandado.

Considero entonces, que aunque reprochable la actitud de la demandada, no incurrió en la conducta tipificada en el art. 275 LCT, sino que ejerció

válidamente su derecho de defensa, resultando incluso admitida la excepción de prescripción opuesta.

Resulta necesario que, a sabiendas, se litigue sin razón verdadera y se tenga conciencia de la sinrazón, incurriendo en graves inconductas procesales, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe; es decir que la actuación debe ser malintencionada, grave y manifiesta" (*cf*. Carlos Colombo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", anotado y comentado, 4ta. ed. actualizada, pág. 124 y ss.), aspectos que no se advierten en el caso concreto.

En consecuencia, rechazo el agravio.

Respecto al rechazo de la solidaridad de E. S., adelanto que discreparé con lo decidido por el juez de grado.

Los accionantes sostuvieron que E. S. subcontrató a N. O. y a su SRL para la realización de servicios petroleros en su yacimiento “P. del C.” de manera exclusiva, siendo tareas normales y específicas de la operadora. Agregaron que junto a su empleadora constituyeron una unidad técnica de ejecución en el proceso de producción, por ende, hay realización de una actividad intrínseca del objeto empresarial.

De la contestación de la demanda por parte de E. S. surge que la invocada solidaridad fue negada con base en la inexistencia de vinculación laboral con los actores; y en que “la actividad de N. O. SRL (obras y servicios petroleros), “no es la actividad específica propia” (art. 30 L.C.T) de S. que como bien es sabido es se dedica a la exploración y explotación de petróleo” (fs. 646).

El sentenciante rechazó la pretensión de la parte actora de considerar como deudor solidario a E. S. S.A. Para así decidir consideró que la parte actora no aportó en su relato datos con relación a la actividad que desempeñaba su ex empleador (por el cual pudiera considerarse incluido en las actividades que desempeña E. S. S.A.) y que le permitieran evaluar la petición efectuada en relación a la solidaridad denunciada, solución con la que no he de coincidir.

La relación procesal se integra con los actos esenciales de la demanda y su contestación. Y en tanto el primero de ellos determina la persona llamada a la causa en calidad de demandado, la naturaleza de la pretensión puesta en movimiento y los hechos en que esta se funda (art. 333 Cód. Procesal), el segundo delimita la materia a decidir y concreta los hechos sobre los que deberá versar la prueba (art. 360, cód. cit.), quedando de tal modo precisada la esfera en que ha de moverse la sentencia (arts. 34 inc. 4°, y 165 inc. 6°, del mismo cuerpo legal).

Cabe recordar además que el supuesto que regula el art. 30 LCT aspira asignarle al trabajador la percepción de sus créditos alimentarios ante la posible insolvencia de su empleador, no implica la atribución del carácter de empleador al contratista principal ni es requisito para la aplicación de la norma, la existencia de fraude. La válvula de acceso a la aplicación de la norma es el concepto de actividad normal y específica propia del establecimiento y es en tal tarea de determinación que se generan las controversias en los operadores jurídicos, en la doctrina y jurisprudencia respecto de su interpretación.

En este sentido, Justo López indicó: "por actividad normal y específica, en los términos del art. 30 LCT, no debe entenderse solo la actividad principal -en el sentido de que lo principal se suele oponer a lo accesorio-; la expresión comprende también las actividades que pueden ser calificadas de secundarias o de accesorias con tal que estén integradas permanentemente al establecimiento" (López, Justo; Centeno, Norberto y Fernández Madrid, Juan Carlos, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", 2ª ed. act., "Contabilidad Moderna", Buenos Aires, 1987, T I, p. 367)

Siguiendo esta línea de razonamiento, si bien los accionantes no se explayaron en su relato respecto a la actividad desplegada por su empleadora en favor de la codemandada, no es menos cierto que esta surge de la prueba obrante a fs. 874/891; y que E. S. no acreditó en autos la ajenidad respecto a su actividad principal.

Conforme lo informado por la Inspección General de Justicia a fs. 1246/1256, según la cláusula tercera del E. S. E. S. A. SA, esta tiene por objeto dedicarse por cuenta propia, de terceros o asociada a terceros mediante la formación de uniones transitorias de empresas, agrupaciones de colaboración empresaria, *joint ventures*, consorcios y cualquier otra forma de asociación a las siguientes actividades: a) a la exploración, explotación, beneficio de yacimientos que contengan hidrocarburos, compra, venta, importación, exportación, almacenamiento y transporte de hidrocarburos líquidos o gaseosos, sus subproductos, minerales y otras sustancias halladas o producidas en relación con los mismos, pudiendo asimismo refinarlos y comercializarlos como resulte más conveniente; b)

montaje, construcción y operación en tierra de o costa afuera de instalaciones y estructuras de perforación, elaboración y procesamiento relacionados con la actividad minera y petrolera; c) obtención de concesiones mineras y/o petroleras y venta, arrendamiento e intercambio de tales productos; d) servicios de asesoramiento relacionados a las actividades anteriormente descriptas; e) operación de plantas petroquímicas (fs. 1249).

A su vez, de fs. 1095 surge que el objeto de N. O. SRL es realizar por cuenta propia, de terceros o asociada a terceros en el país o en el extranjero las siguientes actividades entre otras: servicios petroleros y mineros: obras civiles y de ingeniería, ejecución de obras electromecánicas, modificación de baterías, montaje de separadores de petróleo y gas, construcción de prefabricados, mantenimiento de líneas y servicios auxiliares, tendido de líneas de conducción de agua, petróleo y gas, servicios de soldadura en A.(electro fusión y termo fusión), montajes industriales, manejo integral de residuos; transporte; servicios varios.

Conforme lo expuesto emerge que la actividad prestada por N. O. SRL “servicio de tendidos de líneas y servicios auxiliares en el área P. del C.- L. G.” (fs. 874/891) bien puede constituir actividad normal y específica propia del establecimiento en los términos del art. 30 LCT, ya que como puso de manifiesto la codemandada su actividad reside en brindar justamente servicios petroleros a una operadora cuyo objeto es la exploración y explotación petrolera. A todo evento cabe

tener presente que por imperio del art. 9 LCT la duda debe ser siempre interpretada en favor del operario.

Si bien es sabido que la carga de la prueba no es una distribución del poder de probar que tienen las partes, sino del riesgo de no hacerlo; en el punto, no puede soslayarse que el análisis de la solidaridad debe partir de considerar que, en esta materia, es un instituto creado por la ley para asegurar el crédito del trabajador y como derivación y aplicación directa del principio protectorio, de allí que cobre relevancia también quien se encuentra en mejor condición de probar el hecho alegado.

En el caso, quien podía acreditar que la tarea desarrollada por N. O. SRL en su favor no hacía a su actividad principal era la accionada y no lo hizo.

En virtud de las consideraciones efectuadas admito el agravio.

2. Costas y honorarios:

En atención a como se decide, corresponde readecuar las costas por imperio del art. 282 del CPCC, deviniendo abstracto el tratamiento del recurso de fs. 1366/1367 vta.; el único agravio de E. S. SA; y los agravios quinto y séptimo de la demandada N. O. SRL y la parte actora respectivamente.

A tal efecto, recuerdo que las costas como corolario del vencimiento, no se imponen como una sanción, sino para resarcir las erogaciones que debió efectuar una de las partes con el fin de lograr el reconocimiento de su derecho. En tal marco, el vencimiento se obtiene cuando una de las partes logra del órgano jurisdiccional la protección jurídica de sus pretensiones frente al adversario (*cf*. STJCh,

03/S.R.E./2011). La parte vencida es aquella que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (*cf.*: Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", T. III, p. 369).

Consecuentemente, 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 pagado aquello procedente. Es que el fundamento del hecho objetivo de la derrota, no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere íntegramente y que se hayan reconocido parte de los rubros reclamados (*cf.* Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-B, pág. 112/113, p.532).

Y he venido sosteniendo de conformidad al criterio mayoritario de esta Sala, que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global de su resultado y siguiendo un criterio jurídico y no aritmético resultando vencedor quien obtiene el reconocimiento de su derecho, aun cuando ello sea en mínima proporción, siendo razonable que no queden a su cargo los gastos realizados para lograr la justicia del caso (STJCh, expte. nro. 13.707-V-1992, esta Sala SD. 32/2001 y SD L nro. 8/2015 entre otras) y al que adhiero conforme lo expresara en SD L nro. 26/2017 y 33/2017.

Mas ello no implica descartar la regla de la proporcionalidad (art. 72 del CPr.), aun en el caso de

tratarse de un proceso laboral. "La *ratio legis* impone una exégesis racional de la norma aplicada, lo cual conlleva inexorablemente a valorar la trascendencia de lo admitido y lo desestimado, no en el aspecto exclusivamente cualitativo, sino en su conjunto, de modo de apreciar prudencialmente cuál será a juicio del juzgador, el apropiado y equitativo prorrateo de la admisión del rubro", Roberto G. Loutayf Ranea, "Las costas en el proceso civil", pág. 125 (art. 76, Ley 69), en igual sentido, STJ, SD 21/97). Resulta holgado ya, señalar que la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo de la que goza el trabajador o sus derechohabientes y que constituye una de las reglas derivadas del principio protectorio y con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia (*cf*. art. 18 de la CN), no obsta a que el trabajador derrotado afronte las costas del juicio, de modo que si es vencido y le son impuestas, deberá abonarlas, como también los honorarios de su letrado. Así lo ha sostenido la jurisprudencia en forma unánime al determinar que las directivas del art. 20 LCT no excluyen la responsabilidad del trabajador en materia de costas cuando es vencido; lo único que vedan es la posibilidad de que su vivienda sea afectada al pago de los gastos causídicos (*cf*. CNAT, Sala I, "Rubini c. SEGBA", sent. del 21/08/92, CNATrab., Sala II, "Ferreira, M. Ester c. Grimberg Dentales S.A. s/ despido", del 30/05/14; Sala IV, "Ceriana, Pedro Rosendo c. Sabatino, José", del 22/02/08, Sala III, "Cano, Juan M. c/ Dota S.A. de transportes Automotor s/ despido", del 25/10/07; Sala IV, "Fresco, L. c/ Pesquera Santa Cruz S.A. s/ accidente

Ley 9688”, 22/04/98; Sala VII, “Dichano, M. c/ Entel s/ accidente 9688”, del 16/07/98, entre muchos otros). Por lo que el juez, sin perder de vista lo dicho precedentemente, puede eximir al perdedor, total o parcialmente, cuando a su criterio y conforme las circunstancia y hechos invocados por las partes, exista mérito para ello. La norma procesal le permite distribuir las costas, imponiéndolas al vencedor, en el orden causado o bien, disponiéndose la exoneración de costas a algunos litigantes por distintas situaciones que particularizan la litis y que atenúan el principio objetivo de la derrota.

Teniendo en cuenta tales pautas, en el particular, la visión global y prudente de la contienda determina que la actora fue vencida en parte de su pretensión atento a la admisión de la excepción de prescripción.

En virtud de ello propongo que las costas de ambas instancias se distribuyan en un 80% a las demandadas y en un 20% a la parte actora.

Los honorarios profesionales por la actuación en la instancia de grado se fijan a favor de los Dres. M. G. B. I., M. de la P. B. I., abogados de la parte actora de manera conjunta en un 19 %; los de los Dres. M. C. P. y J. J. E., representantes de la codemandada N. O. SRL, conjuntamente en un 15%; los de los letrados de E. S. SA, Dres. I. F. D. L. C. y M. A. F. A., conjuntamente en un 15%. Regulo los honorarios de la perito contable G. S. J., en un 4%, y perito calígrafo R. C. S., en un 2%.

En todos los casos con más IVA, si correspondiere, y en un todo de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 5, 6, 6 bis, 7, 8, 9, 36, 38, 46, 60 y 61 de la Ley XIII

nro. 4 modificada por Ley XIII nro. 15, Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut.

Las costas por la actuación en esta alzada las impongo en idéntica proporción

Los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia, por aplicación de la escala del art. 13 del arancel, se fijan a favor del letrado de los actores en el 30%; y los del letrado de la demandada N. O. SRL en el 25%, y los del letrado de E. S. SA en el 25% porcentajes a calcular sobre los que les fueron regulados para la primera instancia. En todos los casos con más la alícuota del IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Admitir parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 1359 y la demandada a fs. 1360 contra la sentencia de fs. 1346/1358vta.

2) Admitir la excepción de prescripción opuesta por la codemandada.

3) Disponer que en la instancia de origen se practique liquidación teniendo en cuenta lo decidido en cuanto al cómputo de las sumas no remunerativas, y el cálculo de la indemnización del art. 245 conforme el considerando respectivo.

4) Declarar solidariamente responsable en los términos del art. 30 LCT a E. S. SA.

5) Imponer las costas de ambas instancias en un 80% a las demandadas y en un 20% a la parte actora.

6) Regular honorarios por la labor en ambas instancias, en la forma propuesta.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 1346/1358 integrada con su aclaratoria de fs. 1369/1369vta. es apelada por las partes y las causas reseñadas en el primer voto en su capítulo introductorio y antecedentes, lo que evita su mera reiteración. Y que, al no haberse logrado plena concordancia entre los primeros votantes limitaré mi actuación, priorizando los principios de celeridad y economía procesal, caros al fuero, a aquellos puntos en los que se mantiene la controversia, no sin antes señalar que es potestad del tribunal de revisión extraer lo esencial del memorial, mereciendo respuesta tan solo los argumentos que posean relevancia y sean conducentes a la decisión del caso (ver fallos 258:304; 262:222; 265:301; 272:225 entre muchos) lo que se extiende a la selección y valoración de prueba conforme lo autoriza el art. 390 del CPr/DJ.

Así, tras lectura y valoración de lo actuado en cuanto a todas las cuestiones traídas a la alzada conforme la traba de la litis, argumentos y prueba consecuente, referiré a la pretendida solidaridad atribuida a la codemandada E. S. SA, desestimada en el fallo conforme considerandos de fs. 1356vta., p. IV., motivando la queja la de la accionante a fs. 1378vta. p. 6 y la oportuna réplica de la involucrada a fs. 1389 p. II.1.

Con absoluta claridad se expresa en el fallo que el accionante no pudo probar el elemento fáctico que da sustento a la solidaridad pretendida de conformidad con las exigencias del art. 30 LCT conforme modificación por Ley 21297, pues la actividad alegada que desempeñaba la empleadora no reúne las características que exige tal norma no pudiendo el juez “sustituir o suplir, la

deficiencia o falta de relato fáctico, que le permite evaluar la situación efectuada" (fs. 1357).

En los agravios de la accionante, tal como luce a fs. 1379, afirma que no se ha advertido que la relación negada se encuentra reconocida desde el inicio y en todo el desarrollo del proceso, ya que desde el ingreso a la que fuera unipersonal y luego por convenio con la operadora codemandada N. O. SRL, lo han hecho en el yacimiento petrolero operado por aquella, E. S., para quien realizaban servicios específicos de la actividad petrolera y gasífera para la misma y bajo su control. Esto es, soldadura por parte de R. B.; jefe de cuadrilla a cargo de D. L. y de operador de productos y oficial molador por parte de M. G., todo ello acreditado y no cuestionado por las demandadas. En consecuencia "correspondía a E. S. exigirle a N. O. SRL, el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo, porque ha subcontratado con ella servicios correspondientes a su actividad propia y específica: la extracción de petróleo y gas natural" (ver fs. 1249).

Por su parte la operadora al contestar los agravios a partir de fs. 1389, p. II, sin refutar las actividades denunciadas desde el origen, reafirma la postura de la sentencia en cuanto a la falta de invocación de los fundamentos de esta pretensión, pero con decidida argumentación ajena al fuero sin entrar en la realidad de lo acontecido conforme la prueba adquirida y valorada de conformidad con los principios que rigen la naturaleza de la relación que indudablemente queda sometida al principio protectorio. Existiendo en autos prueba cierta del objeto social de la empleadora y por ello la relación y adecuación a las exigencias de la

operadora para servirla de modo adecuado a través de sus operarios en las tareas antes descriptas que hacen a requerimiento propios de su actividad esencial, pesaba sobe esta la prueba de no ajustarse a los requerimientos del art. 30 LCT de conformidad con lo ordenado por el art. 9 y 63 LCT. (ver, *v. gr.*, CNTrab., Sala I, 16/07/2015 – "M. M. O. c/ S. C. de A. SA y otro s/ despido"- Cita: MJ-JU-M-98219-AR - MJJ98219 - MJJ98219). Por lo dicho concuerdo con lo expuesto en este punto con la Dra. Zanatta.

Que si bien la próxima disidencia es puramente formal sin incidencia alguna en cuanto a las cuestiones esenciales del reclamo entiendo que la declaración de temeridad pretendido por la actora, desestimada sin el mínimo fundamento en el fallo (fs. 1356vta.) lo que causa agravio a la accionante tal como luce en su actual presentación (fs. 1380 p. 8) previsto en el art. 275 LCT con proyección en el art. 9 de la Ley 25013, sin duda que es de aplicación restrictiva y requiere prueba fehaciente no siendo el caso de autos, pese a los reproches que han motivado las condenas.

Circunstancia que no se advierte en la presente, ya que es discrecional para el juzgador evaluar la conducta del patrono que se ha hecho pasible de la calificación de temeraria o maliciosa, para lo cual es menester proceder con suma prudencia y teniendo presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las acciones o defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que implicaría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio, la que debe ser preservada procediendo con

suma prudencia. La aplicación de la sanción debe ser restrictiva, en virtud de la amplitud que debe existir en la consideración del ejercicio de derecho en juicio, sin que se evidencie en esta causa que haya la demandada actuado con dolo o culpa grave. Una aplicación laxa del instituto haría que la promoción de demandas o la oposición de defensas pudiera verse comprometida, con lesión del derecho de defensa, si el justiciable se ve coaccionado por la posibilidad de la aplicación de graves sanciones (ver, *v. gr.*, "La conducta maliciosa y temeraria del art. 275", por Olmos, Félix A., de fecha 8-feb-2019 en Cita: MJ-DOC-14470-AR - MJD14470 y sus citas), adhiero en cuanto a este punto también al segundo voto.

La otra cuestión pendiente de mayoría es la de la presunta errónea aplicación, en boca de la codemandada N. O. SRL (fs. 1374vta. 4° agravio), del art. 255 LCT, cuestión sometida a decisión en la instancia de grado y que motiva la reiteración de argumentos en contra de lo decidido, vuelvo sobre el principio de la "primacía de la realidad" de profundo significado en el fuero y que respetado en los considerandos a la luz de la prueba adquirida (ver fs. 1355 vta., avalado con cita doctrinaria y jurisprudencial), sin duda cabe confirmar lo allí fundado ya que surge de autos que el empleador individual continua su giro comercial en idéntica actividad ahora conformado su objeto social (fs. 1095), de la actual SRL en situación mayoritaria, lo que implica que el reingreso de sus anteriores operarios debiéndoles respetar su antigüedad lo cual incidirá en cuanto a la cuantificación de su indemnización y la correspondiente deducción de lo percibido oportunamente

consecuencia de aquel despido (ver, *v. gr.*, CNTrab., Sala X, 26/12/2000 –"Darriba Juan José c/ SP.zal Juan s/ sucesión s/ despido"- Cita: MJ-JU-M-63802-AR - MJJ63802 - MJJ63802).

Concuerdo con el segundo voto como asimismo entiendo que resulta razonable distribuir las costas en un 80% a cargo de las demandadas debiendo soportar la actora el otro 20%. Respecto de los honorarios y en razón del art. 282 del CPr/DJ de aplicación por remisión de la normativa adjetiva del fuero deberán readecuarse en ambas instancias al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII n° 4. Se tiene por introducida la cuestión federal (fs. 1394 p. III).

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Zanatta reitero su fórmula decisoria.

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

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los recursos de apelación interpuestos por la parte actora a fs. 1359 y la demandada a fs. 1360 contra la sentencia de fs. 1346/1358vta.

2) Admitir la excepción de prescripción opuesta por la demandada.

3) Revocar parcialmente la sentencia de fs. 1346/1358vta., disponiendo que en la instancia de origen se practique liquidación teniendo en cuenta lo decidido en cuanto al cómputo de las sumas no remunerativas, y

el cálculo de la indemnización del art. 245 conforme considerandos respectivos.

4) Declarar solidariamente responsable en los términos del art. 30 LCT a E. S. SA.

5) Imponer las costas de ambas instancias en un ochenta por ciento (80%) a las demandadas y en un veinte por ciento (20%) a la parte actora.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. M. G. B. I., M. de la P. B. I., abogados de la parte actora de manera conjunta en un diecinueve por ciento (19%); a los Dres. M. C. P. y J. J. E., representantes de la codemandada N. O. SRL, conjuntamente, en un quince por ciento (15%); a los letrados de E. S. SA, Dres. I. F. D. L. C. y M. A. F. A., conjuntamente, en un quince por ciento (15%); a la perita contable G. S. J. en un cuatro por ciento (4%) y al perito calígrafo R. C. S. en un dos por ciento (2%), porcentajes a calcular sobre el monto del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

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

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO R. ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

M. FERNANDA ZANATTA
Presidenta

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. 14 DEL AÑO 2021
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

M. MAGDALENA CONSTANZO Secretaria
de Cámara