



NEUQUEN, 22 de marzo de 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **“NAVAS SERGIO EDUARDO C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A Y G. S/ COBRO DE HABERES”**, (JNQLA1 EXP N° 528425/2020), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José I. NOACCO** dijo:

I. La parte actora a fs. 127/136 interpuso recurso de apelación contra la sentencia dictada a fs. 116/123 que rechazó la demanda interpuesta contra la Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A Y G, cuyos agravios no fueron contestados por la parte contraria.

Al expresar su queja, se agravia en primer lugar con la aplicación e interpretación que se hizo del art. 245 de la LCT.

También se agravia por la falta de inclusión en la mejor remuneración mensual normal y habitual de la gratificación anual o bono por desempeño, y la del SAC proporcional por aplicación del criterio sentado en el plenario “Tulosai”

Aclara que el fundamento de su demanda fue que se considere su mejor remuneración incluyendo las sumas no remunerativas que poseen naturaleza salarial y la incidencia del SAC.

Considera un exceso que el juez de grado haya interpretado que en el caso existió una novación y por ello no correspondía pagar los rubros que la propia demandada abonó al momento de ceder al personal.

También el preaviso y el SAC sobre preaviso que igualmente fueron abonados por la demandada pero el sentenciante los excluyó sin otro fundamento que la novación.

Aduce que el magistrado confundió la novación con la simulación de un acto jurídico donde se indemniza al trabajador cambiándose totalmente sus condiciones laborales sin considerar que hubo extinción del contrato laboral.

Resalta que la litis quedó trabada en relación al quantum indemnizatorio y no a la supuesta novación.



Se agravia también por la falta de aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323 por haberse despedido encubiertamente al actor sin abonarle las indemnizaciones correspondientes. De igual manera, considera procedente la indemnización del art. 80 de la LCT, que constituyen una obligación sine qua non y no fueron puestas a disposición en tiempo y forma.

Por último, se agravia por la condena en costas dado que si bien el sentenciante reconoce que en el fallo “Gimeno” se contemplan sumas no remunerativas Bono y SAC proporcional, decide en forma contraria sin observar que el actor por dicha razón pudo creerse con derecho a demandar como lo hizo.

Hace reserva del caso federal y peticiona que se revoque la sentencia con costas.

La contraria no contestó el traslado del memorial de agravios.

II. 1.- Entrando a analizar el recurso, resulta que la sentencia de grado rechazó la demanda interpuesta por el actor reclamando el pago de diferencias en la indemnización del art. 245 de la LCT, luego que la demandada Cervecería y Maltería Quilmes SAICA y G, cediera su contrato de trabajo a la empresa Logística Total. SRL.

El recurrente relató en la demanda que lo despidieron sin causa y le abonaron una indemnización menor a la debida y si bien le liquidaron el preaviso no consideraron correctamente su antigüedad laboral para realizar su cálculo ni se incluyó en la base remuneratoria aquellas sumas consideradas no remunerativas.

Así también, reclamó la sanción correspondiente por la falta de entrega de los certificados del art. 80 de la LCT y la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323.

Ahora bien, en atención a los términos del recurso encuentro oportuno analizar en primer lugar el negocio jurídico que dio lugar al reclamo: esto es, la cesión del personal efectuada por la demandada Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG a favor de Logística Total SRL.

El art. 229 de la LCT, prevé la posibilidad que se produzca la cesión de personal, sin que comprenda el establecimiento refiriéndose a aquellos casos en los que uno o varios dependientes son cedidos a otro empleador para cumplir tareas en un establecimiento distinto.



Sobre el tema, Hierrezuelo y Núñez desarrollan los distintos supuestos de transferencias de contratos de trabajo y distinguen cuando el negocio ocurre con transferencia o cambio de titularidad del establecimiento o cuando se realiza una transferencia pura de la relación de trabajo con independencia de todo cambio de titularidad del establecimiento.

En este último supuesto, aplicable al caso que nos ocupa, -transferencia pura de la relación de trabajo- señalan que la figura del trabajador es imprescindible para la configuración de la transferencia, pues es de carácter individual y lo afecta directa y exclusivamente a él. La novación en la cesión se debe a un acuerdo de voluntades concertado en un negocio complejo, triangular y la aceptación del trabajador es condición necesaria para que se configure el supuesto.

Dicen los autores: “Cierta doctrina entiende que no habría inconveniente para permitir, siempre que no se viole el orden público laboral, que la cesión implicara una modificación de las condiciones de trabajo, modo y lugar de la prestación, horarios etcétera. Se trataría en este caso de una novación objetiva que al igual que la subjetiva no alteraría la identidad de la relación laboral...” (Conf. HIERREZUELO, Ricardo D.- NUÑEZ, Pedro F. “Responsabilidad solidaria en el contrato de trabajo” Editorial Hammurabi, pág. 676 y ss.)

Así también, se ha dicho: “... El instituto de la novación subjetiva de la relación laboral se aplica cuando se produce la transferencia de un establecimiento o de varios de ellos que integran parte o la totalidad de una empresa, sin que importe al efecto el título y las condiciones en virtud de las cuales aquélla se realiza, ni lo que las partes hubieran pactado al efecto, la subrogación se produce ope legis, a consecuencia de la cesión de la titularidad que se hace.”

“La ley no requiere que haya algún negocio jurídico en particular para que se produzcan los efectos establecidos en el art. 225 ya citado, resolviendo cuando menciona transferencia del establecimiento que se opera por cualquier título, de modo tal que habrá transferencia del establecimiento siempre que haya un cambio de empleador. La enunciación del art. 225 es ejemplificativa, por lo que no debe excluirse de su normativa las situaciones que no importen técnicamente la transferencia del establecimiento, pero pueden ser incluidos en el concepto amplio contenido en el artículo.” (Conf. SUMARIO DE FALLO 25 de Junio de 1999 Id SAIJ: SUS0004686).

Tenemos entonces que en el caso de autos, la cesión de personal se realizó con el consentimiento del actor y se formalizó por ante la Subsecretaría de Trabajo, llegando



firme a esta instancia no obstante el esbozo de nulidad parcial que el actor intentó imprimirle por haberse consignado en forma incompleta la forma societaria de la demandada.

Ello así, dado que el requisito indispensable (*ad probationem*) para que haya cesión de contrato de trabajo con todos los derechos y obligaciones de aquel, es la aceptación del trabajador en forma expresa y por escrito y este fue correctamente cumplido.

Por ende, la cesión de la relación de trabajo resultó plenamente eficaz, más allá de las condiciones que se hubieran pactado en la misma.

Es por ello que en el caso, pese a la crítica formulada por el apelante, no existió una “extinción del contrato de trabajo sino una **novación subjetiva del empleador**”. Por otro lado, el ofrecimiento y la aceptación plena por parte del trabajador del pago de la indemnización del art. 245 de la LCT no establecen la obligación del cedente de pagar la totalidad de los rubros derivados de un despido que no existió o de un distracto que no fue denunciado en la demanda, no obstante la salvedad de “que podrá computarse como pago a cuenta... para el eventual caso de tener que abonar en el futuro la indemnización por antigüedad...”.

En consecuencia, al no haberse dado en el caso extinción del contrato ni despido, no obstante las condiciones pactadas en la cesión, no corresponde el pago del resto de los rubros derivados ni las multas reclamadas.

Si bien la responsabilidad entre cedente y cesionario no se planteó en la causa, cabe aclarar que el art. 229 de la LCT establece que ambos responden solidariamente por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida por lo que el cedente sigue siendo responsable de las consecuencias de la relación laboral cedida aun respecto de las obligaciones generadas con posterioridad a la cesión.

Así también lo entendió esta Sala en su anterior composición, diciendo: “... Al respecto, la normativa mencionada en su segundo párrafo establece que “Aún cuando mediare tal conformidad (agrego yo, del trabajador), cedente y cesionario responden solidariamente por todas las obligaciones resultantes de la relación de trabajo cedida”.

“A su vez, en tal sentido el Dr. Vázquez Vialard sostuvo: "no obstante la opinión de algunos autores que destacan lo disvalioso de la solución, por lo cual consideran prudente respecto de las obligaciones que se devenguen con posterioridad a la cesión, admitir el mismo criterio que para la transferencia del establecimiento, estimamos que en este caso, frente a los términos empleados por el legislador que responden a la finalidad por él perseguida, no obstante los inconvenientes que su aplicación pueda suscitar, no hay posibilidad de formular



semejante interpretación. El tema, en todo caso, exige una modificación legislativa y excede el ámbito de la interpretación propia a cargo de la función jurisdiccional y doctrinaria" (V. Tratado de Derecho del Trabajo, Vázquez Vialard Antonio, T. 5, pág. 79).”

“Es criterio de Sala que "con independencia de que las demandadas conformen o no un grupo económico, lo cierto es que en relación al actor, efectuaron sucesivas cesiones de personal en los términos del art. 229 LCT. Al respecto tiene resuelto este Tribunal que el art. 229 LCT dispone que cedente y cesionario responden solidariamente por todas las obligaciones emergentes de la relación laboral cedida, sin determinar un límite en el tiempo para la misma, lo que lleva a afirmar que dicha solidaridad rige respecto de las obligaciones anteriores y posteriores a la cesión, situación distinta a la prevista por el art. 228 LCT, que dispone que la solidaridad rige respecto de las obligaciones existentes a la época de la transmisión. En virtud de lo expuesto, se impone confirmar la condena en forma solidaria a todas las demandadas, lo que incluye lo relativo a la entrega de los certificados de trabajo y aportes, ya que los acompañados sólo corresponden a un período de la relación" (S.D. 85.213 del 15/9/03 en autos "Cardozo, Bernardino c/ Goleen Chef S.A. y otros s/ despido"; (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, 30/06/2008, Autos "Gargano, Sergio Damián c. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficiencia y otro", LA LEY 17/09/2008, 9, con nota de Sebastián Serrano Alou; LA LEY 2008-E, 534, Cita Online: AR/JUR/5229/2008)". Por lo tanto, y ante la falta de limitación temporal prevista en la norma del art. 229 LCT, cedente y cesionario, deben responder por todas las obligaciones, correspondiendo rechazar el presente agravio..." (Conf. "Contreras Néstor Gabriel c/ Daguerre Carlos Alberto y Otro S/Despido Directo X Otras Causales", Expte. N° 372916/8), Sala II, 30/9/2010).

Por igual motivo, tampoco resulta relevante que la demandada hubiera abonado el preaviso y el SAC sobre preaviso, dado que aun cuando no formó parte del acuerdo de cesión puede ser tomado "a cuenta" en caso de un futuro despido conforme los términos de la cesión.

Por todo lo expuesto, el agravio en relación al rechazo de los rubros derivados de un despido que no existió, incluidos los certificados del art. 80 de la LCT y la multa del art. 2 de la ley 25.323 cuyos presupuestos para su requerimiento es la extinción de la relación serán desestimados.

2.- Igual resultado tendrá el agravio por la no inclusión de los rubros no remuneratorios en concepto de Bono desempeño, rubro 1666 adicional no remunerativo y rubro 1858 adicional a zona desfavorable y el SAC proporcional.



No obstante mi opinión contraria a la sostenida por el juez de grado respecto a la inclusión de los rubros no remunerativos, que así expresé en autos “Adra Miguel Alberto C/ Skanska S.A. S/ Despido”, (JNQLA2 EXP N° 456082/2011), 5/7/2022) coincidentemente con el criterio seguido por esta Sala en anterior composición (Conf. “Vega Roberto Rafael C/ Pecom Servicios Energía SA S/Cobro de Haberes”, (JNQLA4 EXP N° 418758/2010) del 30/3/2017 y otros) en el sentido de que cuando los bonus liquidados se originan en servicios prestados por el trabajador, no hay duda de su naturaleza salarial y no implican ni una donación ni un acto gratuito; y a la adhesión al criterio sentado recientemente por el máximo Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén, en el Acuerdo 10/2016 “Reyes Barrientos Segundo B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ Cobro de Haberes (Expte. Nro. 70 - Año 2013), 16/6/2016) señalando que el SAC debe incluirse en la base de cálculo de la indemnización prevista en el Art. 245 de la LCT por tener el carácter de remuneración de pago diferido que se gana con el salario devengado y debe ser incorporado proporcionalmente a la mejor remuneración mensual, normal y habitual, dichos criterios no pueden aplicarse al caso de autos conforme lo solicitado por el accionante.

En efecto, tal como expresé en el acápite anterior, en atención a las condiciones del acuerdo aceptadas por el actor, técnicamente no hubo despido y por ende no correspondía el pago de una indemnización.

Al respecto, el Máximo Tribunal nacional fue terminante al decir: “la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. “Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación”, Fallos 303:1812 y su cita).

Entonces, siendo que la suma abonada -expresada en un monto fijo y aceptada por el actor- no fue una indemnización propiamente dicha sino un monto que podía ser considerado a cuenta para el caso de tener que abonar en el futuro la indemnización por antigüedad (cláusula tercera) no existió obligación legal de conformar el monto con la MRMNH.

3.- En cuanto al agravio expresado respecto a la imposición de costas, cabe reiterar que en los juicios laborales también se aplica el principio general de la derrota.

Aun cuando las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo y, en especial, el protector del trabajador (CNAT, Sala I, 30/11/2001, D.T. 2002-A-739), no significa que pueda verse liberado



en todos los reclamos de las consecuencias del rechazo casi íntegro de la demanda, que implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas.

Ello así, por cuanto en la fijación de las costas se debe aplicar un criterio jurídico y los principios establecidos en los arts. 68 y 71 del CPCyC considerando cuáles fueron los fundamentos desarrollados en la causa y la razón o desinrazón para litigar.

Por ello, atento los términos expresados por el apelante, las razones por las cuales se rechazaron los anteriores agravios y siendo que el beneficio de gratuidad acordado al actor por el art. 20 de la L.C.T. no le impide la imposición de costas a su parte, corresponde confirmar el decisorio en cuanto impone las costas al demandante vencido.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso en todas sus partes y confirmar la sentencia dictada en todo lo que fue materia de recurso y agravios, con costas al actor vencido.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, se regularán en el 25% de lo establecido en la instancia de grado para los que actuaron en igual carácter, (art. 15 de la ley 1594)

La jueza Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal preopinante, aunque entiendo pertinente señalar lo siguiente.

La misma parte actora ha acompañado un acuerdo de cesión de personal, suscripto ante la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia del Neuquén, en fecha 29 de abril de 2019, no obstante que el encabezado del acuerdo coloca como lugar de su realización la ciudad de Buenos Aires.

Mediante dicho acuerdo la demandada, por los motivos que allí indica, cede el contrato de trabajo vigente con el actor a la empresa Logística Total S.R.L., prestando su conformidad expresa el trabajador, quién se encontró asistido en el acto por el Secretario General del Sindicato Unido de Trabajadores de la Industria de Aguas Gaseosas y Afines de la Provincia del Neuquén y por un letrado de la matrícula.

La cláusula Segunda de dicho acuerdo, en lo que aquí interesa, dice: "...el EMPLEADO manifiesta que aceptará la cesión mencionada, siempre y cuando se le abone la indemnización por antigüedad (Art. 245 de la LCT), correspondiente al período trabajado para el CEDENTE".



Por su parte, la cláusula Tercera del acuerdo referido señala: “Toda vez que conforme lo dispuesto en el art. 229 de la LCT la antigüedad del EMPLEADO para el CEDENTE debe ser respetada por el CESIONARIO, ésta ofrece al EMPLEADO la suma de \$ 873.300 brutos en concepto de indemnización por antigüedad, siempre y cuando el EMPLEADO acepte que dicha suma podrá computarse como pago a cuenta a valores constantes según IPC nivel general, para el eventual caso de tener que abonar en el futuro la indemnización por antigüedad dispuesta en el art. 245 de la LCT. Este pago se ofrece además, siempre y cuando el presente acuerdo sea ratificado ante el órgano de contralor provincial correspondiente. El pago aquí acordado se efectuará en consecuencia mediante transferencia a la cuenta sueldo del EMPLEADO, que se efectuará dentro de los 5 días posteriores a la ratificación del presente acuerdo ante el Organismo Laboral de Contralor Provincial”.

A través de la cláusula Cuarta, el actor acepta la cesión en los términos propuestos, la que tiene efectos a partir de la fecha del convenio (29 de abril de 2019), asumiendo el cesionario las obligaciones laborales frente al trabajador, respetando su antigüedad, encuadramiento convencional y condiciones de trabajo.

Sin embargo, surge de los recibos de haberes acompañados a autos, que la demandada le abona al actor la remuneración correspondiente al mes de abril de 2019, y además una liquidación final en la cual se le pagan: vacaciones no gozadas, plus vacaciones no gozadas, preaviso, SAC sobre preaviso, indemnización por antigüedad, SAC sobre vacaciones no gozadas, SAC proporcional. Asimismo, la documentación de fs. 70/71 da cuenta que la demandada inscribió la baja del trabajador de su planta de personal el día 29 de abril de 2019, denunciando como motivo de la baja “despido- art. 245 LCT”. Incluso, surge de la documental referida que el domicilio de la explotación (lugar de trabajo del actor) es Ruta 7, km 5 de la ciudad de Centenario, que es el mismo domicilio que el cesionario denuncia en el convenio de cesión, en tanto que la demandada –en el convenio y en los recibos de haberes- denuncia su domicilio legal, sito en la ciudad de Buenos Aires.

Si bien las partes suscribieron un convenio de transferencia del contrato de trabajo del actor, la conducta posterior de la demandada parecería contradecir aquella figura invocada ante la Subsecretaría de Trabajo.

La cuestión no es clara, ¿hubo transferencia de personal o transferencia del establecimiento?, ¿existió despido o transferencia de personal?



No obstante ello, la conducta de la parte actora que en todo momento reivindica la existencia de la transferencia de personal, tanto al prestar conformidad ante la Subsecretaría de Trabajo, como al efectuar el reclamo extrajudicial (ver telegrama obrero de fecha 6 de noviembre de 2019, adjuntado con la demanda), y finalmente en su escrito inicial ya que no impugna el acuerdo de cesión de personal, ni alega la existencia de un despido encubierto, impide considerar que la relación de trabajo entre las partes finalizó el día 29 de abril de 2019 por despido del actor.

Cabe señalar que, como bien se desarrolla en el voto del colega preopinante, la transferencia de personal no importa la finalización de la relación laboral, sino la continuidad con otro empleador diferente (el cesionario), y, por ende, no le corresponde al trabajador ninguno de los rubros derivados del despido sin causa justificada.

En autos, el pago efectuado al trabajador lo fue como consecuencia de lo acordado en el convenio de transferencia de personal, y no porque legalmente tuviera derecho a ese pago.

Y ello determina que, más allá de la opinión de la suscripta en orden a la incorporación de los ítems no remuneratorios y del SAC proporcional en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, en autos no corresponda ingresar en tal análisis, ya que la demandada –de acuerdo con la liquidación final- abonó en total la suma comprometida en sede administrativa, por lo que nada adeuda al trabajador.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada el día 11 de noviembre de 2022 (fs. 116/123).

II.- Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, Florencia Sagasti en el doble carácter por el actor en el 30% de lo establecido en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

Secretaria

MICAELA ROSALES