

NEUQUEN, 23 de noviembre de 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: "**FIGUEREDO JULIO CESAR C/ RODRIGUEZ EDUARDO OSVALDO Y OTRO S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES**", (JNQLA5 EXP N° 510442/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de hojas 474/483, dictada el día 10 de agosto de 2023, que hace lugar parcialmente a la demanda, con costas en un 80% a cargo de las demandadas y en un 20% a cargo del actor.

a) La codemandada Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L expresa agravios en hojas 486/496 -presentación web n° 482990, con cargo de fecha 18 de agosto de 2023-.

Dice que la sentencia de grado viola el principio de congruencia ya que la parte accionante jamás planteó la procedencia del ítem pernoctada en los términos en los cuales fue admitido por el fallo de grado -esto es, por el solo hecho de haber prestado tareas como chofer de combustibles líquidos de larga distancia-.

Además, sostiene la recurrente, el concepto pernoctada se encuentra previsto como una compensación por los gastos de alojamiento en los que deba incurrir el conductor del régimen de corta distancia durante algún servicio, cuestión que el CCT 40/89 regula expresamente; no encontrándose, este concepto, contemplado para el régimen de larga distancia, y ello porque los conductores realizan los viajes en camiones que

cuentan con cabina dormitorio, por lo que no incurren en gastos de alojamiento.

Critica la interpretación que ha hecho la jueza a quo del punto 4.2.2 del CCT 40/89, en tanto dicho inciso se refiere a mensualizaciones y no a adicionales salariales.

Se queja también porque el rubro pernoctada ha sido incluido en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, cuando el mismo CCT lo califica como no remunerativo. Cita el plenario n° 247 de la CNAT, y precedentes de la misma Cámara y del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro.

Señala que para la indemnización por omisión de preaviso, SAC sobre preaviso, e integración del mes del despido se toma el criterio de la normalidad próxima, por lo que no corresponde incluir viáticos en su base de cálculo, dado que se trata de reintegros por los gastos efectivamente incurridos durante los viajes, con la particularidad de no tener obligación de rendición, conforme CCT.

Formula queja por la inclusión del SAC proporcional en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, y también porque se excede el tope de la base indemnizatoria.

Critica la distribución de las costas, señalando que la sentencia prosperó por una ínfima suma, considerando el monto de la demanda, la que ha progresado por el 24,88% de lo reclamado.

Apela, por altos, los honorarios regulados a los letrados de la parte actora.

Hace reserva del caso federal.

b) La codemandada YPF S.A. expresa agravios en hojas 497/526 -presentación web n° 483240, con cargo de fecha 18 de agosto de 2023-.

Formula queja respecto del progreso de diferencias salariales con fundamento en el ítem pernoctada, en los mismos términos que la codemandada Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L. Igual sucede respecto de la inclusión del rubro pernoctada en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, liquidación de la indemnización sustitutiva del preaviso, SAC sobre preaviso e integración del mes del despido.

También se agravia en los mismos términos que la otra codemandada respecto de la inclusión del SAC proporcional en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT y respecto de la imposición de costas.

Finalmente se agravia por la interpretación que ha hecho la jueza de grado del art. 30 de la LCT.

Hace referencia a los antecedentes de la actual redacción del art. 30 de la LCT y critica el sentido amplio con el que la sentencia en crisis aplica esa manda legal.

Dice que YPF S.A. no es dador de trabajo de los prestadores de servicios, por lo que no está en condiciones de asumir obligaciones de prestación o de conducta del sub empleador, ni cuenta con los medios necesarios para ello.

Sigue diciendo que el texto del art. 30 de la LCT sólo impuso al empresario principal la obligación de exigir y responde ante la inobservancia de alguno de los requisitos contemplados en la norma, lo que no ha sucedido en autos. Y esa obligación de exigir, argumenta la recurrente, es de medios, operando la diligencia como criterio para valorar la exactitud del cumplimiento.

Cuestiona la conclusión a la que arriba la jueza de primera instancia en orden a que el control previsto por la norma no se habría cumplido, por el hecho de haber sido realizado por un estudio auditor externo, calificando esa fundamentación de poco seria.

c) La parte actora contesta el traslado de ambos memoriales en hojas 528/541 -presentaciones web nros. 490340 y 490357, con cargos de fecha 30 de agosto de 2023-.

Plantea la deserción de los recursos por no encontrarse cumplido el recaudo de la crítica concreta y razonada que exige el art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Dice que los testimonios son contestes en que el actor ingresaba al yacimiento El Portón, y que dicha locación es un campo de petróleo y gas en funcionamiento.

No obstante ello, y colocándonos en la hipótesis que fuera correcto el argumento de la demandada y que la petición de dicho ítem se realizara bajo un argumento equivocado, la jueza de grado ejerció la facultad derivada del principio iura novit curia.

Sigue diciendo que hay que realizar una interpretación armónica del CCT, surgiendo, entonces, claramente que cuando éste ha querido excluir o aplicar ítems de una situación particular, lo ha hecho de manera explícita.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Defiende la liquidación de los rubros por los que progresa la demanda.

Señala, en lo referente a costas, que la jueza de grado ha seguido el criterio de esta Cámara de Apelaciones.

En lo atinente al art. 30 de la LCT afirma que la demandada YPF S.A. no puede negar que el transporte de combustible, ya sea líquido o gaseoso, forma parte de las actividades normales y específicas del establecimiento.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

II.- Los memoriales de ambas partes demandadas reúnen los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto de su lectura se advierte cuáles son los aspectos de la sentencia de grado que se critican y por qué. Ello determina que no corresponde declarar la deserción de los recursos.

III.- Ingresando ahora en el tratamiento de los recursos de autos, no se encuentra controvertido en la litis la existencia de la relación laboral entre el actor y la codemandada Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L., la que se inició el día 20 de mayo de 2015 y finalizó, despido directo mediante, el día 17 de marzo de 2017, como así también que la categoría laboral del demandante fue la de conductor de primera categoría, chofer larga distancia.

En tanto que llega firme a esta Alzada el rechazo de las diferencias salariales fundadas en los ítems 4.1.12 "comidas"; 4.1.13 "viático especial"; 5.6.2 "transporte de sustancias peligrosas"; y 4.2.6 "control de descarga", todo del CCT 40/89.

En definitiva la demanda ha progresado solamente por diferencias salariales derivadas del ítem 4.1.14 "pernoctada" del CCT 40/89.

Respecto de la procedencia de estas diferencias salariales se agravian ambas demandadas, sosteniendo que el ítem salarial "pernoctada" no se aplica a los conductores de larga distancia, como así también que la parte actora reclamó este rubro salarial pero con fundamentos diferentes a los utilizados por la jueza de grado para admitirlo.

En lo que refiere a la congruencia entre lo pedido y lo sentenciado, de la lectura de la demanda surge que el actor reclamó diferencias salariales, denunciando el pago en menos de su remuneración y señalando como uno de los rubros salariales cuyo pago se omitió al ítem "pernoctada". Es cierto que este

reclamo lo funda en que ello le corresponde por estar dentro de la rama petrolera, en tanto que la jueza de primera instancia lo considera procedente por aplicarse a los choferes de larga distancia, más ello no resulta relevante a los fines de la congruencia, ya que la sentencia no otorga algo distinto a lo pedido sino que lo da con otro fundamento jurídico -la categoría laboral del actor, no discutida por la parte demandada-.

En un caso similar, esta Sala II, con primer voto de mi colega de Sala, ha resuelto: "El principio de congruencia, impide el pronunciamiento fuera del objeto procesal propuesto por las partes, el juez no puede bajo ninguna circunstancia apartarse del mismo, este mandato constituye un límite preciso al deber de juzgar impuesto al tribunal por la ley objetiva. (Conf. Simon, Luis Maria, "Justicia Civil y Congruencia", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Sentencia I, 2007-2, pág. 141.).

"Dicho principio procesal encuentra su razón de ser en la garantía constitucional de la defensa en juicio, según la cual nadie puede ser condenado o vencido en juicio sin ser oído previamente (art. 18 CN), siendo precisamente ese el fundamento del recurso que aquí se analiza.

"Ahora bien, el rechazo de las diferencias reclamadas por aplicación de convenio colectivo no puede implicar que no se analice el resto del reclamo, más aun cuando en el intercambio epistolar con la empresa demandada, el actor expresamente intimó que se le abonen "diferencias y omisiones que resultan de la liquidación final" (cfr. "Moyano c/ DLS Argentina Limited", expte. jnqla4 n° 504.891/2015, 21/4/2021).

En igual sentido, el Tribunal Superior de Justicia de La Pampa ha sostenido que el principio iura novi curia faculta al juzgador a discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas que la rigen con

prescindencia de los fundamentos jurídicos que invoquen las partes (Sala A, "Domínguez c/ Municipalidad de Eduardo Castex", 25/8/2022, TR LA LEY AR/JUR/127751/2022).

En autos, insisto, nunca estuvo discutido que el actor fue chofer de larga distancia y que se le aplicaba el CCT 40/89, por lo que la jueza de grado subsumió los hechos en la norma convencional, otorgándole su interpretación, que difiere de la que le dio la actora, pero que otorga una diferencia salarial -reclamada en la demanda- por un ítem convencional también reclamado en la demanda.

Luego, la jueza de primera instancia no ha violado el principio de congruencia.

IV.- Sentado lo anterior, he de analizar si el rubro convencional "pernoctada" se aplica o no a las choferes de larga distancia.

El punto 4.1.14 del CCT 40/89 reza: "Cuando el personal deba pernoctar fuera de su residencia, en virtud de las características del servicio que presta, o por contratiempos surgidos en el servicio habitual, percibirá un viático en compensación por gastos de alojamiento de ...por día y por persona".

Este adicional (viático) se encuentra incluido dentro del título 4 "Condiciones de Trabajo", en el apartado 4.1 "Condiciones de trabajo para personal de corta distancia y locales"; en tanto que el apartado 4.2 "Condiciones de trabajo del personal de larga distancia" no lo incluye expresamente.

Sin embargo, existen precedentes de las Salas III y I de esta Cámara de Apelaciones que han habilitado el pago del rubro pernoctada para los choferes de larga distancia, con fundamento en la cláusula convencional 4.2.2. que dice: "Los choferes que trabajan en el transporte de larga distancia, percibirán en todos los casos las mensualizaciones establecidas

en la primera categoría de la presente convención colectiva de trabajo" (cfr. autos "Cruces c/ Arioni e Hijos S.R.L", expte. cnqci n° 352.363/2007, 21/12/2010; "Zenteno c/ Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L.", expte. jnqla5 n° 510.713/2017, 26/7/2023).

Adelanto opinión en orden a que no comparto la conclusión a la que arriban los precedentes citados.

En efecto, como ya lo señalé, el rubro pernoctada se encuentra incluido dentro de las condiciones de trabajo para el personal de corta distancia y locales, pero no para el personal de larga distancia.

En segundo lugar, la pernoctada no es un concepto "mensualizado", en tanto se abona por día, y en el supuesto que el trabajador debe pernoctar fuera de su residencia habitual, por lo que no está incluido en la cláusula convencional 4.2.2.

Y, finalmente, las condiciones especiales para trabajadores de larga distancia contemplan un rubro similar a la pernoctada en la cláusula 4.2.5, que expresamente se refiere al supuesto de que los choferes de larga distancia deban permanecer fuera de su residencia habitual -supuesto de hecho que fundamenta el pago de pernoctada para trabajadores de corta distancia y locales-, además, de también ver compensada la permanencia fuera de la residencia habitual con el rubro previsto en la cláusula 4.2.4.

La doctrina coloca a los rubros pernoctada (4.1.14), permanencia fuera de su residencia habitual (4.2.5) y al viático por kilómetro recorrido (4.2.4) como retributivos de la misma situación: cumplimiento de las tareas por parte del trabajador fuera del establecimiento, y en compensación de los gastos que debe realizar el chofer durante el transcurso del viaje; diferenciándose el viático por kilómetro recorrido, en que éste es consecuencia de la dificultad de controlar la extensión de la jornada de trabajo del chofer por parte de la

patronal, viniendo, entonces, a reemplazar el pago de las horas extras, en tanto que la permanencia fuera de la residencia habitual se dirige a compensar los gastos originados en esa circunstancia (cfr. Rinaldi, Juan A., "La actualización salarial de los trabajadores del transporte automotor de cargas", TR LA LEY AR/DOC/11204/2003; Mugnolo, Juan Pablo, "El convenio colectivo de trabajo 40/89. Transporte automotor de cargas", TR LA LEY 0003/400962).

Conforme lo dicho es que entiendo que al actor - chofer de larga distancia- no le correspondía percibir el rubro convencional previsto en la cláusula 4.1.14 del CCT 40/89.

Sin embargo, surge de los recibos de haberes de hojas 14/34, que al actor se le abonaba este rubro salarial, por los días que "pernoctaba en yacimiento", por lo que no puede ahora pretender la demandada desconocer que el actor tenía derecho a su percepción.

Lo dicho determina el rechazo del agravio bajo análisis, en cuanto a la procedencia de las diferencias salariales.

Sin embargo, advierto que la jueza de grado no ha descontado, a efectos del cálculo de esas diferencias, lo abonado por la empleadora, por lo que he de proceder a efectuar los descuentos pertinentes. Así en el período enero/febrero de 2016, el actor percibió en concepto de pernoctada la suma de \$ 737,55, por lo que la diferencia salarial por este período se reduce a \$ 4.384,45.

Por el período marzo/agosto de 2016, el actor percibió en concepto de pernoctada la suma de \$ 2.351,15, por lo que la diferencia salarial por este período se reduce a \$ 10.965,85.

Por el período septiembre/octubre de 2016, el actor no percibió suma alguna en concepto de pernoctada, por lo que la diferencia salarial se mantiene en \$ 6.067,00

Por el período noviembre/2016 a febrero/2017 el actor percibió la suma de \$ 722,96 en concepto de pernoctada, por lo que la diferencia salarial se reduce a \$ 9.179,04.

IV.- En lo que refiere a las diferencias en los rubros derivados del despido, las recurrentes critican la inclusión de la pernoctada en la base de cálculo, como así también del SAC proporcional para el cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, y la violación del tope previsto en el ya citado art. 245 de la LCT.

En lo que refiere a la primera cuestión -inclusión del rubro pernoctada en la base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido-, esta Sala II ya se ha expedido en autos "Riquelme c/ Segar S.A." (expte. jnqla5 n° 512.598/2018, 18/2/2020), con cita de un presente anterior de esta misma Sala, en anterior composición -"Amulef c/ Texey S.R.L.", expte. n° 447.161/2011, 29/9/2015-: "En base a tales conceptos y como lo sostuvimos en la causa "Poo" (expte. N° 383897/09, del 06/12/11), es menester determinar en cada caso concreto, si los viáticos correspondientes resultan ser remuneratorios o no.

"En el caso que nos ocupa, surge que los viáticos abonados, están específicamente regulados en el CCT 40/89: "comida" (art. 4.1.12), "viático especial" (art. 4.1.13) y "Pernoctada" (art. 4.1.14) y conforme surgen de los recibos de haberes acompañados por la demandada.

"Además, y en virtud de lo dispuesto por el art. 4.2.11) de dicho convenio, se establece que atento la imposibilidad de documentar montos de los gastos que los

dependientes tienen que efectuar en sus viajes, los exime de presentar comprobantes o de rendir cuentas.

“Por ello disiento con la conclusión a la que arriba el juez a quo, otorgándole naturaleza salarial, porque de lo reglamentado en el convenio colectivo referido...En cuanto al “viático especial”, resulta una compensación de gastos de movilidad en que incurre el trabajador y lo cierto es que no ha sido planteado por el actor, ninguna situación de fraude laboral, que lleve al juez a apartarse de la libertad que establece el art. 106 de la LCT, en lo que respecta a que un convenio colectivo pueda establecer que ciertos viáticos revisten carácter de no remuneratorios.

“En tal sentido, la Sala III de la Cámara Nacional del Trabajo, sostuvo que;

“El art. 106 de la LCT autoriza que un convenio colectivo de trabajo o laudo arbitral atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento sin exigencia de rendición de cuentas (Conf. Plenario 247 de esta Cámara, in re “Aiello, Aurelio c/ Transportes Automotores Chevallier SA” DT 1985-1435). En tal sentido, la CCT 40/89 ha establecido expresamente que los rubros “comida” y “viáticos” que eran percibidos por los trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación no tienen carácter remuneratorio. La convención señalada expresa que “en los casos previstos en los ítem 4.1.12 (comida), 4.1.13 (viático especial), atento la imposibilidad de documentar el monto de los gastos que los dependientes tienen que efectuar en sus viajes o durante la prestación del servicio fuera de la sede de la empresa, queda convenido que los trabajadores en ninguna circunstancia deberán presentar comprobantes de rendición de cuentas. Las compensaciones previstas en los ítem señalados en ningún caso sufrirán descuentos ni carga social alguna, por no formar parte de las remuneraciones de los dependientes, en un todo de cuadro

con el art. 106 LCT". (CNAT Sala III Expte n° 32486/02 sent. 86056 11/8/04 "Sánchez, Juan c/ Cliba Ingeniería Urbana SA s/ despido" (P.- G.-)).

"Por lo tanto, considero que los viáticos descriptos en los puntos 4.1.12, 4.1.13 y 4.1.14 del CCT 40/89, no son de naturaleza salarial (...)".

"No desconozco las distintas opiniones existentes en torno a la interpretación del art. 106 de la LCT en cuanto habilita a los estatutos profesionales y a las convenciones colectivas de trabajo a hacer excepción a lo dispuesto en la primera parte de la norma, pero entiendo que, en tanto no se acredite la existencia de fraude laboral, debe convalidarse la autonomía de la voluntad colectiva, expresamente habilitada por la Ley de Contrato de Trabajo para reglar los viáticos.

"Sebastián Serrano Alou, no obstante no compartir el criterio que sustento, señala que para el caso que se entienda que vía convenio colectivo se pueda otorgar carácter no remuneratorio al viático sin rendición de cuentas, esto no podría convalidar que se disfracen rubros salariales bajo el ropaje de viáticos, siendo necesario analizar el contenido de la cláusula convencional a los efectos de determinar si el ejercicio de la autonomía colectiva se efectuó con adecuación al orden público laboral (cfr. aut. cit., "Los viáticos son remuneratorios, y sólo excepcionalmente dejan de serlo", LL 2011-E, pág. 622).

"Por su parte, la jurisprudencia ha dicho que "la cláusula convencional del CCT 40/89, que otorga carácter no remuneratorio a los viáticos no sujetos a rendición resulta plenamente operativa cuando el trabajador se sometió voluntariamente a su régimen, y si no alegó ni probó fraude alguno" (Cám. Apel. Trabajo Resistencia, Sala II, "Aguirre c/ Rabbione Su Transporte S.A.", 28/2/2000, LL AR/JUR/5828/2000); como así también que "los viáticos otorgados al amparo del CCT

40/89, entregados sin necesidad de presentar comprobantes de rendición de cuentas, no revisten naturaleza remuneratoria, porque así lo habilita el art. 106 de la LCT, como también porque ha sido la resultante de la voluntad colectiva de las partes signatarias de la norma convencional" (CNAT, Sala IX, "Pérez c/ Expreso Cargo S.A.", 12/5/2011, LL AR/JUR/21159/2011; ídem., Sala VIII, "Restelli c/ Transportes Olivos S.A.", 14/8/2012, LL AR/JUR/44394/2012).

"En consecuencia, no habiéndose invocado ni probado, en autos, la existencia de fraude a la ley, no corresponde apartarse de la autonomía colectiva plasmada en el CCT 40/89, conforme lo autoriza el art. 106 de la LCT, debiendo modificarse la sentencia de primera instancia en cuanto incluye a los rubros viático especial y pernoctada como remunerativos".

Conforme lo dicho, no habiéndose ni invocado ni probado en estas actuaciones la existencia de fraude a la ley, ha de respetarse la autonomía colectiva en cuanto determinó, conforme lo autoriza el art. 106 de la LCT, que el viático denominado pernoctada es no remunerativo, debiendo ser excluido de la base de cálculo del art. 245 de la LCT.

Pero ello no sucederá respecto de la indemnización sustitutiva del preaviso y de la integración del mes del despido, ya que por aplicación del criterio de la normalidad próxima, debe tomarse la última remuneración percibida por el trabajador y, si ella debió contener el pago del rubro pernoctada, por que el trabajador efectivamente estuvo fuera de su lugar de residencia -esta es la base de la procedencia de las diferencias salariales que acogió la jueza a quo, no cuestionada por la demandada-, aquél debe ser incluido para su cálculo. Ello así porque la finalidad del pago de estas indemnizaciones, entre otras, es colocar al trabajador en la misma situación salarial que hubiere tenido si se hubiere otorgado el preaviso, y si se

hubiera puesto fin al contrato de trabajo en forma coincidente con la finalización del mes.

Finalmente, en lo que hace a la inclusión del SAC proporcional en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, en autos "Arce c/ San Antonio Internacional S.A." (Expte. JNQLA2 n° 514.901/2019, 4/5/2022); "Díaz c/ Indalo S.A." (Expte. JNQLA5 n° 511.473/2017, 19/10/2022); "Vázquez c/ Tec Precinc S.R.L." (Expte. JRSCI1 n° 12.351/2018, 14/6/2023); y "Merino c/ Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L." (Expte. JNQLA1 n° 514.526/2018, 11/10/2023), entre otros, sostuve: "...Conforme lo he dicho en autos "Cañicura c/Empresa Zille SRL" (sentencia del 5/7/2011, Sala II, P.S. 2011-IV, f° 707/719): "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Hermann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982).

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolia, Julio A.,

op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustentó), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC.

“Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía (“Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, T. IV, pág. 438/439).

“El sueldo anual complementario es una remuneración adicional que se devenga mes a mes ya que, de otro modo y como bien lo pone de manifiesto el a quo, no tendría razón de ser el pago proporcional dispuesto en el art. 123 de la LCT. Por tanto, y conforme ya lo adelantara, corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

“Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo, la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto de que aquella reparación -tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado (que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y, consiguientemente, del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado, el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes”.

“Este criterio, como bien invoca el actor, es sostenido también por el Tribunal Superior de Justicia del

Neuquén, en la Sala Civil y en los autos "Reyes Barrientos" - Expte. n° 70/2013, Acuerdo n°10/16 del 16/06/2016-".

Por ende, se ha de confirmar la inclusión del SAC proporcional en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT.

Conforme lo dicho, la base de cálculo de la indemnización por antigüedad se reduce a la suma de \$ 59.801,66, más el SAC proporcional (\$ 4.983,47), lo que hace un total de \$ 64.785,13, que multiplicado por 2 arroja una indemnización de \$ 129.570,26, y descontando lo abonado al trabajador (\$ 86.452,66) determina una diferencia a favor del actor de \$ 43.117,60.

En lo que refiere a la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT para la base de cálculo de la indemnización, esta Sala II ya se ha expedido respecto a que ello es una cuestión que debe ser planteada al contestar la demanda, resultando extemporáneo la formulación de esta defensa recién en la segunda instancia, en tanto fue un tema no sometido a la consideración de la jueza de grado. Ello así porque "...el tope de la indemnización por despido no constituye una norma de orden público, pues está impuesto para favorecer a los empleadores quienes pueden renunciarlo u oponerlo..." (cfr. autos "Salvador c/ Champions Technologies de Argentina S.R.L.", Expte. n° 501.779/2013, 15/8/2019; "Melo c/ El Molinillo S.R.L.", Expte. JNQLA3 n° 507.379/2016, 12/11/2019).

Ninguna de las demandadas planteó la aplicación del tope para la base de cálculo de la indemnización por antigüedad en oportunidad de contestar la demanda, por lo que la jueza de grado no estaba obligada a expedirse sobre el punto, y no puede ser abordado por la Alzada (art. 277, CPCyC).

En definitiva y como resultado de la apelación, el capital de condena se reduce a la suma de \$ 113.754,94.

V.- Corresponde ahora abordar la queja de la demandada YPF S.A. respecto de la extensión de la condena en los términos del art. 30 de la LCT.

La recurrente no cuestiona que las tareas que desarrollaba el actor para la codemandada Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L. sean normales y específicas de la actividad de YPF S.A. -lo que resulta notorio, conforme lo sostiene la parte actora, ya que es propio de la actividad de esta codemandada el transporte de las sustancias que extrae y elabora-, sino que se refiere a los alcances de la exigencia que la LCT pone a cargo del contratista principal.

Y en este aspecto, va de suyo que, como bien lo señala la jueza a quo, el art. 30 de la LCT no se contenta con que el contratista principal le exija a su cocontratista que cumpla con la legislación laboral, sino que requiere que efectivamente controle dicho cumplimiento.

Claudio Aquino y Santiago L. Sfeir señalan que el art. 30 de la LCT establece la solidaridad para los casos de contratación y subcontratación, fundada en el deber de control, que pone en cabeza del contratante principal (cfr. aut. cit., "Las cláusulas de indemnidad laboral y su operatividad frente al incumplimiento del deber de control del art. 30, LCT", DT 2021, pág. 30).

En este sentido resulta ilustrativo el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo -Sala V-, en cuanto sostiene: "...la ley admite en el art. 30 LCT la segmentación de la empresa a través de la contratación o subcontratación de actividades o servicios que hacen al giro normal y específico pero, como contrapartida, impone al principal una obligación o garantía respecto del cumplimiento de las normas relativas al trabajo. La responsabilidad solidaria del principal emerge ante el incumplimiento de las obligaciones contraídas por los cesionarios o contratistas respecto del personal que ocuparen en

la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral.

“En otras palabras, si el empresario decide desplazar sus poderes hacia un contratista para el cumplimiento de los fines de la empresa, asume una obligación de garantía hacia los trabajadores empleados por aquél, que no se limita al sólo cumplimiento de las obligaciones salariales, sino que, en la medida en que el contratista es elegido por el empresario, opera dentro de su esfera de riesgo la elección de la persona con quien contrata.

“En este contexto, cabe destacar que el concepto de remuneración en su conjunto, constituye un elemento esencial del contrato de trabajo, y de ahí es que la obligación salarial representa la principal contraprestación a la que se obliga el empleador (cfr. art. 103 LCT y Convenio 95 OIT). Si en la causa se comprueba algún incumplimiento en el pago de conceptos que la integran - en el caso insuficiencia en el pago de horas extras- que incide en la base de cálculo salarial que se utiliza para calcular los demás conceptos salariales, ello determina la responsabilidad atribuida” (cfr. autos “Figueroa c/ Securitas Buenos Aires S.A. y otro”, 15/9/2022, TR LL AR/JUR/126154/2022).

Los conceptos vertidos en el precedente transcripto son plenamente aplicables en estas actuaciones.

De aceptarse el criterio de la recurrente, la norma del art. 30 de la LCT resultaría inútil como garantía para el trabajador.

Por lo dicho se rechaza este agravio.

VI.- Respecto de la distribución de las costas procesales, esta Sala II tiene dicho que: “El principio objetivo de la derrota es la regla que rige en materia de distribución de las costas procesales. Quien resulta vencido en el pleito tiene que hacerse cargo de los gastos del proceso, incluidos los de su

contraria, a la que obligó indebidamente a litigar. Y este principio rige plenamente en el ámbito laboral, aunque con algunas atenuaciones en virtud del carácter alimentario que invisten las pretensiones relacionadas con el contrato de trabajo para el trabajador.

“Por esta especial circunstancia, y cuando la pretensión principal progresa, aunque se rechacen otras, en general, las costas se imponen en su totalidad a la accionada perdedora. Y este es el supuesto de autos, ya que la demanda, en lo sustancial, ha progresado. En este sentido se ha dicho que “el vencimiento parcial y mutuo que legisla el art. 71 del ritual, debe apreciarse con criterio principalmente jurídico, no pudiendo aplicarse esta norma excepcional cuando ha habido vencimiento en lo sustancial de las aspiraciones, como en el caso de autos” (autos “Jara c/ Coop. de Energía Elect. Plottier”, Expte. n° 371.355/2008, 24/11/2011; “Gruich c/ Emprend. Industriales S.R.L.”, Expte. n° 469.288/2012, 5/12/2019; “Olave c/ Sucesores de Rosales Luis Nolberto y otro”, Expte. JNQLA4 n° 502.183/2013, 10/2/2021, entre otros).

En autos, la pretensión sustancial del actor ha progresado -diferencias salariales-, más allá del monto final por el que progresa la demanda.

Ahora bien, también es cierto que de todos los rubros salariales pretendidos por la parte actora solamente ha progresado uno, en tanto que los restantes han sido rechazados, y es por ello que la jueza de grado ha distribuido proporcionalmente los gastos causídicos.

Y analizada esta distribución entiendo que ella no refleja adecuadamente el éxito obtenido por las partes, proponiendo establecerla en el 60% a cargo de la parte demandada y en el 40% a cargo de la parte actora (arts. 17, ley 921 y 71, CPCyC).

VII.- Resta por analizar la apelación arancelaria formulada por la codemandada Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L.

La sentencia de grado regula los honorarios de la representación letrada de la parte actora en el 22,4% de la base regulatoria, lo que implica que ha aplicado un 16% conforme la escala del art. 7 de la ley 1594, con más el adicional previsto en el art. 10 de la misma norma legal.

El porcentaje del 16% se encuentra dentro de la escala del art. 7 del arancel, siendo, además el que utiliza habitualmente esta Cámara de Apelaciones para supuestos de similar complejidad, retribuyendo adecuadamente la labor de los letrados de autos, por lo que se confirma la regulación de honorarios de la instancia de grado.

VIII.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de las demandadas, y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, 1) disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 113.754,94; y 2) distribuyendo las costas del proceso en un 60% a cargo de la parte demandada y en un 40% a cargo de la parte actora; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

Las costas por la actuación en esta segunda instancia, en atención al éxito obtenido, se distribuyen en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la labor ante la Alzada en el 6,72% de la base regulatoria en conjunto para los letrados Augusto Barona González, Mariana Mendes y María Fernanda Auzmendi; 4,7% de la base regulatoria para el letrado Carlos Augusto Freixas; y 4,7% de la base regulatoria para el letrado Manuel I. Andrada, todo de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1.594.



EL juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Modificar** la sentencia dictada el día 10 de agosto de 2023 (fs. 474/483), 1) disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de \$113.754,94; y 2) distribuyendo las costas del proceso en un 60% a cargo de la parte demandada y en un 40% a cargo de la parte actora; confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas de segunda instancia en un 80% a cargo de la parte demandada y en un 20% a cargo de la parte actora (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

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

PATRICIA CLERICI
Jueza

JOSÉ NOACCO
Juez

VALERIA JEZIOR
Secretaria