



NEUQUEN, 12 de diciembre del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CORDOBA ROBERTO ANIBAL C/ EMPRESA ZILLE SRL Y OTRO S/DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"**, (JNQLA2 EXP N° 377380/2008), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 381/387 vta., que hace lugar a la demanda condenando a la demandada al pago de \$ 25.762,25 en concepto de ítems indemnizatorios, aquella apela a fs. 396/403 y vta., cuyo traslado ordenado a fs. 404, no es contestado por el actor.

II.- Como primer agravio apunta a la condena por diferencias en liquidación final y condena a indemnizar la antigüedad, alegando que el Sr. Córdoba suscribió el acuerdo bajo las pautas del art. 241 de LCT y que del texto surge que conforme el expte. Administrativo N° 3256-571 (de fecha 30.09.05) el monto de gratificación está plasmado en el Anexo de pago y en el Anexo B, y su firma inserta en el anexo de Pago y en el anexo A (acta de acuerdo), encontrándose reconocido el pago de los \$ 5.067,33 acordados.

Manifiesta que el acuerdo no fue homologado, pero no por importes insuficientes, sino porque se requirió copias de los recibos como un previo, por ello el recaudo de la homologación no es menester por tratarse de acuerdos por el art. 241 LCT.

Expresa que al actor no lo despidieron, sino que paso de empresa, lo cual ha sido acreditado con el informe crediticio, acompañado a estos autos con fecha 27.04.15 del



cual surge (conf. Pág. 2) que el actor estuvo bajo relación de dependencia de la demandada desde septiembre del 2000 hasta septiembre del 2005, pasando al mes siguiente como empleado de OPS S.A. (a partir de octubre de 2005).

Manifiesta que Córdoba iba a seguir trabajando y que cobró cerca de \$ 3.000 cuando tenía unos tres años y medio, un acuerdo de mas de \$ 5.000 no parece como descabellado.

Invoca el Acuerdo N° 14/05 del TSJ ("causa "Cárcamo, Carlos Alberto y otros c/ Gonzomar S.A. S/ despido"), donde se sostuvo que la falta de formalidad previstas por el art. 241 de la LCT, el contrato se rescindió por voluntad concurrente de las partes, no surgiendo evidencia de fraude en perjuicio de los trabajadores, cuando se había producido, como aquí también una continuidad en el trabajo y en aquel caso la distancia en el tiempo era solo de tres meses contra dos años en este caso.

Manifiesta que la sentencia yerra la declarar nulo el acuerdo por el cual las partes resolvieran de común acuerdo la relación laboral, alegando que no fue evaluado que el Sindicato pudo representar los intereses individuales, con la ratificación del trabajador.

Expresa que el cliente único de la empresa YPF S.A. dio por finalizado el contrato que la unía con Zille (que consistía en moviendo de suelos), y que esta actividad no tiene porqué ser considerada específica de YPF SA sino que está más relacionado (el movimiento de suelo) con la construcción de obra civil que con la explotación hidrocarburífera y que aquella desvinculación entre Zille e YPF S.A. es suficiente para instrumentar la misma bajo el concepto del art. 247 de LCT.



Manifiesta que el actor, junto con el resto del personal vinculado al contrato que había entre Zille e YPF S.A., negoció y obtuvo con fuerte presencia sindical, una desvinculación por mutuo acuerdo, bajo los términos del art. 241 LCT, acuerdo que fue plasmado ante la Subsecretaria de Trabajo el día 30.09.05.

Señala que la inclusión del art. 246 en vez del art. 241 LCT resulta un error de tipeo, ya que ni siquiera al actor se le ocurrió considerarse despedido indirectamente, por lo que la causa fue la desvinculación pactada de Zille SRL para seguir los pasos posteriores de ratificación y sobre todo, por la inexistencia de manifestación en contrario, sino dos años después.

Resalta que el acuerdo del art. 241 LCT sólo requiere su formulación ante la autoridad administrativa y no es menester el acto homologatorio, alegando que la sentencia al prescindir de esta rúbrica individual, habilita incluso el reclamo extraordinario de nulidad, ya que en ese orden, el TSJ admitió su procedencia, en un caso como el de autos, citando Sangiuliani c/ Central Térmica (Acuerdo 166/96; con voto Dr. Vidal, sin disidencias).

Invoca la ratificación personal, conforme lo dispuesto por el art. 43 de la ley orgánica de la Subsecretaria de Trabajo, ley 1625, ratificado por la ley 2203, prescindiendo la sentencia de que la asociación gremial puede invocar la representación de los intereses individuales y colectivos de los trabajadores de la actividad, de conformidad con lo dispuesto por el art. 31 inc. A) de la ley 2355 y que para representar esos intereses, es necesario que la asociación acredite por escrito el consentimiento de los trabajadores, conforme arts. 22 del decreto 476/88, tal como surge con la ratificación del Sr. Córdoba, en los anexos referidos.



Manifiesta ausencia de perjuicio, puesto que aún cuando hipotéticamente el acuerdo no estuviere homologado por la Subsecretaría de Trabajo, no es posible restarle validez, ya que en este caso el Sr. Córdoba percibía un promedio de \$ 1.500 (excluyendo sumas no remunerativas, según el CCT 396/04) por los dos años de antigüedad que acumulada era acreedor de \$ 3.000 de modo que lo percibido (\$5.067,33), superaba tal expectativa.

Expresa que debe compulsarse la firma del accionante obrante en el expediente administrativo y demás presentaciones personales que resultan convalidantes y que el art. 12 LCT establece nulidades relativas (no absolutas), además de que no hubo reclamo durante casi dos años de suscrito el acuerdo, violentado la teoría de los actos propios.

Cita las causas "Pilquil" del 05/03/98 de la Sala I y "Olguin" del 21/11/95 de esta Sala.

Como segundo agravio, apunta a la base de cálculo de la sentencia para llegar al resarcimiento, criticando que haya tomado como base la suma \$ 3.443 basándose en el recibo de fs. 2, que incluye sumas que no son remunerativas, por ej. Art. 60 CCT 396/04, alegando que este monto ha tenido convalidación por ley respecto de su ausencia de remuneratividad, porque no se trata de aumentos por vía de decreto como los allí analizados sino de normas emanadas del ámbito convencional colectivo bajo las leyes 14.250 y 26.417.

Expresa que la sentencia aplica al monto calculado como MRMNH y lo toma como base de todos los rubros de condena, cuando debió aplicarse el promedio de los últimos seis meses, atento la denominado "normalidad próxima".

Critica también el importe determinado en concepto de SAC sobre, porque alega que el aguinaldo se



devenga de los rubros remuneratorios y no sobre los reparatorios, invocando lo decidido en "Villegas" (Expte. N° 445940/11, del juzgado laboral N° 1).

Finalmente se agravia de la condena por intereses, ya que manifiesta que se incluyeron bajo tal concepto los importes en concepto de multas (art. 2 ley 25.323 y art. 80 LCT) y respecto a estas, no corren desde el despido, sino desde que queda firma la condena la pago de las mismas.

III.- Ingresando al tratamiento de los agravios, adelanto mi opinión favorable a la demandada, ya que la cuestión planteada, guarda similitud con supuestos en los que ya me he pronunciado en el sentido que invoca el apelante.

No resulta un hecho controvertido que el actor tuvo conocimiento y participación en el convenio realizado ante la autoridad administrativa, conforme lo manifestado en el escrito de demanda, surgiendo de las constancias existentes en el expediente administrativo, agregado como prueba que tengo a la vista, que suscribió las planillas anexas (A y B).

Sostuve en los precedentes "Cañicura" (Expte. N° 377378/08, del 05/07/11), "Bravo" (Expte. N° 377394/08, del 13/12/12) y "Nuñez" (Expte. N° 377387/08, 30/09/14), seguidos contra la demandada, donde se discutió de similar cuestión, que:

"Al respecto, el art. 241 de la LCT, al reglamentar la extinción expresa por voluntad concurrente de las partes, exige: 1) que el acto se instrumente por escrito, 2) por escritura pública o ante autoridad judicial o administrativa del trabajo y 3) con la presencia personal del trabajador, todo ello, a fin de garantizar las condiciones en que el trabajador formulará su manifestación de voluntad (Conf. Herrera, en "Extinción del contrato de Trabajo", p. 170)".



"En el caso de autos, la cuestión debatida se centra en el último de tales requisitos, esto es, la presencia personal del trabajador, a fin de decidir si la ratificación que invoca la demandada y que el juez desconoce como tal, importa convalidar el acuerdo celebrado por ante la subsecretaría del Trabajo".

"Al respecto, me parece oportuno citar a Herrera, quien sostiene que: "...no resultaría válida la extinción concertada por medio de apoderado del trabajador. A nuestro juicio tales exigencias son exageradas y exceden el razonable marco de garantía de la libre expresión de voluntad como condición de fondo. En los hechos la imposición de tan severas formalidades estimulará formas de simulación que generalmente no favorecerán al trabajador. A mayor abundamiento, previamente, me parece compatible un rigor tan formal con la admisión de la extinción tácita que puede ir acompañada por manifestaciones irregulares" (en ob. cit. p. 171)".

"Y traigo a colación estos conceptos, que comparto, porque me parece que, si bien el orden público laboral rodea de formalidades ciertos actos de la vida laboral, a fin de proteger a la parte más débil que resulta ser el trabajador, también es cierto que como dice Carlos Pose **"En principio el trabajador es un ser que se presume que goza de pleno discernimiento para emitir declaraciones de voluntad, por lo que la prueba tendiente a conmovir los alcances de su renuncia debe ser lo suficientemente convincente..."** (en "Supuesta renuncia al empleo bajo vicio de intimidación", DT 1994-A, 342).

"Si bien, mucho se ha escrito acerca de la presencia personal del trabajador en los casos de extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes, juzgo que la letra del articulado del art. 241 de la LCT, aplicada a rajatabla sin merituar el supuesto fáctico



donde se desarrolla, importaría dar una solución dogmática al caso, prescindiendo en algunas ocasiones, del principio de buena fé (art. 63 LCT), es decir lo que los firmantes entendieron o, pudieron entender al suscribir el acuerdo.

"Así, en la causa Pérez (PS: 2008- Nº 130- Tº IV-Fº 740/745, sala II, 05/08/08), sostuve la nulidad de un acuerdo en los términos del 241 de la LCT, ya que no sólo faltaba la presencia del trabajador en su formalización, sino también que tampoco se había realizado por escritura pública o ante la autoridad administrativa o judicial.

"Traspolando estas ideas al caso que nos ocupa, considero que conviene precisar algunas consideraciones que transforman en "particular" esta causa.

"En primer lugar, que existió mediante acta de presentación espontánea (a fs. 206), un acuerdo por escrito, **ante la autoridad administrativa, Subsecretaría de Trabajo**, celebrado entre el Sr. Víctor Estrella (representante de la empleadora) y los Sres. Rucci, Aqueveque, Hernández y Gordillo **todos estos en representación del Sindicato del Petróleo y Gas Privado de Río Negro y Neuquén**, mediante el cual sostuvieron que "los operarios detallados en Anexo A (entre los que se encuentra el actor, conforme planilla obrante a fs. 210), incluyendo al Delegado Gremial, "ponían fin a la relación laboral a partir del 30 de septiembre de 2005, conforme art. 241 de la LCT".

"En segundo lugar, en el listado del mencionado Anexo "A", figura el nombre, legajo, categoría y Cuil del actor y "su firma", signatura que no fue desconocida al contestar el traslado de la documental (conf. fs. 132 y 139) y mucho menos hace mención en la demanda (donde "sólo" acompaña copia del Anexo "B", afs. 5), tampoco al contestar la expresión de agravios (fs. 316 vta., segundo párrafo).



"En tercer lugar, el actor con posterioridad al 26/12/05 (fecha del depósito por parte de la empleadora (fs. 222) concurrió a la Subsecretaría de Trabajo a retirar la primera y con posterioridad el 24/02/06 a retirar el importe en concepto de segunda cuota (conf. fs. 218 y 223), ya que firma cada una de las planillas mencionadas, manifestando en otra presentación, en el mes de febrero (fs. 228), que percibió con la segunda cuota la liquidación final y solicita el archivo de las actuaciones.

"En cuarto lugar, resulta llamativo que el actor nada dijera desde la firma del acuerdo, 30/09/05 (fs. 206), hasta el momento del envío de la carta documento (de fecha 12/07/07, fs. 6), iniciando la demanda (26/08/08, conf. constancia de fs. 35), luego de más de un año después de dicha intimación, o sea, ha tenido en estos años, tiempo más que suficiente para analizar la situación, además de la presencia sindical en el acuerdo mencionado.

"De todo ello, no encuentro acreditado el fraude que invoca el actor, y sí considero, que el actor debió haber reaccionado en forma "inmediata", en caso de considerarse víctima de un acto viciado, tanto más, si como resulta del expediente tramitado por ante la Subsecretaría de Trabajo, el actor concurrió varias veces ante el organismo (a retirar los importes emergentes del acuerdo y a pedir el archivo de las actuaciones). Nótese que en la constancia de fs. 228, es preguntado sobre si quiere agregar algo o enmendar, manifiesta que "no".

"En función de todo lo señalado, considero que en este caso en particular, la extinción del contrato de trabajo por voluntad concurrente de las partes plasmado en el Acuerdo referido, debe valorarse conforme pautas del art. 63 de la LCT (que es parte del principio general establecido en el art. 1198 del código civil), es decir, teniendo en cuenta lo que



las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, y a tal fin conforme los enunciados precedentemente señalados, me llevan a interpretar que las conductas posteriores de ambas partes, luego del acuerdo celebrado en sede administrativa laboral, tuvieron la intención de extinguir el contrato de trabajo.

"Y sostengo esto porque no encuentro otra interpretación para el caso, cuando, si bien no hubo presencial corporal del actor, suscribió una ratificación de su puño y letra (para la presentación del Sindicato por ante la Subsecretaría de Trabajo), que repito, no se encuentra ni siquiera mencionada en su demanda y escritos posteriores, percibió las sumas convenidas en aquél acuerdo y luego de **casi dos años**, invoca la nulidad de dicho acuerdo. Distinta hubiese sido la situación, si hubiera cuestionado y acreditado de alguna manera algún vicio en su voluntad al momento de suscribir dicho anexo. Pero este no es el caso, sino todo lo contrario.

"Y si bien no desconozco el principio protectorio del derecho laboral y sus normas que giran en la órbita del denominado orden público laboral, considero que sus aplicaciones al ámbito de los derechos del trabajador, deben corresponderse también con sus obligaciones, porque el trabajador, no es un incapaz de hecho, es ante todo una persona y por lo tanto, un sujeto capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. Su conducta junto con la del empleador, deben ajustarse a determinadas directivas, tales como la buena fé -lealtad que al decir de Plá Rodríguez "implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas, ni abusos, ni desvirtuaciones" (en "Los principios del Derecho del Trabajo", p. 310 y 311).

"Asimismo, el actor no hizo mención a tal ratificación, ni siquiera al intimar mediante CD de fs. 90, ya



que cuando allí alude al Acuerdo, sólo menciona falta de su presencia en la celebración (no su firma en el Anexo A donde también se consigna la leyenda "acta acuerdo"), haciendo referencia a que dicho acuerdo no ha sido homologado y que resulta violatorio de lo dispuesto por el Art. 15 de LCT.

"Al respecto, y más allá de que la falta de homologación, no fue una cuestión tratada en la sentencia, debo decir, que los acuerdos de extinción por mutuo acuerdo como el de autos, no necesitan de homologación para su validez, porque escapan del supuesto previsto por el art. 15 de la LCT.

"En ese orden de ideas, Díaz Critelli, señala "Es así que la formalización de la extinción por mutuo acuerdo (conf. art. 241 de la LCT) no requiere de homologación para su validez, ya que la autoridad interviniente (administrativa o judicial) sólo es recipiendaria del acto y al solo fin de verificar los datos y los presupuestos antes mencionados, y a diferencia del acuerdo transaccional del art. 15 de la LCT donde se está ante una cuestión litigiosa que pudiera dar lugar a acuerdos transaccionales o conciliatorios". (El artículo 241 de la LCT y la impugnación por parte del trabajador del acuerdo extintivo de la relación laboral", Sup. Act. 25/08/09, 1, LLNOA, 2009, septiembre, 697).

"Por su parte, la CSJN ha sostenido que "la falta de homologación de un acuerdo por autoridad competente no es motivo para desconocer -sin más- sus efectos, si el principio de irrenunciabilidad establecido con carácter general en el art. 12 de la Ley 20.744, a cuya protección se dirigen el requisito de homologación previsto en el art. 15, no resulta afectado en modo alguno (cfse. SCG 689 L XXI "Gatarri, Alfredo c/ Comertasa Construcciones Metálicas Argentinas SAIC del 23/8/88; y Fallos 312:1244 y 313: 342. Sobre el tema ver asimismo Fallos 316: 1618; 312:1592; etc.). (Del dictamen de



la Procuradora Fiscal Subrogante ante la CSJN coincidente con o resuelto por la Sala X)" (M 427 XL "Martínez Antonio c/ Nuevas Rutas SA y otros s/ despido", 17/04/2007).

"Quiero destacar que frente a la afirmación por parte del apelante, en cuanto sostiene la ausencia de perjuicio para el actor del acuerdo celebrado, ya que mediante el mismo percibió la suma de \$ 5.010,72 (cuando era acreedor de \$ 3000), el actor, al contestar los agravios, nada ha dicho, y mucho menos ha refutado esos cálculos efectuados por la demandada, ya que en el pto. III) de su contestación (a fs. 315 vta/317), se limita a invocar la nulidad por la falta de presencia personal en el acuerdo y falta de ratificación, haciendo mención a su comparencia sólo a los fines de retirar los importes de las cuotas, pero insisto, tampoco dice nada de su firma estampada en el Anexo A del acta acuerdo. Como si no hubiera existido.

"En función de todo lo expuesto, considero que dadas las particularidades de esta causa, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada, declarando la validez del Acuerdo celebrado en sede laboral, Subsecretaría de Trabajo, y, en consecuencia, revocar lo decidido en la instancia de grado, dejando sin efecto el despido incausado y las sumas de condena por los rubros indemnizatorios que son su derivación".

En el caso de autos el actor, caben iguales reflexiones, ya que si bien es cierto que no estuvo presente en la celebración del acuerdo (porque quien participó fue el Sindicato), también lo es, que el Sr. Córdoba suscribió las planillas anexas A y B en las que se alude expresamente a la existencia del acuerdo, tal como se deduce de su título. Además, luego el actor requiere el archivo de las actuaciones prestando su expresa conformidad con ello (Conf. fs. 170), por lo que resulta claro que las actuaciones administrativas aluden al acuerdo y no a otra cosa, dado que es lo único que



existe además de su cumplimiento, en las actuaciones administrativas.

Asimismo, la magistrada luego de determinar la suma de condena, deduce lo percibido en sede administrativa en función de aquél acuerdo, lo que no fue cuestionado por la actora, atento su silencio al corrérsele traslado de los agravios.

Tal como sucedió en la causa ya transcripta, aquí también se observa el tiempo transcurrido desde la firma y ejecución del acuerdo (30/09/2005- diciembre 2005) al reclamo mediante carta documento que obra a fs. 9 (17/07/2007).

Por lo tanto y en función de todo lo expuesto, considero que dadas las particularidades de esta causa, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada, declarando la validez del Acuerdo celebrado en sede laboral, Subsecretaría de Trabajo, y, en consecuencia, revocar lo decidido en la instancia de grado, dejando sin efecto el despido incausado y las sumas de condena por los rubros indemnizatorios que son su derivación.

V.- Consecuentemente, deviene abstracto el pronunciamiento sobre los restante agravios referidos a la base de cálculo distintos rubros indemnizatorios y la respectiva aplicación del SAC a la base indemnizatoria.

No prosperará la queja sobre la aplicación de intereses sobre la multas previstas en el art. 2 de la ley 25.323 y en el art. 80 de la LCT, en tanto que respecto a la primera de ellas, ni siquiera existió condena al respecto (tampoco fue solicitada pro el actor). En cuanto a la segunda, porque la aplicación de multa fue rechazada en la instancia de grado.

VI.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo se haga lugar al recurso deducido por la accionada, revocándose la



sentencia en lo que se refiere al monto de condena, dejando subsistente la obligación de entregar el certificado de trabajo. Las costas de primera instancia se impondrán en un 90% a la actora y en un 10% a la demandada atento la forma en que se resuelve (conf. art. 17 ley 921). Las costas de Alzada a la actora perdidosa. Los honorarios serán dejados sin efecto, procediéndose a una nueva determinación en base a las pautas arancelarias, fijándose los de esta instancia bajo las pautas del art. 15 L.A.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Disiento con la opinión del señor Vocal que emitiera su voto en primer término.

En una situación similar a la de autos dije que: *"La norma del art. 241 de la LCT resulta clara en orden a que aquellas convenciones en que las partes, por mutuo acuerdo, ponen fin al contrato de trabajo, no sólo deben formalizarse por escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo, sino que deben contar con la presencia personal del trabajador, bajo pena de nulidad.*

"Tanto Juan Carlos Fernández Madrid ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1966) como Julio Armando Grisolia ("Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Ed. AbeledoPerrot, 2008, T. II, pág. 1226/1227) son contestes en que el acto requiere siempre de la presencia del trabajador, lo cual excluye la posibilidad de que sea representado por un apoderado.

"En autos, el acuerdo de fs. 206 fue celebrado entre la empleadora y representantes del Sindicato de Petróleo y Gas Privado de Río Negro y Neuquén, quienes ni siquiera indican que cargos o que representación sindical ejercen.

"De ninguna manera la firma del actor en el Anexo A de fs. 210 puede entenderse como integrativa del acuerdo



celebrado, ya que no existe referencia a que acta acuerdo se está refiriendo, ni se sabe que es lo que ha suscripto el trabajador desde el momento que en ella sólo consta el nombre de la persona, su número de CUIL, la categoría y número de legajo, con más una suma de dinero en carácter de gratificación. Ello sin dejar de advertir que la suscripción de tal anexo, incluso si se pudiera entender como referido al acuerdo de fs. 206, no reemplaza a la presencia del trabajador en el acto.

"Pero, además de la ausencia del trabajador, circunstancia que determina que el acto carezca de uno de sus recaudos esenciales para su validez, ha existido una extralimitación en el ejercicio de sus funciones por parte de los representantes sindicales, que también acarrea la nulidad del acto.

"Al sindicato se le reconoce un amplio poder de representación de los trabajadores en el ejercicio de los derechos colectivos de la categoría profesional en la que actúa; pero un limitado poder de representación en cuanto al ejercicio de los derechos individuales de sus afiliados (cfr. Cornaglia, Ricardo, "Derecho Colectivo del Trabajo - Derecho Sindical", Ed. La Ley, 2010, pág. 381).

"La reglamentación de la Ley 23.551 (art. 22 del Decreto n° 467/88) establece que para poder actuar representando intereses individuales de los trabajadores -como es el supuesto de autos, donde se trata de la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo- el sindicato, aún contando con personería gremial, debe tener el consentimiento del trabajador otorgado por escrito.

"Jurisprudencialmente se ha determinado que "la representación de los intereses individuales de los trabajadores requiere -si la asociación sindical tuviere



personería gremial- la acreditación del consentimiento por escrito de los interesados-"(CSJ Santa Fe, sentencia del 3/4/1996, "Bianco c/ Municipalidad de Venado Tuerto").

"En el sub lite falta también este recaudo ya que los representantes sindicales que actuaron ante la Subsecretaría de Trabajo provincial no acreditaron contar con el consentimiento escrito de los interesados, dado que las firmas insertas en los anexos no pueden tener entidad como consentimiento de lo actuado conforme ya lo explicara, no habiéndose ratificado nunca el acuerdo celebrado por parte de los trabajadores involucrados.

"Tal circunstancia trae también como consecuencia la nulidad del acuerdo, toda vez que los representantes sindicales carecieron de mandato para decidir la extinción del contrato de trabajo.

"Frente al acto nulo no resulta de ninguna gravitación -a mi criterio- que el demandante haya percibido las sumas depositadas en concepto de gratificaciones por cese. Ello así desde el momento que la gratificación importa una liberalidad por parte del empleador, que voluntariamente la otorga en reconocimiento de alguna circunstancia y a cuenta o "compensable" conforme reza el acta de fs. 206 por créditos futuros de los trabajadores, por lo que la percepción de sumas dinerarias en tal concepto no tiene virtualidad para convalidar un acuerdo celebrado sin la presencia del trabajador, requerida bajo pena de nulidad.

"Consecuentemente resulta ajustado a derecho lo decidido por la sentencia de grado en orden a la invalidez del acuerdo suscripto entre la demandada y los representantes sindicales, debiendo ser entendido el mismo, en atención a las manifestaciones de la empleadora, como despido sin justa causa



del demandante" (autos "Cañicura c/ Empresa Zille S.R.L.", expte. n° 377.378/2008, sentencia de fecha 5/7/2011).

Siendo la situación de autos, como ya lo señalé, similar a la abordada en el precedente citado, no cabe sino otorgar al presente la misma solución, por lo que, en este aspecto, cabe confirmar el decisorio de grado

Si bien la demandada invoca, como parte del acuerdo, la continuidad de la relación laboral con otra empresa de la actividad, nada dice el acuerdo respecto a la transferencia del contrato de trabajo, sino que se alude, lisa y llanamente, a la finalización de la relación de trabajo. Tampoco se ha demostrado que en la realidad ello sucediera.

Destaco aquí que lo determinante hubiera sido la transferencia del contrato de trabajo, pero de ninguna manera podría considerarse, aunque se probara, que la contratación del trabajador por otro empleador pueda significar una ventaja para éste, desde el momento que se pierde en esta caso todos los beneficios derivados de la antigüedad en el empleo. Además de no conocerse ni la categoría laboral ni la remuneración con que habría sido contratado en su nuevo trabajo.

II.- Validada la nulidad del acuerdo que se pretende oponer al trabajador, debo analizar los restantes agravios introducidos en forma subsidiaria por la demandada.

La a quo ha tomado como mejor remuneración mensual, normal y habitual la que consta en el recibo de haberes de fs. 2.

La demandada se queja de esta base de cálculo señalando que ella incluye rubros no remunerativos, y rubros variables, que debieron ser excluidos.



Del recibo de haberse de fs. 2 surge que el único rubro que la empleadora considera como no remunerativo es el previsto en el art. 60 del CCT 396/2004.

Al fallar la causa "Barroso c/ Empresa Zille S.R.L." (expte. n° 377.382/2008, sentencia de fecha 1/9/2015) sostuve que en lo que refiere al adicional "alimentación diaria" o "vianda/refrigerio" previsto por el art. 60 del CCT 396/2004, cabe aplicar lo sentado por esta Sala II respecto del mismo adicional pero del CCT 536/2008.

En autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. n° 413.499/2010, P.S. 2012-IV, n° 147) se dijo que *"En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "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), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT.*



"Analizadas, entonces, las previsiones convencionales cuestionadas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe sino concluir, en coincidencia con la a quo, que el bono de paz social y normal desarrollo de las operaciones, cuya vigencia prorroga el art. 14 bis del CCT 536/8, como las viandas compensables en dinero que refiere el art. 34 del mismo convenio, el beneficio del art. 34 bis, la asignación por alimento/vianda -refrigerio del art. 60 y la vianda del art. 80, todos del convenio citado, constituyen una ganancia para el trabajador que reconoce como exclusiva fuente el contrato de trabajo y la prestación laboral del trabajador, por lo que su naturaleza es remunerativa, de acuerdo con el art. 103 de la LCT... Tampoco incide sobre la calificación de remunerativos de los conceptos convencionales el hecho que hayan sido establecidos como no remunerativos por la convención colectiva de trabajo ya que, tal como lo ha señalado la CNAT, la negociación paritaria no debe contener cláusulas que resulten violatorias del orden público laboral, por lo que la asignación del carácter de beneficio social a determinadas prestaciones como producto de la negociación colectiva no obliga al juez, quién lo puede incluir como parte de la remuneración (cfr. Sala X, "Brunetti c/ Telecom Argentina", 31/8/2011, LL on line AR/JUR/48447/2011; Sala II, "Giunta Parodi c/ Telecom Argentina", 30/3/2012, LL on line AR/JUR/9923/2012)".

Conforme lo dicho, el rubro comidas, liquidado al trabajador de autos, tiene carácter remunerativo y corresponde sea incluido en la base de cálculo de las indemnizaciones de ley, conforme lo ha hecho la a quo.

III.- En lo referente a las horas extras que se abonaron al actor conforme recibo de fs. 2, no asiste razón al recurrente.



Sostiene Juan Carlos Fernández Madrid que las horas extras forman parte del salario y deben ser computadas íntegramente en el mes que fueron devengadas, sin promediarlas, a los efectos de determinar la base de cálculo del art. 245 de la LCT (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo", Ed. La Ley, 2009, T. III, pág. 2.083), más aún cuando ellas se realizaban habitualmente, tal como surge de los recibos de haberes acompañados a autos.

Cabe recordar que el plenario n° 298 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, de fecha 5 de octubre de 2000, dictado en autos "Brandi c/ Lotería Nacional", sentó doctrina en orden a que para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser promediadas las remuneraciones variables mensuales, normales y habituales; se toma la mejor.

Lo actuado por la jueza de grado resulta, entonces, ajustado a derecho.

IV.- También resulta correcto computar el sueldo anual complementario proporcional respecto de la indemnización sustitutiva del preaviso.

Tal como lo explica Mario E. Ackerman, dado que en caso de que el vínculo no se hubiere disuelto intempestivamente, sin preaviso, por el período de éste se habría devengado aguinaldo, debe aplicarse la incidencia del SAC sobre la indemnización sustitutiva (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. III, pág. 112); siendo éste el criterio reiteradamente utilizado por esta Cámara de Apelaciones.

V.- El agravio referido a la fecha a partir de la cual se devengan intereses respecto de la multa del art. 2 de la ley 25.323 y del art. 80 de la LCT se rechaza, en tanto la a quo ha desestimado la aplicación de la última de las multas



citadas; y, en cuanto a la primera ni siquiera fue tratada en el resolutorio de grado.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la apelante perdedora (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en las sumas de \$ 1.162,00 para el Dr. ..., y \$ 2.905,00 para el Dr. ..., conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Fernando M. GHISINI, quien manifiesta:**

Adhiero en lo principal al voto de la Dra. Patricia Clerici, sin embargo me permito disentir con la solución propuesta por la referida colega, respecto de la base de cálculo utilizada para determinar la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Como integrante de la Sala III me he expedido propiciando la no inclusión del sueldo anual complementario en dicha base de cálculo, por cuanto si bien la remuneración debe ser la mejor, con la condición de que a la vez sea normal y habitual. Así pues, no se computan a mi criterio, los pagos no mensuales, como las gratificaciones o el sueldo anual complementario.

Por lo expuesto, entiendo que le asiste razón al apelante, por cuanto a mi juicio, no corresponde computar el sueldo anual complementario proporcional respecto de la indemnización sustitutiva del preaviso de \$ 286,98.



Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio hacer lugar parcialmente a la apelación, modificando el fallo recurrido en lo que hace al monto base de cálculo de la indemnización por antigüedad, tal como lo expresara supra, con costas de la Alzada a cargo de la demandada vencida.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Marcelo J. Medori, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del **Dr. Fernando M. GHISINI**, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II POR MAYORIA**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 381/387 vta., en lo referido al monto base de cálculo de la indemnización por antigüedad, conforme lo explicitado en los considerandos respectivos.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30% de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

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

**Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando M. Ghisini - Dr. Marcelo J. Medori
Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA**