En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"L., J. G. c/ O. S. SA s/ DEMANDA LABORAL (indem. por despido)", expte. nro. 362/09,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 1397/02), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1941), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1890/1907? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1. El fallo apelado y los agravios:

La jueza de grado hizo lugar a la demanda y condenó a la O. S. S.A., a pagar al Sr. J. J. L., la suma que emerja de la liquidación que se practicará en autos, con más intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento desde que los créditos resultaron exigibles hasta su efectivo pago, impuso las costas a la vencida y reguló los honorarios

profesionales (sentencia definitiva obrante a fs. 1890/1907).

La demandada apeló el fallo a fs. 1912, el recurso fue concedido a fs. 1913; los agravios expresados a fs. 1915/1930 y contestados a fs. 1932/1935.

La recurrente sostiene que corresponde la descalificación del fallo como acto jurisdiccional válido por no ser lo resuelto derivación razonada del derecho vigente aplicado a las circunstancias comprobadas de la causa.

Los fundamentos que dan sustento a esa conclusión son los que se siguen.

Primero, que el actor –contrariamente a lo que sostiene la jueza- se encontraba en condiciones de obtener su jubilación al ser notificado por su mandante, en los términos del artículo 252 de la LCT. En tal orden de ideas, afirma que la declaración jurada del actor respalda la decisión que, oportunamente, adoptó su representada. Agrega que la jueza de grado convalidó en forma mecánica lo resuelto por la ANSES, ya que ni siquiera intentó analizar si la decisión del organismo previsional era ajustada a derecho. Insiste que al momento de ser notificado, en los términos del artículo 252 LCT la edad del actor era de 50 años y 15 días y su tiempo de servicios de 24 años, 11 meses y tres días.

Seguidamente, puntos 19 a 28 de la memoria, transcribe las disposiciones del decreto 2136/74, las engarza con las previsiones del artículo 157 de la ley 24241 y cita un comentario doctrinario. Considera que estos extremos constituyen el carácter de examen legal de las cuestiones previsionales del caso

que fue indebidamente omitido por la magistrada; de haberlo efectuado se habría verificado “el pleno derecho de la demandada de actuar como lo hizo”.

Agrega que no se puede soslayar que el actor al impugnar la resolución denegatoria de la ANSES expresamente reconoció que se encontraba en condiciones de acogerse al derecho a la jubilación.

Con base en lo expuesto, sostiene la demandada que la empleadora actuó de conformidad con lo prescripto por el artículo 252 de la LCT y que, por lo tanto, debe ser rechazada la demandada.

La recurrente plantea, en segundo lugar y en forma subsidiaria, que le genera gravamen el modo en que ha sido ordenada la actualización de la indemnización efectivamente abonada en junio de 1986. Insiste en la inconstitucionalidad del segundo párrafo del artículo 255 de la LCT porque la solución consagrada en dicha norma no es razonable, no asegura una reparación justa y genera un enriquecimiento sin causa de una de las partes en desmedro del derecho de propiedad de la otra.

Por tales razones pide la actualización por el índice del consumidor nivel general desde el 5 de junio de 1986 hasta el 31 de marzo de 1991 con más un interés puro del 6% anual y a partir de allí la tasa de interés que para sus operaciones de descuento a treinta días utiliza el B. D. C. S.A., capitalizable mensualmente.

Por último ratifica la reserva del caso federal.

2. Tratamiento de los agravios.

1. El artículo 252 de la LCT.

El art. 252 LCT dispone que "cuando el

trabajador reuniese los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la Ley 24241, el empleador podrá intimarlo a iniciar los trámites pertinentes, extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento, el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio y por un plazo máximo de un año. Concedido el beneficio, o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales...".

De tal modo, para que opere la justa causa de despido allí contenida, deben confluir los siguientes presupuestos fácticos: a) que el trabajador reúna los requisitos para obtener el beneficio previsional; b) que sea intimado fehacientemente para que inicie el trámite; c) que el demandado le extienda los certificados de servicios y toda otra documentación que se requiera y d) que el dependiente obtenga el beneficio o transcurra un año de la intimación. Si dichas circunstancias se verifican, procede la exención prevista en el último párrafo de la norma.

En el supuesto de autos, la jueza no consideró configurado el primer recaudo y el agravio de la demandada justamente versa sobre ese aspecto de la decisión que obviamente es el quid de la cuestión sometida a debate.

La dinámica descripta precedentemente determina que la intimación solo se encontrará justificada cuando el empleador tenga la certeza de que el dependiente reúne las condiciones para obtener una prestación del sistema jubilatorio, y este extremo como

bien se señaló en la anterior instancia no se ha acreditado en la causa.

La carga de la prueba de que el trabajador reunía los requisitos exigidos para tener derecho a la obtención de una de las prestaciones establecidas por la ley 24241. Régimen Previsional - Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones - y del cumplimiento de las demás cargas impuestas al empleador por la referida ley, le corresponden a éste para no responder por las consecuencias indemnizatorias de un despido arbitrario (C.C.C. 1°, Mendoza, 29/6/1998, en autos "Sánchez, Joaquín c/ David Krañasky s/ ordinario", Fallo: 98190516; elDial - MC2F9F).

Ahora bien, de las constancias de autos surge que el 24/10/98, la empleadora intimó al Sr. L. para que iniciara sus trámites jubilatorios, en los términos del art. 252 LCT –fs. 94/95-, que entregó las certificaciones requeridas al efecto –fs.96/111- y que mediante carta documento remitida el día 26/10/98 –fs. 112– dio por concluida la relación laboral en virtud del fenecimiento del plazo indicado en la intimación. Pero, es del caso que la empleadora no acreditó que en oportunidad del emplazamiento, la dependiente estuviera en condiciones de acceder a algún tipo de beneficio jubilatorio. Por el contrario, fueron incorporados abundantes elementos probatorios documental, que revelan que no poseía la cantidad de años de servicios con aportes estipulados por la normativa aplicable – expediente previsional acordelado conforme lo ordenado a fs. 1319; circunstancia que fue expresamente reconocida en el pronunciamiento impugnado y que no pudo ser desvirtuada por el apelante.

No se trata de una aplicación mecánica

de lo resuelto por el organismo previsional, sino de la verificación certera del sustento material que legalmente se exige para extinguir la relación laboral sin consecuencias indemnizatorias. Máxime cuando en el caso se trataba de un régimen especial que exige la verificación de una serie de recaudos específicos que son la realización de tareas especiales en la industria petrolera y que, a todo evento, las deficiencias en el modo de registración de las tareas de las que dan cuenta los informe de las autoridades previsionales, no son imputables al trabajador, sino a la empleadora que invoca la previsión del artículo 252 de la LCT. En efecto, repárese que el dictamen legal del expediente previsional acordelado se lee que por el período del 27/1/96 “No obraba documentación para compulsar y poder determinar el carácter de los servicios. Asimismo, No obra documentación laboral del período posterior a junio 1996 (1996-1999)” (fs. 1652 del expediente previsional).

La intimación cursada por la empleadora, en el marco fáctico descripto, ha sido prematura; en consecuencia, la denuncia del contrato de trabajo efectuada por su parte es válidamente extintiva pero injustificada y genera, como bien lo ha decidido la jueza de grado, el nacimiento de las obligaciones indemnizatorias por despido arbitrario.

El segundo agravio, tampoco prosperará. El mecanismo de actualización que pretende aplicar la empleadora es claramente contrario a los derechos del trabajador.

La cuestión ya fue resuelta por este Tribunal en autos “V., C. P. c/ C. D. P. R. C. S.A. s/ DEMANDA LABORAL (Diferencias indemnizatorias)”, expte.

No. 12.574/01, citados en el fallo impugnado. Me permito invocar y transcribir lo dicho por el primer votante, en tal oportunidad porque se da adecuada respuesta a todos y cada uno de las actuales impugnaciones al decidirse que no corresponde priorizar lo dispuesto por el art. 276 L.C.T. por sobre lo previsto en el art. 255 L.C.T., de aplicación en los presentes. Concretamente, se sostuvo:

"Hasta la modificación del art. 276 L.C.T. (por la ley 22.311 y luego por la ley 23.616), el mismo era concordante con el art. 255 L.C.T. en cuanto al índice de variación a aplicar a efecto de paliar la depreciación monetaria. Ambas normas disponían que era el "índice salarial de peón industrial de la Capital Federal". Como bien resulta de lo hasta aquí expuesto, se modificó el índice de actualización previsto en el art. 276 L.C.T. pero no se lo hizo con el hasta entonces concordante dispuesto en el art. 255 L.C.T. La cuestión es entonces determinar si aquella modificación le es imponible también al caso aquí discutido que se legisla en el mencionado art. 255 L.C.T. Antes que nada ha de decirse que las referidas leyes modificatorias del art. 276 L.C.T. no pueden interpretarse en forma extensiva y sin observar la particularidad del caso en litigio, porque ello podría producir una decisión inequitativa. En principio cabe aclarar que el art. 276 L.C.T. requiere la existencia de créditos y el previsto en el art. 275 L.C.T. técnicamente no puede ser considerado como tal. Según el diccionario de la lengua española (en la acepción pertinente), crédito es "cantidad de dinero, o cosa equivalente, que alguien debe a una persona o entidad, y que el acreedor tiene derecho de exigir y cobrar" (Real Academia Española,

vigésima primera edición, Madrid, año 1992). En el supuesto bajo examen el actor nada adeuda a la empleadora, simplemente a los efectos de liquidar la indemnización del art. 245 L.C.T. debe deducirse lo por aquél percibido en su oportunidad en igual concepto por despido anterior. Pero lo que importa una vez más remarcar aquí, es el principio de equidad que debe observar el juzgador no resulte violado en cada caso en particular, siendo necesario a tal efecto que previamente el afectado haya solicitado la declaración de inconstitucionalidad de la norma cuya inaplicación pretende; petición esta última que no ha efectuado la demandada y que al entender de quien aquí vota resulta suficiente para revocar el fallo venido en apelación. No obstante, a mayor abundamiento ha de decirse que existen otros fundamentos que autorizan la modificación del fallo. La CSJN al declarar la inconstitucionalidad del art. 276 L.C.T. (con anterioridad a la reforma de las leyes 22311 y 23616), in re "Valdez, Julio H. c/Cintioni, Alberto D." (fallo del 03-05-79 en DT 1979-355), en pronunciamiento que por extensión es aplicable a estos autos, dispuso que el crédito del acreedor debía ser actualizado desde su exigibilidad según las pautas que el juez de la causa estimara prudente, y con base a criterios económicos objetivos de ponderación de la realidad y evitando que la discrecionalidad judicial pueda convertirse en arbitrariedad. Precisamente, surge del detenido análisis de las circunstancias que informan la causa, que aplicar el índice dispuesto en el art. 276 L.C.T. es a la vez que violatorio de la equivalencia de las obligaciones que cada una de las partes debe observar, enriquecimiento indebido del empleador. En efecto, de los recibos de remuneraciones

acompañados a fs. 8/28 (de los que son expresamente reconocidos por la demandada los obrantes a fs. 8/17), surge que la categoría en que se desempeñó el actor, durante los dos períodos que estuvo en relación de dependencia, era la misma, y que el salario entre el primer lapso y el segundo no tuvo incremento equivalente al índice de variación de precios del consumidor, que es aquel que la Juez aplica a los efectos de la deducción del importe percibido en concepto de indemnización del art. 245 L.C.T. a la fecha del primer despido. Es que si el índice de variación de precios al consumidor (o costo de vida) a marzo/91 (último observable según la ley 23928) fue 199.821 y el de junio/85 (mes del primer despido) fue 6,190, el coeficiente de actualización iguala 32.281,26, el que multiplicado por el último sueldo básico percibido por el actor en el mes del primer distracto (A532,43) totaliza $1.718,75 (32.281 x 532,43 : 10.000 –conversión de australes a pesos- =), importe que es ostensiblemente superior al sueldo básico de $1.181,00 que V. percibió durante todo el segundo período (fs. 68/95). Se aclara que se toma el sueldo básico porque los demás ítems retributivos dependen del mismo y de las circunstancias y lugares en que cada mes se desempeñó el trabajador. Es evidente entonces que la evolución de la retribución salarial en el caso que nos ocupa, no siguió al índice de variación de precios al consumidor, fundamento por el cual tampoco puede coincidirse con el criterio de la sentenciante de grado y por el contrario, aún soslayando que no se peticionó la inconstitucionalidad del art. 255 L.C.T., debe declararse que esta última norma es de aplicación en autos en los términos y con los alcances y efectos

dispuestos por el legislador; es decir que la indemnización por antigüedad cancelada por el primer despido debe ser actualizada de conformidad con la variación del índice salarial oficial del peón industrial de la Capital Federal. En punto a los intereses que conjuntamente con la actualización del rubro indemnizatorio de que se trata, también ordena liquidar la A-quo a partir de abril/91, debe hacerse lugar al agravio del actor que objeta la procedencia de los mismos. El fundamento es que el aludido art. 255 L.C.T. no prevé que en el caso de pago de las indemnizaciones que contempla, se paguen intereses sino solamente la actualización, actualización que sólo se admite hasta el 01/04/91 de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7 y 13 de la ley 23.928. Por otra parte, el pago de la indemnización en su oportunidad fue el cumplimiento de la obligación de la patronal (deudor) respecto del trabajador (acreedor) de lo dispuesto en el art. 245 L.C.T. No puede entonces por el mero transcurso del tiempo y en razón de una nueva relación laboral existente entre las partes, transformarse aquella (la patronal) en acreedora del segundo (el trabajador), pues éste nada le adeuda. Desde otro ángulo, si la ley (art. 255 L.C.T.) no prevé se liquiden intereses y el trabajador no puede entenderse se halla incurso en mora por haber percibido el pago de una indemnización adeudada por la empleadora de conformidad con la L.C.T., no corresponde se haga lugar a la petición de ésta última que nos ocupa".

Son estas consideraciones las que demuestran que el reproche de constitucionalidad de la norma no puede prosperar y que, en consecuencia, corresponde el rechazo del agravio.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 6 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto y dado que en la instancia de grado los honorarios fueron fijados en porcentuales corresponde la aplicación de la misma metodología para los honorarios de esta instancia. Los mismos se fijan a favor de los Dres. E. M. y J. M. P., en forma conjunta en un 30% de los que le corresponden en la anterior instancia y los correspondientes a los Dres. I. F. D. L. C. e I. F. A., en forma conjunta, en el 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 1912 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 1890/1907.

2) Costas de esta instancia a la demandada vencida. Regular los honorarios profesionales a favor de los Dres. E. M. y J. M. P., en forma conjunta en un 30% de los que le corresponden en la anterior instancia y los correspondientes a los Dres. I. F. d. L. C. e I. F. A., en forma conjunta, en el 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia de

grado. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

3) Tener presente el mantenimiento de la reserva del caso federal efectuada a fs. 1930.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 1890/1907. Rechaza el planteo de inconstitucionalidad del segundo párrafo del art. 255 LCT interpuesto por la parte demandada y el del art. 10° de la Ley 23928 modificado por Ley 25561 incoado por la parte actora. Hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada O. S. S.A. a pagar en plazo de 10 días a la parte actora J. G. L., la suma que resulte de liquidación que dispone de acuerdo al considerando respectivo. Impone costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Bajo apoderamiento letrado apela la parte demandada a fs. 1912 y el recurso se concede a fs. 1913.

Los agravios se exponen a fs. 1915/1930vta. Sostiene (primer agravio), que no obstante que el fallo en forma reiterada entiende que no se encontraban cumplidas las exigencias legales para la jubilación del actor, opone que en ningún tramo del decisorio se ubica explicación sobre el fundamento de tal aseveración; que el fallo alude a resoluciones adversas de la Anses que señala que el operario no cuenta ni con los años de servicios ni con la edad para obtener el beneficio; que si L. consintió la resolución denegatoria, los efectos negativos de esta no pueden repercutir en su parte y luego que de esa forma convalida una decisión denegatoria de la jubilación;

que se trata de cosa juzgada administrativa operada por la inercia del actor. Formula un cuadro con detalle cronológico de los servicios prestados por L., por lo que computa 24 años, ll meses y 3 días y que al ser notificado en los términos del art. 252 LCT, el día 15/10/1998 cumplía 50 años pasados y su tiempo de servicio 24 años, 11 meses y días; que al comunicarle la extinción del vínculo la edad del actor era de 51 años y días. Sostiene que la sentencia soslaya la aplicación del Dec. 2136/74 y transcribe las prescripciones que regía en momentos de practicarse la intimación, el art. 157 Ley 24241. Explica cuestión terminológica relativa a los regímenes especiales, con los autores Jaime y Brito Peret (fs. 1919vta.) y sostiene que queda en claro en base a la precisión terminológica, que el Dec. 2136/74 consagra un "régimen diferencial" alcanzado por el art. 157 Ley 24241. Expone con los autores que cita una breve historia de los regímenes diferenciales hasta la ley 24241, que otorga un nuevo plazo para su estudio y hasta tanto no se efectivice se está ante una singular prórroga sine die de los regímenes diferenciales. Entiende que existe en las actuaciones del expte. N° 024-**********-009-1 de la Anses, reconocimiento del actor sobre su falta de derecho, como hecho sobreviniente (art. 163, inc. 6, 2da., parte CPr.) al formular impugnaciones por intermedio de su representación, en el sentido que la empresa despidió al dependiente L. ya "…que el mismo se encontraba en condiciones de acogerse al derecho de jubilación sin pagarle indemnización". Afirma que se trata de un hecho extintivo que reconocía a su parte el derecho a rescindir el contrato sin indemnización. Reitera a partir de fs. 1924 que la sentencia no

examina que el derecho del actor se encuentra resguardado por el Dec. 2136/74, que alude a la edad de 50 años y 25 años de servicios, por las continuas referencias del fallo a la exigencia de 30 años de servicios. Explaya la argumentación en torno a que todas las tareas fueron desempeñadas en el ámbito de dicho Dec. 2136. El segundo agravio se dirige a la conclusión del fallo que no es viable el planteo de inconstitucionalidad del 2do. párrafo del art. 255 LCT y de acuerdo entonces que la actualización de la suma percibida por el actor como indemnización por antigüedad en el primer despido hasta el 1/4/1991, debe ser actualizada conforme al índice oficial del Peón Industrial. Contrapone que el índice debe ser del Consumidor Nivel General entre las fechas que señala y a posteriori la tasa del 6% anual y la suma que resulte la tasa de las operaciones de descuento a treinta días del B. C. S.A., capitalizables mensualmente. Sostiene que es indudable la inconstitucionalidad de la segunda parte del art.255 LCT y se funda en las enseñanzas del autor que cita, que los fundamentos de la CSJN (Valdez) para declarar la inconstitucionalidad del art. 276 LCT responden igualmente para declarar la invocada del art. 255 y tuvo como fin con la inclusión de los intereses para que no exista enriquecimiento sin causa para ninguna de las partes. Peticiona se haga lugar en su caso como agravio subsidiario y ratifica la reserva del caso federal.

Los agravios precedentes son contestados por la parte actora a fs. 1932/1935vta.

Tratamiento de los agravios.

Desde los primeros tramos de la queja de la parte demandada recurrente contra la sentencia de

fs. 1890/1907, entiende contradictorio que se atienda la reclamación del trabajador por despido fundado en habérsele denegado la jubilación, cuando no hizo ejercicio de su legítima atribución de recurrir, en tanto que la sentencia se pronuncia sin revisión de si lo resuelto por la Anses es arreglado a derecho.

A tales conceptos corresponde oponer en principio que el ex dependiente L. ejerció los derechos recursivos razonablemente, como resulta del contenido de la resolución en el expte. adm. 024-20078211114-009-1, a fs. 163, repetida a fs. 169 (refoliados en la presente causa fs. 1563 ó 1167 y en la repetición fs. 1570 ó 1173 y obrantes en documentación reservada por cuerda), por la que se rechaza en 10/12/200, el recurso de reconsideración interpuesto en 14/8/2005, bajo apoderamiento letrado (constancia a fs. 1601 ó 1201).

Se funda razonablemente, porque la apelante no pudo exigir a ultranza el agotamiento de los recursos a partir de las resoluciones denegatorias de la Anses, ya que con tales denegatorias quedaba demostrado el propio incumplimiento ex empleadora O. S. S.A., conforme con la primera exigencia del art. 252 LCT: "Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes…" (arg. art. 1201 C.C.).

En otras palabras, la empleadora "no podía" intimar al dependiente a que inicie los trámites pertinentes, sin tener la certeza que tenía la posibilidad de obtener el beneficio previsional. Es concordante el fallo del T.S.J. de Córdoba, de fecha 14/12/04 –Robledo de Almada María A. c/ Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba – Dda. Recurso de

casación, T.S.J. Córdoba, Sala Laboral- cuando prescribe que "…el único requisito impuesto por la ley es que la patronal intime recién cuando tenga la certeza que el dependiente reúne las condiciones para obtener una prestación…" (voto de la Dra. M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, al que adhieren los Dres. Luis Enrique Rubio y Domingo Juan Sesín). Con amplitud se expide sobre el particular el Dr. Rodolfo Aníbal González en su trabajo: "Extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador – Despido de trabajadores jubilados" (Equipo Federal de Trabajo, Ed. N° 52 – Notas de Cátedra Universitaria – www.eft.org.ar): "La facultad que le otorga el art. 252 de la LCT al empleador no puede ser ejercida cuando el trabajador no reúne los requisitos exigibles para obtener la jubilación, aún cuando ello sea imputable al propio dependiente, por no haber cumplimentado los aportes durante su desempeño en tareas dependientes. Si bien es legítima decisión de la empresa de no admitir a personas en su planta con edad avanzada, puede el empleador poner fin a la relación laboral de las personas que tengan más de determinada edad, abonando las indemnizaciones correspondientes y preavisando tal decisión" (cita CNAT, Sala I, expte. N° 80974 29/8/03, "Pontarollo, Remigia c/ La Pañalera SA s/ despido".

Con los extremos precedentes, resulta inadmisible la interpretación que en su propio favor opone la empleadora, cuando L. bajo apoderamiento y frente a la negativa de la Anses, aboga con expresión que la Empresa de Operaciones Especiales Argentinas despidió al señor J. G. L. porque el mismo se encontraba en condiciones de acogerse al derecho de la jubilación, sin pagarle indemnización. Mal podría

haberse abogado por un derecho declarando que el mismo no le correspondía, ni que frente al resultado desfavorable, extinguía o renunciaba a otros derechos de las normas laborales, prohibido por las mismas (art. 12 y 58 LCT).

La interpretación no es sino la traspolación de la imposición que indebidamente le impusiera la empleadora O. S. S.A., sin haber prevenido con las conductas del art.68 LCT y exigencias del art. 252 LCT, que el organismo previsional admitía los servicios del dependiente L.. Ya se ha señalado, solo con esta información "oficial" a cargo del empleador, "podrá" intimarlo válidamente a L. para que inicie los trámites correspondientes del art. 252 y no cumplida tal condición, el plazo de un año para el finiquito del contrato de puro derecho nunca comenzó a correr.

Se acude para establecer la ineficacia de la intimación a las enseñanzas de Krotoschin ("Deberes de diligencia del empleador", de Ernesto Krotoschin): "El contrato de trabajo se rige por normas coactivas (imperativas, inderogables) y no coactivas (integrativas o complementarias, derogables a voluntad de las partes). Pero hay otras normas intermedias, llamadas a veces `ordenatorias , que no son coactivas ni simplemente complementarias y de cuya observancia depende el ejercicio de un derecho o su adquisición. Quiere decir que el `obligado puede impunemente no observarlas, pero entonces se perjudica a sí mismo por la pérdida de ventajas que habría obtenido observándolas. Tales `obligaciones que no lo son en el sentido jurídico estricto suelen llamarse cargas. Su cumplimiento no puede ser exigido, pero es condición o presupuesto para que el ejercicio de un derecho sea

eficiente…”.

En conclusión, el empleador nunca pudo cursar válidamente la intimación prevista en el art. 252 LCT, pues para ello debía estar debidamente informado de su procedencia por la Anses, el plazo de un año no comenzó a correr y la denuncia del contrato de trabajo resultó injustificada (cf. TySS 2000-125 – Lascar, Vicente F. c/ Rodó Hogar S.A. s/despido – CNac.Trab., Sala V – set.23/1999; TySS 2003-162 – Concepción, Blanca F. c/ Consorcio de Propietarios del Edificio San Luis 2815/17 s/despido – Cnac.Trab., Sala X – jun.27/2002).

En cuanto se agravia la demandada recurrente por no surgir de la sentencia un examen de la resolución administrativa denegatoria del beneficio jubilatorio, carece de agravio. En principio, porque lo hizo su parte como debió en la oportunidad de los alegatos y para su debido tratamiento por la sentenciante (art. 280 Ley XIII N° 5 -antes Ley 2203- del Digesto Jurídico. Adviértase la notoria diferencia de lo abogado en esta Alzada, con la defensa argumental en la contestación de la demanda, que se dirige con el art. 252 LCT a sostener en lo fundamental la extinción de pleno derecho del vínculo laboral por transcurso del año desde la intimación prevista en la norma citada y a la rescisión de pleno derecho del contrato, posturas precedentemente rechazadas; en cambio en esta Alzada sostiene que todos los servicios resultaron alcanzados por el Dec. 2136/74.

Se rechaza por todo lo expuesto el primer agravio.

El segundo agravio sostiene el planteo de inconstitucionalidad del art. 255 LCT, 2do. párr. El

rechazo por la sentencia importa la actualización de la indemnización por antigüedad abonada en su oportunidad, desde que fue percibida hasta el 1° de abril de 1991, de acuerdo al índice salarial del peón industrial, sin intereses. Rechaza respetuosamente la jurisprudencia de esta Cámara ("V.") y sostiene que corresponde la inconstitucionalidad invocada al igual que lo declarara la CSJN en el caso "Valdez" respecto al art. 276 LCT.

El agravio carece de suficiencia, porque si bien desarrolla su propia tesis con la doctrina del autor Rodríguez Mancini y cita de los fundamentos expedidos por la CSJN en relación al art. 276 LCT en el caso citado, no examina los fundamentos vertidos por la Sra. Juez respecto a la jurisprudencia citada y que motivara el pronunciamiento de esta Cámara en los autos "V., Carlos Pedro c/ Compañía de Perforaciones Río Colorado S.A. s/ demanda laboral (diferencias indemnizatorias)", expte. N° 12.574/01.

Respecto a la inconstitucionalidad invocada, corresponde reiterar los fundamentos expedidos por el suscripto en dichos autos y que responden al cuestionamiento de la recurrente. Es claro que el art. 276 LCT fue reformado, estableciendo que los créditos provenientes de las relaciones individuales de trabajo serán actualizados con el índice de precios al consumidor, pero no así la hipótesis del art. 255 LCT, norma que ordena específicamente la aplicación de la variación del índice de peón industrial para resolver las situaciones de autos. Sostiene la demandada que habría cierto olvido en no haberse reformado asimismo el art. 255 LCT, pero frente a la legalidad de esta norma, la inconstitucionalidad pretendida no se ajusta a derecho

ya que violaría la aplicación de la norma más favorable. Corresponde reiterar entonces que "si bien la ley no debe interpretarse conforme a la literalidad de los vocablos usados ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo, esa interpretación debe practicarse sin violencia de su letra y de su espíritu y excluyendo la que equivalga a la prescindencia de la norma" (C.Nac.Trab., Sala 4ª., 28/2/77 – Márquez v. Emp.Arg. de Microómnibus A.B.L.O. S.R.L. y otros – en J.A.1978-II-149).

Es que el art. 255 LCT se continuó aplicando no obstante el caso "Valdez, Julio H. c/ Cintioni, Alberto D.", desde que no afectaba la norma citada el principio más favorable al trabajador (art. 9, 2da. Parte, LCT); la Sala II de la Cámara Nacional del Trabajo, 22-mayo-1990, en caso que debía establecerse la indemnización del art. 255 LCT (D.T. 1990-B-2097 -Pérez Lezcano c/ Frigorífico Alfa S.A.I.C.A.-), luego de señalar que la extinción anterior del contrato no cierra definitivamente el cómputo de la antigüedad, actualiza la suma recibida en el primer distracto con índice de los salarios del peón industrial entre abril de 1984 a diciembre de 1985, criterio que se considera J. y equitativo, desde que los salarios como lo demuestra mi colega prevotante, no han seguido los índices de valorización de precios al consumidor y compatibiliza por otra parte la naturaleza del rubro que se actualiza, por no constituir la actualización una obligación a favor del trabajador al modo de las que resultan del art. 276 LCT, como se señalara en el antecedente de la Cámara, el pago de una indemnización que en su oportunidad fue el cumplimiento

de la obligación de la empleadora-deudora, respecto del trabajador-acreedor, no puede transformarse por el transcurso del tiempo en una nueva relación donde se inviertan tales condiciones, porque el dependiente nada le adeuda.

Propicio, asimismo, el rechazo de la inconstitucionalidad invocada comprensiva del segundo agravio y en definitiva, del memorial de agravios de la parte demandada donde se tendrá presente la reserva del caso federal.

Por la negativa precedente al recurso interpuesto, contestado por la actora a fs. 1932/1935vta., corresponden las costas a la parte demandada (art. 57 Ley XIV N° l -art. 59 Ley 69- del Digesto Jurídico). Considerando el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, se ajustan a derecho los honorarios propuestos en el primer voto (art. 5, 6, 8, 13 y concords. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico (arts. 6, 8, 14 y concords. Ley 2200/4335).

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Por concordar las cuestiones tratadas con las resultantes del primer voto, se ajusta a derecho el pronunciamiento propuesto en el mismo, teniéndose presente la reserva del caso federal señalada y la imposición de las costas.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 1912 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 1890/1907.

2) Costas de esta instancia a la demandada vencida. Regular los honorarios profesionales a favor de los Dres. E. M. y J. M. P., en forma conjunta en un TREINTA POR CIENTO (30%) de los que le corresponden en la anterior instancia y los correspondientes a los Dres. I. F. D. L. C. e I. F. A., en forma conjunta, en el VEINTICINCO (25%) de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

3) Tener presente el mantenimiento de la reserva del caso federal efectuada a fs. 1930.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"