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 B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"S., H. A. c/ C. S.A s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de hab. e indem.)", expte. nro. 32/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo laboral nro. 1 (expte. nro. 4725/08), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 317), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 261/274vta. ? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 128/2009 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción (fs. 261/274vta., fs. 276).

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda condenando a C. SA a abonar a H. A. S. la suma de $41142,19, a la entrega del certificado de trabajo y las constancias documentadas del ingreso de los aportes y contribuciones con destino a los organismos de seguridad social y sindicales previstos en el Art. 80 de la LCT confeccionados de acuerdo a dicha norma, tuvo por presentado el certificado de la ley 24241. Finalmente condenó en costas a la parte demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Memorial de agravios fs. 281/3:

Se queja la empresa demandada, por haber acogido la indemnización prevista en el Art. 80 de la LCT. La actora reconoció que el certificado se encontraba en poder de la empresa.

Segundo agravio el calculo por vacaciones que la jueza estableció que se divida por 25 el salario con mas las horas extras eso no dice el Art. 155 inc a)de la LCT. Afirma que no es correcto como dice la sentencia que desde agosto del 2006 se liquiden horas extras por lo que no corresponde su incorporación. También la consideración de tener por operado el pago de horas extras cuando se intimó al pago de diferencias por licencia por enfermedad inculpable en junio del 2005, sin embargo condenó horas extras a partir del mes de agosto del 2006.

Tercer agravio las diferencias salariales sustitutivas de preaviso y Art. 245 de la LCT, dice que contradice el plenario de la CNT nro. 232 que estableció que no corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del Art. 245 LCT la parte proporcional del sueldo anual complementario.

Que se admitió la procedencia del agravamiento indemnizatorio de la ley 25561 y 25972 cuando no fue peticionada, admitiendo que hubo una referencia en la liquidación. Agregando que la ley 25972 y su decreto 2639/02 disponían que cesaba el agravamiento indemnizatorio para los que hubieren obtenido el alta laboral luego del 1 de enero del 2003. Dice que la sentenciante invirtió la carga de la prueba y no atendió estos argumentos y viabilizó la indemnización y cierra sus quejas porque también hizo lugar a la indemnización prevista en el Art. 2 de la

ley 25323 sin considerar la exención del agravamiento.

Los agravios son contestados a fs. 309/312.

Análisis:

Como se ha dicho reiteradamente por la doctrina y la jurisprudencia "para cumplir con el recaudo de suficiencia del recurso no basta aseverar una determinada solución jurídica, sino que es menester exponer claramente las normas que se consideran violadas, las razones en que se basa dicha afirmación, todo con referencia a las circunstancias específicas y particulares del caso y a los términos del fallo que lo resuelve. Consecuentemente, la ausencia en la presentación recursiva, de una crítica puntual al aspecto de la sentencia en análisis, que rebata todos los fundamentos de la misma, determina la inadmisibilidad, por insuficiencia técnica, del agravio en tratamiento" (CSJT sent. 723 del 14/10/96). Citar: elDial - BB5079.

Asimismo que: "El criterio emanado de los arts. 265 y 266 (en nuestro Código Procesal Civil) "no puede aplicarse en modo absoluto", descalificando una decisión en ese sentido "si la aplicación de una norma procesal ha sido llevada a cabo con injustificado rigor formal que afecte la defensa en juicio...” (cf. CS. in re: "Martínez c/ Pilara", fallos: 302-I, p g. 176 y sgtes.).

En los casos en que existe un escrito de expresión de agravios, debe realizarse con criterio restrictivo y ponderando claramente los efectos de la sanción de deserción que literalmente pone punto final al litigio. Debe tenerse presente que la doble instancia es un mecanismo procesal del que sólo en

casos extremos puede suprimirse una de sus partes.

Por lo sostenido en la doctrina de este Cuerpo que integro y por la gravedad de las consecuencias que de la declaración de deserción del recurso se derivan, en cuanto al proceso, se impone extremar la cautela en el análisis del escrito de apelación a fin de resguardar el mencionado principio de la doble instancia y consecuentemente el derecho de defensa en juicio. Así partiendo de interpretar el significado de la expresión "crítica concreta y razonada" de las partes del fallo que se consideran equivocadas, se ha dicho debe evaluarse la existencia de suficiencia "técnica o formal" en la expresión de agravios, esto es que contenga articulaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores que el apelante considere que contiene el fallo recurrido. (ver en tal sentido a Fenochietto "Cod. Proc…. "t. 2 comentarios Art. 265 Pág. 96 y ss., Ed. Astrea-99).

Claro esta que la "suficiencia formal" no debe confundirse con la "idoneidad jurídica sustancial" del recurso, que consiste en la aptitud del mismo para lograr la procedencia del reclamo jurídico de fondo, determinante del rechazo o acogimiento del recurso pero no de su declaración de deserción.

Escasos argumentos brindó que puedan encuadrar en el concepto de critica concreta y razonada exigida por el código ritual, y con el criterio amplio seguido por esta Sala, ante la existencia de una minima duda, y a los fines de garantizar la doble instancia habrá de considerarse reunidos los elementos mínimos para entender que existe una suficiencia formal que habilita el tratamiento del recurso.

La juez de grado tuvo por aprobada la

liquidación efectuada en el libelo inicial, dando fundamentos sobre su decisión (fs. 21 y vta. fs. 269/72)los que no encuentro rebatidos, no obstante sostendré mi decisión.

En cuanto a la queja sobre la multa por la omisión de entrega del certificado de servicios acorde con lo dispuesto por el Art. 80 de la LCT, ningún argumento brinda para descalificar la sentencia de grado. Mas aun cuando acompañó el recurrente la documental relacionada a este punto como ejecución de sentencia, lo que sin perjuicio de verificarse el cumplimiento de los extremos condenados en la etapa procesal oportuna, inhiben de mayores comentarios y análisis sobre lo decidido, haciendo caer el recurso en este punto.

El planteo sobre lo que denominó decisión extra petita, resulta inadmisible exteriorizando la omisión de lectura de los reclamos que comprendían el objeto de la demanda de fs. 17 y 17vta. como memorial de agravios porta la insuficiencia técnica que lo descalifica como tal, deviene necesario que se desestima la queja.

Igual suerte sigue la discrepancia de lo decidido sobre la indemnización prevista en el Art. 2 de la ley 25323 por la insuficiencia técnica, no contiene ninguna indicación detallada del pretendido error, omisión o deficiencia en la decisión sino una apreciación de índole subjetiva en contrario a lo decidido careciendo de la suficiencia indispensable para su tratamiento. “La critica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que implica el estudio de los considerandos del juzgador, …” (autor y obra citada).

Con relación a los cálculos efectuados en la sentencia venida en crisis en nada se contradicen con lo dispuesto en la norma jurídica aplicable y como ilustración cito"De acuerdo al artículo 155 inciso c) de la Ley de Contrato de Trabajo el salario vacacional está integrado por todo tipo de remuneración, sea ordinaria o extraordinaria, por lo cual se infiere que las horas suplementarias también lo integran y, a los fines de su cálculo por ser una remuneración variable, debe utilizarse el procedimiento previsto por el inciso c) de dicho artículo y promediarse las mismas. Para calcular el valor hora, se deben dividir el total de las remuneraciones percibidas en el mes por la cantidad de horas concretamente laboradas, a las que se suman los adicionales que el actor percibía, para de esa manera luego obtener el monto de la hora extra. " (referencias normativas: ley 20744 155 inciso d) Cámara - Sala del Trabajo - Concepción del Uruguay - Citar: elDial - ATA49).

En cuanto al plenario citado por la apelante de la CNTrab. Nro. 232-19-11-2009, siguiendo al STJ de nuestra provincia en sentencia definitiva nro. 02/SER/04 autos "N. S.A c/I. C. SA s/ejecución hipotecaria" (expte. 19014-N-2003) transcribo criterio que comparto" Menos aún tiñe de arbitrariedad al pronunciamiento de la Excma. Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, el hecho de que ésta se apartara de las previsiones de un fallo plenario de un Tribunal de otra Provincia. "La doctrina sentada en un fallo plenario no es una ley, sino una interpretación de esta última, de alcance obligatorio para la misma Cámara y para los jueces de primera instancia respecto de los cuales sea aquélla Tribunal de Alzada. "(CNCiv. Sala F,

"Obras Sanitarias de la Nación c/ Consorcio de Propietarios Paraguay 1984", LL, 1985-A, 129; DJ. 985-21-649). El plenario al que hace referencia el recurrente, en modo alguno obliga al Tribunal que pronunció la sentencia de autos; la obligatoriedad de aquel plenario no se extiende fuera de la jurisdicción del tribunal que lo emitió o pronunció, y carece en absoluto de fuerza vinculante para todos los tribunales de esta Provincia. Pueden, en todo caso valer como guía de la opinión que se quiere compartir en función de cierta certeza jurídica al señalar una interpretación mayoritaria, mas pueden implicar la vulneración del derecho de los magistrados a emitir sus juicios de valor sin imposiciones vinculantes extralegales (cf. CNCrim. y Correc., Sala V 1986/04/23, LL, 1986-D, 39; DJ, 986-2-807).

…En este orden de ideas este Superior Tribunal con anterior composición, ha sostenido que "No cabe sostener... la validez vertical, lisa y llana de los fallos del Tribunal Supremo de la Nación pues ello significaría otorgar vigencia y efectos normativos a sus decisiones y a la doctrina que de él diman. Así se concedería a ésta, alcances no determinados en nuestra constitución al definir la órbita de competencia de los Poderes del Estado y efectos no regulados en nuestro sistema de fuentes derecho, tal como ocurre en los países donde se aplica el "stare decisis" (SI. N° 101/90. STJCH). Tan solo este Cuerpo ha aceptado que ciertos valores jurídico políticos de gran significación, que constituyen materia federal regida por la constitución, requieren de pronunciamientos uniformes, que reafirmen la seguridad de las instituciones, eviten disparidad en las situaciones

particulares y constituyan un sistema útil y efectivo. (SI N° 10/96)”.

Ahora bien, en lo que respecta a la inclusión del SAC como monto para integrar la base de calculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, adelanto que me incluyo ideológicamente en los fundamentos y decisión de la minoría del fallo plenario citado por el apelante N° 322 - "Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina s/ LEY 25. 561" (CNTRAB – EN PLENO – 19/11/2009 Citar: elDial - AA5987). Sin perjuicio de admitir la insuficiencia técnica del memorial y ante la omisión de tratamiento en la instancia de grado, dejo sentado mi criterio.

Por ello transcribo exclusivamente algunos de los argumentos que comparto a los fines de no agobiar con una lectura innecesaria, y por considerar que en síntesis dichos fundamentos son aquellos que puntualizan mi postura.

Sin perjuicio de lo cual considero importante transcribir las opiniones que van más allá del tema porque reflexionan sobre el instituto en cuestión e incluso sobre las decisiones jurisprudenciales en plenario (voto de la Dra. F.) En esta oportunidad y con arreglo a lo que dispone el Art. 295 del C.P.C.C., nos convoca el siguiente interrogante: "1°) ¿Corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario? 2°) Descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el empleador sin periodicidad mensual y en base a un sistema de evaluación del desempeño del

trabajador, ¿debe computarse a efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T.?". Con profunda preocupación me aboco a la tarea de expresar mi voto en este plenario. Alguien podría preguntarse el por qué de esa preocupación, de manera tal que, previo a todo, debo aclarar que no estoy de acuerdo, y así lo hice saber a mis colegas, con que se dicten plenarios, sin integrar este honorable cuerpo que integro, con otros jueces de cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten fallos plenarios, con la ausencia de un tercio de los integrantes de este organismo.

Aceptar esta situación significa, como es obvio, someter las decisiones jurídicas de todos los jueces de primera instancia y de los veinte camaristas que nos encontramos hoy en funciones, a una voluntad mayoritaria, dentro de los citados veinte, que resulta a mi modo de ver insuficiente desde el punto de vista de la fortaleza jurídica que una decisión de este tipo debe poseer. Creo que estamos dictando plenarios con debilidad jurídica y que esto es grave, en una herramienta que ya de por sí ofrece importantes dudas. Señalo esto último habida cuenta que ningún juez está obligado a someterse de manera tajante ni siquiera ante los fallos del más alto tribunal de la Nación; empero, en estos casos de fallos plenarios, como se ha señalado antes de ahora, se somete la libertad de decidir, a la decisión de los pares. Esta situación, ya dudosa de por sí, en cuanto a su constitucionalidad, hace que, por lo menos, tales fallos no posean una robustez jurídica, y personalmente entiendo que en estos casos de reducción numérica importante de la Cámara, se agudiza. No es

novedad para nadie que, esta pretendida forma de unificación de la jurisprudencia, ha sido atacada como inconstitucional por destacados juristas, considerando que aceptar la constitucionalidad de la obligatoriedad de los fallos plenarios, significa una violación a la división de poderes. Lo dicho va más allá de que puede también, luego resultar inconstitucional el resultado del fallo, en cuyo caso, un nuevo debate se reabriría. Obviamente yo no conozco el resultado del plenario que nos convoca, pero cualquiera fuere aquél, significará la imposición del pensamiento de un reducido número de juristas, que resultan ser, salvo que hubiere unanimidad, cosa harto difícil, menos de los dos tercios de esta cámara. Se podrá interpretar que legalmente es suficiente, opinión no pacífica, pero lo que algunos de nosotros planteamos oportunamente, es que detentará una debilidad jurídica que hubiera podido evitarse. A esta altura de los acontecimientos, resulta obvio, que nuestro planteo fue rechazado, por el honorable cuerpo, de manera tal que, como corresponde, acato la decisión de la mayoría y procedo a elaborar mi voto. Claro está que no podía hacerlo, sin dar a conocer a quienes quedarán sometidos a la decisión que resulte, que lo hago disciplinaria pero preocupadamente, y que por tanto sentí la necesidad de dar a conocer, los prolegómenos acontecidos. Asimismo, también he planteado, acompañada por otros colegas, pero minoritariamente, que no corresponde comenzar el temario diciendo que se excluye el fraude. En ese andarivel, habría que haber señalado también la exclusión de otros vicios, como el dolo, el error, la violencia, etc. Sabido es, por otra parte, que reiteradamente las bonificaciones son producto del

fraude y que esos planteos no siempre quedan sometidos a los jueces. De tal manera, parecería ser que interpretamos la ley, sólo para considerar lo litigioso. La inclusión del SAC en la base de cálculo del artículo 245 de la L.C.T. Después de casi treinta años de haberme desempeñado como jueza de trabajo en la Provincia de Buenos Aires (San Isidro), debo aclarar, que siguiendo la doctrina legal de la S.C.B.A., que funciona como tribunal de casación, he incluido siempre, como todos los jueces de esa provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario. Esto era sí, y así lo he hecho, aún antes de la reforma de la L. C. T. por la ley 25. 877, que cambió la palabra "percibido" por "devengado". Cuanto más, a posteriori de ello, cuando el legislador nacional advirtió que había que cambiar lo que se hacía cuando se resolvía distinto. Existen en la provincia de Buenos Aires, de la cual no se puede decir que sea una provincia escasa de juristas de nota, fallos en ese sentido, de antigua data, entre los cuales cabe citar "Hellman, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.", L.T., 1. 983, XXXI-B, 931). Recuerdo aun las consideraciones del maestro Juan Manuel Salas, luego presidente de la S. C. B.A., y coordinador de la comisión de reforma de la ley procesal laboral, refiriéndose al tema y votando en tal sentido. La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la L.C.T., explicitó la situación para que no quedaran dudas y reformó la ley. Ello significó, nada más y nada menos, que indicarle a quienes consideraban lo contrario, que estaban interpretando mal el texto legal y que se estaban

apartando del principio protectorio, de rango constitucional, porque aplicaban un criterio contrario al favor operarii. Algo similar puede ocurrir con este fallo plenario, como advierto que ha ocurrido en otros, en los cuales ante la duda, se olvida que lo que debe privilegiarse es la Constitucional Nacional. Bueno es recordar que así lo ha interpretado la C.S.J.N., cuando señaló que el trabajador es sujeto de tutela especial. Llama especialmente mi atención, que se ha señalado en ocasiones, que no significa un cambio en la decisión, el reemplazo de la palabra "percibido", por "devengado". Me pregunto yo, si el legislador, cambia el texto legal, para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere agiornar la ley, poniéndola a nivel de lo que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos. Después de todo, la L.C.T. es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del límite de la avenida General Paz. En ese andarivel, he señalado antes de ahora que cuando la ley hace referencia al tema que nos convoca, la télesis de la misma es brindar no sólo un marco de legalidad, sino también de equidad, y cierta seguridad al trabajador que resulta, en el despido, víctima de un daño producido por un acto arbitrario, que el legislador presume iuris et de iure, y que no quiere tolerar, porque significaría la violación del orden jurídico "in Totum". Ante la negativa de algunos a interpretar la ley de esta manera, el legislador, les dijo: señores no es lo percibido, no es aquello que entró en el bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aún cuando todavía no se haya efectivizado el pago. Es, en suma, saber

diferenciar la incorporación de un derecho, al patrimonio del trabajador, de la incorporación del objeto de ese derecho que es el dinero. -La profesora Cristina Vázquez, suele señalar que en rigor de verdad el trabajador "le fía" su trabajo al empleador, que va, así, convirtiéndose en acreedor continuatorio de un acreedor de una obligación a plazo. Sabido es, que en las obligaciones a plazo, la prestación es debida desde su nacimiento, aunque se encuentre su exigibilidad suspendida y sujeta a un hecho futuro y cierto. En ese caso, nadie diría que la prestación no esta devengada, empero, no esta percibida, ni tampoco puede exigirse su pago, hasta el vencimiento del plazo. El S.A.C. que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo de pago, y por eso, debe integrar la base de cálculo del artículo 245 de la L. C. T. , cuando se produce un despido arbitrario".

(El Dr. Balestrini) "En consecuencia, un análisis de la nueva redacción de la norma, efectuado a la luz de la interpretación que invariablemente he sostenido sobre la naturaleza jurídica del sueldo anual complementario o "aguinaldo", en cuanto a que este concepto que se percibe en dos períodos anuales taxativamente enunciados por la ley, debe entenderse devengado día a día por el trabajador, me llevan a concluir en el sentido anticipado, es decir que corresponde su inclusión en la base salarial a la que alude el Art. 245 de la L.C.T. toda vez que, más allá de la periodicidad fijada para su pago o para el momento a partir del cual se tornan exigibles, lo cierto es que, en el marco de diseño legal aplicable, el derecho al mismo se origina diariamente, y de allí

que su expresión proporcional debe ser abonada a la extinción del vínculo con imputación al momento de dejar el servicio por cualquier causa (conf. Art. 122 de la L. C. T.). –En mérito a estas consideraciones, voto por la AFIRMATIVA al primer interrogante planteado".

(El Dr. Fernández Madrid) "A mi modo de ver, los temas que se debaten, de singular trascendencia, requieren una reflexión previa ligada a la razón por la cual se convoca a la Cámara para que emita opinión sobre estos puntos. Al respecto, la jurisprudencia de este Tribunal, de la que en definitiva he participado, se ha pronunciado de manera abrumadora por la consideración de la remuneración del mes de sueldo como base de cómputo con abstracción de otras sumas que el trabajador podría haber devengado por el hecho de su trabajo con una periodicidad diferente a la mensual. -Inicialmente, tuve dudas sobre la solución de la cuestión y más adelante acepté el pronunciamiento, en ese entonces, unánime de esta Cámara, porque carecía de sentido útil la afirmación solitaria de un criterio diferente. En el momento actual, a partir de su reforma el Art. 245 de la L.C.T., quedó redactado en los siguientes términos: "…en los casos de despidos dispuestos por el empleador sin justa causa, habiendo mediado o no preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicio si éste fuera menor…". –La inclusión en el nuevo texto del término "remuneración mensual, normal y

habitual devengada" obliga a un replanteo profundo del problema que no puede dejar de lado la interpretación que se sostiene en otras jurisdicciones. Sobre el punto, he efectuado una consulta a diversos Tribunales del país que arroja los siguiente resultados: -Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual devengada comprende también las remuneraciones de pago no mensual ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por el hecho de trabajar día a día, sin perjuicio de que su pago sea diferido a otro momento. Sobre este punto, Machado (Tratado dirigido por Ackerman, Pág. 290/292) dice que desde la reforma el término "percibido" cambió por el "devengado" lo que llevaría a entender que, más allá, de que un rubro determinado se liquide en períodos distintos al mensual (sac, habilitaciones, bonus, etc.), podría estar incluido en la base indemnizatoria obviamente en la expresión proporcional (1/12), siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente. Y le llama la atención el criterio sustentado por esta Cámara pues históricamente, la misma sostuvo, en relación a la redacción anterior del Art. 245 L.C.T., que cuando decía "percibida" debía entenderse que se refería a la "devengada" (para que los incumplimientos del empleador no operen disminuyendo la base; y cita fallos de la Sala I, VII y VI que individualiza). Por su parte, Pablo M. Grassis, luego de un estudio sobre el SAC, se pronuncia en igual sentido, cita el trabajo de Carlos M. del Bono, en Ley de Contrato de Trabajo comentada, dirigida por Rodríguez Mancini, La Ley, Tomo III, pág. 387; que extiende la incorporación del SAC a

cualquier base indemnizatoria, a excepción del preaviso contrariando la opinión del propio director de la obra, y cita el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires, en la causa "Martín, Rosa L. c/ A. S. E. B. A. ", Diario de Jurisprudencia Judicial, del 5/12/01 cuya doctrina establece "…A los fines del cálculo de la indemnización del Art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originan como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido… La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido…". En la misma línea anota un pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, en orden a que el sueldo anual complementario posee naturaleza remuneratoria pues se trata de un salario diferido devengado a medida que el empleado realiza su actividad (TSJ sala laboral, CVA sentencia 232 del 4/12/07 en la causa "Kavarzan, Jorge Luis c/ Constantino, Juan Eligio Pauleti y otros"), y como conclusión de estas citas trae dos fallos de esta Cámara, uno de la Sala IX del 25/11/04 "K., E. c/ T. A. S. F. S. A. " y otro de la Sala X del 27/3/00 "F., O. W. c/ T. de A. S. A. ", en los que se puntualizó la

naturaleza del salario diferido, SAC, cosa que nadie discute, y se arribó a la conclusión de que toda remuneración por más que se abone anualmente debe ser contemplada a los fines del Art. 245 L.C.T. si se devenga proporcionalmente al tiempo trabajado dividiéndola por los meses del año. La suma de aquellas decisiones jurisprudenciales y de estas opiniones doctrinarias, así como la aplicación del principio a favor establecido en al Art. 14 bis de la Constitución Nacional, en las Declaraciones Internacionales con incidencia en lo laboral del Art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, especialmente, el PIDESC y las normas receptadas desde antiguo por la Ley de Contrato de Trabajo, en orden a que en caso de duda sobre la aplicación de normas legales prevalecerá la más favorable al trabajador, Art. 9 L.C.T., me inclinan a responder en forma AFIRMATIVA a en ambos interrogantes. Por último, creo que la cuestión de que se trata tiene gravedad institucional y que en todo caso debería ser resulta en definitiva por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya que en el momento actual, constituye un escándalo jurídico que en la mayoría de las Jurisdicciones se aplique un criterio diferente al que hasta ahora se sustentó mayoritariamente en esta".

Por estos argumentos destacando los que hice propios de los prestigiosos juristas citados, rechazo los agravios del apelante conforme lo dicho precedentemente y ante la insuficiencia técnica detallada, y confirmo la sentencia venida en crisis, con costas, conforme el principio objetivo de la derrota difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo (Art. 68 del CPCCCh y 69 del Digesto Jurídico de la

Pcia. del Chubut ley XIII nro. 5).

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1. Rechazar los agravios y confirmar la sentencia venida en crisis según los considerandos respectivos

2. Costas al demandado apelante difiriendo la regulación de los honorarios profesionales al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Ante la sentencia de fs 261/274 vta., que admite la demanda y condena a C. S.A. a; abonar en el plazo de diez días al Sr H. A. S., la suma de $41.142,19, incrementada de acuerdo al considerando respectivo; a entregar el certificado de trabajo y la constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social y sindicales previstos en el Art. 80 LCT; tiene por cumplimentada la petición de entrega de certificación de servicios de la ley 24241, la que oportunamente será entregada a la parte accionante, impone las costas al demandado y regula los honorarios se alza el accionado a fs. 276.

Concedido el recurso, a fs. 281/283vta. cumple el apelante con el Art. 60 de la ley XIV (Ley 69).

Se agravia ante la acogida de la sentencia de la indemnización prevista en el párrafo final del artículo 80 LCT, al tener por cierto la sentenciante que efectuada que fue la intimación por parte del actor, su representada incumplió con la

entrega del certificado correspondiente, pasando por alto que la propia parte actora admitió que su emplazamiento fue tempestivamente respondido por la empleadora, haciéndole saber que el certificado de servicios, aportes y remuneraciones se encontraba a su disposición en la sede de la empresa.

Entiende que a quien incumbía acreditar que concurrió a retirar el certificado y que el mismo no se encontraba disponible era al actor, y no poner en cabeza de su mandante la rendición de cuentas sobre un hecho negativo.

Se agravia también por admitir la sentencia la diferencia reclamada en concepto de vacaciones de los años 2006 y 2007 porque para así resolver incorpora al cálculo las horas extraordinarias que le fueron abonadas.

Considera que tal pronunciamiento contradice lo establecido por el Art. 155 inc. a) de la LCT, resultando impropio que la sentencia invoque para incorporar al salario que se dividirá por veinticinco, horas extraordinarias en esencia aleatorias y variables, no resultando cierto que desde el mes de agosto de 2006 es normal y habitual se liquiden horas extraordinarias.

La recepción por parte de la sentencia de la diferencia que reclama la actora por la diferencia en el pago de la licencia por diecinueve días de enfermedad inculpable en el mes de junio de 2005, es motivo de queja.

Destaca que el considerando respectivo se contradice abiertamente con el anterior, en el que la sentencia abordaba lo atinente a la indemnización de las vacaciones no gozada, y afirmaba tener por probado

que desde el mes de agosto de 2006 es normal y habitual el pago de horas extras al operario, mientras que en considerando vinculado al pago de licencia por enfermedad inculpable, correspondiente a una licencia usufructuada y cobrada en junio de 2005, tiene también por operado el pago de horas extras, ello a pesar que la sentencia acababa de tenr por liquidada tales rubros solo a partir de agosto de 2006.

Las diferencias otorgadas en concepto de indemnización sustituta de preaviso y en la correspondiente al art. 245 LCT, es motivo de agravio.

Los fundamentos del fallo los ataca a través de jurisprudencia que cita.

El agravamiento indemnizatorio dispuesto por la normativa de emergencia ley 25561 y su sucedánea Ley 25972, admitido, sostiene, es un rubro que no integró la pretensión procesal, por lo que se fallado extra petita.

Señala que sin perjuicio de que la actora la introduce tangencialmente la cuestión en el capítulo liquidación, menciona como crítica que el decreto 2639/02 del PEN, dispuso el cese del agravamiento indemnizatorio de emergencia, para los trabajadores que hubiesen obtenido su alta laboral, luego del 1 de enero de 2003, resultando cierto, alega, que la norma también condicionó la agravante a que la empresa en cuestión hubiese además experimentado un incremento respecto de la plantilla de trabajadores de la patronal.

Manifiesta que si el actor demanda el rubro emergencial y excepcional en cuestión sabiendo que había obtenido su alta laboral con posterioridad al 1 de enero de 2003, debió haber rendido prueba de que

tal ingreso no fue acompañado de un incremento del plantel de la empleadora, y al no ser un hecho controvertido no corresponde que la sentencia aborde el punto pretendiendo no tener por probado la eximente legal de este rubro indemnizatorio, máxime cuando la actora acepta que se podía invocar tal eximente.

Finalmente se agravia sobre la procedencia de la indemnización contemplada en el art. 2° de la ley 25323 sin considerar la excepción de tal agravamiento indemnizatorio, a pesar de que ello es contemplado en la ley y haber sido solicitado por el ahora apelante en la demanda con fundamento en las peculiares características del caso y en atención de no haber sido remiso al pago de las indemnizaciones, limitándose el litigio a una divergencia sobre los alcances de la misma.

Corrido el traslado de la expresión de agravios el actor contesta y son agregados a fs. 309/312vta.

Indemnización del Art. 80 LCT:

Respecto a este punto llegó firme a esta instancia que el demandado no cumplió con la entrega del certificado de trabajo y la constancia docuentada del ingreso a los organismos de Seguridad Social Sindicales previstos en el Art. 80 LCT y que se tiene por cumplimentada la petición de entrega de certificación de servicios de la ley 24241.

Asimismo no fue controvertida la decisión de que el acompañamiento con la demanda de parte de la documentación (fs. 38/39) no reemplazaba la entrega de la documentación reclamada.

El agravio se circunscribe a la indemnización que acordara la sentencia ante el

incumplimiento y advierto que sostiene el apelante que en la contestación de la carta documento comunicó al actor que el certificado de servicios, aportes y remuneraciones se encontraba a su disposición en la sede de la empresa y quien debió probar la concurrencia a la misma con resultado negativo era el accionante.

Y más allá de encontrarse en el límite de admisión este agravio de acuerdo a los presupuestos del Art. 268 del CPCCCh, ante el criterio amplio adoptado en el tratamiento de los agravios he de dar respuesta al mismo.

El párrafo agregado al artículo 80 LCT por el artículo 45 de la ley 25345 hace referencia a la omisión de entrega de la constancia o del certificado, a los que se refiere en el primer párrafo y dispone que la falta de entrega trae aparejada indemnización, previo cumplimiento de los requisitos que también ordena.

Es decir, sostiene M. Ackerman, en "La modificación del artículo 80 LCT", "Revista de Derecho Laboral" - "La reforma Laboral" -II. Que las dos obligaciones del empleador a las que se refiere el nuevo párrafo del artículo 80 son la entrega de la constancia documentada del depósito de los aportes y contribuciones correspondientes a la seguridad social y sindical y la entrega de un certificado de trabajo, con las indicaciones que prevé el segundo párrafo del mismo artículo.

Y agrega que es obvio que la omisión de cumplimiento de una u otra obligación, en el plazo que fija la norma, configura el presupuesto de hecho que da lugar al pago de la indemnización especial, el cumplimiento imperfecto o parcial de cada una de ellas

podría tener consecuencias diferentes.

Tales referencias son suficientes para confirmar lo decidido por la sentenciante, toda vez que es la demandada quien admite que los certificados no fueron entregados, más allá de la puesta a disposición a la que alude.

El reclamo formal del trabajador se encuentra acreditado y el incumplimiento por parte del demandado, ya que reitero basa la defensa en que puesto a disposición la documental no probó el actor haber concurrido a retirarla .

En autos de la lectura de los intercambios epistolares y de la documental de fs. 235/241, emerge que reclamada la documentación ésta fue puesta a disposición del actor en la sede de la empresa.

La jurisprudencia que comparto, de manera casi uniforme, se ha expedido respecto al plazo dentro de los que debe cumplirse con la entrega de la certificación, así como el alcance del argumento respecto a que la documentación está a disposición.

Una orientación jurisprudencial considera que resulta procedente la condena a abonar la multa de art. 45 ley 25345 por no haber hecho entrega al empleador del certificado de trabajo pues la mera puesta a disposición es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en la norma y no permite considerar que la accionada haya tenido verdadera voluntad para hacer entrega del mismo. (CNTrab., sala VII, 27/12/2002 “Fiorio, Mirta E. v. Brewda Construcciones S. A. ” y 12/03/2003, “García, Roberto v. Pentars S.R.L.”.

“También se ha señalado que la entrega

de los certificados previstos por el art. 80 LCT, al dependiente en oportunidad de la extinción de su relación laboral es una obligación del empleador que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación (esto es, en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección). No hay razones para considerar que el cumplimiento de esta obligación dependa de que el trabajador concurra a la sede de la empresa o establecimiento a retirar los certificados, si no que corresponde entender que, en caso de que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlo judicialmente (C. Nac. Trab., sala III, 01/02/2002, "Fraza, María A. v. Storto, Silvia N. y otro"...) "... La intimación fehaciente a que hacen referencia tanto el art. 45 de la ley 25345 como el art. 3° del decreto 146/2001 solo puede surtir sus efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye (desde el momento de la extinción) una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa..." (CNAT, sala III, 12-12-2002, "Puga María Gabriela c/ S. AB. Mandataria S. A. s/ Despido").

Todos ellos son motivo suficiente parta el rechazo del agravio en tratamiento.

Vacaciones años 2006 y 2007: Solicitado este rubro en la demanda niega su procedencia la demandada por entender que fue abonado.

La Sra. Juez dio razones suficientes para otorgar la indemnización, no obstante el quejoso funda su agravio en lo que dispone el Art. 155 inc. A)

LCT, resultando impropio lo decidido por el a-quo.

La sentencia hizo mención al artículo al que se refiere el apelante, y éste otorga a dicho artículo una interpretación distinta.

Y he de coincidir con la Sra. Juez de la instancia de grado en cuanto decide admitir tal rubro toda vez que para la liquidación de los salarios correspondientes al período de vacaciones resultan claros los términos del Art. 156 de LCT, tornándose suficiente hacer referencia al inciso d), que menciona como integrantes de la retribución, las remuneraciones accesorias, y el inc. b) que entiende cono accesorias las horas suplementarias. "Revista de Derecho Laboral. Remuneraciones –II", pág 418.

La jurisprudencia es conteste en esto y a ello alude la sentenciante que sin cita transcribe. Obra citada, pág. 419, N° 31.

La doctrina señala que la ley aquí, refiriéndose a los trabajos remunerados con distintos elementos integrativos, con un criterio de carácter general, en otra observable ubicación metodológica, que la remuneración, del trabajador a estos efectos se integra con todo lo que el mismo "perciba por trabajos ordinarios o extraordinarios, bonificación por antigüedad u otras remuneraciones accesorias", "Ley de Contrato de Trabajo", Sardegna, pág. 487. Ante ello no puede pretenderse la exclusión de las horas extraordinarias.

Licencia por enfermedad inculpable: El sostener el apelante que el considerando es contradictorio con relación a lo dicho por el a-quo respecto a las vacaciones (fs. 281vta. párrafo 6 y 282), lejos de constituir una crítica son una

interpretación de errada de los fundamentos dados por la jueza en ambos rubros, al partir también de un error en cuanto a la fecha en que se produce la licencia por enfermedad, pues olvida que el art. 208 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) dispone no sólo que el trabajador tendrá derecho durante la licencia por enfermedad o accidente inculpable a percibir su remuneración habitual en cuanto a los rubros fijos, sino también las retribuciones variables, dado que expresamente prevé que, de percibirse estas últimas, se tomará un promedio de las que hubiere tenido asignadas en los seis meses anteriores al goce de la licencia (CNTrab., sala IX, 28/11/06, "Delmas de Calcagno Porfiria y otros c. Empresa Nacional de Telecomunicaciones", La Ley Online). Asimismo, se ha dicho que el art. 208 L.C.T. establece como principio rector el que ha sido denominado de mantenimiento del nivel salarial, según el cual la remuneración que debe percibir el trabajador durante su enfermedad no puede ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento (Fernández Madrid, "Tratado práctico de derecho del trabajo", 2da. ed., II-1956, "b").

Y tales principios que emanan de lo enunciado ha tendido en cuenta la Sra. Juez que en los períodos anteriores a la enfermedad el trabajador venía percibiendo las horas extraordinarias (fs. 270) no han sido rebatidos como lo ordena el Art. 268 del CPCCh, de allí que resulta técnicamente insuficiente dicho agravio y así lo declaro.

Lo sustentado por el quejoso con relación a las diferencias en las indemnizaciones por preaviso y en la correspondiente al art. 245 LCT,

tendrán igual respuesta, ya que no resulta ser una crítica y mucho menos pretender sustentarla con la referencia a un fallo, ya que no alcanza ello a constituir crítica concreta y razonada. En consecuencia, este ítem lo declaro desierto.

Ley 25561: Surge de la causa que tal rubro fue peticionado basta con leer la demanda y la contestación (p. 7, fs. 78). Adelanto que coincidiré con la Sra. Juez en cuanto no probó el apelante el aserto sobre el incremento de trabajadores, pues es él empleador el que pretendiendo eximirse de este rubro con fundamento en la disposición legal, debía acercar las pruebas pertinentes y no lo hizo.

Dicho ello, conoce el quejoso que el contenido del decreto 2639/02 en su art. 1 dispone: "Disponer que lo establecido en la última parte del art. 16 de la ley 25561 prorrogado por decreto 883 de fecha 27 de mayo de 2002 no será aplicable a los empleadores, respecto de los nuevos trabajadores que sean incorporados, en relación de dependencia en los términos de la ley 20744, a partir del 1° de enero de 2003, siempre y cuando la incorporación de los mismos represente un aumento en la plantilla total de trabajadores que el empleador poseía al 31 de diciembre de 2002", por lo que en todo caso debió acreditar la accionada el número de trabajadores que poseía en su plantilla al 31/12/02 (cf. art. 1 del decreto 2639/02), como adujo a fs. 66, 3er. párrafo). Dado que no demostró los extremos citados, no corresponde acompañar en su planteo a la apelante.

No habiendo acreditado que el ingreso del demandado haya significado el incremento de la plantilla de empleados de C. S.A. no concurre en el

subexamen el requisito insoslayable impuesto por el art. 4° de la Ley 25972 y el Dcto. 2639/02 para excepcionar de la indemnización especial consagrada por el art. 16 de la ley 25561, de manera que la condena en lo que respecta a tal rubro debe ser mantenida.

art. 2° de la ley 25323: Llega firme a esta instancia el cumplimiento por parte de los requisitos para que esta indemnización proceda.

Cuestiona el apelante que no se haya considerado la exención de ese agravamiento indemnizatorio. No resulta en autos de aplicación la exención que la ley faculta a aplicar al juez, ya que no debe hacerse una interpretación de ésta para arribar a las conclusiones del fallo toda vez que las indemnizaciones que correspondían al trabajador resultaban tan solo de aplicar las disposiciones legales de la ley de contrato de trabajo, y si bien no fue remiso el pago fue incompleto. Los motivos alegados por el quejoso no tornan operativa la última parte del artículo 2 de la ley.

La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esta norma a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (cf. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", publicado en D. T. 2001-A, págs. 223/227",en igual sentido D.T. 2000-B, 2305.

Por las razones dadas rechaza los agravios de la parte demandada.

Las costas de esta instancia estarán a cargo del apelante vencido.

A fin de regular los honorarios que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la

labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 6 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechaza los agravios y confirma la sentencia de fs 261/274 vta.

2) Impone las costas al apelante vencido y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Después de un detenido y profundo análisis de los argumentos dados por mis colegas preopinantes, advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por las mismas en cuanto al rechazo de los agravios planteados por la parte apelante demandada confirmando la sentencia de primera instancia con costas a la apelante demandada vencida y diferimiento de la regulación de honorarios profesionales.

La circunstancias apuntadas hacen que no me aboque a la emisión de mi voto, ya que resulta

suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

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

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 261/274vta.

2) Imponer las costas al apelante vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. E. J. M. en el TREINTA POR CIENTO (30%) y de los Dres. G. M., J. A. G. H. y A. R. R., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a calcular sobre lo regulado por sus respectivos trabajos en primera instancia.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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