000149/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos Dante Ferrari para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“L. de C. S. E. c/ A. S. s/ Cobro de pesos - Laboral” (Expte. 149 - Año 2010 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 173.----------

---

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez Dr. Carlos D. Ferrari dijo: ---------- ---

--- **I**. La sentencia definitiva de primera instancia (fs. 150/152 vta.) acogió parcialmente la demanda entablada, condenando a A. A. A. S. a abonar a la parte actora la suma de $ 20.835,76 con más sus intereses, imponiendo las costas del proceso en un 75% a cargo de la demandada y en un 25% a cargo de la accionante y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.---------- **II.** El fallo es apelado por la representación letrada de la demandada a fs. 154 y por la actora Dra. S. E. L. de C., letrada en causa propia a fs. 161, siendo concedidos los recursos a fs. 155 y 162 respectivamente. ---------- **III**. A fs. 157/160 vta. la empresa demandada funda el recurso de apelación interpuesto, expresando en síntesis, los siguientes motivos de agravio: 1) Deber de declarar la Inconstitucionalidad del Art. 245 de la L.C.T.: Afirma que la sentencia de autos no satisface la exigencia de fundamentación que la CSJN ha especificado en su jurisprudencia, impidiendo consecuentemente al órgano judicial que deje de aplicar la ley, esto es el art. 245 de la L.C.T. si no ha declarado su invalidez y eventualmente la inconstitucionalidad con carácter previo. Sostiene que para poder ingresar a la posible aplicación de la doctrina del Caso Vizzoti, resultaba imprescindible declarar la inconstitucionalidad del art. 245 de la L.C.T. al cual se remite vía art. 247 el art. 248, lo que no realizó la juez de grado. 2) No aplicación del Caso Vizzoti: Manifiesta que causa agravio a su representada que la *a quo* entendió aplicable al presente reclamo la llamada doctrina del caso Vizzoti (CSJN, 14/8/2004, D.T. 2004-B, 1211), por cuanto la decisión adoptada en dicho caso lo fue en relación directa con un despido sin causa, mientras que en el caso de autos se trata de una indemnización por muerte que establece el art. 248 de la L.C.T., lo que implica parámetros absolutamente distintos. Agrega que el resultado final del caso Vizzoti no fue de manera alguna una decisión por encima de lo que manda y marca la ley (art. 245 de la L.C.T.), ya que la CSJN dejó perfectamente en claro que no pretendía ingerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo sino el deber de ella de conformar y preservar los principios constitucionales. Refiere que la CSJN ha dicho de manera reiterada que no es su función brindar interpretaciones generales de normas del derecho común, las cuales

son materia de los jueces nacionales o provinciales, y que la doctrina de un caso determinado no debe aplicarse de una forma automática sin evaluar en particular cada caso. 3) Improcedencia de los porcentajes establecidos en las costas: Se agravia asimismo por cuanto su representada fue condenada a sufragar el 75% de las costas del juicio, aplicando solamente el 25% restante a la actora. Afirma que la accionante sólo ha triunfado en parte, en uno sólo de los rubros reclamados, resultando perdidosa en las restantes pretensiones de su demanda, peticionando por ende, que para el caso de confirmarse la sentencia, las costas sean revocadas, ajustándose las mismas a los justos porcentajes en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Aranceles. Concluye por último, solicitando se revoque la sentencia recurrida en cuanto es materia de agravios, con expresa imposición de costas a la actora.----------

--- **IV.** A fs. 163/167 vta. se agrega el memorial de agravios de la actora -el que es respondido por la contraparte con el escrito de fs. 169/170- , que contiene los motivos de agravio que seguidamente se exponen: 1) Declaración de Inconstitucionalidad del tope salarial que dispone el art. 245 de la L.C.T.: Manifiesta que su parte demandó expresamente, para la etapa del dictado de la sentencia definitiva, la declaración de inconstitucionalidad del tope salarial unilateralmente aplicado por la empleadora, al liquidar la indemnización por fallecimiento, con afectación del derecho constitucional que ampara la propiedad privada. Afirma que la liquidación abonada que se concretó con el máximo de la categoría de metalúrgicos (a esa fecha $ 4.800), significó menos del 50% de la que se hubiese obtenido al calcularla según el último salario del causante de $ 11.000. Por lo que, considera que el resultado arroja una irrazonable desproporción, resultando menoscabada la garantía de estabilidad y protección al derecho de propiedad del trabajador, consagrado por los arts. 14 bis y 17 de la Constitucional Nacional, resultando imprescindible por tanto -dice- la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 de la L.C.T. con la modificación introducida por el art. 153 de la Ley 24.013, condenando a la empresa demandada al pago de la diferencia indemnizatoria según aquel último parámetro, sin establecer límite alguno. Refiere que dentro del universo de situaciones que contempla dicha norma, aparecen los trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo, que perciben remuneraciones por encima de las fijadas en el convenio, a los que *prima facie* se les estaría brindando menor protección frente al despido arbitrario que contempla el art. 16 de la Constitución Nacional. Agrega que la circunstancia de analizar el abono de la indemnización por fallecimiento no podrá variar el planteo doctrinario y jurisprudencial dado a la indemnización por despido incausado, toda vez que la misma normativa laboral remite a este último. Afirma que en el caso particular de los asalariados referidos, por la circunstancia de no haber estado representados en el Convenio Colectivo de Trabajo y que en éste no se tuviera en cuenta su remuneración, debe efectuarse el test de razonabilidad sobre la medida que dispone la aplicación del convenio de actividad del establecimiento. Remarca que agravia a su parte la aplicación

del mejor salario del convenio metalúrgico a la actividad que desarrolló su difunto esposo, que efectuó la juez de grado. Sostiene que tampoco atañe a su reclamo por el pago total de la indemnización por fallecimiento conforme a la retribución acreditada, el criterio del 33% que es el tomado por la Corte como divisoria de la legitimidad constitucional en materia de transferencia de recurso de un particular al Estado en materia provisional o tributaria, considerando confiscatorio todo porcentaje que lo exceda. Solicita a esta Alzada que instale localmente un criterio innovador y declare la inconstitucionalidad de los topes salariales de marras, sin merma alguna al real salario del trabajador de que se trate. Cita abundante jurisprudencia al respecto. De lo contrario -sostiene-, permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el art.14 bis de la Constitución Nacional, así como también un olvido del art. 28 de dicha norma legal. 2) La sentencia apelada resulta contradictoria: Afirma que su parte interpuso demanda por diferencia indemnizatoria, solicitando expresamente que al momento de dictar sentencia se declarase la inconstitucionalidad de lo normado por la Ley de Contrato de Trabajo modificada por el art. 5 de la Ley 25.877 y demás normas de aplicación, solicitando se ordenara completar de acuerdo al último salario del causante -incluidos los tickets canasta- la diferencia calculada. Sostiene que agravia a su parte la sentencia dictada, por cuanto omitió interpretar la norma laboral, respetando las fuentes y los principios rectores del derecho laboral. 3) Omisión en considerar los tickets canasta: Refiere que también agravia a su parte el rechazo de la sentenciante, de incluir en el concepto salarial a los llamados vales de caja. Afirma que no es óbice para admitir el concepto TICKETS CANASTA que durante la vigencia del contrato de trabajo del causante con la demandada, no regía la Ley 26.341. Cita jurisprudencia en el sentido de que los tickets canasta forman parte de la remuneración del trabajador y deben incluirse en la liquidación final. Manifiesta que el criterio jurisprudencial asegura que se debe pagar lisa y llanamente el importe de un salario mensual real por los años trabajados. Solicita a esta Alzada se aplique la regla *in dubio pro operario,* así como también lo establecido por los párrafos 1º y 2º del art. 9 de la L.C.T. 4) Obligación de tarifar la multa por omisión en el pago que establece el art. 2 de la ley 25.323: Se agravia asimismo la actora, por cuanto la *a quo* desestimó dicho rubro, en atención a que el agravamiento está previsto sólo para las indemnizaciones resultantes del despido incausado. Adelanta la concreta remisión que efectúa la norma al art. 245 de la L.C.T. 20.744 (texto ordenado 1976). Manifiesta que en el caso de autos la intimación fehaciente se encuentra acreditada, resultando que se ha obligado a litigar en el fuero laboral. Cita doctrina que dispone: “El art. 2 de la Ley 25.323, no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y a la acción posterior...”. Expresa que el incremento de la indemnización establecido por el

art. 2 de la ley 25.323, resulta compatible con el dispuesto por el art. 1 de la misma ley, supuesto este último que se refiere exclusivamente a la antigüedad, por lo que al verificarse la omisión de abonar la indemnización por fallecimiento, el trabajador resulta acreedor al doble de aquélla. 5) Imposición de las costas del proceso: Se agravia asimismo la actora en cuanto a la imposición de costas en un 25% a su parte que efectuó la juez de grado, solicitando se revoque en tal sentido y se impongan en su totalidad a la parte demandada, en razón de que tuvo fundadas razones para articular la demanda incoada. Peticiona la aplicación del principio que establece el art. 68 del C.P.C.C., teniendo en cuenta las peculiaridades de esta causa. Concluye en definitiva, solicitando se revoque la sentencia apelada en todas sus partes, con expresa imposición de costas a la contraria.----------

--- **V.** De la reseña precedente surge un agravio común de ambos apelantes, consistente en el apartamiento del tope indemnizatorio del art. 245 L.C.T. sin haberse declarado en el fallo, al propio tiempo, la inconstitucionalidad de dicha norma. En rigor de verdad, se trata de una omisión expresiva y visiblemente involuntaria, por cuanto la lectura de los fundamentos permite comprobar que al adoptar esta decisión, la sentenciante *a quo* hizo suyas las motivaciones de la Corte Suprema de la Nación en el fallo "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido" (CSJN - 14/09/2004 - elDial - AA2400), en cuanto desestimó la aplicación de dicho tope por considerar que “las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas). Sobre esa base, el Alto Tribunal señaló luego que en dicha causa se había configurado “esta grave situación, según se sigue de los guarismos y cálculos no controvertidos que ya han sido expresados (considerando 2°), y que, por tanto, correspondía “aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable".----------

--- Esta comprobación permite, en sano ejercicio de las facultades acordadas al Cuerpo por conducto del art. 281 del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5), subsanar la omisión incurrida, ya que concurren todos los requisitos para su aplicación, dado que: a) el planteo se adecua al principio de congruencia, en tanto la declaración de inconstitucionalidad formó parte de la pretensión actoral (ver demanda, fs. 61 vta.), devolviendo a la alzada por vía del recurso la plena jurisdicción sobre los capítulos propuestos en la instancia de origen y b) la omisión ha sido motivo de agravio expreso (conf. art. 281 ya citado, *in fine*) y 3) por consiguiente, no hay afectación de la regla *non reformatio in pejus* (conf. Morello-Sosa-Berizonce, “Códigos Procesales...”, t. III – p. 399 y ss., - Ed. Platense - A. Perrot, 1988).----------

--- En vista de todo lo expresado, opino que, en el supuesto de confirmarse en esta alzada la decisión de no aplicar el tope indemnizatorio del art. 245 L.C.T. –aspecto

sobre el que habré de pronunciarme a continuación– no existiría obstáculo para suplir la omisión incurrida respecto de la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.----------

--- **VI.** Afirma la demandada que no corresponde la aplicación a la especie del caso "Vizzotti" por cuanto la decisión adoptada en dicha causa lo fue en relación directa con un despido sin causa, mientras que en el caso de autos se trata de una indemnización por muerte que establece el art. 248 de la L.C.T., lo que implica parámetros absolutamente distintos.----------

--- A mi criterio, el agravio carece de sustento jurídico. La circunstancia generadora de la obligación indemnizatoria –trátese de despido directo o indirecto incausado, muerte del trabajador, u otros supuestos– de ningún modo influye respecto de la fundabilidad del planteo de inconstitucionalidad de la norma, basado en el perjuicio económico –con grave e inaceptable lesión al derecho de propiedad (art. 17, C.N.)– causado por la pulverización del crédito del trabajador y/o de sus causahabientes en virtud del tope o recorte introducido por el art. 245 L.C.T. Este grave impacto negativo puede llegar a producirse cada vez que resulte aplicable el régimen indemnizatorio establecido en dicha norma legal, con independencia de la fuente generadora del resarcimiento: despido directo o indirecto (i. e., enfermedad, accidente o muerte del trabajador; etc.).---

--- En suma, la argumentación de la demandada basada en la diferencia base fáctica del caso "Vizzoti" constituye un fundamento aparente, sin relevancia jurídica, puesto que la aplicabilidad del criterio escogido por la C.S.J.N. finca en la morigeración del tope indemnizatorio establecido por el art. 245 L.C.T. –sea cual fuere el hecho o situación generadoras de la aplicación de dicha norma– cuando su aplicación, cotejada con la realidad económica de un caso concreto, produzca en una consecuencia patrimonial perniciosa e inaceptable para el trabajador, ----------

--- A mérito de ello, opino que este agravio debe ser desestimado.----------

--- **VII.** Considero oportuno abordar de inmediato al agravio de la parte actora referido a la interpretación "innovadora" que reclama por parte de este tribunal, solicitando ir más allá de la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación y declarar la inconstitucionalidad de los topes salariales de marras, sin merma alguna al real salario del trabajador de que se trate.----------

--- A mi criterio, esta pretensión es notoriamente desmedida. La legislación argentina, siguiendo los antecedentes del derecho italiano y la creación pretoriana, adoptó como principio general en materia laboral un régimen de indemnizaciones tarifadas. A partir de entonces, más allá de los debates doctrinarios que aún pueda generar de dicha modalidad indemnizatoria en sus alcances materiales y/o extrapatrimoniales, este es el sistema vigente y así lo recepta hoy la jurisprudencia en forma unánime, sin perjuicio de la existencia de ciertos supuestos que autorizan viabilizar reclamos resarcitorios con fundamento en el derecho común (ver, en el mismo sentido, Vázquez Vialard, A. A. – "Tratado..", t. 5 – p. 286 y ss. – Ed. Astrea, Bs. As., 1984).----------

--- En este contexto, la doctrina establecida por la C.S.J.N. a través del caso "Vizzoti" en

modo alguno se aparta del sistema tarifario propio del fuero laboral, sino que, dentro de esa órbita fijada por la ley, establece una pauta objetiva como límite aceptable para la aplicación de dicha tarifa legal. En la consideración de este aspecto, ha señalado la Corte que “no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación.” En esa línea de pensamiento, el Alto Tribunal sostuvo asimismo que “en efecto, no podría considerarse que la ley lograse su declarada finalidad reparadora si terminara desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones en la evaluación de uno de los elementos de cálculo que, precisa e inequívocamente constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido y no por otro u otros.” Señaló además que “Los derechos constitucionales son susceptibles de reglamentación, pero esta última está destinada a no alterarlos (art. 28 cit.), lo cual significa conferirles la extensión y comprensión previstas en el texto que los enunció y que manda a asegurarlos. Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75 inc. 23). El mandato que expresa el tantas veces citado art. 14 bis se dirige primordialmente al legislador, pero su cumplimiento "atañe asimismo a los restantes poderes públicos, los cuales, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima" a dicho precepto (Fallos 301:319, 324/325, considerando 5°).----------

--- A partir de estas consideraciones, la CSJN, bajo la premisa de que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas), decidió que ante las circunstancias económicas comprobadas en el caso, correspondía aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable.----------

--- Este ha sido el criterio adoptado por la sentenciante *a quo* en el caso que nos ocupa, solución que comparto y propondré confirmar en esta instancia. Mas debe entenderse que ello no significa un apartamiento del régimen tarifado, sino que corresponde declarar inconstitucional el alcance económico establecido por dicha norma legal en cuanto excede los parámetros fijados por la Corte, es decir, cuando el impacto del tope legal se traduce en más un tercio de la indemnización que le correspondería percibir al

trabajador por aplicación de la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor.----------

--- En síntesis y a mérito de las razones expuestas, votaré por la desestimación de este agravio.----------

--- **VIII.** Acerca de la inclusión de los “tickets canasta” a los fines del cómputo de dicha base indemnizatoria, debo decir que la crítica vertida por la parte actora apelante merece ser atendida.----------

--- Esta Sala ha tenido ocasión de sentar doctrina regla legal respecto del carácter remunerativo de los llamados “tickets canasta” y de la inconstitucionalidad de la formativa que nos les reconocía esa naturaleza. Así, en la causa “M., N. I. c/ I. Y E. D. L. P. S.A. s/ cobro de haberes e indem. de ley” (Expte.nº 270 - año: 2009) tuve ocasión de expresar, siguiendo el pensamiento de Capón Filas, que “los tickets entregados en el caso de autos en forma habitual e ininterrumpida revisten carácter remuneratorio y por lo tanto, deben adicionarse a la base salarial para el cálculo indemnizatorio. Por ello, deben declararse inconstitucionales las normas mencionadas que consideran no remuneratorios a los vales alimenticios.” (conf. voto del nombrado en autos “Corba, Omar A. c. A.P.S. S.A. Argentina y otro” – CNTrab., sala VI, 15/06/2004 - LA LEY 09/02/2005, 16). En igual sentido se ha pronunciado la sala VII de la misma Cámara Nacional del Trabajo al sostener que debe prevalecer la disposición del Convenio 95 de la O.I.T. en cuanto define que a los efectos del convenio, el término “salario” significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. Ello así por cuanto se trata de una norma de jerarquía supralegal, habiendo sido ratificado por nuestro país, de conformidad con el art. 75 inc. 22, párr. 1º de la Constitución Nacional (voto de la Dra. Ferreirós en los autos “Martínez, Carmen Rosa c/Argencard S.A. s/ despido” –12/10/2007 - elDial - AA42D2; id. CNTrab., sala VI – 23/10/2007 - autos: “Polli, Silvana P. C/Supermercados Ekono S.A.” La Ley Online – entre otros.). Se ha expresado asimismo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso "c" de la Ley de Contrato de Trabajo, confirmando la naturaleza remunerativa de los "tickets Canasta" que son entregados mensualmente al trabajador, pues éstos no resultan beneficios sociales, sino que constituyen elementos de la remuneración en el sentido del artículo 1° del Convenio N° 95 de Organización Internacional del Trabajo, en tanto han sido entregados como consecuencia directa del contrato de trabajo, sin tener en cuenta las condiciones particulares ni las necesidades de cada dependiente, como representativos de dinero de curso legal (conf. CNTrab., sala II, 04/12/2008 – “Ayala, Gladis Noemí c. Coto C.I.C.S.A.” – Voto de la Dra.González - La Ley Online).----------

--- Esta postura –que comparto plenamente– se ha visto corroborada en los hechos por

la posterior sanción de la ley 26.341 (B.O. del 24/12/07) que derogó los incisos b) y c) del artículo 103 bis de la Ley 20.744 y el artículo 4º de la Ley 24.700, restituyendo así a las prestaciones comprendidas en los incisos derogados el carácter de remunerativas. Se ha dicho sobre el particular que : “los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, al provenir de un organismo internacional, ostentan jerarquía "supra" legal (art. 75, inc. 22, Const. Nacional) y precisamente el convenio N° 95, que fue ratificado por nuestro país, establece la expresa prohibición del pago de salarios "con vales o cupones...". Por ende, si bien nuestra legislación interna caracterizaba a los vales alimentarios como un beneficio social no remuneratorio (art. 103 bis, inc. "c" de la L.C.T., hoy derogado por la ley 26.341), lo cierto es que una norma jurídica de jerarquía superior como lo es el mentado convenio de la O.I.T. –integrante de nuestro derecho positivo– establece el impedimento antes referido en su art. 3°” (conf. CNTrab., sala X • 26/03/2009 • Peralta, Marcelo Fabián c. Seguridad J.B. S.R.L. • , La Ley Online – conf. mi voto en S.D.L. /09).----------

--- Como conclusión de las consideraciones precedentes, opino que el agravio actoral debe merecer respuesta favorable y, por tanto, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis de la L.C.T. (texto seg. ley 24.700), con las consecuencias económicas que señalaré más adelante.----------

--- **IX.** Se ajustó a derecho la decisión de rechazar el plus indemnizatorio reclamado por la parte actora con sustento en el art. 2 de la Ley 25.323. Este resarcimiento está previsto para los supuestos de despido y no para el caso de fallecimiento del trabajador, contemplado en el art. 248 L.C.T. Así lo ha entendido la jurisprudencia al sostener, en criterio compartible, que “no procede la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323 en el supuesto de haberse extinguido el contrato de trabajo por muerte del trabajador (art. 248 L.C.T.). La naturaleza intrínseca de las indemnizaciones contenidas en el art. 248 L.C.T. y en el art. 2 de la ley 25.323 es diferente. La primera tiene por finalidad reparar el daño que sufre la familia que pierde el sostén económico del trabajador por su muerte, que causó la extinción automática del contrato de trabajo por una causa ajena al empleador. La segunda tiene perfil sancionatorio y como tal, de interpretación restrictiva, debiéndose limitar su aplicación a la previsión contenida en la norma. El legislador a través del art. 2 de la ley 25323 tuvo la intención de establecer el recargo para el supuesto de incumplimiento por parte del empleador del pago de las indemnizaciones contenidas en los artículos expresamente citados en la norma y no para el caso que se verificara en relación a otros créditos derivados de otras normativas, aunque tuvieran relación con la extinción del contrato de trabajo, como sucede con la indemnización prevista en el artículo 248 L.C.T. Si así lo hubiera querido, lo habría establecido con precisión. En síntesis, en el recargo contenido en el artículo 2 de la ley 25.323 no está incluido cualquier débito fundado en la relación de trabajo; sólo los allí indicados” (conf. CNTrab. - Sala VIII - S.D. 35.160 del 24/06/2008 - Expte. N° 20.452/2005 - "Giangiulo, Rosa Mabel c/Mesplet Larrañaga y Giaccone S.A. y otros

s/indemnización por fallecimiento". (V.-C.) - elDial - AL2B87).----------

--- Votaré en consecuencia por la desestimación de este agravio.----------

--- **X.** Los agravios de ambos apelantes referidos a la distribución de las costas en la anterior instancia se convierten por tanto en materia abstracta, por cuanto la modificación del fallo que propiciaré impone una adecuación de este accesorio al nuevo resultado, por aplicación supletoria del art. 282 (anteriormente, 279) del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5).----------

--- Así, atendiendo al mayoritario progreso de los rubros demandados, opino que las costas deberán distribuirse en ambas instancias en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante por cuenta de la parte actora, conforme a la previsión del art. 72 –antes 71- del C.P.C.C. (texto seg. Ley XIII N° 5).----------

--- **XI.** En síntesis, de compartirse las consideraciones precedentes, corresponderá revocar parcialmente el fallo apelado, a fin: 1) declarar la inconstitucionalidad de los arts. 103 bis (text seg. Ley 24.700) y art. 245 L.C.T., en la medida y con las consecuencias establecidas en el presente fallo; 2) acoger la pretensión de incrementar la diferencia indemnizatoria reclamada con base en los arts. 245, 247 y 248 de la L.C.T., la cual se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con inclusión de los “tickets canasta”, limitando la aplicación del tope previsto en el art. 245 L.C.T., el cual no podrá exceder de un tercio de la indemnización que le correspondería percibir a los deudos del trabajador por aplicación de la base de cómputo ya expresada, con más los intereses ya determinados en el decisorio recurrido; 3) Imponer las costas de ambas instancias en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante por cuenta de la parte actora; 4) adecuar los honorarios de primera instancia a este resultado y regular los correspondientes a esta alzada, fijándolos como sigue: 1) Primera instancia: en un 21% para la letrada en causa propia, Dra. S. E. L. de C. y en el 16,8% para el letrado apoderado de la demandada, Dr. G. A. H.; 2) Alzada: en un 6,3% para la letrada en causa propia, Dra. S. E. L. de C. y en el 4,7% para el letrado apoderado de la demandada, Dr. G. A. H. (arts. 5, 6, 8, 14, 18, 38, 46 y conc., Ley XIII N° 4).----------

---------- Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- Metodológicamente, debe tratarse en primer lugar un agravio planteado por la accionada: la improcedencia de la aplicación a este caso del precedente “Vizzotti” de la CSJN. El fundamento del agravio es que la resolución dictada en “Vizzotti” fue en un despido sin causa, mientras que en el caso de autos se trata de una indemnización por muerte que establece el art. 248 de la L.C.T.; a criterio del apelante, ello implica parámetros absolutamente distintos, que tornan inaplicable la doctrina de uno en otro caso.----------

--- El apelante pretende trazar una distinción sutil que demuestre la inaplicabilidad del precedente de la Corte a este caso. El problema es que el apelante trata de extraer una diferencia esencial entre ambos casos donde no la hay. ----------

--- Cabe recordar que en el recordado precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictado in re "Vizzotti”, del 14/9/2004], se declaró que no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 LCT. [la mejor remuneración mensual normal y habitual], pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos pues, de lo contrario, resultaría confiscatoria y, por ende, violatoria también del art. 17 CN. Similar criterio fue aplicado a partir de él por otros tribunales superiores de provincia, como la SCBA (Sup. Corte Bs. As., 28/06/2006 -Bravo Elizondo, Luis Guillermo v. Mercobank S.A. s/ Indemnización por despido), en Juba sum. B50775; ídem, 7/2/2007 -Pricolo, Carlos Carmelo v. Cartonex Bernal S.A. y otro s/ Despido), en Juba sum. B50775).----------

--- Lo trascendente de este criterio, lo que puede calificarse de elemento axial o eje de su aplicabilidad es la consecuencia indemnizatoria, esto es, la reducción en más de un 33% de la acreencia que correspondería al operario de no mediar la aplicación del tope o tarifa. Lo demás son circunstancias del caso, que no hacen a la esencia del precedente.----------

--- En clásica definición, Kant decía que esencia es lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra. Y, como quiera que sea, en ambos casos se trata de analizar la constitucionalidad de un tope respecto de una acreencia laboral. El género prevalece ante la especie en este caso. La especie de los créditos reclamados en ambos casos era diversa, pero el género era el mismo y en este caso con el género del rubro reclamado basta, porque lo que torna aplicable el precedente “Vizzotti”, es la pulverización del crédito del trabajador por imperio de la aplicación del tope, esto es, que el crédito del operario se vea reducido a límites confiscatorios por la incidencia del tope. Con ello basta para aplicar el precedente, siendo irrelevante la génesis o causa fuente de la acreencia. La demandada ha puesto excesivo énfasis en algo que no es tan trascendente en “Vizzotti” como la causa fuente del crédito, cuando lo que surge claro en tal precedente es su aplicabilidad a las consecuencias indemnizatorias gravosas de la aplicación del tope.----------

--- Es así que no está en la esencia del caso “Vizzotti” su aplicabilidad limitada a supuestos de la especie despido sin causa, sino que el criterio se aplica al universo de

supuestos en que un crédito laboral se vea menoscabado a extremos confiscatorios por aplicación de un tope. Más que la causa del crédito son las consecuencias del tope lo que marca la aplicabilidad del precedente de la CSJN. Este fundamento basta para convencer respecto de que el agravio debe ser rechazado.----------

--- Luego la demandada recurrente intenta otra sutileza inaplicable, pretendiendo que esta alzada vaya más allá de la doctrina sentada por la Corte Suprema de la Nación y analice una serie de aspectos de la causa Vizzotti y los compare con la presente.---------

--- Hace una serie de aseveraciones sobre la función judicial y los límites del principio de seguimiento de las decisiones superiores y trata de plasmar una distinción entre lo que la ley dice y lo que los tribunales le hacen decir, refiriendo luego esta construcción al caso Vizzotti, en relación con este caso.----------

--- Aclaro liminarmente que juzgo poco feliz alguna de las afirmaciones contenidas en este segmento del recurso. El apelante parece ignorar la doctrina legal vigente en esta Provincia en materia de interpretación de la ley, a partir del precedente de esta Sala del 11/9/09, dictado in re "V. O. c/ N. S.A. s/ dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. 458 - Año 2009 CANE), en el que en mi voto se dejaron establecidas diecisiete reglas de interpretación. Contra varias de ellas chocan algunas afirmaciones del apelante sobre la inaplicabilidad a este caso del precedente “Vizzotti” y sobre el rol de la magistratura según su óptica. ----------

--- Dije en el precedente citado que de la doctrina de prestigiosos autores nacionales y extranjeros y de multitud de sentencias de la Corte Suprema y Tribunales Superiores nacionales pueden sistematizarse una serie de reglas en materia de hermenéutica. Las principales de ellas son:----------

--- 1. "**El juez no puede tener ante la norma la actitud del orientalista que descifra un pergamino**" (GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", Primer Curso, Edit. Porrúa, México, 1973, pags. 76 y 77), contentándose con saber apenas qué pensaba el autor de la norma acerca de la cuestión resuelta, ni rindiendo un ciego acatamiento a sus dictados, cualesquiera sean éstos.----------

--- 2. **El juez no es un historiador, por lo que no puede quedarse en el pasado, contemplando una norma como un objeto prehistórico**. "Las leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, porque por naturaleza tienen una visión de futuro, y están predestinadas a recoger y regir hechos posteriores a su sanción; las leyes disponen para lo futuro, dice el art. 3° del Cód. Civil, con un significado trascendente que no se agota, por cierto, en la consecuencia particular que el precepto extrae a continuación" (CSJN, Fallos 241: 291 -el célebre caso "Kot"-).----------

--- 3. Sin embargo, el juez tampoco es un futurólogo que pueda extraer de las normas meras conjeturas; son meras conjeturas las conclusiones que no surgen razonablemente de los textos interpretados (Cám. Apels. Trelew, Sala A, mi voto en sentencia del 2/10/08, in re "D. M. H. c/ T. S.R.L. s/ dif. de hab. e indem. de ley" (Expte. N° 22.899 - Año 2008).----------

--- 4. El ingente papel que en la elaboración del derecho incumbe a los jueces debe cumplirse sin arbitrariedad y no llega hasta la facultad de instituír la ley misma (CSJN, Fallos 234:82). En similar sentido, la SCBA ha dicho reiteradamente que "al intérprete de la ley no puede acordársele el poder de variar el contenido mismo del texto legal interpretado, al grado de prescindir de él (SCBA, 25/6/1957, "Alvarez de Tello, Josefa Elisa, Sucesión", en "Acuerdos y Sentencias", 1957-III-291/295, voto del doctor Arturo Acuña Anzorena, p. 43); ídem, 4/7/89, "Martijena de Zubiani, Nora c/ Dirección de Energía de la Provincia de Bs.As. s/ Servidumbre de electroducto", LL 1989-E, 130, ED 136-285 y AyS 1989-II-613, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín; ídem, 13/12/94, "Constructora Lihué S.A.C.C.I.F. c/ Vega, Elías Pedro, su sucesión y otros s/ Cobro ejecutivo", JA 1995-IV- 417 y AyS 1994-IV-426, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín). –----------

--- 5. "Quien dice codificación, dice la adopción del principio fundamental de que hacer la ley corresponde exclusivamente al legislador" (Roguin, Ernest, "Observations sur la codification des lois civiles", en "Recueil publié par la Faculté de Droit de Lausanne", 1896, pag. 75 y ss.).----------

--- 6. **Sin perjuicio de lo anterior, el juez tiene la obligación de completar el mandato normativo, aclarar las oscuridades del mismo y llenar los vacíos de normatividad expresa a través del empleo de las normas abiertas, sin violencia y con razonabilidad, de modo de brindar una solución jurídica y aceptable a los casos no previstos**.----------

--- 7. "Cuando los términos de la ley son claros no corresponde a los jueces apartarse de sus propósitos, so pretexto de evitar las deficiencias reales o presuntas que podrían resultar de su aplicación" (CSJN, Fallos 213:405). En la interpretación de la ley el intérprete no debe apegarse exclusivamente a los textos, pero tampoco puede prescindir abiertamente de ellos.----------

--- 8. "Cuando la ley hace una distinción, en términos que no dejan lugar a dudas, a ella hay que atenerse, se la considere o no bien motivada" (CSJN, 7/5/948, "Frigorífico Armour de La Plata SA c / Gobierno Nacional", Fallos 210: 989 y L.L. t. 51, p. 676). Por el contrario, cuando la ley no distingue, el intérprete no debe introducir distinciones que la normativa no contempla (Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, 23/6/09, in re "FACA S.R.L. C/ OMAR EDGARDO ALE Y OTRO - EJECUTIVO - RECURSO DIRECTO (Expte. F-05-04)", Voto del Dr. Domingo Juan Sesín, en http://www.justiciacordoba.gov.ar/site/Asp/TextoFallo.asp?ID=3087).----------

--- 9. Las restricciones a los derechos, así como los supuestos de caducidad de éstos no pueden surgir de simples conjeturas, sino que deben emanar de la ley o de los acuerdos lícitos celebrados por las partes (arts. 19 C.N. y 499 Cód. Civil).----------

--- 10. No cabe presumir la equivocación, el desacierto o la falta de presuposición del legislador, ni interpretar los textos legales poniendo en pugna sus disposiciones."La inconsecuencia o falta de previsión jamás se supone en el legislador y por ésto se

reconoce como un principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero, el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (CSJN, 19/9/1864, in re "Calvete, Benjamín", Fallos 1:300; idem, Fallos 278:62).----------

--- 11. En la interpretación de la ley, debe darse primacía no a la intención del legislador, sino a la intención de la ley. Como enseñó el Prof. Boffi Boggero, "Muchas veces las soluciones de un Código se extraen mediante planteamientos novedosos que surgen de doctrinas que les han sido ajenas. Los códigos tienen una vida propia que se desprende en alguna medida del "pensamiento" y "voluntad" de sus "autores" (Luis María Boffi Boggero, su discurso en "Homenaje a la memoria del Prof. Alfredo Colmo", Abeledo-Perrot, Bs. As., 1962, pag. 16). –----------

--- 12. El maestro BURDESE pensaba que "la intención del legislador no es una valoración o complejo de voliciones históricamente determinadas ni captables a través de una actividad meramente cognitiva; se trata de una voluntad que se incorpora a la ley, asumiendo un significado autónomo" (BURDESE, Alberto. "Manuale di Diritto Privato Italiano", Unione Tipográfica- Editrice Torinese, Torino, 1974, págs. 18/19). Con diferencia de matices pero alcance similar, se ha dicho que "es equivocado tratar de encontrar en la ley una voluntad, pues en la ley existe en realidad un criterio de valuación de intereses, y entender la norma significa aprehender ese criterio reviviendo el objeto de aquella, de tal manera que se puede comprobar si determinado hecho queda comprendido o no en su ámbito... Además ese criterio no debe apreciarse en sentido estático que indique el momento en que la valoración se llevó a cabo, sino considerando la que está inmanente en el ordenamiento jurídico, y que por lo tanto evoluciona con la modificación de algunas normas o de la propia estructura del Estado..." (CARREJO, Simón, "Derecho Civil", Edit. Temis, Bogotá, 1972, T. I, pág. 81).-

--- 13. La búsqueda de la intención objetiva de la ley en reemplazo de la intención subjetiva del legislador implica que esta pauta no es estática, sino mudable y que evoluciona conforme vayan evolucionando las necesidades, tendencias y valoraciones sociales de cada época. SALEILLES dijo una vez que la interpretación evolutiva implica ir más allá del Cód. Civil, pero por el Código Civil (cfr. mi voto en sentencia de esta Sala del 20/11/08 in re "Catriman, M. A. c/ Congeladores Patagónicos S.A. s/ Cobro de Pesos - Laboral" (Expte. 125 - Año 2008). Y Radbruch apuntó agudamente que "La ley debe ser más inteligente que el legislador".----------

--- 14. "**La ley es pensamiento y voluntad del presente y no del pasado y ha de adaptarse a las relaciones nuevas o transformadas, hasta que en su virtud intrínseca de expansión no halle obstáculo en una voluntad manifiesta y contraria del precepto legislativo. Si este obstáculo no existe, se facilita -por el contrario- el triunfo de una idea de justicia que constituye en la actualidad la "aspiración de la conciencia jurídica común" no hay porqué mantener un criterio que, lejos de**

propender a ese fin, disminuye sin causa alguna la función reguladora del derecho" (SCBA, Ac. 34196, 1/2/85, autos "Di Pietro, Vicente Juan c/ Monte Paco S.A. (quiebra) s/ Escrituración", E.D. 114- 367, J.A. 1985-IV, 173 y L.L. 1985-D- 402; en identico sentido, excepto que cambia el vocablo obstáculo por la palabra "óbice", SCBA, 13/11/85, causa "Martínez, Agustín c/ Manfredoti, Tomás s/ Accidente de trabajo", A. y S. 1985-II, pág. 369).----------

--- 15. Claro que como, Renard dijo, en criterio que la SCBA receptó, "la materia de la ley no es un caucho tan elástico, y la técnica puramente interpretativa no es de una flexibilidad tal, que a fuerza de tirar sobre el texto, se llegue siempre a solucionar el caso. El rendimiento de la ley no es ilimitado" (SCBA, 25/6/1957, "Alvarez de Tello, Josefa Elisa, Sucesión", en "Acuerdos y Sentencias", 1957-III-291/295, voto del doctor Arturo Acuña Anzorena; ídem, 4/7/89, "Martijena de Zubiani, Nora c/ Dirección de Energía de la Provincia de Bs.As. s/ Servidumbre de electroducto", LL 1989-E, 130, ED 136-285 y AyS 1989-II-613, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín; ídem, 13/12/94, "Constructora Lihué S.A.C.C.I.F. c/ Vega, Elías Pedro, su sucesión y otros s/ Cobro ejecutivo", JA 1995-IV- 417 y AyS 1994-IV-426, voto mayoritario liderado por el Dr. San Martín).----------

--- 16. **En la interpretación de la ley no cabe atenerse a una consideración meramente teórica de las fórmulas e intenciones legislativas, sino que además debe analizarse los resultados que el criterio sustentado por el intérprete provocan en el caso concreto**. "Los jueces tienen el deber de ponderar las consecuencias sociales de su decisión" (HOLMES, Oliver Wendell, "The path of the law", en "Harvard Law Review", vol. 10, pp. 457 y ss; CSJN, "Saguir y Dib", Fallos 302: 1284, con cita de Fallos 234: 482).----------

--- 17. Por ello, una de las pautas más sensatas para comprobar el acierto del criterio extraído de la norma es si el mismo conduce a una solución razonable en el caso, puesto que la aplicación de una norma nunca puede hacerse de un modo no razonable que conduzca a resultados injustos. La verificación de los resultados a que conduce la exégesis de una norma y las circunstancias tomadas en cuenta para sancionar la ley, son presupuestos para llegar a su correcto entendimiento (CSJN, "Pagano, Héctor Daniel c/ Banco Hipotecario Nacional", Fallos 305: 1254).----------

--- Echa de verse de lo expuesto que el rol que el apelante pretende hacerle cumplir a esta alzada se contrapone claramente con varias de las reglas que integran la doctrina legal vigente en la provincia en materia de interpretación, lo que torna subjetivas e inatendibles las opiniones del apelante.----------

--- Además, a este elenco de reglas cabría agregar una que formulara el célebre juez estadounidense Félix Franckfurther quien dijo una vez que “la Constitución dice lo que la Corte Suprema dice que dice”. De tal modo la contraposición entre lo que expresa la ley y lo que indica la magistratura es ilusoria como concepto, en la medida en que no se demuestre concretamente en un caso que el juez ha excedido el límite interpretativo

máximo admisible según el ordenamiento jurídico, esto es, que ha dado a la ley un alcance incompatible con su correcta y razonable hermenéutica. Ello no ha sido demostrado, ni por asomo, en el caso de autos, lo que basta para hacer a un lado el agravio.----------

--- Aclarado que no existían óbices para la aplicación del precedente “Vizzotti” a este caso, al no ser aplicables las disquisiciones que intentara la demandada, no habiendo ésta intentado demostrar que en este caso no se produce la “pulverización” del crédito o supuesto de confiscatoriedad indemnizatoria, entiendo que ha adquirido firmeza la aplicabilidad a este caso de tal criterio, lo que torna irrevisable este aspecto del decisorio de grado.----------

--- En segundo término, ambas partes han planteado: la ausencia de declaración de inconstitucionalidad del art. 245 LCT en el caso, pese a apartarse la a quo de él en su decisorio. Las dos partes cuestionan este yerro, con fundamentos y pretendiendo extraer consecuencias distintas de él. Pero, vista la sentencia en crisis, surge claro que efectivamente ha habido en ella una omisión, ya que la juez de grado adhirió a la postura de la Corte Suprema del conocido caso "Vizzoti”, pero olvidando o soslayando la declaración de inconstitucionalidad del tope indemnizatorio que la adopción del criterio de ese fallo presupone necesariamente.----------

--- En concreto, la a quo deja de lado el tope indemnizatorio de la norma indicada supra, diciendo adherir al fallo citado, pero sin declarar la inconstitucionalidad del tope, lo que significa un vicio sentencial por omisión.----------

--- Lo expuesto hasta aquí en el primer agravio y en el decurso del tratamiento de este segundo, lleva como lógico corolario a disponer en uso de las facultades acordadas a la alzada por el art. 281 Ley XIII N° 5 (ex art. 278 CPCyC), la subsanación de la omisión en que la resolución de grado incurriera.----------

--- Cuadra recordar que la norma citada dispone: “*OMISIONES DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. El tribunal podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios*”.----------

--- Siendo encuadrable este caso dentro del anaquel conceptual que esa norma perfila, debe enmendarse el yerro de grado y salvarse la omisión allí incurrida, procediéndose aquí a la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 LCT en este caso particular y concreto, lo que va de la mano necesariamente de la decisión de no aplicar en autos el tope indemnizatorio del art. 245 L.C.T.----------

--- Pasando al agravio siguiente, en este caso de la demandante, el cuestionamiento de la inclusión de los “tickets canasta” para el cálculo de dicha base indemnizatoria, aspecto que ha merecido soluciones diversas en la jurisprudencia nacional, dada la doctrina legal vigente en esta materia en esta Provincia a tenor de un fallo dictado por mis compañeros de Sala, debo decir que cabe acceder a lo pretendido por el apelante.-

--- Este Cuerpo, con intervención de los Dres. Ferrari y Velázquez ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el carácter remuneratorio de los denominados “ticket canasta”, declarando a la par la vulneración constitucional producida por la normativa que nos les reconocía tal naturaleza (cfr. Esta Sala, fallo del 25/06/09 in re “M., N. I. c/ I. Y E. D. L. P. S.A. s/ cobro de haberes e indem. de ley” (Expte. Nº 270 - año: 2009).----------

--- El cuestionamiento constitucional de la consideración de no remunerativo del pago en ticket canasta comenzó alrededor de 1994, pudiendo citarse pronunciamientos de ese año y posteriores que declararon la inconstitucionalidad de tal calificación (cfr. en ese sentido, Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 12/12/1994 -Vaca Callau, Roger Williams v. Industrias Metalúrgicas Pescarmona S.A.) JA 1995-IV-115).----------

--- Luego, la propia Corte Suprema en 1998 resolvió que la naturaleza "no remunerativa" que el decreto 1477/89 imprimió a los ticket canasta sólo puede ser formalmente establecida mediante una decisión política y propios de una ley del Congreso, la que, a su vez, en su caso, deberá ser confrontada con la Constitución Nacional, que garantiza al trabajador una remuneración justa y lo protege contra el despido arbitrario: art. 14 bis (Corte Sup., 24/11/1998 -Della Blanca, Luis E. y otro v. Industrias Metalúrgicas Pescarmona S.A) JA 1999-I-119).----------

--- Luego de esos primeros embates contra la constitucionalidad de tal conceptualización, en los últimos años se profundizaron los ataques y se dictaron diversos precedentes, entre otros, el dictado por esta Sala y referido supra, que llevaron luego a la sanción de una norma de grada legal que pusiese fin a las incertidumbres.---

--- Existiendo doctrina legal vigente, con menos de tres años de dictada, la que además fue ratificada por la sanción de la Ley 26.341 que despejó las dudas sobre el carácter remuneratorio de tales pagos, derogando los incisos b) y c) del artículo 103 bis de la Ley 20.744 y el artículo 4º de la Ley 24.700 y dejando claramente establecido el carácter remuneratorio de las prestaciones comprendidas en los incisos derogados, corresponde disponer el acogimiento el agravio analizado en este punto.----------

--- Ello así, el agravio de la accionante debe ser admitido, correspondiendo declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis de la L.C.T. (texto seg. ley 24.700), considerando que la entrega de tickets canasta posee carácter remuneratorio, debiendo tomarse en cuenta los montos nominales de los tickets a los fines del cálculo del crédito resarcitorio en autos.----------

--- Pasando a otro punto del ataque, el cuestionamiento del rechazo del reclamo de aplicación del plus indemnizatorio previsto por el art. 2 de la Ley 25.323, no asiste razón a la recurrente en el embate, debiendo confirmarse lo dispuesto al respecto en el grado.----------

--- Es que tal indemnización está prevista –en este caso sí- exclusivamente para el caso de despido y no para el de fallecimiento del trabajador.----------

--- La indemnización contemplada en los arts. 1 y 2 de la ley 25523 tiene naturaleza sancionatoria y su aplicación se reduce, se acota, al supuesto de interrupción del contrato de trabajo por despido, como lo expresa el art. 1 primer párrafo in fine de la Ley 25323, cuando menta expresamente que el “momento del despido”. ----------

--- Tal criterio ha tenido expresa consagración en un fallo de la Excma. CNAT, en que se resolvió que ante el caso de extinción del contrato de trabajo por fallecimiento del empleador, la indemnización que prevé el art. 249 LCT. no tiene naturaleza sancionatoria ya que no está relacionada con ningún incumplimiento, sino que tiene por finalidad reparar el daño que sufre el trabajador que se encuentra privado de su trabajo por un motivo que le es por completo ajeno. De allí que no quepa hacer lugar a las sanciones que prevén los arts. 1 y 2 ley 25323 (C. Nac. Trab., sala 1ª, 30/11/2006 - Infantino, Ana I. y otros v. Gaynor, María y otro s/despido, en AbeledoPerrot online).-----

--- Con estos fundamentos resulta suficiente para demostrar la inconducencia del agravio y la necesidad de rechazarlo.----------

--- En cuanto a la imposición de costas de grado, los sendos ataques intentados se han tornado abstractos, al devenir en esta instancia modificaciones significativas a lo dispuesto en la instancia inferior, que obligan a adecuar lo dispuesto en cuanto a costas al nuevo resultado aquí arribado, a mérito de lo establecido por el art. 282 de la Ley XIII N° 5 (ex art. 279 C.P.C.yC.).----------

--- En tal situación, teniendo en cuenta el progreso sustancial de los rubros reclamados en el grado, el resultado más acorde a lo resuelto en la litis -analizada panorámicamente y sin atender a meras fórmulas matemáticas-, es que las costas deberán ser distribuidas en ambas instancias en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante por cuenta de la parte actora, conforme a la previsión del art. 72 Ley XIII N° 5 (ex art. 71 C.P.C.yC.).----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar –bien que por mis propios fundamentos- la propuesta del Dr. FERRARI de revocar parcialmente el decisorio recurrido en los siguientes aspectos: a) la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 103 bis (text seg. Ley 24.700) y art. 245 L.C.T., la que se dispone en la medida y con las consecuencias establecidas supra; b) la pretensión de incremento de la diferencia indemnizatoria reclamada con base en los arts. 245, 247 y 248 de la L.C.T., la que se acoge y se liquidará, en ejecución de sentencia, partiendo del cómputo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual de la actora devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con inclusión de los “tickets canasta”, con aplicación limitada del tope previsto en el art. 245 L.C.T., tope que no podrá exceder de un tercio de la indemnización que le correspondería percibir a los deudos del trabajador por aplicación de la base de cálculo ya expresada, más los intereses contemplados en la sentencia de grado; c) las costas de ambas instancias, que se cargarán en un ochenta y cinco por ciento (85%) a la demandada y en el segmento restante a la accionante; d) los honorarios de grado se

adecuarán al nuevo resultado aquí dispuesto; regulándose en las siguientes alícuotas: para la Dra. S. E. L. de C., letrada en causa propia, el 21% del monto del litigio que se determine en etapa de ejecución y para el Dr. G. A. H., letrado apoderado de la accionada, el 16,8% del mismo monto, porcentajes que se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 14, 18, 38, 46 y conc., Ley XIII N° 4, ex Ley 2200).----------

--- También propiciaré la regulación de los emolumentos devengados en esta alzada, en las siguientes alícuotas: para la Dra. S. E. L. de C., letrada en causa propia, el 6,3% del monto del litigio y para el Dr. G. A. H., letrado apoderado de la accionada el 4,7% del monto del litigio que se determine, porcentajes que se justifican en atención a la extensión, mérito, calidad y resultado de las respectivas tareas cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 14, 18, 38, 46 y conc., Ley XIII N° 4, ex Ley 2200).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos Dante Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca del tópico precedente, corresponderá por tanto REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, y en consecuencia: 1) declarar la inconstitucionalidad de los arts. 103 bis (text seg. Ley 24.700) y art. 245 L.C.T., en la medida y con las consecuencias establecidas en el presente fallo; 2) acoger la pretensión actoral de incrementar la diferencia indemnizatoria reclamada con base en los arts. 245, 247 y 248 de la L.C.T., la cual se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con inclusión de los “tickets canasta”, limitando la aplicación del tope previsto en el art. 245 L.C.T., el cual no podrá exceder de un tercio de la indemnización que le correspondería percibir a los deudos del trabajador por aplicación de la base de cómputo ya expresada, con más los intereses ya determinados en el decisorio recurrido; 3) Imponer las costas de ambas instancias en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante por cuenta de la parte actora; 4) adecuar los honorarios de primera instancia a este resultado y regular los correspondientes a esta alzada, fijándolos como sigue: 1) Primera instancia: en un 21% para la letrada en causa propia, Dra. S. E. L. de C. y en el 16,8% para el letrado apoderado de la demandada, Dr. G. A. H; 2) Alzada: en un 6,3% para la letrada en causa propia, Dra. S. E. L. de C. y en el 4,7% para el letrado apoderado de la demandada, Dr. G. A. H..---------- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos A. Velázquez (Art. 7º Ley V Nº 17; antes art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550),----------

--- Trelew, de mayo de 2.010.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

----REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, y en consecuencia: 1) declarar la inconstitucionalidad de los arts. 103 bis (text seg. Ley 24.700) y art. 245 L.C.T., en la medida y con las consecuencias establecidas en el presente fallo; 2) acoger la pretensión actoral de incrementar la diferencia indemnizatoria reclamada con base en los arts. 245, 247 y 248 de la L.C.T., la cual se liquidará en la etapa de ejecución de sentencia tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, con inclusión de los “tickets canasta”, limitando la aplicación del tope previsto en el art. 245 L.C.T., el cual no podrá exceder de un tercio de la indemnización que le correspondería percibir a los deudos del trabajador por aplicación de la base de cómputo ya expresada, con más los intereses ya determinados en el decisorio recurrido.----------

----IMPONER las costas de ambas instancias en un 85% a cargo de la demandada y en el 15% restante por cuenta de la parte actora.----------

----ADECUAR los honorarios de primera instancia a este resultado y regular los correspondientes a esta alzada, fijándolos como sigue: 1) Primera instancia: en un 21% para la letrada en causa propia, Dra. S. E. L. de C. y en el 16,8% para el letrado apoderado de la demandada, Dr. G. A. H.; 2) Alzada: en un 6,3% para la letrada en causa propia, Dra. S E. L. de C. y en el 4,7% para el letrado apoderado de la demandada, Dr. G. A. H..----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2010 – SDL. Conste.- ----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA