En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto 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 los Sres. Jueces de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"H., H. A. c/ D. L. C. P. SA s/ DEMANDA LABORAL (Indemnizaciones)", expte. nro. 175/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3847/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 702) y autos de fs. 703/712, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia N. Alonso de Ariet.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 665/682? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 684 y fs. 688 por la parte actora y demandada, respectivamente, la sentencia definitiva nro. 147 del 11/12/09 de fs. 665/682, habiéndose concedido a fs. 690 los recursos de

apelación interpuestos libremente y en ambos efectos. A misma fs. 690 se concede el recurso de apelación interpuesto contra la regulación de honorarios a fs. 688.

El fallo en lo que aquí interesa dispuso: 1) Haciendo lugar a excepción de prescripción opuesta por la demanda con respecto a los créditos provenientes del rubro S. de R. C. Disp. D.N.R.T. (MTSS) 4701/91 devengados con anterioridad al 14/06/03, conforme lo resuelto en el considerando I.d)… 3) Haciendo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenando a la firma D. L. C. P. S.A., a abonar al Sr. H. A. H., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, la suma de pesos cuatro mil setecientos veinticinco con seis centavos ($4.725,06), ello con más el monto correspondiente al S. de R. C. Disp. D.N.R.T. (MTSS) 4701/91, el cual será calculado, firme o consentida la presente sentencia, al practicarse la correspondiente liquidación en los autos en tratamiento conforme las pautas determinadas en el apartado e) del presente considerando, sumas que se incrementarán conforme lo dispuesto en el considerando I. apartados e) y f), debiendo tener presente lo dispuesto por el art. 277 LCT y 5)… Regúlanse los honorarios de los profesionales intervinientes, Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., en forma conjunta, en un 21%, Dres. N. B. L. de E., en un 17% y los del perito contador A. L. en un 4%, con más IVA si correspondiere, ello en un todo de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 36, 38, 46, 60 y 61 de la Ley XIII, nro. 4 conforme Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut (antes Ley 2200, en un todo de acuerdo a lo resuelto en el considerando II”.

I.A) El apelante actor expresa agravios a fs. 691/693vta., mientras que la apelante demandada expone los suyos a fs. 694/695vta. No habiendo ninguna de las partes contestado el traslado de agravios conferido a fs. 696.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración y economía, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

I.B-1) La parte apelante actora se agravia en tanto y en cuanto la a-quo consideró prescriptos los créditos provenientes al Seguro de Retiro Complementario devengados con anterioridad al 14/06/03, determinando que sólo corresponde que la demandada abone al actor los aportes por los períodos correspondientes desde junio de 2003 y hasta enero de 2005 inclusive (fs. 691/693vta.).

I.B-2) Centra su agravio la parte apelante demandada (fs. 694/695) basado en que: a) la

decisión de la base dispuesta por la a-quo para el cálculo de los aportes correspondientes a los períodos junio del 2003 y hasta enero del 2005 inclusive, tomando como base las remuneraciones puntualizadas por la parte actora a fs. 180/181vta. es contraria al texto del convenio que crea el aporte, careciendo de sustento legal. Como fundamento que hace a su entender explicita que el cálculo debe efectuarse únicamente sobre los conceptos remunerativos contemplados en el convenio, ello es salarios de convenio, presentismo y sueldo anual complementario, excluidos los conceptos de vacaciones, horas extras, premios y demás bonificaciones (fs. 694/vta.) y b) la sentenciante dispusiera aplicar sobre las sumas condenadas por la omisión del pago del aporte por el seguro de retiro un interés igual a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina.

I.C) Atento a la temática planteada por las partes, he de tratar los agravios en forma conjunta.

En autos caratulados: "F., W. A. c/ S. S. E. S.A. s/ Demanda Laboral (Diferencias Salariales)", expte. No. 14.613/04, sent. def. nro. 013 del 07/03/05 como en autos caratulados: "S., H. R. c/ M. T., G. s/ Demanda Laboral (Dif. Haberes e indemnización por despido), expte. Nro. 16.379, sent., def. nro. 034 del 04/07/07), he determinado el criterio sobre lo atinente al concepto de seguro de retiro complementario he tomado.

En cuanto a los trabajadores de la actividad comercial regidos por el C.C.T. 130/1975 existe el Acta modificatoria del acta acuerdo del 21/6/1991, que expresa que: "En la Ciudad de Buenos

Aires, a los 12 días del mes de setiembre de 1991 entre los señores C. R. D. L. V., C.I. *.***.*** en representación de la C. A. D. C., O. J. C. C.I. *.***.*** en representación de la C. D. A. M. E., J. L. S., C.I. *.***.*** en representación de la U. D. E. C. Argentinas, todas en representación del sector empresario por una parte, y por la otra, los señores A. O. C., C.I. *.***.*** y J. A. H., D.N.I. *.***.***, en representación de la F. A. D. E. D. C. S., en el expte. 829.222/88, se conviene lo siguiente en relación al acta firmada por estas mismas partes el 21 de junio de 1991 y homologada por resolución D.N.R.T. 4701/1991:

1.- Sustitúyese el texto del pto. 1 por el siguiente:

"Se establece un sistema de retiro complementario (S.R.C.) al régimen de previsión social vigente a la fecha de este convenio".

2.- Sustitúyese el texto del párr. 1 del pto. 4 por el siguiente:

"El seguro de retiro complementario se financiará con un fondo afectado exclusivamente a esta finalidad, que se integrará con un aporte por parte de los empleadores del 3,5% mensual sobre los salarios liquidados, para los cuales se computará también el sueldo anual complementario y el presentismo. Se deja aclarado que no se encuentran comprendidas las vacaciones, horas extras, premios y demás bonificaciones y las remuneraciones integradas en todo o en parte por comisiones, en cuyo caso el porcentaje referido se aplicará solamente sobre las escalas de garantía pertinentes. Tampoco se encuentran comprendidas las remuneraciones de los trabajadores eventuales o temporarios".

3.- Sustitúyese el texto del pto. 5 por el siguiente:

"Los empresarios y el personal jerárquico de las empresas comprendidas podrán optar por su inclusión en el S.R.C., en cuyo caso el aporte del 3,5% mensual establecido en el pto. 4 quedará a exclusivo cargo de quien adhiera al sistema".

4.- Sustitúyese en el párr. 1 del pto. 8 que decía que: "El incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado. El sindicato se encuentra legitimado para reclamar judicialmente el cumplimiento de dichas obligaciones", las palabras "el sindicato" por "L. F. A. D. E. D. C. S.".

5.- La validez del presente protocolo se sujeta a que sus términos sean homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación".

Las modificaciones al Protocolo suscripto el 21/6/1991 consisten en que: "En la Ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de setiembre de 1991 entre los señores C. R. D. L. V., C.I. *.***.*** en representación de la C. A. D. C., O. J. C., C.I. *.***.*** en representación de la C. D. A. M. E., J. L. S., C.I. *.***.*** en representación de la U. D. E. C. A., todas en representación del sector empresario por una parte, y por la otra, los señores A. O. C., C.I. *.***.*** y J. A. H., D.N.I. *.***.***, en representación de la F. A. D. E. D. C. S., en el expte. 829.222/88, se conviene lo siguiente en relación al protocolo firmado por estas mismas partes el 21 de junio de 1991:

1) Reemplazar el texto del art. 3 por el siguiente:

"Los empleadores realizarán aportes mensuales al plan de un 3,5% del salario liquidado –conforme al texto del pto. 4 del acta– por cada empleado en relación de dependencia comprendido en la convención colectiva de trabajo 130/1975. El incumplimiento de tales obligaciones generará la aplicación de los recargos correspondientes por la mora en los pagos y sin desmedro del derecho de la federación a generar las acciones legales pertinentes".

2) Reemplazar los tres primeros párrafos del art. 8 por el siguiente texto:

"Los requisitos para acceder al beneficio básico, una vez alcanzada la edad de retiro estipulada en 65 años para los hombres y 60 años para las mujeres serán:

La empresa en que preste servicio deberá estar al día con sus obligaciones de pago devengadas hasta el mes anterior a la fecha de retiro. De existir aportes pendientes, deberá regularizarlos incrementándose los valores de aportes con el importe resultante de cargar el rendimiento que se hubiera asignado a las cuentas respectivas en caso de cumplirse con la obligación en tiempo y forma, y al valor así calculado adicionarle un interés anual equivalente a la tasa "Libor" vigente a la fecha".

Se mantienen los requisitos de antigüedad mínima redactados en el texto original.

3) Reemplazar el texto del último párrafo del art. 11 por el siguiente:

"Mantener la vigencia de la póliza durante un plazo de 5 años, respetando las condiciones aquí establecidas con excepción de lo estipulado en el art. 6.

Esta cláusula queda condicionada a la adecuación del sistema al nuevo régimen de previsión social que se sancione, de acuerdo al art. 7 del presente protocolo, incorporado como art. 16".

4) Suprimir en el art. 12 el texto íntegro del último párrafo.

5) Reemplazar el texto del párr. 3 del art. 13, por el siguiente:

"Participar y decidir con sus votos en la fijación del valor del beneficio básico para cada año a partir de la evaluación actuarial anual del plan, de acuerdo al art. 6. A tal efecto, el asegurador efectuará una evaluación actuarial con el fin de determinar la suficiencia de la cuenta colectiva para afrontar los beneficios básicos estipulados. La misma se efectuará en base a los siguientes mecanismos:

a) Se actualizará la nómina poblacional en función de las altas y bajas producidas durante el período inmediato anterior.

b) Se estimará la composición futura de la población en base a supuestos estadísticamente razonables de rotación.

c) Se establecerá el valor actual de cada unidad de beneficio a brindar a cada asegurado a la edad de retiro.

d) Se establecerá el flujo estimado de los aportes futuros a la cuenta colectiva.

e) Se establecerá el saldo de la cuenta colectiva a la fecha de cálculo.

f) Se establecerá el equilibrio financiero entre los valores calculados según los aps. c), d) y e) de este punto, de modo que la adquisición gradual de los beneficios sea acorde con el ingreso de

aportes.

g) Como resultante de tales cálculos surgirá el valor del beneficio básico que el sistema es capaz de financiar en forma estable y uniforme para la población proyectada.

Con arreglo a tal estudio se fijará el beneficio básico que brindará el plan durante el año siguiente. A tal fin, será necesario el consentimiento del contratante, por un lado, y de las entidades empresarias por el otro".

6) Incorporar como art. 15 el siguiente texto:

"Las partes acuerdan que aquellos empleadores que hubieren contratado un seguro de retiro para sus empleados con anterioridad al 30 de junio de 1991, podrán optar por ingresar o no al sistema implementado en este acuerdo".

7) Incorporar como art. 16 el siguiente texto:

"Las partes acuerdan que el aporte del 3,5% a cargo del empleador es a cuenta de lo que determine cualquier nueva legislación sobre previsión social y será absorbido dentro de los porcentajes del sistema de capitalización que se fije en la misma. Dentro de los 30 (treinta) días de sancionado el nuevo sistema de previsión social, todo el sistema del presente seguro de retiro complementario deberá ser adecuado al nuevo régimen legal. En este caso, las partes acuerdan: Que en su oportunidad los fondos acumulados en las cuentas individuales seguirán manteniendo ese carácter dentro del sistema jubilatorio privado o de fondos de pensión que prevea el nuevo régimen. Asimismo, las partes acuerdan respecto de los

fondos acumulados para pagar el beneficio básico, que las cuatro entidades signatarias del presente decidirán por unanimidad de qué manera se incorporarán al nuevo sistema. En caso de desacuerdo, se conviene que dichos fondos acumulados se repartirán en cada una de las cuentas individuales en forma proporcional a los aportes realizados en las mismas".

8) Incorporar como art. 17 el siguiente texto:

"La o las compañías operadoras informarán trimestralmente de manera pública sobre la composición de la cartera, las inversiones realizadas y el rendimiento obtenido".

9) Incorporar como art. 18 el siguiente texto:

"Se efectuará el control y seguimiento de la inversión del fondo de pensiones a través de un comité ad hoc con representantes de las signatarias del presente protocolo, cuyas funciones estarán previstas en una rigurosa reglamentación, de conformidad a lo establecido en el art. 13 del protocolo del 21/6/1991".

10) La validez del presente protocolo modificatorio del suscripto el 21/6/1991 se sujeta a que sus términos sean homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación".

La disposición nro. 4701/1991 de la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores de la actividad comercial en cuanto a la homologación del acuerdo celebrado el 21/6/1991 sobre el seguro de retiro y donde se expresa que: "Visto el acuerdo arribado en el ámbito de la comisión negociadora establecida por disposición D.N.R.T. 404/1988, celebrada en fecha 21 de junio de

1991, entre la F. A. D. E. D. C. S. con la C. A. D. C., C. D. A. M. E. y la U. D. E. C. A., obrante a fs. 1315/1316; por el que se establece un sistema de retiro complementario (S.R.C.) al régimen de previsión social que por ley corresponda, cuyas cláusulas se determinan en los ptos. 2 a 8 de las fojas citadas; el suscripto en su carácter de director nacional de Relaciones del Trabajo declara homologado el mismo, formando parte de la convención colectiva de trabajo 130/1975... Por lo tanto, por donde corresponda, tómese razón del acuerdo obrante a fs. 1315/1316 y ratificado a fs. 1317. Cumplido, vuelva al Departamento de Relaciones Laborales n. 6, para su conocimiento y notificación a la comisión negociadora. Firmado: J. A. P..

A través del análisis literal de la normativa legal precedentemente realizada y teniendo presente, tanto la clara declaración efectuada por la testigo C., J. E. (fs. 370/371, generales de la ley, contestación a la 2da., 4ta., 8va. a 12da. preguntas) como la informativa prestada por la AFIP (fs. 386/554 y 607/656), considero que en el caso ha de aplicarse lo determinado por la jurisprudencia especializada en el tema en cuanto a que: ”Si bien el sistema de retiro complementario previsto en el CCT 130/75 no fue dejado sin efecto a partir de la ley 24241, no procede que se reintegren al dependiente los aportes que no fueron efectuados por su ex empleador. Esto es así pues los trabajadores carecen de legitimación pasiva para reclamar tales aportes omitidos, pues los mismos debían ser pagados a la Federación Argentina de Empleados de Comercio, que a su vez los debía aplicar al pago de seguro contratado con la empresa aseguradora respectiva” (cf. crit. C. Nac. Trab., sala 3ª,

27/09/2002 - Allonca, “Elisa B. v. Tonatiuh S.A.”), SJA 16/6/2004, síntesis, JA 2004-II-síntesis): elDial - AA399F).

A ello cabe precisar que desde el aspecto procesal es aplicable al caso la jurisprudencia que determina que la circunstancia de que la parte demandada no hubiera opuesto en la oportunidad debida, la defensa de la falta de legitimación activa (dejo aclarado que no escapa a la suscripta que de los términos en que se expresó en su contestación de demanda la misma lo alegó como línea argumental defensiva (fs. 201vta./202, pto. 2, la que fue tenida en cuenta y rechazada por la a-quo a fs. 673vta.y 675vta.), no impide que el juez, al dictar sentencia definitiva, pueda analizar si se encuentra acreditado en el expediente que el actor carece de derecho a reclamar el crédito por no ser titular. La calidad o legitimación para obrar, es resorte y función investigadora de oficio del juez en la oportunidad referida, pues la calidad de titular del derecho del actor o la calidad de obligado del demandado, es requisito esencial del fallo (cf. CNCiv., Sala F, causa N° 38921, del 24/5/89) (Sumario N° 15488 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 15/2003) - CNCIV - Sala: K - Expte. N°: K043499 - Fecha: 02-05-03, “Asociación Mutualista de Empleados del Banco Provincia de Buenos Aires c/ Galván, Norma Beatriz y Otros s/ Daños y Perjuicios”: elDial - AE1BE9).

La "legitimatio ad causam", en efecto, hace a la titularidad del interés que es materia del litigio y constituye un presupuesto o requisito esencial insoslayable para la admisión o petición de

que se trate, de modo que el órgano jurisdiccional puede y debe pronunciarse acerca de la falta de legitimación para obrar del sujeto requirente, incluso de oficio si es que tal carencia no fue articulada como excepción perentoria previa o como defensa de fondo, o si lo fue con invocación de motivos o circunstancias distintos a los que justifican una declaración en ese sentido, nada de lo cual infringe el principio procesal de congruencia habida cuenta que se trata de un tema que recae sobre la eficiencia de la administración de justicia.

En el mismo sentido se ha expedido el Dr. Palacio, en "Derecho Procesal Civil", T.I, pág. 414, cuando sostiene que la falta de legitimación para obrar existe cuando no media coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender o para contra decir respecto de la materia sobre la cual versa el proceso. La consideración de estas circunstancias de tan profunda incidencia en el fondo de la decisión, no puede quedar librada a la mayor o menor actividad procesal de las partes, porque ello habría de determinar que los jueces se vean en la obligación de llegar a conclusiones absurdas e injustas, si la sine actione agit no ha sido planteada. Por ello se comparte la tesis que admite la consideración de los argumentos propios de esta defensa, aún de oficio: "Sin embargo, en razón de la estrecha vinculación que generalmente guarda la legitimación para obrar con la cuestión de fondo sometida a la decisión del juez, la excepción sólo puede resolverse como artículo previo en el supuesto de que la ausencia de aquel requisito aparezca en forma

manifiesta. El rechazo de la excepción, asimismo, que sólo puede fundarse en la falta de concurrencia de ese atributo, no constituye obstáculo para que el Juez, en la sentencia definitiva, declare la inexistencia de legitimación para obrar aún en el caso de que el demandado no haya opuesto, al contestar la demanda la llamada defensa de falta de acción" (Palacio, op. cit., pág.410 y 411).

Por los entendimientos expresados, concretamente en que el actor carece de legitimación activa para accionar peticionando el pago de contribución en concepto de seguro de retiro obligatorio, ha de revocarse la sentencia en este sentido.

En cuanto la planteo subsidiario del accionante en su demanda a fs. 175 de indemnización de los daños y perjuicios causados al actor por falta de cumplimiento, advirtiendo que no ha quedado acreditado en debida forma que tal incumplimiento le generara daño alguno más aún cuando de la informativa prestada por la Compañía de Seguros de Retiro “L. E.” S.A. (fs. 567, que fuera ofrecida como prueba informativa por el propio accionante en el pto. 5to.2 (fs. 182/vta.) emerge que el actor con fecha 21/03/05 efectuó el rescate total de los fondos contenidos a esa fecha en su certificado individual.

Razones todas estas por las cuales corresponde revocar la sentencia en dicho sentido, en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas.

I.D) En lo atinente al recurso de apelación interpuesto contra la regulación de honorarios planteada por la demandada a fs. 688,

conforme lo resuelto precedentemente carece de virtualidad jurídica expedirse sobre los mismos.

I.E) Atento a que lo resuelto en el presente voto, considerando la naturaleza de la cuestión debatida, la incidencia suscitada, la ambigüedad de las normas aplicables que generan discordancia y la existencia de divergencia jurisprudencial, arribo a la convicción que las costas tanto de primera como de segunda instancia deberán ser soportadas en el orden causado (arts. 69, 2do. parr., y 282 Ley XIII, nro. 5 Anexo A – Digesto Jurídico (ex art. 68 y 279 del CPCCCh). Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6 y 14 Ley nro. 2200) – Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en el caso de coincidir en la decisión del presente caso, la siguiente:

1) Revocar la sentencia de fs. 665/682 por los argumentos dados en el presente voto y, en consecuencia, desestimar la demanda planteada por el Sr. H. A. H. contra la empresa D. L. C. P. S.A.

2) Imponer las costas, tanto de primera como de segunda instancia, por su orden (art. 69, 2do. párr., y 282 –Ley XIII, nro. 5, Anexo A –ex art. 68, 2do. párr. y 279 del CPCCCh-). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales

actuantes para el momento del acuerdo (arts. 5, 6, y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6, 7 y ccdtes. Ley nro. 2200) – Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores).

3) Tener presente la reserva del caso federal planteada por la demandada fs. 695vta.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes contra la sentencia definitiva nro. 147/2009 del juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción que hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a la demandada De L. C. P. SA a pagar al actor H. A. H. la suma de $4725,06 con más el monto correspondiente al seguro complementario Disposición DNRT –MTSS- 47091/91 cuya liquidación se practicará en la etapa de ejecución de sentencia, sumas que se incrementaran conforme los intereses dispuestos en los considerandos respectivos, condenó también a la entrega del certificado del art.80 de la LCT conforme lo dispuesto y lo agregado por ley 24576, admitió la excepción de prescripción opuesta por la demandada respecto de los créditos devengados por la disposición MTSS 4701/91 con anterioridad al 14 de junio de 2003, rechazo el planteo de inconstitucionalidad planteado por la actora de la 25561, finalmente impuso las costas a los accionados y regulo los honorarios de los letrados actuantes (fs. 665/82, fs. 684 y fs. 688).

Memorial de agravios de la parte actora de fs. 691/693: Se queja porque la juez a quo dispuso prescriptos los créditos anteriores al 14 de junio de 2003 por cuanto se trata de acciones personales y deben

computarse a partir que están en condiciones y pueden ser promovidas, ya que el actor estaba imposibilitado de accionar judicialmente, el cómputo debe ser a partir del momento en que se torna exigible y ello ocurre cuando está extinguida la relación laboral. El actor estuvo en condiciones de gestionar a partir de la extinción y allí recién pudo constatar que el empleador no había cumplido convencional, en 10 años de servicio solo depositó 9 meses; la juez de grado citó un fallo de la Cámara de Apelaciones sala A para fundar. Cita plenario 256 de la Cámara Nacional del Trabajo.

Memorial de la parte demandada de fs. 694/5: Se queja de los rubros que integran el cálculo e intereses condenados en la sentencia de grado.

Dice que el convenio DNRT de 14/10/91 en el art. 4 expresamente excluye las vacaciones, horas extras y premios, que fueran incluidas en la liquidación practicada en la demanda. La liquidación deberá practicarse sobre los conceptos remunerativos contemplados en el convenio.

En cuanto a los intereses dice que se condenó a la tasa activa Banco Nación por los montos que se omitió el pago del aporte debe tenerse en cuenta el art. 10, Acta suscripta el 21/6/91, entre la F. D. E. C. S., la C. A. D. C., la C. D. A. m. E. y la U. D. E. C. que establece que el rendimiento básico a reconocer al fondo de pensiones será equivalente a la tasa de rendimiento mensual del conjunto testigo de inversiones publicada por la Superintendencia de Seguros de la Nación, lo que significa que sería el mayor beneficio que el actor puede percibir de haber efectuado los aportes al sistema, en consecuencia, la tasa activa condenada supera el beneficio que hubiera

percibido y la renta que hubiera producido. Hace reserva del caso federal.

Análisis de las cuestiones:

Ambas partes sientan sus quejas en relación al rubro referido a la indemnización por omisión del SRC, la actora por el cómputo del plazo de la prescripción y la demandada por intereses condenados siempre referidos al mismo y los conceptos del rubro que integran el monto para el porcentaje de ley.

Con anterioridad en autos "G., J. E. c/ L. M. SA CIAFI s/ demanda laboral", Sentencia definitiva 08/2010, nro. 13/2005 y 34/2007 de esta Sala B autos: "F. W. c/ S. y S. H. c/ M. T.", tuve oportunidad de expedirme respecto del alcance del convenio de referencia que el acuerdo en cuestión homologado por DNRT4701/91 y 5883/91 fue integrado al convenio colectivo de la actividad, encontrando por ultractividad legal su vigencia hasta una derogación expresa, lo que no ha ocurrido.

Respecto de la legitimación activa, el tema ha llegado firme a esta Alzada, me permito recordar mi posición sobre el particular, que estuvo en disidencia en el cuerpo que integro, en su oportunidad he seguido los siguientes lineamientos conceptuales, y que a mayor precisión transcribo: "El sistema de retiro complementario establecido convencionalmente mediante acta del 21-6-91 se halla destinado a reforzar el régimen de previsión social vigente, mediante el otorgamiento de un beneficio adicional. Pero el art. 9 de su normativa faculta al trabajador desvinculado del sector a solicitar el rescate de los aportes personales, sin requerirle el requisito de la edad, reduciendo tal rescate al 50% del total de los aportes

referidos y si tales aportes no fueron realizados por la empleadora, es esta la que debe soportarlos de su propio peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo (CNTrab., Sala VI, "Sánchez Néstor c/ Ferbo SA s/ despido" 19-11-98)" (CNTrab., Sala II "Sabate, Cristina A. c/ Alcira Travellers Service SA", 24-8-2001 DT2002-A-763) (en idéntico sentido Trib. Trabajo Jujuy, Sala I, sent. 2002-oct-11, "Torres David c/ Casa Lozano SA", Equipo Federal de Trabajo online).

Incorporada la disposición 4701/91 al CCt. 130/75 el acuerdo imponía al empleador un aporte mensual del 3.5% del salario liquidado al trabajador, en consecuencia se trata de una contribución, un aporte patronal, no se efectuaba un descuento en el salario del empleado. Habiéndose reconocido que no cumplía con esa obligación, corresponde acoger la indemnización reclamada, cuyo importe será el equivalente al 50% del aporte que se omitió, que será calculado en la etapa de ejecución de sentencia.

El sentido de recordar este criterio se debe a que la magistrada de grado le dio un alcance que escapa al marco del mismo y que por otra parte solo había sido seguido por quien aquí vota, por lo que considero que sin argumentos que se revelen de la lectura del fallo acordó al trabajador la totalidad de los importes que debieron haber sido depositados, incluso apartándose de la propia requisitoria incluida en la demanda a fs. 176vta. que el actor dice reclamar como daños y perjuicios que tampoco atendió que el distracto se produjo por renuncia (fs. 177).

Atento a lo expresado por la accionada en su libelo recursivo, quien asienta su queja en la

circunstancia de que se la condena a un pago superior al establecido integrando montos que no corresponden conforme las actas suscritas y en 1991, y referenciando a los intereses y asentando su queja exclusivamente en ello. Por lo cual y atento la máxima tantum apellatum quantum devolutum, me veo imposibilitada de revisar lo dispuesto en el sentido señalado precedentemente.

Habida cuenta que no puede el Tribunal de Alzada, aún cuando no compartiera los fundamentos, o como ocurre en la especie la ausencia de ellos, ni la solución de la sentencia apelada, suplir al recurrente en la formulación de las razones admisibles para lograr la revisión del fallo. Es decir, puede la sentencia del inferior estar eventualmente desajustada a derecho, pero si los agravios del apelante no demuestran el yerro del sentenciante, a la par de cuál es el criterio correcto en el caso y la doctrina exacta que debe aplicarse a la misma, la suerte debe resultar adversa para el apelante. Más aún cuando nada objeta. Pues si la sentencia es desacertada y los agravios no demuestran el desacierto, o también son ellos desacertados, u omite toda referencia o destrucción de este presunto desacierto, no se advierte como podría lograrse la revisión de aquella si no es supliendo la actividad crítica del impugnante y hallando agravios idóneos allí donde no se los ha manifestado, lo que está vedado para el Tribunal (cf. Peyrano "Del Sentido Común y de la Suficiencia del Escrito de Expresión de Agravios", nota en diario La Ley el 11/11/86), porque el memorial da la medida de las facultades del Tribunal. Por lo cual también ha llegado firme el porcentaje fijado.

Resta por establecer los rubros que

integran el cálculo del resarcimiento y hacen al monto de condena cuestionado por la parte demandada, asiste razón a la apelante en cuanto de la lectura del acta del 21 de junio de 1991 que por otra parte fuera acompañada por la demandada al contestar demanda a fs. 173 y ss. del art. 4 surge claramente la limitación a los rubros remunerativos que integran la base para el cálculo porcentual del depósito y ellos comprenden, los salarios liquidados, el sueldo anual complementario y el presentismo, excluyéndose, vacaciones, horas extraordinarias, etc. Por lo tanto, al momento de la etapa de ejecución de sentencia, esta deberá adecuarse a lo fijado en dicho artículo 4 y no a la liquidación efectuada por el actor al incoar demanda.

En cuanto al interés a aplicar al caso, no asiste razón al recurrente demandado por cuanto, los intereses fijados en la relación convencional, resultan ajenos a la condena de marras, toda vez que se está en presencia de una sanción resarcitoria, frente al incumplimiento patronal, con lo cual el juez haciendo uso de lo establecido en el art. 622 del Código Civil ha fijado la tasa que considera aplicable.

En cuanto al cómputo del plazo de prescripción existe consenso en el fallo Plenario nro. 319 de la CNT de fecha junio del 2003, aun tratándose de una hipótesis diversa, la que se debía resolver en punto a que las relaciones individuales de trabajo se regían por lo dispuesto en el art. 256 de la LCT.

En tal sentido se dijo “es útil evocar el Fallo Plenario Nro. 189, recaído el 2 de febrero de 1973, en autos "Compañía Ítalo Argentina de Electricidad S.A. c/ Caja de Subsidios Familiares s/ aportes y contribuciones", cuya doctrina estableció la

prescripción decenal para las obligaciones concernientes al régimen de asignaciones familiares. Ese plenario, merece ser recordado no sólo porque legitimó la posibilidad de que la pregunta fuese genérica y abierta a plurales respuestas, que exceden la disyuntiva entre una afirmación y una negación, sino porque esta Cámara, en aquella oportunidad, también dudó entre el plazo de dos años, que establecía la Ley 17709, antecedente inmediato del art. 256 de la LCT, el plazo de cinco años, previsto por el art. 4027, inciso 3 del Código Civil, o el término decenal. Más allá de las diferencias -numerosas e innegables, por cierto- que existen entre el régimen de asignaciones familiares y el sistema creado por los actores sociales para complementar las prestaciones jubilatorias, el Fallo Plenario Nro. 189 sentó una doctrina que, si se la despoja de lo contingente, y se la eleva por sobre las caóticas sucesiones normativas que caracterizaron nuestra disciplina, puede ser resumida afirmando que: 1) Se interpretó que el art. 1 de la Ley 17709, idéntico en su texto al actual art. 256 de la LCT, sólo regía para los créditos nacidos de la relación individual de trabajo; 2) Se sostuvo el desplazamiento del art. 4027, inc. 3, del Código Civil, pese a la presencia de un aporte periódico…" mientras que la aplicación de la norma civil está referida a los entes gestores y a los de regulación y supervisión para el reclamo recíproco del pago de sus acreencias, por lo que considero ajustado el criterio de la Aquo en este aspecto por tratarse de una relación individual de empleo y su empleador (ver Fallo Plenario N° 319 - "Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios c/ Brexter S.A. s/ cobro de apor. o contrib."

- CNTRAB - EN PLENO - 17/07/2008. Citar: elDial - AA49C9).

Varía mi postura respecto del momento a partir del cual son exigibles los créditos o ha sido liberada la empleadora.

Los mismos se tornaron exigibles a partir del distracto, por lo cual he de receptar el agravio y considerar que corresponde a partir de enero del 2003 por cuanto la disolución de la relación se produjo el 29 de enero de 2005.

Sintetizando todo lo expuesto, digo, recepto parcialmente los agravios de las partes, por lo tanto modifico la base para el cálculo de la condena referida a al incumplimiento del Acuerdo del 12 de septiembre homologado por DNRT, Disposición nro. 5883 que se tendrá en cuenta lo dispuesto en el art.4 del Sistema de Retiro complementario en la etapa de ejecución de sentencia, modifico la base del cálculo de la excepción de prescripción que será a partir del 29 de enero de 2003 y no junio de dicho año como fuera dispuesto.

Con relación al recurso sobre la regulación de los honorarios por altos, verificadas las actuaciones profesionales y conforme la ley arancelaria advierto que los mismos son ajustadas a esta última, y que el parámetro utilizado por la a quo para valorar la gestión de los mismos no se ve conmovido por las simples afirmaciones y discrepancias del apelante. Por ello confirmo el fallo en este punto.

Las costas de la Alzada las impongo por orden causado, conforme lo dispuesto en los arts. 69 y 72 de la Ley XIII nro.5 por vencimiento parcial y recíproco. El artículo 71 del CPCCCh lo único que

prescribe es que las costas se deben distribuir o prorratear prudencialmente en proporción al triunfo o derrota de cada uno de los contendientes en el pleito, de lo que se colige que cualquier camino que conduzca a tal resultado se encuentra admitido por su normativa. De allí que el sentenciante, haciendo aplicación de este dispositivo, no se encuentre compelido a resolver, necesariamente, que cada una de las partes afronte, en forma proporcional a su derrota, con un porcentaje de las costas propias de la contraria; sino que también se haya autorizado a prorratearlas o distribuirlas de distinta manera, esto es, disponiendo que cada una de ellas soporte sus propias costas.

En este juego o balanceo de lo reclamado y sucedido, ganado y perdido, creo correcto mantener las costas del juicio en la instancia de grado conforme fueron fijadas por la A quo, toda vez que no se ve conmovido el principio de la derrota por la modificación introducida por esta Alzada.

Se propone por ello mantener la imposición de costas para la Primera Instancia (arts. 69, 72 y conc. Ley XIII nro. 5).

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por ello propongo:

1. Receptar parcialmente los agravios de las partes. Modificando parcialmente la sentencia venida en crisis, en el fallo nro. 1 y 3, respecto del período que comprende que será a partir del 29 de enero del 2005 y los rubros que conforman la base del cálculo de la liquidación a practicarse en la etapa correspondiente respecto del resarcimiento por incumplimiento del Convenio homologado por Disp.

5883/91, según los considerandos respectivos.

2. Costas de la Alzada por el orden causado, según considerando respectivo.

3. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

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

I) La Sra. juez de la instancia de grado, admitió la excepción de prescripción opuesta por la demandada con respecto a los créditos provenientes del rubro S. de R. C. Disp. D.N.R.T. (MTSS) 4701/91 devengados con anterioridad al 14 de junio de 2003, rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la parte actora, admitió parcialmente la demanda y condenó a la firma D. L. C. P. S.A. a abonar al Sr. H. A. H., en el plazo de diez días de firme la presente, la suma de cuatro mil setecientos veinticinco con seis centavos ($4.725,06) con más el monto correspondiente al SRC, el que será calculado al practicarse la liquidación. Sumas que se incrementarán conforme los considerandos. Condena a la demandada a la entrega de lo establecido en el art. 80 LCT con los requisitos estatuidos en el cap. VIII de la formación profesional, Ley 24576; impone las costas al demandado vencido y regula los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por el actor, a fs. 684 y por el demandado a fs. 688, quejándose este último también por entender altos los honorarios regulados a los profesionales intervinientes y perito contador.

Concedidos los recursos, las partes cumplen con el art. 60 de la Ley XIV Nro. 1 antes Ley

69.

a) El actor se agravia contra la sentencia en tanto consideró prescriptos los créditos correspondientes al Seguro de Retiro Complementario devengados con anterioridad al 14 de junio de 2003. Aclara que no discute la aplicación del artículo 265 de la LCT, sino que la a quo incurrió en error de derecho al determinar el comienzo del cómputo de la prescripción liberatoria.

Indica que LCT se apartó de la técnica legislativa de la norma que le antecedió y omitió establecer el momento a partir del cual comienza a transcurrir el tiempo útil computable para la prescripción, correspondiendo a los jueces llenar esa laguna, es así que el curso de la prescripción debe comenzar a computarse desde que las acciones personales estén en condiciones y puedan ser promovidas.

La sentenciante, dice, determina la pérdida de la acción antes que el trabajador estuviera en condiciones de ejercer su derecho, ya que recién pudo gestionar el retiro de fondos a partir de la extinción de la relación laboral.

Refuerza lo expuesto, sostiene lo establecido por la ley 26428. Cita doctrina y jurisprudencia.

b) El demandado se agravia a fs. 694/695vta. con relación al seguro de retiro complementario, en cuanto la condena a abonar al actor los aportes correspondientes a los períodos junio 2003 hasta enero de 2005, decisión que consideran contraria al convenio en el art. 4 que fuera suscripto por los representantes de los empleados y los empleadores, homologado el 26/6/91 y sus modificaciones y que

transcribe.

Advierte que la liquidación practicada por la actora comprende el 3,5% de todos los conceptos remunerativos percibidos por el trabajador, lo que resulta contrario a lo dispuesto por el convenio, pues incluye las horas extras, condenado la sentencia por ende a abonar una suma de dinero mayor que la que correspondía ingresar al sistema.

El cálculo, dice, deberá efectuarse únicamente sobre los conceptos remunerativos contemplados en el convenio.

También se agravia respecto de las sumas condenadas por omisión del pago del aporte por el seguro de retiro, que se disponga aplicar un interés igual a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina, ya que conforme el art. 10 del Acta suscripta el 21 de junio de 1991 entre la F. A. D. E. D. C. S., la C. A. D. C., la C. D. A. M. E. y la U. D. E. C., establece cuál es el rendimiento básico a reconocer.

Resalta entonces que la indemnización no debe superar el real perjuicio sufrido, que en el caso concreto asciende a los aportes omitidos y la renta que hubieran producido la que da cuenta el informe obrante a fs. 562.

Hace reserva del caso federal.

III) He de citar doctrina y jurisprudencia que comparto y que avalarán la decisión a adoptar.

"Cuando falta la legitimación sustancial no se viola el principio de congruencia si se rechazan las pretensiones aunque ninguna de las partes haya opuesto la excepción perentoria o defensa de fondo del

caso; puesto que la legitimación sustancial -para obrar o legitimatio ad causam- es una de las condiciones de admisibilidad de la acción, es también presupuesto de una sentencia útil (ej: litisconsorcio necesario, art. 89, Código Procesal). Ni siquiera la conformidad de las partes borra el defecto sustancial de la pretensión, destacándose que, sobre la posibilidad de invocar la falta de acción en la Alzada y aún de oficio, el Tribunal se ha pronunciado afirmativamente (cf. Sala C, voto del Dr. Padilla, en E.D. 47-226 y 49-735; Sala A, en E.D. 57-257).(Sumario N° 15617 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 21/2003). Tipo de Fallo: Libre - CNCIV - Sala: E - Expte. N°: E378783 - Fecha: 19-09-03, Juez de Cámara: MIRAS, "Pérez, Marisa Alejandra y otros c/ Instituto Dupuytren de Traumatología y Ortopedia S.A. s/ Cobro de sumas de dinero", elDial - AE1D22.

Asimismo, cabe recordar y lo haré en palabras de la Dra. Beatriz Areán, pág. 779 y sgtes., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación – Highton-Areán, que aun cuando el demandado no haya cuestionado la legitimación del actor, siendo la misma un requisito o presupuesto de la viabilidad de la pretensión, debe ser examinada de oficio, pues para que el juez estime la demanda no basta que considere existente el derecho, sino que es necesario que éste corresponda precisamente a aquel que lo hace valer. El examen sobre la calidad subjetiva de la pretensión es resorte exclusivo de la función jurisdiccional, de modo que aún ante el silencio de las partes, no existen las limitaciones naturales que impidan investigar el derecho del titular", y jurisprudencia que trae a fs. 791 y sgtes.

En lo que hace al primero de los puntos señalados, tiene dicho esta Corte que los planteos vinculados a la legitimación constituyen un requisito esencial de la acción y pueden ser abordados aún de oficio (Ac. 85.798, sent. del 10-VIII-2005). Justifica tal aserto el hecho de que la falta de legitimación para obrar es un requisito esencial del derecho de acción que el juez debe examinar de oficio, pues constituye una típica cuestión de derecho (Morello, Sosa, Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y anotados"; T. IV-B; 2da. edic.; Librería Editora Platense- Abeledo Perrot, año 1990, pág. 221).

"La calidad o legitimación para obrar es una condición que el juez debe examinar previamente a la entrada en la pura sustancia del asunto , según la expresión de Fairén Guillén. El demandado puede oponer la defensa de falta de legitimación que, en caso de ser manifiesta, se resolverá como excepción previa (arts. 347, inc. 3°, y 354, inc. 2°, CPN). No opuesta la defensa, igualmente el juez tiene que examinar de oficio la cuestión porque se trata de uno de los elementos de la pretensión" (Fairén Guillén, "Estudios...", p. 229; C1ªCCom. de San Martín, sala II, Sensus, XXVIII-473, N° 68, cit. por Roland Arazi y Jorge A. Rojas (2001), "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, anotado y concordado con los códigos provinciales", t. II, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, pág. 154).

"El carácter, cualidad o legitimación sustancial es una típica questio iuris que el juez debe examinar en la sentencia con independencia de la

actitud que puedan asumir las partes” (cf. Chiovenda, “Instituciones...”, cit., I, p. 82, cit. por Roland Arazi y Jorge A. Rojas, ob. cit., pág. 155).

“Puesto que el juez debe determinar en la sentencia si las partes se encuentran legitimadas para demandar y ser demandadas, se trata de decidir si puede hacerlo antes de dar traslado de la demanda. Parece evidente que las mismas razones que tuvo en cuenta el legislador para admitir la excepción de falta de legitimación, cuando fuera manifiesta, permiten concluir que también el juez podrá examinar oficiosamente, de entrada, la cuestión, y si advierte que existe esa falta de legitimación manifiesta, repeler la demanda *ex limine*, ya que ello hace innecesaria la tramitación del proceso en todas sus etapas (ver Exposición de Motivos del CPN)” (CNCiv., sala C, 20-2-92, DJ 1992-2-696, cit. por Roland Arazi y Jorge A. Rojas, ob. cit., pág. 155).

Así se ha señalado que la calidad o legitimación para obrar es resorte y función investigadora de oficio del juez en la oportunidad de dictar sentencia, pues la calidad de titular del derecho del actor o la calidad de obligado del demandado es requisito necesario del fallo (cf. CNCiv. Sala F, 26/10/72, "Brújula Cía. Argentina de Seguros S.A. c/ Azzetti, Narciso"; íd. L. 38.921 del 24/5/89; "Yvoire SRL c/ MCBA"; en igual sentido, Trib. Coleg. Civ. y Com. La Plata, 30/07/73 en ED 50-358; "Trezza de Maldavsky, María c/ Edificadora Polcompany SA s/ daños y perjuicios", L. 77.323 del 26/12/91).

En sentido concordante, esta Sala también ha indicado que aún cuando no ha sido controvertida la legitimación de las partes, ello no es

óbice para que el órgano jurisdiccional examine la concurrencia de los requisitos intrínsecos de la pretensión sustancial deducida (cf. causa de la Sala publicada en La Ley 1985-A-571 y causa libre n° 336.928 del 26/03/02). "Veronese Victorio Oscar c/ Paternostro Hugo Ismael y otro s/ cumplimiento de contrato", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A 12-may-2009, MJ-JU-M-44862-AR - MJJ44862 - MJJ44862. En igual sentido, Fallos, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires 21-abr-2010 (MJ-JU-M-54790-AR / MJJ54790 / MJJ54790).

El examen oficioso de la legitimación, (procesal y sustancial), tampoco lesiona el principio de congruencia, en tanto la Suprema Corte ha resuelto que el mismo no se lesiona al abordar de oficio la legitimación, desde que ésta constituye un requisito esencial de la acción (Ac. 55.945, sent. del 27-VI-1995 en "Acuerdos y Sentencias", 1995-II-547; Ac. 56.445, sent. del 12-XII-1995 en "Acuerdos y Sentencias", 1995-IV-617; Ac. 59.662, sent. del 21-IV-1998 SCBA, AC 82123 S 14-4-2004), extremos que, de consuno, a mi entender, son examinables con los restantes recaudos de admisibilidad de la acción de amparo ("Adecua Asociación de Consumidores c/ Poder Ejecutivo y otro s/ amparo", Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de San Martín de Feria) (25-ene-2006 MJ-JU-M-6353-AR - MJJ6353 - MJJ6353).

Y atento a lo expuesto abordaré la falta de legitimación activa que interpusiera la demandada y que admitiera la sentenciante de grado, no obstante la falta de apelación me permiten su tratamiento.

Como señalara con relación al sistema de retiro complementario, admite la Sra. Juez tal rubro

con fundamento en lo ya decidido en otras causas, lo que transcribe.

La demandada al contestar la demanda entiende que sólo la Federación será única y eventual titular de la acción intentada.

Al correrse traslado sólo de la documental y de la excepción de prescripción en la audiencia de fs. 209, nada dijo el actor al respecto.

La Sra. Juez rechaza la falta de acción intentada.

No se encuentra discutido en autos, que por acta del 21 de junio de 1991, integrante de la CCT 130/75 se instituyó un sistema de retiro complementario al régimen de previsión social que por ley corresponde a los empleados de comercio, lo que unido al sistema general de previsión social que el Estado otorgue por sí o por agencias especiales, coadyuva a cubrir los ingresos de pasividad y no resulta de modo alguno una distorsión en cuanto a derechos constitucionales o una asunción de competencias vedadas a la autonomía colectiva (LL2006-A-841).

Y si bien no se ha probado que el empleador cumpliera con lo ordenado en el párrafo 2, que fuera modificado de la resolución DNRT 4701/1991, es decir el aporte del 3,5% mensual sobre los salarios liquidados, para los cuales se computará el sueldo anual complementario y el presentismo, ello no obsta a admitir el agravio, toda vez que el actor no resulta titular directo de la acción que reclama.

Y a tal decisión arribo teniendo presente lo que dispone el punto 8, "el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado y

que es el Sindicato quien se encuentra legitimado para reclamar judicialmente en cumplimiento de dichas obligaciones.

Asimismo, en las modificaciones al protocolo suscripto el 21 de junio de 1991 se convino reemplazar el texto del art. 3, en el mismo se establece que el incumplimiento de las obligaciones generará la aplicación de los recargos correspondientes, sin desmedro del derecho de la federación a generar las acciones legales pertinentes.

Y tal al criterio lo he sustentado en autos "S., H. R. c/ M. T., G. s/ demanda Laboral", expte N° 16.379/07, SD N° 34 del año 2007 y SD 13 del año 2005 donde dije que "Entiendo que el artículo 8 del Acta Acuerdo 4701/1991, no admite dudas en cuanto a quiénes están legitimados para accionar, de allí que no resulta procedente darle al mismo un alcance que el acta no determina.

"Conocido es que los empleados de comercio son los beneficiarios del sistema de retiro complementario acordado entre la F. A. D. E. D. C. S. –F.- y las entidades representativas del sector empresario pero el modo en que tal sistema ha sido definido e implementado, hace que la única legitimada a tales fines sea la F. A. D. E. D. C., entidad que tiene a su cargo el cobro de los aportes correspondientes y su afectación al pago del seguro contratado con la compañía de seguros "L. E." (esta Sala, S.D. 92244 del 3/05/07, "B., R. A. c/ V. S.A. y otro s/ despido"; íd. S.D. 92.668 del 24/10/07, "D., I. I. c/ Q. E. SA y otros s/ despido"; CNAT, Sala III, 27/9/02, S.D. 84.060, "Allonca, Elisa Beatriz c/ Tonatiuh SA s/ incumplimiento CCT"; CNAT, Sala V, 9/5/07, S.D. 69.591,

"López, Betiana Soledad c/ Fibro SRL s/ despido"; CNAT, Sala VI, 7/11/07, SD 59.985 "Piazzoli Rodríguez, Víctor Hugo c/ Falabella s/ despido"; CNAT, Sala VII, 30/5/07, SD 40.160, "Mónaco, Sandra Edith c/ Servipetrol SA y otro s/ cobro de aportes y contribuciones").

El aporte para el Seguro de Retiro Complementario -creado por el CCT 130/75- se encuentra ligado al ámbito de la Seguridad Social, en tanto participa de la naturaleza del beneficio que accede y complementa. Por ello, no procede que se reintegren a la trabajadora los aportes que no fueron efectuados por su empleadora, dado que la accionante carece de legitimación activa para reclamar tales aportes omitidos, pues los mismos debían ser pagados a la Federación Argentina de Empleados de Comercio, que a su vez los debía aplicar al pago del seguro contratado con la correspondiente empresa aseguradora, por ende era ella la legitimada a efectuar el pertinente reclamo ("Vázquez Ariana Lorena c/ Atento Argentina S.A. s/ despido", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala/Juzgado: VII18-dic-2009 MJ-JU-M-53077-AR - MJJ53077 - MJJ53077 Laborjuris – Microjuris).

Lo claro de la norma impide otra interpretación", sin desconocer, como bien lo señala Juan Simón en "Comentario a los Convenios Colectivos para Empleados y Trabajadores", agregado al "Suplemento Especial. Derecho de Trabajo. Convenios Colectivos", LL, abril de 2003, pág. 37,que no existe unanimidad de criterio al respecto.

Cabe recordar que, como bien enseñaba Salvat: "Cuando existe una ley cuyo texto es claro y expreso, esta ley deber ser aplicada estrictamente y en el sentido que resulte de sus propios términos, aun

cuando pareciera injusta: el juez es un ministro de la ley para aplicarla tal cual es y no para juzgar su bondad o su justicia; ni el juez ni el intérprete, pueden eludir la aplicación de una ley clara, so pretexto de penetrar su espíritu..." ("Derecho Civil argentino", Parte general, t. 1, 1950, p. 183, pto. 263).

En consecuencia no encontrándose legitimado el actor para la petición sobre este rubro, corresponde se deje sin efecto lo decidido por la Sra. Jueza.

El actor solicitó en la demanda subsidiariamente para el supuesto que se considere que no procede la condena al pago del monto total de lo que debió ingresar la demandada en la cuenta de retiro de la actora, una indemnización resarcitoria por los daños causados por el no ingreso de tales fondos. Peticiona el 50% de lo que hubiera podido retirar el actor al término de la relación laboral del fondo de retiro.

IV) Solicitud subsidiaria no tratada al prosperar la petición principal y sobre la que corresponde me expida al admitir la falta de legitimación activa por parte de la actora para solicitar el pago del seguro de retiro complementario no ingresado por la demandada.

Respecto del daño indemnizable la legislación exige que el mismo sea cierto (presente o futuro), no hipotético, personal y de interés propio del reclamante y advierto que dichos presupuestos se verifican en la especie.

En el escrito de demanda al que ya me refiriera, la parte lo reclama por la falta de ingreso de dichos aportes (o contribuciones) a los que podría

haber accedido al momento de acceder al beneficio de la jubilación.

Y a fin de justificar tal decisión he de remitirme en principio a lo que arribara firme a esta instancia respecto a que las modificaciones al Protocolo suscripto el 21 /6/91 en el punto 7, si bien establece que el sistema de seguro de retiro complementario deberá ser adecuado al nuevo régimen legal, ello no implica que el término adecuarse, deba ser entendido como suspensión, absorción, es decir que la falta de adecuación no puede ser interpretada como una derogación tácita del sistema complementario, que no es incompatible con la nueva regulación del régimen jubilatorio.

Ante ello y ante la obligación para las empresas del sector mercantil, la omisión del aporte del 3,5% ha perjudicado el derecho del actor a percibir la renta mensual, el que debe repararse.

Con fundamento en los artículos 511, 512, 1068, 1069 y 1083 del CC, lo que surge del informe de fs. 568, los recibos de sueldo desde junio de 2003 a enero de 2005 inclusive y el reconocimiento de la demandada en la expresión de agravios "la sentencia tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el actor por la ausencia de los aportes que debió el empleador y en uso de las facultades que me confiere el art. 167 del CPCCCh, fijo la suma por este rubro en $5000.

He de aclarar que el lapso que tengo presente se basa en que al tratarse de una acción de daños los créditos prescriben a los dos años (art. 256 LCT).

Partiendo de la fecha del reclamo, carta

documento de fs. 5 de la documental reservada, y la interrupción que ella produce por el término de un año, así como la fecha de interposición de la demanda, junio de 2006, los créditos anteriores a junio de 2003 se encuentran prescriptos.

Con relación a la tasa de interés impuesta la misma se mantendrá toda vez que los fundamentos de los agravios quedan vacíos de contenido ante la decisión adoptada con relación al seguro de retiro.

Atento a la decisión a la que arribo, costas y honorarios deben adecuarse, careciendo de virtualidad expedirse sobre la apelación sobre los honorarios que efectuara la demandada a fs. 688.

Las costas de ambas instancias las impongo en el orden causado. Las divergencias doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tema ameritan tal decisión.

A fin de regular los honorarios que los difiero para el acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6 y 13 de la ley de aranceles.

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

1) Declara la falta de legitimación de la actora para el reclamo de fondos del sistema de Retiro complementario y, en consecuencia, carece de virtualidad expedirse sobre los agravios de la actora y parcialmente los de la demandada.

2) Desestima los agravios de la demandada en punto a la tasa de interés ordenada por el Juez de grado.

3) Admite parcialmente el planteo subsidiario de la actora efectuado en la demanda. En consecuencia, revoca el punto 1° de la sentencia y parcialmente el punto 3, condenando a D. L. C. P. S.A., a abonar al Sr. H. A. H., en el plazo de diez días de quedar firme la presente, al pago de $9.725,06 (nueve mil setecientos veinticinco pesos con seis centavos), más los intereses como lo dispusiera la sentenciante.

4) Impone las costas de ambas instancias en el orden causado y difiere la regulación de los honorarios para el acuerdo.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Centraré mi atención en las cuestiones que aún mantienen abierto el debate por falta de acuerdo, sin necesidad de volver sobre la procedencia formal de los recursos interpuestos y su contenido, ya que es tema agotado en los votos de mis colegas preopinantes.

Sin embargo vale recordar que ha sostenido en circunstancias análogas la postura dominante en la presente en cuanto a la falta de legitimación activa a los efectos de la percepción de los aportes no ingresados por la patronal, hecho suficientemente acreditado y todo conforme el régimen especial que los rige.

Así, he adherido a aquella postura que ha decidido, v. gr., que: "El trabajador carece de legitimación para reclamar por vía judicial el ingreso de los aportes y contribuciones a la seguridad social omitidos por su empleador, sin perjuicio de remitirse oficio a la Administración Federal de Ingresos Públicos, con copia de la sentencia, a fin de que se

realicen las gestiones y acciones correspondientes, pues el art. 2 del decreto 2741/92 legitima a realizar el reclamo a la Dirección General Impositiva, actualmente Administración Federal de Ingresos Públicos (ver CNTrab., sala IV, 28/03/2008 –"Garavaglia, Ricardo Angel c. Cisan S.A."- publicado en: IMP 2008-11 (Junio), 991 - LA LEY 29/07/2008, 29/07/2008, 7, cita Online: AR/JUR/ 1084/2008, ídem CNTrab., sala VII, "Alva, María T. c. Cobas, Romero Adela y otros", 2006/06/21, La Ley Online, entre muchos).

Pero lo que importa de este voto es la opinión en cuanto al reclamo indemnizatorio, en planteo subsidiario, fundado en incumplimiento, puntualmente probado y que tiene como fundamento legal el acuerdo homologado por Disp. DNRT-MTSS 4701/91 incorporado al CCT 130/75.

Ahora bien, en una fórmula amplia puede afirmarse que sin daño causado no hay responsabilidad civil (ni contractual ni extracontractual), ya sea que se considera a éste un elemento del acto ilícito o presupuesto de responsabilidad (ver, v.gr., CNCiv. y Com. Fed., sala II, 06/09/2000, ED 193-186; CNCiv. y Com. Fed., sala II, octubre 22-2003, ED 208-53 voto de Mariani de Vidal; arg. art. 519 y sigtes.; 622; 1067 y 1068 CCiv.; Llambías, J.J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", 2ª ed., T. III, nº 2280; Borda G., "Tratado... Obligaciones", 4ª ed., t. II, nº 1311; Alterini-Ameal-López Cabana, "Derecho de obligaciones civiles y comerciales", Bs. As., 1995, nº 485 y 1692; Orgaz, A., "El daño resarcible", 2ª ed., págs. 18/19).

Y en el caso dado, tal como bien se dice en el primer voto, obra el informe de fs. 567 que da por tierra con la pretensión subsidiaria de la actora,

ya que efectuó el rescate del total de los fondos al 21/03/05 y no se ha aportado prueba alguna en cuanto al presunto daño ocasionado por el período incumplido, no generándose al respecto presunción alguna que permita establecerlo. De allí que concuerde con la colega preopinante en cuanto a la revocatoria de la sentencia de fs. 665/682, debiéndose rechazar la demanda en todas sus partes y siendo la cuestión de variada interpretación en doctrina y jurisprudencia corresponde establecer las costas de ambas instancias por su orden y readecuar los honorarios al momento del acuerdo teniendo presente las pautas que resulten útiles para el caso de la ley de aranceles profesionales. Se tiene presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Susana Melero, reitero su fórmula decisoria.

A la primera y segunda cuestión la Dra. Alonso de Ariet dijo:

En ejercicio de las facultades previstas por el artículo 274 del CPCCCh –ex 271- y dado que en el caso se han logrado las mayorías necesarias a partir de la intervención del Dr. Alexandre, me abstengo de emitir opinión.

Huelga recordar que la mayoría que debe lograrse es respecto del número de miembros titulares del tribunal y no respecto del número de miembros que llegue a formarse como consecuencia del llamamiento a integrarlo para dirimir el asunto (Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", t.2, ed. Astrea, Bs.As., 1989, pág. 268). Ello tal como

lo venimos sosteniendo en distintos supuestos en los que los vocales de la Sala A hemos sido llamados para integrar el Tribunal de la Sala B (verbigracia, en el transcurso de este año, ver autos: "C., F. P. y M., A. c/ A., J. R. D. V. y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS", expte. nro. 62/09, Sala B – SD 17/10/CyC, 4/5/2010; y "B., M. C. y otros c/ S. E. S. A. SA y otro s/ DAÑOS y PERJUICIOS", expte. nro. 61/09, Sala B – SD 18/10/CyC, 5/5/2010.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Revocar la sentencia de fs. 665/682 y, en consecuencia, desestimar la demanda planteada por el Sr. H. A. H. contra la empresa D. L. C. P. S.A.

2) Imponer las costas, tanto de primera como de segunda instancia, por su orden.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. N. B. L. de E. y J. F. L. G., conjuntamente, en la suma de CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS ($4.342), a los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., conjuntamente, en la suma de TRES MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS ($3.473) y al Cdor. A. L. en la suma de QUINIENTOS OCHENTA PESOS ($580).

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. N. B. L. de E. y J. F. L. G., conjuntamente, en la suma de MIL TRESCIENTOS PESOS ($1.300) y a los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., conjuntamente, en la suma de OCHOCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS ($868).

5) Tener presente la reserva del caso

federal planteada por la demandada fs. 695/vta.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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