En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., P. L. c/ S. A. S. A. s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de haberes e indem.)", expte. nro. 337/10,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3961/06), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 443), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 393/402vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1.El fallo apelado y los agravios.

La jueza de grado hizo lugar, en forma parcial a la demanda; declaró la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del artículo 245 de la LCT; condenó a S. A. S.A. a abonar en el plazo de diez días al Sr. P. L. T., la suma de pesos ochenta mil quinientos ochenta y tres con treinta y un centavos con más los intereses legales calculados a la tasa activa promedio del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que la suma fue debida hasta su efectivo pago; impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales –sentencia de fs. 393/402-.

El capital de condena se integró con los siguientes conceptos: diferencias en la liquidación de la indemnización por antigüedad; indemnización del articulo 2° de la ley 25323 y agravamiento indemnizatorio decreto n° 1433/05.

La parte demandada apeló la sentencia a fs. 404, el recurso fue concedido a fs. 405, fundado a fs. 406/414 y contestado a fs. 416/420.

La recurrente solicitó el replanteo de prueba –punto a) de la

memoria-, la contraparte se opuso y este Tribunal rechazó la pretensión mediante sentencia interlocutoria obrante a fs. 435/438.

Los agravios expresados son tres; el primero se refiere al monto fijado en concepto de mejor remuneración mensual, normal y habitual. Sostiene que el concepto de bono de campo no es un rubro habitual y que sólo fue percibido en los meses de marzo, junio y julio; agrega que en un período de doce meses solo lo percibió tres veces. Concluye que los bonos de campo no integran la remuneración normal y habitual del operario.

El segundo agravio se refiere al tope indemnizatorio y sostiene que le genera gravamen la declaración de inconstitucionalidad que es la última ratio del orden jurídico. Efectúa consideraciones genéricas, agrega que el tope que ha sido dispuesto constituye el legítimo ejercicio del poder de policía que en nuestra doctrina constitucional se halla fuertemente influenciado por la doctrina norteamericana.

El cuarto agravio se refiere a la procedencia del agravamiento indemnizatorio y se basa en la prueba pericial cuyo replanteo fue negado.

El siguiente motivo de impugnación es la inclusión en el mentado agravamiento de rubros distintos a la indemnización por antigüedad. Alega que el cálculo, por expresa disposición legal, debe efectuarse sólo sobre la indemnización prevista por el artículo 245 de la LCT.

Finalmente se agravia por la regulación de honorarios la que considera elevada en función de la tarea efectivamente desarrollada.

Formula reserva del caso federal y pide la revocación del fallo en lo que ha sido materia de agravio.

La parte actora solicitó el rechazo de los agravios. En orden al primero de ellos, sostiene que de los propios argumentos desarrollados por el recurrente resulta que los bonos integraban la remuneración mensual del actor, ya que estos le correspondían por laborar horas extras. Luego, invocó la doctrina de los propios actos por considerar que la empresa al calcular la indemnización repitió la suma correspondiente al mes de marzo de 2006 y que el monto inferior se originó en un error de cómputo de la antigüedad y no de la base remuneratoria.

El segundo agravio, considera que se refuta con un simple cálculo aritmético que es efectuado. Respecto al siguiente sostiene que debe ser rechazado porque la demandada no probó el supuesto que invoca y, en orden, al cálculo del agravamiento indemnizatorio sostiene que la hipótesis del apelante violenta la finalidad de la ley. Pide, en consecuencia el rechazo del recurso y la confirmación del fallo en lo que ha sido materia de agravio.

2. Tratamiento de los agravios.

En el orden propuesto por el recurrente daré tratamiento a las cuestiones sometidas a revisión:

2.a La mejor remuneración.

La jueza de grado decidió que la mejor remuneración normal y habitual del actor era la de $14.834. Esta conclusión tiene sustento fáctico en la ponderación de los recibos de haberes acompañados tanto por el actor como por la empleadora y en la inclusión de los bonos de campo como concepto habitual y normal al tiempo del despido.

Los motivos que esgrime el recurrente carecen de entidad para fundar una solución distinta.

En primer lugar, señalo que uno de los fundamentos del fallo ha quedado sin crítica concreta y razonada y este solo extremo autoriza al rechazo del agravio.

En efecto, la jueza destaca en su pronunciamiento –fs. 397-, que la empleadora ha reconocido que la mejor remuneración es la de $14.384, al efectuar las liquidaciones finales (indemnización por antigüedad –recibo de fs. 19- y sueldo anual complementarios –recibo de fs. 45) y la recurrente no ha impugnado este tramo de la decisión.

Sin perjuicio de lo expuesto, es dable recordar que cuando el salario se compone de elementos fijos y elementos variables, antes de adicionar estos a los primeros, se debe resolver si han sido normales y habituales. La jueza ha efectuado esta ponderación y no logra el recurrente enervarla.

En el caso de autos, el elemento variable del salario estaba constituido por el rubro “bono de campo” cuyo carácter de normal y habitual resulta de su percepción a distintos valores en distintos períodos como

expresamente se ha reconocido al contestar la demanda –fs. 203- y al expresar agravios –fs. 410-.

En esta línea argumental corresponde señalar que el resultado económicamente más importante es el mejor. Esta interpretación es la que ha sustentado nuestro Superior Tribunal de Justicia, en autos “G., A. c/ C. S.A s/ laboral”, expte Nº 15.890-C-1997). En dicho precedente se sostuvo: “Cabe entonces en primer lugar desentrañar la real significación de la expresión "mejor remuneración normal y habitual" en el marco de la Ley de Contrato de Trabajo. El art. 245 del citado plexo normativo, hace referencia a un salario calificado por su normalidad y habitualidad y respecto de ello puede afirmarse que una remuneración es normal si se percibe mensualmente y es habitual cuando no corresponde a circunstancias especiales y se repite regularmente (cf. López, Centeno - Fernández Madrid, "Ley de Trabajo comentada", ed. Contabilidad Moderna Tº. II, pág. 999) y en este mismo orden de ideas se ha decidido que "lo que fundamentalmente interesa para la definición legal es la persistencia de conceptos remuneratorios en la retribución mensualmente considerada y no en su monto" (C.A.T., Sala V, 31-5-77, TSS, 1977-513, cit. Gustavo Raúl Meilij, "Contrato de Trabajo", ed. Depalma, año 1981, pág. 500). En igual sentido se ha pronunciado este Superior Tribunal en autos "R., J. A. c/ A. C." (SI 86/87), expresó allí que "el otorgamiento de bonificaciones por parte del empleador a su personal cuando revisten carácter de habitualidad, se convierte en una forma de retribución que ha de ser considerada como parte del sueldo o salario de los dependientes, es decir, cabe asignarles carácter remuneratorio. Por otra parte toda bonificación o gratificación que se abone con motivo del contrato de trabajo debe reputarse como remuneratoria, tanto en cuanto dependa de circunstancias vinculadas con la empresa (producción, venta, etc.) o con el trabajador (dedicación, pautas de conducta o producción, etc.). Principio éste que admite excepciones en cuanto el empleador demuestre que la gratificación no encuadra en el concepto de remuneración contenido en el art. 103 de la L.C.T.".

La categórica doctrina que emana de los precedentes individualizados, también da sustento al rechazo de este agravio y así lo propongo al acuerdo.

2.b. El tope indemnizatorio.

El actor calculó la indemnización por despido prevista en el artículo 245 de la LCT con prescindencia de los topes establecidos en la misma, invocó el notorio desajuste que éstos producían y los consideró lesivos de las previsiones de los artículos 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, artículo 20 de la Constitución de la Provincia del Chubut y 21 de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Al contestar la demanda, la empleadora solicitó el rechazo de esa pretensión con base en consideraciones de política económica.

Los argumentos oportunamente expuestos por los litigantes determinaron el surgimiento de la cuestión constitucional resuelta en la sentencia. La jueza examinó el precepto legal involucrado a la luz de las pautas constitucionales y, especialmente, de conformidad con los nuevos lineamientos trazados por este Tribunal en la causa V. (Fallos: 327:3677).

El recurrente pretende la revisión de este tramo del fallo con base en argumentos ya esgrimidos al contestar la demanda. Repárese que ha repetido textualmente los argumentos relativos a la interpretación del artículo 14 bis de la Constitución Nacional con cita de Deveali, esgrimidos al contestar la demanda como resulta del cotejo de la fs. 205 y vta. de la contestación de la demanda y fs. 410 vta. y 411 de la expresión de agravios. Lo mismo sucede con la invocación del legítimo ejercicio del poder de policía y la cita de Bidart Campos (fs. 206 de la contestación de demanda y 411vta. de la expresión de agravios).

Ergo, la presentación carece de suficiencia técnica para habilitar la vía. El concepto de crítica “concreta” y "razonada", contenido en la ley procesal, constituye una carga técnica: deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Las afirmaciones genéricas, las meras reiteraciones y las impugnaciones de orden general no reúnen los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación y para desvirtuar una solución

dotada de congruencia y fundada en un precedente del tribunal intérprete final de las cuestiones constitucionales.

Debo señalar además que esta Sala ya se ha pronunciado respecto a la inconstitucionalidad de los topes, en el fallo citado por la jueza y posteriormente en autos: “A., R. A. c/ G. S.R.L. s/ demanda laboral”, expte. n° 426/2009, sentencia nro. 1/2010/L).

Por estas razones se rechaza el agravio.

2.c. El agravamiento indemnizatorio.

El tercer agravio se basa, como he dicho, en cuestiones fácticas que se dicen probadas con un informe pericial cuya agregación fue denegada en la primera instancia y rechazado el replanteo de prueba en esta instancia. Por tal motivo corresponde también su rechazo.

2.d La extensión del agravamiento.

Este agravio referido a los rubros que son objeto del agravamiento indemnizatorio tampoco prosperará. Se ha limitado el recurrente a reiterar argumentos ya expresados en la otra instancia (incluso con los mismos subrayados) y no ha criticado en forma concreta la decisión de la jueza. Por lo tanto, y por imperio de la previsiones del artículo 269 del CPCCCh, aplicable por remisión de la ley de procedimiento laboral, se declara desierto el agravio.

3.e Honorarios.

La queja final respecto a la regulación de honorarios tampoco prosperará. Los honorarios regulados respetan las pautas legales para su determinación y el apelante no ha demostrado que se configure el vicio que denuncia.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida.

Los honorarios se fijan de conformidad a las pautas legales del artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de las escalas previstas en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se determinan en un 30% a favor de la representación letrada del actor y en un 25%

para la del demandado. En ambos casos se calcularán sobre los que les correspondan en la instancia de grado y con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Propongo, al acuerdo, la siguiente decisión:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 404.

2°) Confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 393/402, en lo que fue motivo de agravio.

3°) Costas a la demandada.

4°) Regular los honorarios del modo propuesto.

5°) Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Tal como informa mi colega preopinante, la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 393/402vta. es apelada por la demandada a tenor del informe de fs. 409vta., p. B/414vta. y le es contestada por su oponente a fs. 418vta., p.III/420vta.

En breve y ajustada síntesis, se lee en el primer voto el contenido del decisorio impugnado; los argumentos actuales expuestos en el memorial y los de la contraria sosteniendo el fallo, lo que evita su mera reiteración.

A modo liminar debo señalar que de modo reiterado en casos análogos hemos advertido que la finalidad de la actividad recursiva consiste precisamente en demostrar el desacierto de la resolución que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea. Y como dicha suficiencia se relaciona a su vez con la necesidad de argumentaciones razonadas, fundadas y objetivas sobre los errores

incurridos por el juzgador, son inadmisibles las quejas planteadas que sólo comportan la expresión del mero desacuerdo con lo resuelto (CNCiv. y Com. Fed., sala de feria, 08/01/2008 –"B. M. R..."- Cita: MJ-JU-M-19920-AR - MJJ19920 - MJJ19920), en el caso, transcribiendo textualmente parte de la demanda (ver fs. 205, 3er. párr./207vta, y 410vta. p. B.II, 2° párr./fs. 412). Demostración clara de la insuficiencia a la luz del art. 268 CPr. (DJ).

Cuando la ley se refiere a no remitirse a presentaciones anteriores se trata de todas luces de cualquier escrito previo a la sentencia definitiva de primera instancia, razón por la cual la redacción de la expresión de agravios debe circunscribirse a refutar la misma, ya que se considera que los argumentos insertos en el alegato han sido tenidos en cuenta y rechazados por el juez en su decisión (ver, v. gr., "La expresión de agravios y sus recaudos" por Sirkin, Héctor Eduardo, Publicado en: DJ 1996-2, 373; Palacio-Velloso en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" ed. Rubinzal Culzoni 1996, pág. 396; De Santo "El Proceso Civil" ed. Universidad 1999, T. VIII-A pág. 337; Fenochietto-Arazi, "C.P.C.C.N. Comentado y Concordado con el de la Provincia de Buenos Aires", T.1, págs. 882 y 883; CCiv. Com. y Trab. de Villa María - 11/02/2009 - Patiño, María Alejandra c. Prack, Javier Ignacio y otros, La Ley Online; AR/JUR/640/2009LL, 1985-C, 644, 36.876-S; LL, 1986-C, 642, 36.868; CNTrab., sala I, 05/11/2004 - Segobia, Gustavo G. c. Compañía de Servicios Ambientales S.A. y otro - LA LEY 28/07/2005, 28/07/2005 – LA LEY 28/07/2005, 8 - AR/JUR/6105/2004).

Tal el reproche, sin embargo, a la hora

de decidir la declaración de deserción del recurso de apelación, la gravedad de las consecuencias que ello trae aparejado impone una aplicación restrictiva. En caso de duda en cuanto a la suficiencia o insuficiencia de la expresión de agravios, debe estarse a la apertura de la instancia, apreciando con tolerancia las deficiencias, con el fin de no conculcar el derecho de defensa en juicio (ver, v. gr., Fenochietto-Arazi "Código…",Ed. Astrea 1983, t. 1, p. 840). Todo en razón a la postura amplia que mantiene esta Sala y en consecuencia se mantiene abierta la instancia.

Superado el primer escollo, y tras detenida lectura y valoración dentro del marco jurisdiccional habilitado por la recurrente, advierto que el primer agravio pierde credibilidad, tal como lo señala la A Quo a fs. 398, 1° y 2° párr., observando la liquidación de fs. 22 de la demandada en la que se reconoce que la indemnización por antigüedad es la que ahora se pretende alterar, cuestionando la naturaleza remuneratoria del rubro "bonos del campo", siendo inaudible su argumentación en razón de haber sufrido las consecuencias negativas de la aplicación de la teoría de los actos propios y del rigor interpretativo que emerge en la actualidad del art. 9 LCT.

Y es que las conductas de las partes antes y durante el proceso permiten extraer conclusiones validas en cuanto a la realidad de los hechos acaecidos, máxime en materia laboral (ver, v. gr., "El valor probatorio del comportamiento de las partes antes y durante el proceso" por Héctor Eduardo Leguizamón, ponencias presentadas ante el XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Paraná, 12 al 14 de Junio

de 2003. Comisión I: Procesal Civil – Tema B: El debido proceso y la prueba, en el que señala que actualmente, esta conducta está ciertamente contemplada en la moderna teoría de las cargas probatorias dinámicas, distinguiendo entre las determinantes la conducta oclusiva, consistente en la obstaculización tendiente a que el contrario se vea imposibilitado de producir sus pruebas, v. gr.: destrucción de pruebas, negativa de exhibición o de suministrar datos para producir una prueba; conducta hesitativa, vale decir la formulación de alegaciones fácticas que real o virtualmente se contradicen, constituyendo así una conducta que indica incertidumbre y predispone en su contra, v. gr.: la trasgresión de la teoría de los actos propios y la conducta mendaz, o sea la conducta reiteradamente mentirosa, demostrativa de una inconsistencia total, que hace inclinar a no considerar el resto de las afirmaciones, v. gr.: confesar al absolver posiciones los hechos contrarios a los aseverados en los escritos constitutivos; responder negativamente a determinadas posiciones y luego contradecirse al responder las preguntas del art. 415, CPCCN.; discordar con los dichos de un testigo propio. En el caso se ha configurado la segunda.

Así, no tan sólo ha hurtado certeza a sus actuales argumentos en cuanto a los rubros en cuestión, sino, además, lo extiende al planteo de inconstitucionalidad reiterando su pretensión inicial sin crítica suficiente a la desestimación clara y convincente de la A Quo, máxime cuando esta Sala ya ha tenido oportunidad de expedirse en cuanto al tema en línea con la postura adoptada por la sentenciante, tal

como bien se señala en el voto que antecede al mío.

El tercero y cuarto agravio se encuentran alcanzados por efecto de la reiteración, frustración de prueba asertiva y falta de crítica útil a los efectos de enervar las consecuencias y quantum del fallo impugnado.

Habiéndose respetado las pautas establecidas en la Ley XIII-N° 4, no cabe adecuación o modificación alguna a los honorarios estimados por la tramitación y solución dada en la instancia de grado anterior. Las costas de esta instancia deben ser soportadas por la recurrente, difiriéndose la regulación de honorarios al momento el acuerdo siguiendo las pautas arancelarias de aquél texto legal. Se debe tener presente la reserva del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la solución propuesta por la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

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

SENTENCIA:

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 404.

2°) Confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 393/402, en lo que fue motivo de agravio.

3°) Costas a la demandada.

4°) Regular los honorarios de la alzada en un TREINTA POR CIENTO (30%) a favor de la representación letrada del actor, Dres. J. A. G. H., G. M. y A. R., conjuntamente, y en un VEINTICINCO (25%) para la del

demandado, Dr. I. F. A. En ambos casos se calcularán sobre los que les correspondan en la instancia de grado y con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

5°) Tener presente la reserva del caso federal.

6º) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

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