En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil doce, 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 del Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia de las señoras Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., R. A. c/ S. SA s/ COBRO DE PESOS e INDEMNIZACIONES", expte. nro. 88/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 5700/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 335), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 290/300vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 290/300vta., hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada S. S.A., a pagar a la parte actora R. A. P., la suma de $15.000 y complementos. Impone las costas a la parte demandada y regula los honorarios de los profesionales.

Apela la parte actora a fs. 303 y la demandada a fs. 304. Los recursos se conceden a fs. 305.

Al exponer agravios (la parte actora a fs. 306/309vta.), destaca que el juicio fue promovido por falta de pago de un premio por la labor desarrollada en

el año 2008, que todos los años la empleadora abonaba a sus empleados, salvo el año indicado sin razón alguna. Transcribe las razones del fallo para rechazar la petición, replicando entonces que más allá de los fundamentos de su parte, los que conocía, del proceso resultó que el premio tenía carácter remunerativo (por lo que no era discrecional) y que su parte lo cobraba todos los años que trabajó en la empresa. Entiende que si se reconocen cobrados premios en los años 2006, 2007 y 2008, por su labor en el año 2007, resulta contradictorio que no se acredita por el año 2008. Entiende que existe una confusión de análisis cronológico y que deviene antojadizo que no se pagó el premio por la supuesta crisis del año 2009 y 2010, como que asimismo resulta erróneo se invierta la carga de la prueba. Entiende que las declaraciones testimoniales son justamente la que reconocen la costumbre de la empresa de abonar el premio. Que es claro que su parte en el año 2009 ya había sido despedido, pero su reclamo es por la labor del año 2008. Recuerda que su parte peticionó la prueba pericial y los libros contables de la empresa, punto que resultó rechazado con el proveído “téngase presente” (fs. 75). Cita jurisprudencia y peticiona se ha haga lugar.

A fs. 310/314vta., expresa agravios la parte demandada. Sostiene que resulta improcedente la condena por tickets de proveeduría por la suma de $3.937,50 (fs. 297 in fine/298); que se está persiguiendo el reconocimiento de un pago en negro, que su parte negó, con lo que correspondía a la parte actora un aporte concluyente. Cita jurisprudencia concordante. Que la actora ofreció la prueba informativa y bien pudo probarlo si le interesaba. Que las testimoniales no

ofrecen una prueba concluyente. En el segundo agravio afirma que la fundamentación del fallo es solo aparente y dogmática, ya que desde que se enrola en el caso Vizzotti, que declara la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio (art. 245 LCT), por lo que sostiene frente a una disminución salarial superior al 33%, por lo que cabe tomar la base de $15.292,21, pero contrapone que el tope indemnizatorio no solo no se encuentra reflejado en la sentencia, sino que tampoco fue incorporado a la causa, con lo que en definitiva no existe en la causa ninguna referencia sobre su importe y mal puede declararse como confiscatorio un importe que se desconoce. En el tercer agravio expone que la admisión de los procedentes y la revocación del fallo, traerá aparejada la imposición de las costas (art. 279 Cód. ritual). Subsidiariamente destaca que la demanda se promovió por la sumas de $88.441,88, en tanto la sentencia procede por la suma de $15.051,14, impugnando en consecuencia la imposición de las costas, cuando resulta desestimada en un 82,59%, afirmando como aplicable el art. 272 del Código Procesal. Remite a la jurisprudencia de los autos "C. O. C. c/ P. C. R. S.A. s/ demanda laboral (Indem.)", expte. N° 7/11. Reitera el punto sobre la distribución de las costas en los porcentuales sostenidos y ratifica la reserva del caso federal.

Agravios de la parte actora (fs. 306/309vta.).

La queja sustancial del memorial pasa por la afirmación de haber probado con los recibos de haberes el pago del concepto bonus o gratificación durante los años 2006 y 2007, por lo que frente al despido sin causa formalizado el 30/1/2009 y no abonado el bonus del año 2008, obligatorio por su carácter remuneratorio

sin perjuicio de su anualidad. Impugna los fundamentos de la sentencia que considera con el dicho de los testigos que a partir del año 2009 hubo una gran reducción de las obras, con lo que consideró justificada la supresión del rubro por la empleadora y como que se encontraba indisolublemente atado a los resultados productivos obtenidos por las obras emprendidas.

La parte demandada en la contestación de los agravios elogia y considera ajustada a derecho la decisión (fs. 316 y ss.) y evaluación de la sentencia, en cuanto deniega por improcedente la pretensión de un pago que era anual. Que la decisión tiene el respaldo del art. 81 LCT. Reitera principios jurisprudenciales de la CSJN, caso "Ratto", invocado al contestar la demanda, contemplativo de los principio del art. 14 C.N. en cuanto se opone a discriminaciones arbitrarias, pero que se ajustan a derecho las fundadas en la mayor eficiencia, laboriosidad y contracción al trabajo y que queda sometida a la discrecionalidad del empleador.

La discordancia planteada en torno al presente agravio tiene en los recibos de salarios de fs. 8, que al actor se le abonó en el mes de mayo 2007, el concepto "Bonus PPR" por la suma de $48.524; el recibo salarial de fs. 7, del mes de mayo de 2008, que se le abonó por "Bonus PPR" la suma de $38.365 y a fs. 6, recibo salarial de junio de 2008, con pago de "Bonus PPR", por la suma de $38.365, todo sujeto al impuesto a las ganancias. En la liquidación final con fecha de egreso en 30/1/2009, no resulta liquidado el rubro Bonus PPR.

La postura de la parte demandada, aunque estima valioso el análisis y las razones de la sentencia,

salvando en cualquier caso que el rubro premio responde a su exclusiva discrecionalidad. Así contrapone que la pretensión del actor al cobro de "premio por resultado, por la condición de personal jerárquico y por haber trabajado durante todo el período, resultaban inatendibles para su parte (punto de contestación de la demanda fs. 60vta.) y en el punto siguiente, afirmando que el derecho del actor de "premiar" a sus dependientes queda librado "al privativo e inalienable ámbito de la discrecionalidad, no debiendo en modo alguno brindar pruebas o explicaciones sobre su uso, extensión y aplicación (punto 61, fs. 60vta.).

La sentencia recoge tales afirmandos, incluso relatando la mayor amplitud sostenida por la accionada, que frente al derecho del empleador de premiar a sus dependientes, sea por mayor eficacia, laboriosidad o contracción laboral, ha optado por no abonar al actor el premio por resultado, inscripto dentro del legítimo marco de discrecionalidad que le reconoce la ley a lo que suma que no debe rendir prueba alguna (fs. 292vta., al final/fs. 293).

Tales extremos los sostiene la demandada con la jurisprudencia de la C.S.J.N. en el caso: "Ratto, Sixto y otros v. Productos Stani S.A.", en J.A. 1966-VI-p.344, pero no advierte y tampoco lo hace la sentencia, que los principios se conjugan para un caso distinto al planteado en autos. En este caso de la Corte se trata de la demanda "…de varios obreros que desempeñan labores similares, a todos se les paga la retribución prevista en el convenio colectivo, pero a algunos de ellos la Compañía demandada les ha reconocido un plus, fundada en su mayor idoneidad, dedicación y servicios prestados". Sixto Ratto y otros dependientes, no se

encuentran recibiendo el plus por las razones señaladas y al demandarlos, sienta el Máximo Tribunal en sentencia de fecha 26/8/66 los principios ya señalados; no existe discriminación, ya que el plus se ha fundado en las condiciones de mayor excelencia señaladas y la decisión quedó sometida a la decisión del empleador, pues si sometiera a prueba la existencia de tales méritos –muy difícil en la práctica– se desvirtuaría el derecho del patrón a premiar a los mejores trabajadores (en términos del punto 4. del extracto del fallo de la Corte).

No importa el mismo conflicto el de los presentes actuados, el actor R. A. P. se encuentra gozando de un premio o gratificación anual, por lo que demanda su pago al haber transcurrido un año más de prestación laboral al momento de la rescisión laboral sin causa.

La Sra. Jueza para reafirmar su conclusión negativa a la pretensión de la parte actora, le opone que yerra si se funda en que se hizo acreedor al premio porque trabajó durante todo el año 2008. Tal condición es uno de los de los sustentos sostenido por la actora, el fáctico, pero sostuvo además los conceptos jurídicos, la exigibilidad del premio por adquirir habitualidad por pago ininterrumpido (fs. 34vta., 2do.párr.), es claro que con carácter anual. El concepto es propio de la doctrina del fallo que se cita: “Las gratificaciones son habituales y obligatorias cuando se pagan por lo menos en dos oportunidades consecutivas…” (Cám.Nac. Apelac. del Trabajo, Sala I, 31/7/69 – “Moral González c/ Chrysler Fevre Argentina S.A.”, en J.A. 1970-V-491).

Tal hipótesis de conflicto no es la que resuelve la CSJN en el caso “Ratto” y si lo hace en “Jiménez,

Antonio R.- v. Bonafide S.A.", con fecha 27/10/69 (J.A.- abril junio – 1970 – Serie contemporánea T.6, pág. 361). De esta causa surge el alcance de la discrecionalidad, centrada a pleno en la decisión inicial de otorgar el premio o gratificación –voluntariedad-, pero condicionada frente a derechos adquiridos luego de su otorgamiento. Pero la cuestión no era nueva, y el Alto Tribunal resuelve integrando un fallo plenario de la Cámara de Apelaciones del Trabajo que devenía del año 1956: "…las gratificaciones otorgadas en forma habitual dan derecho, en principio, a reclamar su pago en períodos sucesivos y, por consiguiente, autorizan a recurrir a la vía judicial para exigirlas compulsivamente, salvo que se acredite, por quien lo afirma, que reconocieron como causa servicios extraordinarios o que no se han cumplido las condiciones sobre cuya base se liquidaron en otras oportunidades". La Corte receptó tales postulados como resulta principalmente del punto 4 del extracto del fallo, advirtiendo que en dicho caso confirmaba un plus anual por sueldo anual complementario que otorgaba la empleadora al dependiente, a cuyo respecto abonada las indemnizaciones al ser despedido de su empleo, no se le abonó la gratificación que percibía anualmente.

Los principios y derechos resultantes de la jurisprudencia citada, respaldan lo fundamental por lo que resulta el agravio en esta Alzada, la obligación de pago de la "bonificación anual por eficiencia", concepto "PPR" en los recibos de salarios, correspondiente al año 2008 y como integrante de la remuneración salarial.

La concepción precedente tiene por otra parte el concepto congruente del fallo de fs. 296, que se

verifica el otorgamiento de un premio por resultado que tiene como fuente de derecho lo dispuesto por la empresa y con base en los resultados obtenidos, pero con equívoco de la sentencia que era el dependiente actor quien tenía que demostrar encontrarse en condiciones de obtenerlo.

Establecida la procedencia del premio, habiendo suministrado la accionante con los recibos salariales la prueba de su obligatoriedad, correspondía a la demandada la prueba en contrario.

La pérdida de los criterios jurídicos de la materia laboral para resolver, trajo el cúmulo de reparos del fallo por los que, asimismo, se ha agraviado la actora, como el ya señalado supuesto error del accionante invocando el cumplimiento de la tarea laboral durante el año 2008, o la carga de la prueba sobre la productividad o de los dependientes a quienes se abonaba el plus retributivo, cuando tales elementos de ser interés o conveniencia y dominio de la prueba de la parte demandada que se excepcionaba, correspondían a esta parte (art. 381 Ley XIII N° 5 Digesto Jurídico). Aún debe agregarse, que por la pretensión demandable, integraba el criterio de inversión probatoria la previsión del art. 43 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico, pues se controvertía el cobro del salario y otras formas de remuneración.

Con esta incidencia normativa, determinada la procedencia de la bonificación "PPR" y negada por la demandada como su determinación por el módulo salarial sostenido al demandar pero sin prueba en contrario, corresponde fijar el importe del adeudo conforme con el art. 167 últ. párr. Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico, estimando como criterio prudencial la repetición del

equivalente a seis (6) sueldos básicos de $7.523,20 (fs. 5), por lo que el premio PPR del año 2008 se establece en la suma de $45.139.

Por lo demás del memorial de la parte actora a fs. 309vta., no corresponde tener presente que la procedencia del premio ha de afectar los rubros de la indemnización del despido sin causa y que se demanda con la cita de jurisprudencia al pie de la misma foja. Se tiene en cuenta para la negativa, la jurisprudencia de los autos caratulados: "Novillo Linares, Carlos María c/ AXA Assistance Argentina S.A. s/ despido", CNTrab. Sala I – 22/12/2010 (elDial.com – AA6893 publicado el 04/03/2011), que precisamente resuelve en forma favorable el reclamo de la gratificación o bonus anual, pero se rechaza la inclusión proporcional en la retribución a los fines del cálculo indemnizatorio por despido. Con esta jurisprudencia se señala, desde que el art. 245 L.C.T. manda a tomar la mejor remuneración mensual, normal y habitual, excluye, aún con la nueva redacción de la Ley 25877 que modifica el término percibida por devengada, la incorporación a dicha base del bonus anual, por ser un salario diferido de frecuencia anual, no mensual. Sin perjuicio de que se incorpore el rubro en cada momento del año calendario, siendo que el derecho a su cobro se genera anualmente, no se encuentra incluido en el marco conceptual del art. 245 cit. El criterio jurisprudencial responde, asimismo, al Fallo Plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo N° 322 de fecha 19/11/2009, "Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina s/ ley 25561", que decidió: "…descartada la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, la bonificación abonada por el

empleador sin periodicidad mensual y con base en un sistema de evaluación de desempeño del trabajador, no debe computarse a los efectos de determinar la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo".

Se rechaza, en consecuencia, la extensión pretendida de fs. 309vta.

Agravios de la parte demandada de fs. 310/313.

Se impugna la procedencia del rubro "tickets l. P.", por la suma de $3.937,50, como surge de fs. 297in fine/298, en razón de que su parte los negó en su oportunidad (fs. 56vta. punto 6.), con lo que se está persiguiendo un pago en negro, para lo que no bastaba la "acreditación" superficial, sino que debía demostrarse en forma categórica. Precisamente se refiere a la prueba testimonial dentro de tal deficiencia, ya que D. P. d. L. F. y A. R. A. aluden al mismo en forma bastante imprecisa, mientras los otros tres testigos H., C. y C., nada dicen sobre el particular. Cita jurisprudencia con referencia a las exigencias de la prueba.

La sentencia evalúa (fs. 297/297vta.), las respuestas del testigo D. P. d. L. F., que trabajaba en el mismo departamento de ingeniería y que refiere en cuanto a la modalidad de pago de la remuneración de P., que el mismo tenía sueldo, ticket – canasta, restaurante y de l. P., ayuda vivienda y el premio anual de obras, siendo esta la modalidad de pago de S. que se le pagado a los "foráneos"; también individualiza las de A. R. A. (fs. 297vta.), que conoce al actor por haber trabajado con el mismo en S. y que el sueldo o remuneración se componía con ticket restaurante, ticket canasta y ticket de la compañía

contratados con la P. d. E.

Las dos referencias testimoniales señaladas por el fallo, que la empresa demandada proveía al actor de tickets de l. P., otorgan suficiente respaldo para la conclusión del sentenciante. El caso de los otros tres testimonios que nada dicen, no importan negativa a la mayor información suministrada por los testigos D. L. F. y A. Los avala por otra parte la presunción de tal práctica de la empresa, cuando como lo releva el fallo, se registran en los recibos de haberes, la reabsorción a salarios de los tickets canasta y tickets restaurante conforme con el Dec. 198/08 (fs. 297). En todo caso, si alguna duda pudiera acarrear la temática jurisprudencial de la mayor exigencia opuesta por la recurrente, la interpretación más favorable no puede sino recaer en la procedencia de la prueba otorgada por los dos testigos contestes (art. 9 L.C.T., ref. Ley 26428 de fecha 18/12/2008).

Se rechaza el primer agravio.

Segundo agravio. La indemnización por despido.

Sostiene la fundamentación aparente y dogmática de las conclusiones, desde que la sentencia se enrola en la jurisprudencia de la CSJN en el caso “Vizzotti”, dice que se verifica en el caso una disminución superior al 33% de la indemnización y por lo que cabe tomar una remuneración base de $15.292,21, pero el tope indemnizatorio no se encuentra fijado ni tampoco incorporado a la causa.

El agravio carece de sustento, pues si bien la sentencia no menciona específicamente el monto tope salarial, se encuentra el mismo incorporado al litigio por regir el contrato laboral a partir del convenio colectivo que rige a las partes, convenio que resulta

normativo y obligatorio (arts. 4, 7, 9 y concords. Ley 14250).

Pero, además, bien ha invocado la parte actora el conjunto de elementos determinantes de su pretensión, el art. 245 L.C.T., de cuyo continente surgen las escalas y los topes salariales y, asimismo, el Convenio Colectivo de Trabajo de los Petroleros Jerárquicos, todo invocado a fs. 35vta., punto V.-Derecho.

En cualquier caso, el seguimiento "a pie juntillas" señalado por la recurrente, comporta el fundamento normativo, el art. 245 L.C.T., de concreta aprehensión del tope salarial y que rechaza toda connotación de fundamentación aparente o dogmática.

La motivación no consiste en volcar en la sentencia la totalidad de las operaciones mentales que conducen al fallo, "… sino de explicitar los argumentos que, según los cánones racionales reconocidos y aceptados por la cultura jurídica en el lugar y tiempo en que el Juez opera, justifican la decisión" (cita: "El deber de motivación de las sentencias – Con especial referencia al proceso civil y comercial", autor Alberto José Tessone, en J.A.1991-I-864 y ss.).

Se rechaza el agravio.

Tercer agravio. La imposición de las costas.

Los argumentos de los puntos 20 y 21 se constituyen en hipótesis en razón de la procedencia parcial de los agravios de la parte actora, careciendo de virtualidad el análisis respecto a la distribución de las costas en función de lo demandado y el monto resultante que devenía en los recursos.

Por lo que se señala, quedando incorporado al monto de condena y en concepto del presente voto, la suma de $45.139, prospera la demanda por la suma de

$60.190,14, monto sustancial, que excluye toda distribución de las costas.

La naturaleza del juicio laboral y su carácter indemnizatorio y alimentario, potencia en tanto no prospere por suma ínfima la imposición de las costas a la parte demandada. Así resulta de la jurisprudencia del Excmo. S.T.J. de esta provincia, donde solo se avino a la distribución de costas en caso en que la demanda prosperó en menos del diez por ciento del monto demanda (cf.: "O., W. G. c/ O. E. A. S.A." (expte. N° 12.041-0-1988). Fuera del caso excepcional, dijo en los autos caratulados: "V. T., V. c/ P. d. E. L. B." (expte. N° 13.707-V-1992): "Para establecer la condición de derrotado o vencido en la contienda, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global de su resultado. Por ende, cualquiera sea el monto por el que prospera la demanda, el vencedor en el juicio es quien obtiene –aunque sea en mínima proporción– el reconocimiento de su derecho, siendo razonable que no queden a su cargo los gastos realizados para lograr de la justicia lo que el demandado le negare".

Se rechaza por lo expuesto el presente agravio y se tiene presente la ratificación de la reserva del caso federal.

Costas de la Primera Instancia: atento a lo resuelto, confirmo la imposición de costas de primera instancia y, conforme devienen regulados los honorarios en porcentuales, quedan comprendidos los incrementos resultantes del recurso, para lo que, asimismo, se tiene en consideración el mérito de los trabajos profesionales y su resultado (arts. 5, 6, 8, 9 y

concords. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico), por lo que se confirman los regulados.

Costas de la Alzada: Conforme con el resultado de los agravios y fundamentos precedentes, las costas se imponen a la parte demandada recurrente (art. 57 Ley XIV N° 1, normas citadas precedentemente y art. 13). Propongo por las motivaciones precedentes la regulación de los honorarios del Dr. I. A. V., en el 30% y los conjuntos de los Dres. F. F. A. e I. F. d. L. C., en el 25%, de lo regulado por cada parte en la primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora R. A. P., fundado a fs. 306/309vta. y revocar la sentencia de fs. 290/300vta., en lo que resulte del punto respectivo.

2) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada S. S.A., fundado a fs. 310/314vta., contra la sentencia aludida, la que se confirma en cuanto resulta apelado.

3) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva del fallo aludido en cuanto al monto de condena, que se establece en la suma de $60.190,14, con los restantes alcances del pronunciamiento.

4) Confirmar las costas de la primera instancia y la regulación porcentual de honorarios con los alcances del considerando respectivo.

5) Costas de la Alzada a la parte demandada recurrente, proponiendo la regulación de los honorarios de conformidad con el considerando pertinente.

6) Tener presente la ratificación del caso federal interpuesto por la parte demandada.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

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

I.A) A fs. 306/309vta. la parte actora expresa agravios, haciendo lo mismo la parte demandada a fs. 310/314vta., a fs. 315 se corre traslado de ambos agravios a las partes, siendo contestados los del actor por la parte demandada a fs. 316/320.

I.B) Concretamente a fs. 306/309vta. el actor apelante se agravió por cuanto la a-quo rechazó el rubro premio por resultado correspondiente al año 2008 peticionado por este en su demanda (fs. 34/vta.).

No está discutido en autos que la relación laboral que unía a las partes se extendió entre el día 27/09/05 hasta el día 30/01/09 fecha en la cual fue despedido sin justa causa.

I-B-1) Ha llegado firme a esta instancia –por falta de agravio– la decisión de la a-quo en cuanto a que la categoría laboral que desempeñaba el actor era la de coordinador de obras en la coordinación de ingeniería de la empresa (considerandos 1ero. a 10mo. (fs. 291/292).

En cuanto al agravio del apelante actor sobre el rechazo del rubro premio por resultado correspondiente al año 2008 (fs. 309vta.), considero de aplicación en autos el criterio jurisprudencial que determina que:

“Tratándose de una gratificación que la empleadora calificó como “gratificación anual sobre resultados año...”, no puede desconocerse su naturaleza remuneratoria, en tanto no logró probar aquella que su pago no se configuraba con motivo de los servicios normales y habituales que prestaba el actor, por lo que, si bien su percepción se hallaba sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones previamente establecidas por la demandada para estimular el rendimiento de aquel, no por ello dejaba de constituir una modalidad de salario complementario (cf. arts. 103 y 104 de la LCT)”, por dicho criterio y lo prescripto por el actual art. 9 de la LCT (Ley 26428 del 18/12/08), son razones por las cuales corresponde hacer lugar a los agravios expuestos a fs. 306/309vta. y, en consecuencia, revocar la sentencia, y ejerciendo las facultades otorgadas por el art. 167, últ. Párr. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico-, tomando en cuenta lo abonado por la demanda conforme emerge del recibo de haberes nro. *** del mes de diciembre del 2008 obrante a fs. 5 –que coincide con el agregado por la demandada como sueldo básico y que obra a fs. 145 – doc. reservada por Secretaría de Cámara bajo el nro. 8812 de fecha 21/03/12 – fs. 323vta. -(suma de pesos siete mil quinientos veintitrés con veinte centavos ($7.5123,20) multiplicado por seis (06) sueldos básicos, estimo prudencialmente –al igual que el distinguido colega preopinante- fijar en concepto del rubro premio por resultado correspondiente al año 2008 la suma de pesos cuarenta y cinco mil ciento treinta y nueve ($45.139), la que deberá ser abonada por la demandada.

I.B-2) En lo atinente a lo solicitado

subsidiariamente por el apelante actor a fs. 309vta. en cuanto pretende que se agregue a la base de cálculo indemnizatoria la proporción mensual de ese bono anual (gratificación anual), dado que el art. 245 de la LCT remite a la "mejor remuneración mensual, normal y habitual" no le asiste razón correspondiendo excluir de dicha base a las retribuciones que no revisten periodicidad mensual, como las gratificaciones anuales o premio por producción –como es el caso de autos- (ver doctor Héctor C. Guisado en su trabajo "Cálculo de la indemnización por despido arbitrario (art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo), DT 1984-B, 1091; y "Algo más sobre el cálculo de las indemnizaciones por despido arbitrario", DT 1996-B, 2953)", SD 96.269 – Causa 25.768/2009 – "L.A. D. c/ Don Benjamin S.A. s/ despido" – CNTrab – Sala IV –27/04/2012: elDial.com- AA770, publicado el 15/06/2012) y dicha circunstancia –periodicidad- tampoco existe para calcularlo en los demás ítems como lo peticiona el recurrente.

En definitiva los agravios del apelante actor planteados a fs. 306/309vta. tienen acogida parcial, ya que si bien prospera en cuanto a que le corresponde rubro premio por resultado correspondiente al año 2008, no se hace lugar a su pedido subsidiario de se agregue a la base de cálculo indemnizatoria la proporción mensual de ese bono anual (gratificación anual), tanto en los demás ítems como en el art. 245 de la LCT.

I.C-1) La parte apelante demandada centra su primer agravio (fs. 310/312, ptos. 1ero. a 10mo.) en cuanto a que la a-quo la condenó a abonar al actor por el concepto de tickets L. P.

Considero que en el presente caso es de aplicación al decisión adoptada por la Corte Suprema de la

Justicia de la Nación el día 01/09/09, en autos caratulados: "Pérez, Aníbal Raúl C/ DISCO S.A.", DT, 2009 (Setiembre), 1011- La Ley 2009/09/25,7- La Ley 2009-E, 701, con nota de Pablo Alberto Gasquet, IMP,2009-19 (octubre), 1550-DJ, 2009/10/28,3025, con nota de Gustavo J. Gallo; donde determinó que: "Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis, inc. c) de la Ley de Contrato de Trabajo –Texto según Ley 24700-, relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a estos naturaleza salarial, pues llamar a las cosas por su nombre, esto es, por el nombre que el ordenamiento constitucional les da, resulta, en caso, un tributo a la justicia de la organización del trabajo subordinado, principio rector a cuya observancia no es ajena la empresa contemporánea -POSE, CARLOS, "Sobre la constitucionalidad de la ley 24700"DT, 2006 (febrero), 179. 2-la naturaleza jurídica de una inconstitución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o las particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional, y –en caso- el art. 103. bis inc c de la ley de Contrato de Trabajo –texto según ley 24700- no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de este, siendo el distingo solo "ropaje". 3- Dado que el art. 6 del Pacto Internacional de los derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que el derecho a trabajar "comprende el derecho de toda

persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y el art. 7° califica cuando dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como salario o remuneración la presentación debida por el empleador al empleado, es necesario concluir, que resulta inadmisible que los vales alimentarios caigan fuera del alcance de estas últimas denominaciones, ya que constituyen una prestación que entrañó para el trabajador una "ganancia" y que solo resultó consecuencia del contrato o relación de empleo. 4- Todo lo atinente al salario supera los límites del "llamado" mercado de trabajo o, mejor dicho, somete a este a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común, razón por la cual los criterios propios que deben presidir la consideración del trabajo humano exceden el marco del mero mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia normativamente comprendidos en la constitución Nacional. 5. Toda vez que el salario se proyecta a la dignidad del trabajador, es preciso y necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo resulta un salario, esto es, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa, razón por la cual, dichos reconocimiento y contraprestación solo pueden y deben ser llamados, jurídicamente, salario, remuneración o retribución. 6. La calificación establecida por el derogado inc. c del art. 103 bis de la ley 20744 se encuentra en pugna con el Convenio 95 de la OIT –art. 1°- y viola los principios constitucionales protectorios del salario, pues, la base del cálculo de la indemnización salarial

debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración y la indebida exclusión de conceptos que –como los vales alimentarios- se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales como la legislación nacional afectada el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario (del voto de los doctores Highton de Nolasco, Fayt y Argibay), "Tratado del Despido y Otras Formas de Extinción"- Tomo I, La Ley, págs. 532-533-.

Al mismo entendimiento que la suscripta ha arribado la jurisprudencia cuando decide que, en cuanto a los vales de comida, la pretensión del accionante debe ser acogida conforme la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Perez, Aníbal Raúl c. Disco S.A. s/ Recurso de Hecho" (cf. crit. causa L. 101.164 – "Dorado, Oscar Luciano c/ Disco S.A. Despido" – SCBA- 27/06/2012: elDial.com - AA77CD, Publicado el 13/07/2012; ídem. SD 62914 – Expte. 9.419/2009 – "Andrada Jorge Rolando c/ Versacold Logistics Argentina S.A. y otro s/ despido" – CNTrab – SALA VI – 19/05/2011: elDial.com - AA6D2, Publicado el 21/07/2011).

En cuanto a los pagos "en negro" -tal como lo refiere la propia recurrente en el 1er. agravio, pto. 2do. a 10mo. (fs. 310vta./31|2)-, cabe señalar que los testigos que son valorados por la sentenciante a fs. 297vta./298 han sido coincidentes en señalar su existencia –abono de tickets L. P.-, tal como indicara esta en su conclusión a fs. 296. A ello se suma que

quien tenía la carga de probar la inexistencia de dicho pago era la parte demandada, más aún cuando es entendimiento de la suscripta que el pago de parte de las remuneraciones del actor de modo extraoficial constituye un típico fraude laboral y previsional, ya que tiene normalmente por objeto y efecto disminuir en forma ilegítima la incidencia del salario normal en las prestaciones complementarias o indemnizatorias y en los aportes al sistema de seguridad social. El pago en negro perjudica al trabajador, que se ve privado de aquella incidencia; al sector pasivo, que es víctima de la evasión, y a la comunidad comercial en cuanto, al disminuir los costos laborales, pone al autor de la maniobra en mejor condición, para competir en el mercado, que la reservada a otros empleadores respetuosos de la ley.

Por los entendimientos expuestos corresponde rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 310/312 y confirmar la sentencia en esta sentido.

I.C-2) A fs. 312/313 (ptos. 11ero. a 19no.) considera que fue erróneo el entendimiento de la a-quo en cuanto a que el tope resultaba confiscatorio sobre su importe en concepto del monto de la indemnización por despido aludiendo a que en estricta verdad no existió en la causa referencia sobre su importe la indemnización por despido.

Después de un profundo análisis de los argumentos expuestos por la demandada recurrente, considero que los mismos carecen de entidad necesaria procesalmente para ser tratadas.

Ello así, ya que el acto procesal de expresión de agravios -sustento argumental del recurso de apelación-

impone cuestionar, rebatir y desvirtuar de manera prolija, concreta y razonada, con argumentos serios y lógicos, las motivaciones que contiene la sentencia recurrida.

Es que toca a las propias e ínsitas facultades del tribunal de apelación, la de revisar, aún de oficio y en cualquier momento -por aquello de que la jurisdicción de grado hace al orden público, perteneciendo por tanto al sistema de la ley y no a la voluntad de las partes-, el juicio de admisibilidad o procedencia formal del recurso incoado.

Reitero que el agravio expresado en contra de la sentenciante en la temática sobre este punto del voto, amén de su condición de ambiguos y faltos de sistematización, no reúnen las exigencias formales para ser tenidos como tal.

Es que, en rigor, hace abstracción la recurrente, en pos de una crítica concreta, razonada y circunstanciada, demostrativa de un desacierto (para lo cual no basta una mera falta de coincidencia), de fundamentaciones trascendentes y puntualmente vertidas por la sentenciante para desestimar tales defensas reeditadas sin más ante esta alzada.

Concretando, considero que nada de lo invocado por la apelante en esta alzada tiene idoneidad suficiente como para levantarse seriamente como crítica hacia los argumentos expuestos por el inferior en pos de la solución acordada a la controversia, que merezca consideración en su mérito y substancia, no pasando de trasuntar, de consiguiente, un mero disconformismo y discrepancia con lo resuelto, que lógicamente no se condice con las exigencias de forma en la materia.

Ya me he expedido en otras oportunidades que

expresar agravios significa cuestionar, rebatir y desvirtuar prolija, concreta y razonadamente, con argumentos serios y lógicos, las motivaciones desgranadas por el juzgador para la solución de la controversia, tendiente a demostrar la sinrazón y equivocación de las mismas, y no simplemente, efectuar vagas, genéricas y desconectadas impugnaciones que hacen en verdad abstracción de esenciales fundamentos tanto de hecho como de derecho expuestos de manera lógica y ordenada por el juzgador, y extraídos, por otra parte, de la valoración de las constancias probatorias arrimadas a la causa, que lo condujeron a la conclusión de que debía mandarse a llevar adelante la ejecución intentada y que por sí mismos tienen idoneidad suficiente como para sostenerla.

Por las razones invocadas corresponde rechazar el agravio interpuesto por la apelante demandada fs. 312/313 y confirmar la sentencia en lo que fuera recurrida.

I.C-3) Por último, se agravia a fs. 313/314 (pto. 20mo. a 29no.) por cuanto la sentenciante le impuso la condena en costas.

Atento a que cómo se han resuelto las cuestiones en el presente voto, se hace de aplicación lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico- carece de virtualidad expedirme sobre lo planteado en dicho agravio.

I.D) En cuanto a las costas conforme lo decidido hago de aplicación lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico-.

Respecto de las costas de primera instancia las mismas han de ser confirmadas tal como lo impuso la a-quo.

A lo dicho aplico lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico- entendimiento al que arribo, ya que es criterio doctrinario y jurisprudencial en cuanto a esta temática que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio, y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado aquello procedente. Por lo tanto el fundamento aludido del hecho objetivo de la derrota, no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere (cf. Morello - Sosa –Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-B, pág.112/113; Cám.Nac.Com., sala D, 30/07/82, La Ley, 1982, v.D, p. 465; Cám.Nac.Civil, sala F, 10/03/80, Der., v. 88, p. 532).

Dicho entendimiento es el sustentado por la suscripta en el caso citado por la a-quo a fs. 170 (sent. def. nro. 32 de esta Sala "B" del 16/05/01) por cuanto considero que en la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la misma deben interpretarse conforme el principio protectorio" (CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. c/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B-2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda.

En lo referente a las costas de segunda instancia siendo que han sido rechazados la totalidad de los agravios de la demandada, con lo cual adquiere el carácter de vencida y considerando que es de aplicación el criterio sustentado precedentemente en cuanto al vencimiento parcial del actor y la naturaleza laboral del presente proceso, son todas razones por las cuales se imponen a la demandada vencida la costas de la Alzada (art. 57 de La Ley XIV, nro. 1 – Digesto Jurídico).

Atento a que la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes de primera instancia han sido fijados en porcentuales, los mismos se mantienen. En cuanto a los honorarios correspondientes a esta instancia, teniendo presente la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –Digesto Jurídico-, adhiero a la propuesta de colega preopinante de regular los honorarios profesionales del Dr. I. A. V., en el treinta por ciento (30%) por ciento y los de los Dres. F. A. e I. F. d. L. C., conjuntamente, en un veinticinco por ciento (25%), todos ellos tomando como base los fijados en primera instancia.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria del distinguido colega preopinante Dr. Fernando Nahuelanca y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169, a la misma me adhiero.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se

adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora R. A. P., fundado a fs. 306/309vta. y revocar la sentencia de fs. 290/300vta., en lo que resulte del punto respectivo.

2) Rechazar el recurso interpuesto por la parte demandada S. S.A., fundado a fs. 310/314vta., contra la sentencia aludida, la que se confirma en cuanto resulta apelado.

3) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva del fallo aludido en cuanto al monto de condena, que se establece en la suma de sesenta mil ciento noventa pesos con catorce centavos ($60.190,14), con los restantes alcances del pronunciamiento.

4) Confirmar las costas de la primera instancia y la regulación porcentual de honorarios con los alcances de los considerandos respectivos.

5) Costas de la Alzada a la parte demandada recurrente, a cuyo fin se regulan los honorarios del Dr. I. A. V., en el treinta por ciento (30%) y los conjuntos de los Dres. F. F. A. e I. F. d. L. C., en el veinticinco por ciento (25%), de lo regulado por cada parte en la primera instancia.

6) Tener presente la ratificación del caso federal interpuesto por la parte demandada.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DE L LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"