En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil doce, 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 la Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"U., U. P. c/ A. E. D. S. M. d. C. R. s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de Haberes)", expte. nro. 263/12,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4621/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 337), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts 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. 300/315? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

I) La Sra. Juez de la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a la A. E. D. S. M. d. C. R. a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente al Sr. U. P. U., la suma de dos mil cuatrocientos noventa y seis pesos con cincuenta y un centavos, la que se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando II, rechazó la petición de condena a la demandada con respecto a la entrega al actor del certificado de

trabajo y constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones, ambos según art. 80 LCT, de acuerdo a lo resuelto en el Considerando II apartado f). Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios.

II) El actor apela la sentencia y los abogados por derecho propio los honorarios por bajos.

Concedido el recurso cumple el apelante con la carga procesal.

III) Fundan los Dres. J. H. P., J. M. y J. M. P. la apelación de sus honorarios.

Luego de transcribir los fundamentos del fallo en punto a la imposición de costas y honorarios, sostienen que el monto regulatorio es exiguo y violatorio de la Ley XIII Nro. 4, ya que la demanda ha prosperado hasta el momento por la suma de $2.496,51, más los intereses. Si consideran la regulación del 21% sobre el monto de la sentencia, la suma resulta inferior a 20 jus previsto por la Ley XIII, Nro 4 como honorario mínimo para los procesos de conocimiento, a lo que debe agregarse lo que dispone el art. 8.

Entienden que el mínimo a regular está constituido por 20 jus por la condición de abogados y por 6 jus por la actuación como procuradores, no pudiendo ser inferior la regulación a 26 jus.

a) El primer agravio; se dirige contra la sentencia en cuanto pese a verificar la Sra. Juez que la demandada pagó en forma insuficiente el salario básico y adicionales de convenio en abril de 2006, no reajustó ni recalculó lo abonado por horas extras y los mantuvo anteriores al incremento.

Las 14 horas extras trabajadas por el actor no

resultaron desconocidas y obran acreditadas en el recibo de haberes y deben reputarse como trabajadas, por lo que para el cálculo de las horas extras debió computar el salario habitual, art. 201 LCT compuesto por básico reajustado, la zona, el adicional tarea extraordinaria y el premio que eran de percepción habitual, y tal sumatoria de un total de 1392,50/200= $6,96 x 1,50=$10,44 x14 resulta un monto de $146,21 y no el pagado de $137,94, resultando a favor del actor $8,27 por lo que diferencia de haberes por el mes de abril es de $87,02.

Efectúa otros cálculos y concluye la importancia que tiene para la determinación de la indemnización por antigüedad.

b) Segundo agravio: es sobre la diferencia impaga de las indemnizaciones por antigüedad y preaviso por ser inferiores al que hubiese debido de haber aplicado el derecho vigente, correspondiendo tomar como base la remuneración mensual y habitual de abril de 2006 incluyendo los conceptos no remunerativos.

Efectúa las sumas que corresponderían.

Debió calcular la indemnización ultra petita, lo que constituye un deber en el marco del derecho laboral y para ello debió declarar la inconstitucionalidad del acuerdo paritario celebrado en el expte. 1120319/05 individualizado en el recibo de haberes, debiendo considerarse como salario a la luz del art. 14 bis de la Constitución, convenio 95 OIT y art. 103 LCT.

Reconoce que no fue peticionado en la demanda pero debió haber sido decidido por el Juez a la luz de la nueva jurisprudencia local y nacional.

Se refiere a la declaración de inconstitucionalidad de oficio con cita de

jurisprudencia y menciona el art. 68 de la ley de procedimiento laboral.

c) Tercer agravio: Es contra la decisión de no admitir la confección de un nuevo certificado de trabajo y de constancia documentada del ingreso de aportes y contribuciones con destino a los organismos: de seguridad social y sindicales, ni a la indemnización del art. 80 LCT.

Indica que la Sra. Juez omite considerar el relato de los hechos y el reconocimiento formulado por la demandada de los mismos, en especial lo relacionado con la promoción de reclamo administrativo y la declinación de la vía administrativa en el que ni siquiera entregó el certificado de Trabajo, otorgando fecha cierta y de entrega de certificado de trabajo y sosteniendo que tal instrumento fue entregado el 23 de mayo de 2006 y la certificación previsional el 2 de junio de 2006, cuando en realidad cuando el actor percibió la liquidación final no se le hizo entrega de ningún instrumento.

Alude a la comunicación mantenida y a lo que surge del Expediente de la Subsecretaría de Trabajo N° *-****/2006.

Agrega que lo concreto es que la actora entregó en agosto un certificado de trabajo deficiente que ni siquiera puede ser completado con la certificación previsional.

Indica que la jueza da por cumplida la entrega del certificado utilizando la multiplicidad de instrumentos deficientemente confeccionados, con elementos faltantes y finalidades diferentes.

Resalta que lo resuelto en “L. R.” difiere del caso de autos.

d) Corrido el traslado contesta los agravios el

demandado.

e) Ambas partes hacen reserva del caso federal.

IV)a) He de referirme en primer término a la inconstitucionalidad del acuerdo paritario celebrado en el expediente *******/05, peticionado en la expresión de agravios con fundamento en la facultad del juez laboral de fallar ultra petita y de declarar la inconstitucionalidad de oficio.

Y a fin de decidir observo que en el escrito de inicio el actor afirma que en abril de 2006 debió percibir como básico $914,00, zona $228,50, tarea extraordinaria $150, premio $100, 24 horas extras al 50% $250,56 total de haberes $1643,06, debiendo adicionarse la suma no remunerativa del expte. *******/05 $157,50 y al referirse a la indemnización por el art. 80 aludió al monto no remunerativo el que no fue computado, lo que constituye una violación a los convenios de la OIT con jerarquía constitucional supralegal.

Al contestar demanda el accionado efectuó mención al acuerdo, y con relación a la indemnización del art. 80 LCT nada alegó limitándose a contestar que el certificado fue entregado.

Entiendo que la cuestión sobre los rubros no remunerativos del acuerdo fue insinuado en la demanda, y al contestar el traslado de la expresión de agravios donde el actor efectúa el planteo, el demandado tuvo oportunidad para defender la constitucionalidad de la norma, de allí que no puedo considerar que declarar de oficio la inconstitucionalidad del acuerdo encuentre una valla en el ejercicio del derecho de defensa, ya que la doctrina mayoritaria, sostiene ya hace tiempo, que frente al "derecho aplicable" no se puede

argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, sólo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a ellas.

En tal sentido, no sólo Bidart Campos ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) y Ramírez Bosco (DT XLIII-B).

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia no establecieron una posición unívoca sobre el tema, pero las dudas se despejaron durante el período que va de 1941 y hasta 1984 donde no se admitía la declaración de oficio (Fallos 190:142), pero a partir de 1984 hasta el 2001 la Corte comienza a replantear el control de constitucionalidad hasta llegar en "Mill de Pereyra", jurisprudencia a la que se refiere el apelante, del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) donde receptó la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de oficio, con el voto de cuatro jueces, y con una posición intermedia otros dos.

El debate quedó zanjado definitivamente con la actual integración el 19-8-04, en "Banco Comercial Finazas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra" en que se resolvió que los jueces se hallan facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma sin necesidad de petición de parte.

Al respecto ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que el argumento de la vulneración del derecho de defensa no enerva el deber del control de constitucionalidad de oficio, pues si así fuese, debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas

so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (cf. Consid. 5, Fallos:324:3219 voto del Dr. Boggiano).

Los jueces tienen no solo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (Fallos: 296:633; 298:429; 310:1536, 2173, 2733; 312:649; 313:924)

Y ello no implica violación al principio de congruencia, sino la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida (Fallos:321:2453).

Se ha dicho y lo transcribo por coincidir que "En lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, quiero poner de relieve que la Ley Cimera constituye el arquitrabe de nuestro sistema jurídico, desde adentro y no desde afuera del mismo, por lo que es obligación de los jueces -la primera- comparar la ley a aplicar en el caso concreto con lo imperado por aquella, para asegurar la supremacía de los derechos fundamentales de los justiciables de manera eficaz, y hacer ceder la normativa que no se ajusta a la Constitución, para asegurar la prevalencia de ésta. Lo contrario sería hacer prevalecer la mera voluntad de las partes, de cuya expresión dependería la aplicabilidad de aquella, como si se tratara de una ley extranjera. Así la inveterada máxima que se expresa en el brocárdico "Iura novit curia" sería objeto de un corte vertical: aplicable a las leyes comunes y otras normas inferiores a éstas, pero omitida respecto de la Constitución,

salvo que alguna de las partes pidiera su aplicación.

La función del juez que se enuncia con el adagio latino "iura novit curia", es suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso, deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. dicho ha llevado a Bidart Campos a sostener que "el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar". Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público.

Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) destaca, asimismo, la vinculación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad con el principio de irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo y, a su vez, como derivación necesaria o derivada del principio protectorio" (Sala VI: "Herrero Carlos Alberto c/ ESSO S.A.)", sent. 58.335 del 6/06/05, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII "B., J. A. C/ E. S. d. H. S.A. S/ Despido", sent. 38.760 del 13-09-05. Mamoicoff Claudio Andrés c/ Boeing S.A. y Otro s/ despido Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, 14-9-2007, MJJ33832).

Asimismo, es del caso recordar que el más Alto Tribunal de la República ha señalado que "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no

conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ellas (Fallos 311:2478, entre muchos).

Estas consideraciones me inclinan a pronunciarme por admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio en casos como el presente, pues el control de constitucionalidad versa sobre cuestiones de derecho y no de hecho.

b) Admitido ello, sabido es que el tema relacionado con las asignaciones dinerarias no remunerativas fijadas a través de la negociación colectiva, parece ser uno de los que acarrea mayores reparos y controversias en la jurisprudencia pues fueron acordadas por las entidades representativas del sector del trabajador y fue homologado por la autoridad ministerial.

El Supremo Tribunal Federal ratificó su propia doctrina acerca de la posibilidad de declaración de inconstitucionalidad de oficio de las normas y asumió expresamente el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos expuesto precedentemente en los siguientes términos: "cabe señalar que con particular referencia a la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales, y más allá de las opiniones individuales que los jueces de esta Corte tienen sobre el punto, el Tribunal viene adoptando desde el año 2001 como postura mayoritaria la doctrina con arreglo a la cual una decisión de esa naturaleza es susceptible de ser tomada de oficio (Fallos: 327:3117)". "Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú", del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder

Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de "convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones" (cf. C.S.J.N., V. 281.XLV, 31/08/2010, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo").
En consecuencia, el derecho del actor a considerar remunerativos los montos percibidos en concepto de no remunerativo por aplicación de normas de jerarquía constitucional y supralegal es irrenunciable, conclusión que no sólo se desprende del art. 12 de la L.C.T., sino del art. 2o de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, lo que ha sido reconocido por el Alto tribunal del país en fecha 24-02-2009. "Aerolíneas Argentinas S.A. c/ Ministerio de Trabajo", considerando 9o del voto concurrente de los Jueces Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni y considerando 10o del voto concurrente de los Dres. Carlos S. Fayt y Enrique Santiago Petracchi).
No parece razonable que se continúe con esa práctica en el ámbito negocial cuando sus efectos nocivos afectan al trabajador.

En sentencia del 17-7-2006 el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires en autos "Comisión Gremial Interna del banco Ciudad de Buenos c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo" sostuvo que nuestro país obligado internacionalmente a través del Convenio de la OIT- no puede desconocer que tanto LCT como las leyes previsionales han definido lo que entienden por salario y se concluyó que ni la administración, ni las entidades sindicales o la representación empresaria tiene facultades para la conceptualización del salario; en el año 2007 en autos "Machuca, Jessica Paola c/ Slim Talal Nasib" Tribunal del Trabajo de la Rioja se cuestionaron acuerdos salariales celebrados en el marco del CCT 387/2004, mediante los cuales se acordó el pago de adicionales no remunerativos, puntualizando que "el carácter remunerativo o no de los incrementos que se otorguen al trabajador de ningún modo depende del nombre que se le asigne sino de su verdadera naturaleza jurídica y que ella deriva de la habitualidad, regularidad y generalidad como también del hecho de que no tengan una asignación destinada a cubrir exigencias específicas, siendo las mismas de libre arbitrio del trabajador.

En igual sentido se expidió en el año 2009 la Sala X de la CNAT en "Giménez, Patricia Dolores c/ Blockbuster Argentina S.A. s/ Despido, al descalificar lo acordado por la Federación Argentina de Empleados de Comercio y servicios, la Unión de entidades Comerciales Argentina, la Confederación Argentina de la Mediana empresa y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco de del CCT 130/75 que fuera homologado mediante resolución 632/2007, con fundamento en lo que dispone el Art 103 y señalando que "los convenios de la OIT tienen jerarquía superior de las leyes a partir de la

reforma constitucional de 1994 (cf. art. 75, inc.22) y por ende resulta inaplicable la normativa interna que no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior.

A ello se sumaron artículos doctrinarios (DT, 2011 “Acerca de la inconstitucionalidad del artículo 103 bis incisos b) y c) LCT y de las asignaciones no remunerativas”, Claudia Priore) a los que me remito.

No desconozco que en sentdo diverso se expidieron Maza y Pirolo en “Guajardo, Analia Mabel c/ Enrique Martín Rossi s/ despido” CNAT, Sala II-Año2009 los jueces no podemos apartarnos de tal calificación nacida como contrato y vigente como ley sino media el planteo de nulidad de la homologación deducida en sede administrativa”. Posición compartida por Julián A. De diego, Sala X de la CNAT “Giménez c/ Blockbuster” (Revista de Derecho Laboral, “Normas internacionales y Derecho Interno”, pág 291 y sgtes.).

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos

concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C No 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124) (cf. C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII, "Mazzeo, Julio Lilo y otros").

Con posterioridad a lo resuelto en el caso "Almonacid", el tribunal americano ha profundizado este criterio en los siguientes términos: "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

"Nada impide en nuestro ordenamiento jurídico la declaración judicial de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la cláusula de un convenio colectivo de trabajo violatoria de los derechos del trabajador amparados por normas de jerarquía constitucional y supralegal, en el marco de un proceso incoado por aquel contra el empleador". Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75.23; "Vizzoti", cit., p. 3688). Estos principios, debe puntualizarse en la presente causa, son aplicables, mutatis mutandi, a la reglamentación derivada del régimen de convenciones colectivas. La

Constitución Nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva" (cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1488. XXXVI, 3/05/07, "Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas"). "Como fue señalado precedentemente, en la sentencia dictada en "Pérez c/Disco" el Supremo Tribunal Federal afirmó en lo pertinente que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso:el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen iuris sería inconstitucional.

El carácter normativo de las mencionadas cláusulas despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica. Del mismo modo que en el marco de un proceso judicial entre un trabajador y su empleador puede ser aplicada una norma legal más favorable al trabajador que una cláusula convencional (cf. arts. 8° y 9°, L.C.T. -t.o.- y 7°., párr. 1, Ley 14250 -t.o. dec. 1.135/2.004-), aunque no haya sido cuestionado en sede administrativa y/o judicial el acto

administrativo que dispone la homologación, o en su caso, el registro pertinente, con mayor razón puede ser declarada la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la mencionada cláusula, máxime cuando la misma vulnera normas de jerarquía constitucional o supralegal que consagran derechos irrenunciables. En la causa "R. c/ S. S.A." sentencia definitiva N° 17.088 del 27/11/2009), se sostuvo "que el convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes" o, en palabras del recordado Justo López, eficacia de "ley profesional" (a diferencia de la "ley formal" dictada por el Poder Legislativo). Desde dicha perspectiva, al tratarse de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1° L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), considero que es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando en su aplicación al caso vulnera específicamente derechos o garantías de la Ley Fundamental y por tanto el órgano judicial está facultado (y obligado) a desplazarla para juzgar la contienda. Repárese además en que el control de constitucionalidad está basado en el principio constitucional de "razonabilidad" (lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad) que precisamente rige para los tres poderes del Estado y por ende puede llegar al grado de inconstitucionalidad tanto una norma legal como la proveniente de los sujetos intervinientes en la negociación colectiva que arriban a un convenio homologado por el Ministerio de Trabajo" (voto del Dr. Oscar Zas en autos "G. A. I. c/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios", Cámara Nacional de

Apelaciones del Trabajo V-may-2011: MJ-JU-M-66285-AR - MJJ66285 - MJJ66285).

Como surge de lo expuesto con cita doctrinaria y jurisprudencial, la cuestión no resulta sencilla, no obstante entiendo con iguales fundamentos a los ya expresados en autos "R., V. S. y otros c/ L. M. S.A. s/ demanda Laboral", SD 13/2012, el acuerdo que surge del expte. 1120319/05, resulta inconstitucional.

A mayor abundamiento transcribo por lo esclarecedor el voto de la Dra. Graciela A. Gónzalez en -"Z., H. R. y otros c/ T. D. A. SA s/ Diferencias de Salarios", dejó a salvo su opinión "En cuanto a si es posible o no restar validez y vigencia a una norma proveniente de un convenio colectivo de trabajo a través de un planteo de inconstitucionalidad. Al respecto señaló: "en nuestro sistema, todas las normas jurídicas (cualquiera sea su fuente) son susceptibles de esa tacha. Tanto es así que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de una norma de ese origen en la causa "Madorrán Marta C. c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación" sentencia del 3/5/07 M. 1488 XXXVI con similar criterio al que adoptara al analizar el ya famoso caso "Figueroa, Oscar F. c/ Loma Negra CIASA" del 4/9/84 (CSJN Fallos 306:1208)" y "En efecto, el hecho de que el rubro se origine en un convenio colectivo no priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de analizarlo en su legitimidad porque la disponibilidad colectiva no puede avanzar sobre garantías consagradas por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales. Desde tal perspectiva, a mi juicio, si bien la disposición convencional pudo no ser homologada -en ejercicio de

control de legalidad que le compete al poder administrador-, ello no constituye un obstáculo para que, si se corrobora su ilegitimidad, el dispositivo cuestionado no sea aplicado en el caso concreto".

c) Se agravia el actor con relación a la indemnización acordada por las horas extras y asiste razón.

Tal como surge del recibo de sueldo de fs 7 trabajó 14 horas extras, de allí que la suma otorgada de $137 y admitida por la sentenciante devine injusta, pues debió advertir la Sra. Juez que si bien no eran 24 las horas trabajadas por el Sr. U., sí las mismas ascendían a 14.

En consecuencia cabe modificar el monto acordado y determinarlo por la secretaría del juzgado, junto con los rubros por antigüedad y preaviso, atento lo resuelto con relación a las sumas no remunerativas.

d) En punto a la controversia suscitada con relación al certificado del art. 80 LCT, se advierte que el actor en la demanda persigue la condena a la demandada de la obligación de hacer de confeccionar y entregar el certificado de trabajo y constancia documentada del ingreso a los organismos de seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones correspondientes al actor previstas en el art. 80 LCT e indemnización relacionada con el mismo.

Narra al respecto que despedido el 23 de mayo de 2006, mediante CD, en la misma se pone a disposición la certificación de servicios y remuneraciones, en el término de ley.

Reclamado por la actora diferencias laborales (5 de junio), el demandado contesta (12 de junio) niega las mismas y lo intima a retirar la documentación en el

término de diez días bajo apercibimiento de proceder a la consignación administrativa.

Concurre a sede administrativa peticionando entrega certificación de servicios y remuneraciones (formulario de Anses) y el 25 de julio reclama certificación de aportes y certificado de trabajo.

El 2 de agosto el demandado contesta y dice que el certificado del 80 está a su disposición, 5 días para retirar bajo apercibimiento de depositar en sede administrativa.

En agosto en el domicilio de la accionada recibe certificado de trabajo con fecha antedatada, que no reunía los requisitos del art. 80 LCT y declaración unilateral que ingresó los depósitos y una copia de la página Web.

Al contestar el demandado reconoció la comunicación mantenida mediante las cartas documentos destacando que siempre la documentación estuvo a disposición del actor.

Reconoce también que declinó la vía administrativa y señala que como surge de las constancias, la A. M. entregó las certificaciones requeridas y resalta que el certificado de trabajo lleva fecha 23 de mayo de 2006.

De la prueba incorporada, surge que el certificado del art. 80 LCT fue entregado en agosto de 2006.

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

Una orientación jurisprudencial considera que resulta procedente la condena a abonar la multa de art. 45 Ley 25345 por el hecho de no haber hecho entrega al

empleador del certificado de trabajo pues la mera puesta a disposición es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en la norma y no permite considerar que la accionada haya tenido verdadera voluntad para hacer entrega del mismo. (CNTrab., sala VII, 27/12/2002 "Fiorio, Mirta E. v. Brewda Construcciones S.A." y 12/03/2003, "García, Roberto v. Pentars S.R.L.".

"También se ha señalado que la entrega de los certificados previstos por el art. 80 LCT, al dependiente en oportunidad de la extinción de su relación laboral es una obligación del empleador que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación (esto es, en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección). No hay razones para considerar que el cumplimiento de esta obligación dependa de que el trabajador concurra a la sede de la empresa o establecimiento a retirar los certificados, sino que corresponde entender que, en caso de que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlo judicialmente (C.Nac.Trab., sala III, 01/02/2002, "Fraza, María A. v. Storto, Silvia N. y otro"...).

Y surge de la prueba aportada que el demandado no entregó la documentación al momento del despido ni al efectuar la liquidación y pago, no obstante fue manifestado en la CD de fecha 23 de mayo de 2006, donde comunicaron "liquidación final y certificación de servicios y remuneraciones a su disposición en el término de ley".

Tampoco lo hizo posteriormente, pues si bien lo intimaba judicialmente bajo apercibimiento de consignarlo en sede administrativa (12 de junio de

2006, y 2 de agosto), no lo efectivizó.

El nuevo texto de la citada norma legal (modificado por la ley 25345) establece en su último párrafo que "si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si este fuera menor".

El artículo 3 del Dto. 146/01, reglamentario de la norma dispone que "el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (...) dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".

Ante lo que disponen tales normas, como bien se señala, “La ley no debe interpretarse conforme a la liberalidad de los vocablos usados, ni según rígidas pautas gramaticales, sino con arreglo a su significado jurídico profundo. Por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir en conexión con las demás normas...” (CNAT, Sala

X, 9-9-2002, citada en “Revista de Derecho Laboral”, “Actualización Doctrinaria y Jurisprudencial”, Vazquez Vialard“, pág. 120).

Entiendo que la procedencia de la indemnización contemplada en el último párrafo del art. 80 de la L.C.T. queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de los certificados mencionados en el mismo artículo. Esta intimación para que cobre virtualidad jurídica debe hacerse extrajudicialmente ante el incumplimiento del empleador de extender los certificados de trabajo al tiempo de la extinción de la relación laboral por cualquier causa que fuera; y formularse en términos precisos y claros.

Asimismo,... “La intimación fehaciente a que hacen referencia tanto el art. 45 de la Ley 25345 como el art. 3° del Decreto 146/2001, solo puede surtir sus efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye (desde el momento de la extinción) una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa ....” (CNAT, sala III, 12-12-2002, “Puga María Gabriela c/ S.AB. Mandataria S.A. s/ Despido.”...). Transcurridos treinta días desde el despido indirecto del actor, el demandado se encontraba en mora respecto de su obligación de hacer entrega de los certificados de trabajo (cf. dec. 146/2001), por lo que la puesta a disposición realizada con posterioridad…, no obsta a la procedencia de la indemnización emergente del art. 45 de la Ley 25345....” (CNAT, sala VII, 27-11-2002, “Toledo, Oscar c/ Seguridad Grupo Maipú”),

“Actualización doctrinaria y jurisprudencial- “Revista de Derecho Laboral” (págs. 128 y 135).

Y al respecto se observa que sin perjuicio de las peticiones efectuadas por el actor, con anterioridad al plazo de los 30 días, el 25 julio es cuando cumpliendo con los plazos legales, 30 días posteriores al despido, envía nueva comunicación donde intima por el término de dos días a la demandada la entrega de la constancia de aportes y contribuciones con destino a los organismos de seguridad social y sindicales y certificado de trabajo conforme lo regulado por el art. 80 LCT, la que es recepcionada el 26 de julio (fs. 178).

La demandada reitera el 2 de agosto mediante carta documento recibida el día 3 por el actor, que la documentación se encuentra a su disposición en la empresa y lo intima a retirarla, cuando ya habían transcurridos los dos días, plazo perentorio, que la ley acuerda para el cumplimiento de la obligación.

Tal como se desprende hasta esa fecha, agosto de 2006 las certificaciones no se habían entregado, de allí que la decisión de la Srta. Juez no parece justa, al afirmar que “ de la prueba analizada en el punto 2) emerge que la demandada entregó al actor el certificado de trabajo en fecha 23 de mayo de 2006”.

Tampoco pareciera serio entender que en tal fecha 23 de mayo se hiciera entrega de certificación de servicios y remuneraciones formulario ANSES PS 6.2 si la misma tiene fecha de certificación bancaria 2 de junio de 2006.

Resumiendo el demandado no entregó las certificaciones del art. 80 LCT al finalizar la relación, el trabajador no está obligado a retirarlo posteriormente en sede de la empresa, pero si fuera

intimado y no concurre el empleador debe consignarlo, lo que reitero el demandado no efectuó.

Intimado fehacientemente por el actor transcurridos 30 días, el día 25 de julio, comunicación que es recibida por el empleador el día 26, los dos días hábiles posteriores fueron el 27 y 31 de julio. El empleador envía carta documento el 2 de agosto, ya transcurrido el plazo que otorga la norma y reitera que las constancias del art. 80 se encuentran a disposición y otorga un plazo de 5 días para el retiro de las mismas, procediendo luego a consignarlas en la Subsecretaría de Trabajo.

Consignación que no efectuó, ya que ambas partes reconocen que el actor retira de la sede de la accionada dicha documentación, aunque sin precisar fecha, el actor señala principios de agosto (fs. 25) y el demandado no la indica (fs. 76 tercer párrafo).

Si a ello sumamos que dicho certificado entregado extemporáneamente no contenía las remuneraciones del actor, admitir su entrega en tiempo y forma valiéndose de otra documentación, con fundamento en "L. R." desvirtuaría el fallo toda vez que en el mismo la certificación del art. 80 LCT, había sido entregada en tiempo, lo que en autos no aconteció.

"Es obvio que la omisión de cumplimiento de una u otra obligación- en el plazo que fija la nueva norma- configura el presupuesto de hecho que da lugar al pago de la indemnización especial"… (Mario Ackerman en "Indemnización por incumplimiento de las obligaciones del art. 80 LCT" - DT 2001-A-541).

En consecuencia deberá la accionada abonar una indemnización tal como lo dispone el art. 80 en su última parte, la que será determinada por la secretaría

del Juzgado de acuerdo a lo decidido con relación a los rubros no remunerativos.

Y ello por que sin perjuicio de coincidir con la Sra. Juez que si bien "el certificado no contiene las remuneraciones del actor, las mismas pueden extraerse de la certificación de servicios y remuneraciones formulario ANSES PS. 6.2 que la demandada entregó al actor", ello no lo exime del pago de la indemnización atento a la entrega extemporánea de dicha documentación.

Por último, he de recordar que no se discutió en autos la falta de cumplimiento por parte de la empleadora de los depósitos ante los organismos pertinentes, sino la omisión de la entrega de los certificados, de allí que el informe de la AFIP dando cuenta del cumplimiento de los aportes de 2005 y facilidad de pago, así como la imposibilidad de identificar identidad de fs 243 no modifica la decisión ya que como concluyera estos fueron entregados extemporáneamente, lo que trae aparejado sanción.

En punto a los intereses, he de coincidir con los que impusiera la Sra. Juez de la primera instancia así como la fecha a partir de los que se aplican.

En cuanto a los intereses relacionados con la indemnización del art. 80 LCT, y considerando que solo reviste carácter sancionatorio; el acreedor laboral tiene derecho al pago de las sumas debidas en un monto real e idéntico al que debería haber recibido al momento de producirse el incumplimiento que da origen a la sanción, y que trajo aparejada la mora del empleador, es decir que se torna exigible desde el vencimiento del plazo de dos días hábiles computados a partir del día siguiente de la recepción del

requerimiento al que alude el último párrafo del artículo en cuestión

Las costas y honorarios deben adecuarse por mandato legal, en consecuencia carece de virtualidad expedirse sobre la apelación de fs. 318.

Las costas de ambas instancias estarán a cargo del demandado.

A fin de regular los honorarios de los profesionales intervinientes que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6, 7, 9 14, 46, 60 y 61.

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

1) Admite parcialmente los agravios del actor y, en consecuencia, declaro la inconstitucionalidad del acuerdo paritario celebrado en el expte. 1120319/05 de acuerdo a los considerandos respectivos.

2) Condena a "A. E. D. S. M. d. C. R." a abonar dentro de los diez días de firme la presente, al Sr. U. P. U., la suma que resulte de la liquidación que se efectuará por la secretaría del Juzgado de acuerdo a las pautas que surgen de los respectivos considerandos (antigüedad, preaviso, horas extras e indemnización art. 80 LCT).

3) Confirmo el punto 2 de la sentencia con relación a la entrega al actor del certificado de trabajo y constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones ambos según art. 80 LCT.

4) Impongo las costas de ambas instancias al demandado vencido y difiero la regulación de los

honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo.

5) Tengo presente la cuestión federal, invocada por ambas partes.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora y los letrados de la accionante, contra la sentencia definitiva nro. 67/2012 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción (fs. 300/15,fs. 317, fs. 318). La sentencia definitiva venida en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a la A. E. D. S. M. D. C. R. a pagar al actor U. P. U. la suma de $2.496,51. Rechazó la petición de entrega del certificado de trabajo formulada por el accionante, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Por encontrarse cumplimentada la manda procedimental art. 164 del CPCCCh por quien me precedió me abstengo de detallar las quejas de la parte actora recurrente, que fueron contestadas por la contraria.

Análisis:

La segunda queja del actor recurrente se asienta en que la indemnización por antigüedad y preaviso es inferior porque la a quo no aplicó el derecho vigente, debió tomar como base la mejor remuneración mensual normal y habitual de abril de 2006 incluyendo los conceptos no remunerativos de percepción normal y habitual y para tal supuesto debió declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas que obsten a ello. Como primer agravio expone que pese a verificar la a quo que la demandada pagó en forma insuficiente el salario básico y los adicionales de convenio de abril

de 2006 no reajustó ni calculó lo pagado por horas extras y lo mantuvo a valores existentes anteriores al incremento. Efectúa la confrontación el quejoso de la diferencia y sostiene que ello tiene incidencia en la liquidación por antigüedad.

Trataré conjuntamente ambas quejas, con el orden alterado que emerge del párrafo precedente.

Adelanto que he de compartir el criterio de la primera votante; para resolver en la especie, me retrotraigo al libelo de inicio, a fs. 23vta. y 24 señala cómo debió aplicarse el adicional no remunerativo, que reitera en el capitulo IV-2 fs. 25vta. No obstante, plantear en dicha oportunidad procesal el recurrente en su demanda que considera inconstitucionales los acuerdos paritarios por su naturaleza no remunerativa, aunque es veraz que no la peticiona puntualmente y específicamente (fs. 26vta.).

En pronunciamientos anteriores sostuve en consonancia con el Cuerpo que integro que "… Finalmente creemos oportuno señalar que si bien en lo referente al control constitucional difuso, se ha avanzado mucho todavía siguen vigente algunos limites. Es que cuando un juez ejerce el control de constitucionalidad de oficio debe contrapesar la gravedad de la trasgresión constitucional, inadvertida por las partes con la inseguridad jurídica que se podría crear, aunque el pronunciamiento no tenga efectos erga omnes. Ello es así por cuanto no toda violación a las disposiciones de la constitución es apta para permitir el control de oficio, solamente "los jueces podrán, ante una norma que a su juicio desborde el auténtico marco del orden publico, declarar la inconstitucionalidad… (Bianchi, Alberto B. "El control de Constitucionalidad", ed.

Ábaco, 1992, pág. 271) (Sentencia interlocutoria Sala B nro. 122/2012). Tal es a mi modo de ver el caso en tratamiento en esta instancia de revisión.

En la especie, el tema puntualmente de incrementos salariales convenidos entre una organización patronal y sindical, lo he abordado en sentencia definitiva 03/2012, postura que no encuentro fundamento para apartarme, como así también lo ha hecho esta Sala. Además de los conceptos expresados en dichos fallos, creo que de no ejercerse esta facultad judicial se estaría frente a una inseguridad jurídica producto de decisiones contradictorias.

En dicha oportunidad dije: "Más allá de todo análisis y discusión se encuentra la facultad de un tribunal nacional o provincial de declarar la inconstitucionalidad de normas, aun de oficio, como surge del planteo recursivo integrado por ambas partes, pues, teniendo en cuenta que el actor al inicio del pleito dejó peticionada y planteada la misma, desde la óptica del quebrantamiento de disposiciones de normas de jerarquía superior como del perjuicio que la aplicación de las cláusulas objetadas de la CCT le producían, el pago de sumas no remunerativas afectó su patrimonio al excluir del cálculo en las horas extras y de las indemnizaciones derivadas del despido" (Sentencia definitiva nro. 03/2012 y en igual sentido Sentencia Definitiva nro. 25/2012 que obran en los registros del Tribunal).

"Es desestimable el planteo de la recurrente de pretender aplicar al caso la ley de procedimiento administrativo, el acuerdo homologado por el Ministerio de Trabajo que alcanza el carácter obligatorio para las partes otorgantes del acuerdo y la generalidad que ello

comprende no altera su revisión jurisdiccional.

"No debe confundirse el acto de homologación y las impugnaciones que pueda conllevar el mismo y las partes interesadas en que se cumpla dicho cometido con los efectos del convenio respecto de los trabajadores a los cuales se aplica. En la Argentina, el acuerdo concertado por las partes sociales a través de un convenio colectivo de trabajo adquiere con la homologación vigencia erga omnes. Ese efecto erga omnes proviene de interpretar al convenio colectivo de trabajo como una herramienta de ejecución mínima de los principios y garantías constitucionales previstos en el art. 14 bis CN.

"El acto administrativo de mayor trascendencia es, sin duda, la homologación de aquellos, toda vez que es en virtud de esa decisión que el convenio adquiere obligatoriedad general. Según la Ley 14250 (art. 4), según texto ordenado por la Ley 25877, es preciso que antes del dictado del acto homologatorio la autoridad deberá proceder a su examen para comprobar que no contiene cláusulas contrarias a normas de orden público o que afecten el interés general. Si bien es cierto que ese control reducido al de la legalidad del convenio respecto de las normas indisponibles que contenga la legislación a favor del trabajador tiene un efecto relativo, ya que en definitiva el juez que deba resolver un conflicto individual en el cual se impugne alguna disposición convencional que se considere violatoria de norma indisponible, es quien debe resolver en definitiva, lo cierto es que el efecto de la homologación crea una presunción de legalidad del contenido del convenio (ver en este sentido Revista Jurídica Argentina La Ley "Derecho del Trabajo –

Doctrinas esenciales" –Director Juan Fernández Madrid- T.IV, págs. 234, 264 y 413, ed. La Ley - 2010).

"En países como el nuestro, cuyos ordenamientos jurídicos laborales descansan sobre la idea de orden público laboral, la técnica de la limitación de la autonomía de la voluntad y la norma imperativa, el ámbito natural de solución de conflictos individuales es la justicia (autor y ob. cit., pág. 390).

"Como fue señalado precedentemente, en la sentencia dictada en "Pérez c/ Disco" el Supremo Tribunal Federal afirmó en lo pertinente que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso: el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen iuris sería inconstitucional.

"Las cláusulas convencionales, como las que regulan los rubros y los califican como asignaciones no remunerativas, son normas destinadas a regir las relaciones individuales de trabajo que vinculan a todos los trabajadores y empleadores incluidos en su ámbito de aplicación, una vez que los acuerdos que las contienen sean homologados o, en su caso, registrados por la autoridad de aplicación (cf. arts. 4°, 5° y concs., Ley 14250 –t.o. dec. 1.135/2.004–; 1°, inc. c), 8 y 9, LCT –t.o.–).

"El carácter normativo de las mencionadas cláusulas despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a

esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica.

”Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión sólo podría ser opuesta a los mencionados sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien –naturalmente– no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo.

”Aun cuando por vía de hipótesis se admitiera que el cambio es en conjunto más favorable para el trabajador, ello de ningún modo justificaría la validez de una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, consagratorias de derechos irrenunciables. Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros” (ver elDial AA6C44).

Más aún como ocurrió en la especie, en cuanto niegan a estas cláusulas su indudable naturaleza salarial, y vulneran en el presente caso, además, el derecho constitucional del actor a la protección del salario.

La Sra. Camarista que me precedió con su voto, efectuó un detenido y lógico fundamento estructurado en lo esencial, que es el concepto de salario, la protección otorgada por la legislación vigente (art. 103 LCT), sin desprenderse de la jerarquía constitucional, y como normas supralegales los tratados internacionales suscriptos y la aplicación en la especie de lo establecido por los artículos 1 y 4 del Convenio 95 de la OIT, con un criterio que comparto, que no deja duda que toda contraprestación sea en dinero o en especie, que perciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración, concepto estos que comparto.

Simplemente, a modo ilustrativo y habiendo dejado sentado mi criterio de conformidad con lo resuelto, cito: El convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes". Desde dicha perspectiva, al tratarse, además, de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1 LCT) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la ley fundamental (del voto del Dr. Stortini, CNTRAB - Sala X - "Ríos José Albino c/ Search Organización de Seguridad SA s/ diferencias de salarios", citar: elDial.com - AL31B0).

Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros, en cuanto niegan a estos su indudable naturaleza salarial, y vulneran en el caso el

derecho constitucional del actor a la protección del salario. En el entendimiento que resulta inconstitucional por vulnerar el convenio 95 de la OIT, norma de jerarquía supralegal (cf. art. 75, inc. 22, párr. 1°, C.N.)

Dicho convenio dispone que "...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha sostenido desde su reunión 65° de 1995 que los beneficios sociales cualquiera sea el nombre que se les pueda dar son elementos de la remuneración en el sentido del art. 1° del Convenio 95 y por lo tanto debe recibir la protección que al salario el mismo otorga. A ello cabe agregar que el art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT (nro. 20744), es inconstitucional por violar los derechos a una retribución justa, a la protección contra el despido arbitrario y a las vacaciones pagadas (cf. arts. 14 bis y 75, inciso 22, Const. Nacional y convenio 52 de la OIT) (ver CNTRAB - Sala V, "Sosa, Stella Maris c/ Segar Seguridad S.R.L. s/ despido"; citar: elDial.com - AL345B)…".

Por lo tanto, no corresponde aceptar por imperio de un acuerdo sindical que se le atribuya carácter no retributivo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 de

la LCT (que si bien trata distinto rubro la entelequia subsume todo el orden público laboral cual es la columna vertebral de todo el Derecho del Trabajo) tiene carácter indisponible y esto no puede ser modificado por la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo que no puede purgar un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo solo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral.

En este orden de ideas, la falta de objeción por parte del actor en su libelo de inicio con el alcance señalado a dichos convenios, y conforme lo dicho por el máximo Tribunal del país, no logra rebatir lo expuesto, puesto que ello importaría admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad (art. 12 LCT) y lo normado en los arts. 58 y 260 del mismo cuerpo legal, en tanto los dependientes no están obligados a reclamar hasta el agotamiento del plazo de prescripción, sobre todo cuando el pago insuficiente de las obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas (CSJN, Fallos 310:558 del 12/03/87 “Padín Capella Jorge c/ Litho Formas SA”).

“Como consecuencia de lo dicho, y teniendo especialmente en cuenta el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fallo S.C. "Perez Aníbal c/ Disco S.A. S.C.P. n° 1911, L. XLII" – CSJN – 01/09/2009: publicado el 02/09/2009 elDial.com - AA562D), cabe concluir que las sumas que han sido otorgadas al trabajador, respetando una pauta de

normalidad y habitualidad, como consecuencia del desempeño laboral de este último, debe entenderse pagos efectuados en concepto de remuneración. A mayor abundamiento se ha precisado en forma clara y contundente que tanto la voluntad del legislador o del empleador, cuanto la espontaneidad de este, son inválidas, aún cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional, mayormente cuando la evolución tutelar de la disciplina laboral y los motivos que la impulsaron, ya señalados, han impuesto, entre otras muchas consecuencias, que la determinación y alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo, no obstante el marco de reciprocidad que tipifica al contrato o relación laborales, rebasen el cuadro conmutativo, que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta ("Nowinski, Elsa Alicia", Fallos: 322:215, 223), para estar regidas por la justicia social (v., entre otros, además de los casos "Mansilla" y "Aquino": "Madorrán", Fallos: 330:1989, 2002; "Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.", Fallos: 246:345, 349 y "Roldán, José Eduardo c/ Borrás, Antonio", Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas)” (del voto de la mayoría de la CSJN). Cierro el tema recordando que la CSJN entendió que puede declararse aun de oficio la inconstitucionalidad de las normas de cualquier jerarquía. Los CCT son una fuente normativa de inferior jerarquía, hace referencia al art. 1 de la LCT, destaca que los arts. 7, 8, 9 de la LCT y el art. 7 de la Ley 14250 imponen que no pueden afectar los CCT derechos emergentes de normas legales (denominado orden público

laboral). Los jueces pueden interpretar e incluso declarar su inconstitucionalidad.

Ahora bien, dice el actor apelante que tuvo en cuenta la juez a quo el 50% del incremento remunerativo en abril/2006 para los demás rubros no así para el cálculo de las horas extras. Sin perjuicio de la exclusión dogmática del dictamen que efectuó, coincidió la sentenciante de grado con el cálculo efectuado a fs. 263 por el perito contador, es decir una omisión que se contradice con el propio reconocimiento en la liquidación practicada. Confrontado el recibo de haberes incorporado en autos (fs. 7, fs. 65 agregado por las partes correspondiente al mes de abril/2006) el monto de las horas extras es el mismo, arribo a la conclusión que no ha tenido en cuenta la variabilidad producida por el incremento (aun tomando como base, como efectuó la sentenciante de grado, el básico conforme el acuerdo, incurrió en error) no obstante ello y en consecuencia de la decisión adoptada precedente de declarar inconstitucional los montos no remunerativos, y modifico en este punto el fallo venido en crisis debiendo tomarse como base del calculo de las horas extras correspondientes a dicho mes, sin dejar de señalar que corresponden 14 horas extraordinarias, tal y como fue comprobado en autos y admitido por el apelante. Toda vez que el Tribunal puede condenar por una suma mayor a la reclamada si se prueba que el sueldo era superior al peticionado (STJChubut ver el Dial BC1A00). Por lo resuelto, dispongo se efectúe nueva liquidación por Secretaría del Juzgado.

No sin antes recordar y en adhesión a lo resuelto por la primera votante, que “Cabe tener presente que de acuerdo a lo normado por el articulo 201 de la LCT las

horas extras se calculan sobre la base del “salario habitual”, correspondiendo tomar en cuenta para ello todos los rubros que integran la remuneración del trabajador (por ejemplo, salario básico, premiso, etc. (Valentín Rubio. Derecho Individual del Trabajo, pág. 344, ed. Rubinzal Culzoni-2004)).

Habiendo progresado el agravio respecto a la diferencia del cálculo de horas extras, y teniendo en cuenta lo dicho por el Superior Tribunal de justicia de nuestra provincia: "El cumplimiento regular de horas extras hace que estas deban integrar el cómputo para establecer la indemnización sustitutiva del preaviso" (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CHUBUT, citar: elDial.com - BC346).

Concuerda ello con la jurisprudencia mayoritaria que comparto, que a modo ilustrativo, y en extracto cito: Si el artículo 245 de la ley de Contrato de Trabajo refiere que se tomará como base para el cálculo de la indemnización por antigüedad la mejor remuneración normal y habitual percibida durante el último año, es ese el período de tiempo que también debe tenerse en cuenta a los fines de fijar el monto que en concepto de horas extras debe considerarse como integrante de la remuneración percibida por el trabajador (citar: elDial.com - AT9C1 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS).

Este tribunal tiene resuelto que se computa el valor de las horas suplementarias, normales y habituales, a efectos del cálculo de las indemnizaciones por despido (antigüedad, omisión de preaviso e integrativo) conforme artículos 232, 245 y concs. de la Ley de Contrato de Trabajo, cf.: "Hernández c/ Córcico", 15/7/86; "Lencina y otro c/

Victoria Semilla SRL", 15/4/93 y "Carabajal c/ Brutti", 25/3/97, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS: elDial.com - AT1F84).

A la mejor retribución mensual, normal y habitual percibida por el actor, deben integrarse los haberes por las horas extra trabajadas con habitualidad (art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo) ("Fiorito, Oscar A. c/ Rombo Automotor S.A. (Suc. Sur) y Renault Arg. s/ Despido, preaviso, horas extras" - SCBA - L 53904 S - 8-11-1994 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES elDial.com - W765A-ACA).

Tercer agravio: el rechazo pedido de un nuevo de certificado de trabajo y de constancia documentada del ingreso de aportes y contribuciones con destino a la seguridad social y sindical, y a la indemnización del art. 80 de la LCT.

Sostiene el apelante que omitió evaluar que el certificado no fue entregado cuando se presentó el trabajador a percibir la liquidación final; tampoco que la certificación de servicios y remuneraciones fue confeccionada el 2/6/2006, cuando el distracto se produjo en mayo de ese año. Que fue declinada la vía administrativa el 28 de junio sin que se hiciera entrega de documento alguno. Verificados tales extremos asiste razón al recurrente, y resulta acreditado que recién en agosto de 2006 hizo entrega de manera deficiente, que además ello fue mencionado por la a quo fs. 311vta., que sin divisar diferencias utilizo un precedente de esta Provincia.

Destaco que la doctrina legal específicamente determinada en la ley procesal es “la resultante de la doctrina emergente de un conjunto de fallo coincidentes del Tribunal casador” o “la jurisprudencia uniforme y

reiterada del Tribunal sobre un punto legal"… Como lo tiene dicho este cuerpo en reiteradas oportunidades para que sea aplicable la doctrina legal debe tratarse de casos idénticos no siendo suficiente la simple analogía, pues como es obvio si las situaciones de hecho son diferentes…" ("R. R., J. E. c/ S. P. SA Y OTRA s/ Laboral", expediente 11594-24-94).

Se excluye el carácter de doctrina legal y como si ello no fuere suficiente, lejos está de ser idéntica la situación, o análoga la situación del presente caso con el criterio utilizado por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia mencionado por la sentenciante de grado. El empleador incurrió en mora, no obstante sostener el demandado que la documentación se encontraba a disposición del actor, de autos surge que la entrega se produjo en agosto de 2006, habiéndose producido el distracto en mayo, y habiendo dado el trabajador cumplimiento con las intimaciones requeridas por la norma (Ley 25345 y Dto. 146/2001 PEN) transcurridos los 30 días, según constancias de fs. 11, fs. 173/174, fs. 134 y fs. 83. Ello me lleva a concordar con la colega preopinante. Hago especial hincapié en que el certificado luce con fecha 23 de mayo, que recién en agosto se le hizo entrega y la fecha de la certificación bancaria de junio 2006 en el formulario ANSES, concluyendo la entrega fue extemporánea conllevando la sanción prevista en la ley. Debemos aclarar que la indemnización a favor del trabajador es de tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año, o durante el tiempo de prestación de servicio, si éste fuere menor. Para determinar cual es la mejor remuneración normal y

habitual, nos remitimos a lo dicho al comentar el artículo 245 de la LCT, en el que se establece que se debe considerar "mejor remuneración normal y habitual". A su vez, debe agregarse que dicha remuneración no tiene tope alguno. Vale decir que será equivalente a tres sueldos mejores realmente percibidos en el periodo considerado (VALENTIN RUBIO, "DERECHO INDIVIDUAL DEL TRABAJO", pág. 817, ed. RUBINZAL- CULZONI).

Por imposición procesal (art. 282 CPCCCh), las costas y los honorarios de la instancia de grado se readecuan en esta Alzada atento a la modificación del fallo venido en crisis. Razón por la cual no he de expedirme sobre el agravio de fs. 318 (apelación de honorarios profesionales actuantes por la parte actora).

Por lo expuesto, las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida, por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias al momento del Acuerdo.

Tengo presente la reserva del caso federal.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por coincidir, doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Dra. Reynoso de Roberts.

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

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios del actor y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del acuerdo paritario celebrado en el expte. 1120319/05 de acuerdo a los considerandos respectivos.

2) Condenar a "A. E. D. S. M. d. C. R." a abonar, dentro de los diez días de firme la presente, al Sr. U.

P. U., la suma que resulte de la liquidación que se efectuará por la secretaría del Juzgado de acuerdo a las pautas que surgen de los respectivos considerandos (antigüedad, preaviso, horas extras e indemnización art. 80 LCT).

3) Confirmar el punto 2 de la sentencia recurrida de fs. 300/315 con relación a la entrega al actor del certificado de trabajo y constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones, ambos según art. 80 LCT.

4) Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., conjuntamente, en el veintiuno por ciento (21%), a los Dres. E. N. y R. C. W., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%) y al perito contador A. L. en el uno por ciento (1%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y al Dr. E. N. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

7) Tener presente la cuestión federal invocada por ambas partes.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. Nélida Susana Melero

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 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"