En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., J. L. c/ A. SA s/ COBRO DE PESOS", expte. nro. 380/12,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 73/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 741), 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. 703/710vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 713 y fs. 717 por la actora y demandada, la sentencia definitiva nro. 57 del 02/08/12 obrante a fs. 703/710vta., habiéndose concedido a fs. 716 y fs. 718 libremente y en ambos efectos los recursos de apelación interpuestos.

I.A) El fallo, en lo aquí cuestionado, dispuso:

"1) Hago lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. J. L. M., en consecuencia condeno a A. S.A. a hacer entrega en el plazo de diez

(10) días del certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones (Formulario PS. 6.2.), tal como lo expusiera en IV.3 y a abonar, en idéntico término, la suma de pesos ciento ocho mil ochocientos noventa y dos con veintiocho centavos ($108.892,28) conforme lo analizado en el apartado IV. 2. 3. y 4, con más los intereses conforme lo dispuesto en IV.5.

”2) Impongo las costas a la demandada”. Regula los honorarios profesionales y perito interviniente.

I.B) Funda sus agravios la parte apelante demandada a fs. 719/723vta. y la parte actora a fs. 724/26, corrido el traslado de ambos agravios a fs. 727, los mismos fueron contestados por la parte actora a fs. 728/734 y por la parte demandada a fs. 735/736vta.

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

I.D).1. Concretamente, la apelante demandada centra sus agravios en cuanto a que la a-quo:

a) consideró que los rubros “Bonos de Paz Social”, “Ayuda Alimentaria”, “Vianda 8 hrs.” y “Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa” tiene carácter remuneratorio (fs. 719/721vta.);

b) decidió que era aplicable al actor el CCT nro. 511/07 (fs. 721va./722);

c) condenó a su parte a hacer entrega de los certificados de trabajo y servicios y remuneraciones, así como también, a pagar al actor la suma de $50.856,81 en concepto de la indemnización por falta de entrega de certificados, prevista por el art. 80 de la LCT (fs. 722/723);

d) impuso las costas a su mandante (fs. 723/vta.), y

e) la regulación de honorarios efectuada a la representación letrada de la parte actora y perito contador los estimó altos y la regulación de los honorarios profesionales representante de su parte los estimó bajos (fs.723vta.)

2. El recurrente actor formula agravios contra las siguientes cuestiones:

a) la aplicación de un tope en el CCT nro. 511/07 sobre la base de considerar un porcentual del 20% por sobre el tope establecido para los trabajadores convencionales petroleros (fs. 224vta./225vta.), y

b) la falta de acogimiento de la sanción indemnizatoria contemplada en el art. 2 de la Ley 25323 (fs. 725vta./726vta.).

I.D-1-a) En cuanto al carácter remuneratorio o no de los rubros “Bonos de Paz Social”, “Ayuda Alimentaria”, “Vianda 8 hrs.” y “Asignación Vianda

Complementaria No Remunerativa" base del agravio de la demandada (fs. 719/721vta.); valorando lo que emerge de la informativa prestada por la Subsecretaría de Trabajo – Delegación Regional de Comodoro Rivadavia a fs. 416/445 – expte. admnvo. 1-2827109 extracto "M. J. L. c/ A. s/ Reclamo laboral", así como la informativa prestada a fs. 586/612 por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en contestación a los puntos individualizados por la demandada en su ofrecimiento de prueba en oportunidad de contestar la demanda (fs. 176 pto. 1ero.) he de precisar los entendimientos jurisprudenciales y doctrinarios que comparto y considero aplicable al presente caso.

Así ha establecido la jurisprudencia: "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 debe 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 haber tenido homologación -en ejercicio de control de legalidad que le compete al poder administrador-, ello no constituye un obstáculo para que, si se corrobora su ilegitimidad en juicio planteado por el interesado, el dispositivo cuestionado deje de ser aplicado en el caso concreto" (Dra. García Margalejo, según su voto): SD 74478 – expte. 49577/10 – "Ramírez Rebata Blanca Haydee c/ FST S.A. y otro s/ despido" – CNTRAB – SALA V – 27/09/2012: elDial.com – AA7AD8).

En cuanto a la posición doctrinaria, me inclino por el criterio expuesto por el Dr. Fernández Madrid, en su obra "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo",

T° II, pág. 1354) en cuanto a que: "El convenio colectivo no puede contrariar la norma del artículo 103, L.C.T., sin colocar a la propia convención fuera del marco legal (art. 7°, Ley 14250)" (CNAT, Sala III, 17/12/93, "Taborda, Javier H. c. Florentia S.A.", D.T. 1996-A-264) y, desde esa óptica, solo cabe concluir que el acuerdo es nulo en tanto determina que las sumas percibidas en función del mismo no son remuneratorias, ya que "El convenio colectivo, fuera de las hipótesis expresamente previstas por la ley (v.gr., art. 106, L.C.T.), no puede válidamente cambiar la naturaleza remuneratoria de un rubro establecida por el art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo" (obra cit., T° III, pág. 370)".

A ello agrego el entendimiento de la suscripta que no obsta al carácter nulo de las cláusulas analizadas que el acuerdo haya sido homologado por el Ministerio de Trabajo, ya que, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 9° de la L.C.T., el orden de prelación normativo (art. 31, C.N.), en caso de duda en la aplicación de normas legales o convencionales preponderará la más favorable al trabajador.

En concordancia con dicho criterio, ha establecido la jurisprudencia actualmente: "No puede soslayarse que conforme a lo dispuesto por el artículo 9° de la L.C.T. cabe a los jueces la interpretación de las normas y, dentro de esa tarea, la determinación del verdadero alcance de un acuerdo de salarios, por lo que resulta inoperante que exista homologación ministerial": SD 38788 – expte. 15.946/2009 – "Dimotta, Héctor Ricardo c/ Correo Oficial de la Republica Argentina S.A. s/ despido" – CNTrab – Sala VIII – 16/04/2012: elDial.com - AA76F9 Publicado el 18/06/2012).

He de hacer hincapié en que en el derecho del trabajo, la norma de rango inferior prevalece sobre la superior solo si establece mayores beneficios, que no es justamente el caso que nos ocupa.

Ello así, ya que en materia de derecho del trabajo la naturaleza salarial de las prestaciones está expresamente legislada. El artículo 103 de la L.C.T. establece que, a los fines de la ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato. Por lo tanto, una resolución ministerial homologatoria no puede calificar un "incremento de salarios" como no remuneratorio, porque ello contraría una norma de rango superior y, además, va en contra de principios elementales del derecho del trabajo.

En virtud de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios expresado, ameritando las constancias probatorias obrantes en autos, a saber: recibos de haberes –doc. agregada por demanda y que obra como copias certificadas a fs. 212/389, los cuales coinciden con las constancias agregadas a fs. 420/429 del expte. Administrativo nro. 1-2827109 –fs. 420/29–; la informativa de la Subsecretaría de Trabajo – Delegación Regional de Comodoro Rivadavia, así como las informativas prestadas por la empresa H. –fs. 552– concordante con la respuesta dada por la Empresa G. - fs. 572 y lo dictaminado por el perito contador a fs. 580, pto. 3ero., 7mo. a pto. 9no –fs. 583/584 y aclaraciones del perito efectuadas a fs. 629/vta. – ptos. VIII y IX)-, comparto la conclusión a que arribara la a- quo así como la valoración de los elementos probatorios que realizara en sustento de aquella (fs. 706vta.), ya que debe estarse a las

constancias de las copias de los recibos de los cuales surge la habitualidad y la normalidad con que le fueron abonados al actor los rubros en cuestión atento a que efectivamente se ha demostrado en la causa la existencia de pagos realizados al actor con habitualidad y normalidad que permiten atribuir carácter salarial a los conceptos examinados y, por ende, a admitir su inclusión en la base de cálculo de los rubros indemnizatorios correspondientes.

A mayor abundamiento, correctamente la jueza tiene en cuenta la doctrina establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos: "Pérez, Aníbal Raúl c. Disco S.A. s/ Recurso de Hecho" (Fallo en extenso: elDial.com - AA562D), (fs. 705 considerando B. ap. a) 2do. párr.), con base en el Convenio núm. 95 OIT de jerarquía supralegal conforme lo dispuesto por el art. 75, inc. 22, de la Const. Nacional. En esa oportunidad sostuvo el Alto Tribunal que la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan, y que en ese sentido el art. 103 bis inc. c) "…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".

Atento a los criterios jurisprudenciales, doctrinarios y valoración de las pruebas obrantes en autos arribo a la convicción de que deben ser desestimados los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. fs. 719/721vta. y confirmar la sentencia en este sentido.

I.D-1-b) En lo atinente a los agravios planteados por la apelante demandada contra la decisión de la a-quo respecto a que era de aplicación a la relación laboral existente entre las partes el CCT nro. 511/07 (fs. 721vta./722); observo que tanto en su contestación de demanda (fs. 165vta.) como en su expresión de agravios (fs.721) se limita a decir que el actor estaba fuera de convenio, sin que en esta instancia efectúe una crítica suficiente para hacer rever lo decidido por la a-quo, quien se basó expresamente en la normativa establecida en el CCT 511/07, art. 5to. "Personal Comprendido" (fs. 395vta.) y no existir constancia probatoria alguna por parte de la demandada de sus argumentos defensivos, son razones por las cuales corresponde rechazar dichos agravios y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.D-1-c) En lo referente a los agravios de la apelante demandada por haber condenado la a-quo a su parte a hacer entrega de los certificados de trabajo y servicios y remuneraciones, así como también a pagar al actor la suma de $50.856,81 en concepto de la indemnización por falta de entrega de certificados, prevista por el art. 80 de la LCT (fs. 722/723).

He de adelantar que tanto el certificado de trabajo como la certificación de servicios y remuneraciones que se extendieron por la empleadora (cf. documental adjuntada por la accionada y que obra copia certificada a fs. 120/126) no llena todos los contenidos que el art. 80 LCT prevé para las referidas certificaciones.

En efecto, es criterio de la suscripta que la documentación requerida debe contener la indicación del tiempo de prestación de los servicios; la antigüedad

reconocida, la naturaleza de las prestaciones (tareas, cargos, categoría profesional, etc.); el detalle de los sueldos percibidos; la constancia de los aportes y contribuciones efectuados por el empleador con destino a los organismos de la seguridad social (constancia o descripción que efectúa el principal y que no debe confundirse con la "constancia documentada" que el mismo artículo prevé en el primer párrafo como posibilidad de excepción); y la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación.

A dicho entendimiento arribo, ya que tengo presente y comparto la jurisprudencia que determina: "El certificado de servicios y remuneraciones no equivale a las constancias de los aportes depositados por el empleador en su momento o en la actualidad: la norma del art. 80 LCT es estricta al respecto, exigiendo que el empleador libre el certificado de trabajo con la constancia de la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, si hubiere o no realizado acciones regulares de capacitación (Ley 24576) y al mismo tiempo las constancias documentadas de aportes: mientras ello no suceda, incumple con la norma y debe ser compelido a cumplimentarla.- CNTrab - Sala VI, expte n° 6424/01 sent. 56010 5/5/03 "Bravo, Walter c/ Attos SRL s/ despido" (CF.- FM.- De la F.-): elDial.com - AL2018; ídem, crit. CNTrab - Sala II, Expte N° 23816/2010, Sent. Def. N° 100.224 del 05/03/2012 "Alanis Patricia Verónica c/ Sony Argentina S.A. s/ Despido" (González - Maza): elDial.com - AL3C3A), más aún que conforme lo decidido en el presente voto ha de incluirse también la

suma correspondiente a los rubros determinados como remunerativos.

Por las razones de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción de que han de rechazarse los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 722/723 y confirmar la sentencia en este sentido.

I.D-1-d y e) Respecto a los agravios sobre la forma en que impuso las costas la sentenciante a la parte apelante demandada (fs. 723/vta.), y en cuanto a la regulación de honorarios efectuada por la jueza a la representación letrada de la parte actora y perito contador por estimarlos elevados y la regulación de los honorarios profesionales del representante de su parte por bajos (fs.723vta.), advirtiendo que para efectuar consideración de los mismos se ha decidir previamente sobre la temática planteada por la actora, he de tratar estos agravios posteriormente a la decisión que se arribe en cuanto a los planteamientos del accionante apelante.

I.D-2-a) El recurrente actor formula agravios contra la aplicación de un tope en el CCT nro. 511/07 sobre la base de considerar la jueza un porcentual del 20% por sobre el tope establecido para los trabajadores convencionales petroleros (fs. 224vta./225vta.).

Advierto que conforme informativa prestada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (fs. 610bis) y lo informado por el perito contador en el pto. 5to. bis (fs. 584) no existen antecedentes con respecto al tope del CCT 511/07.

La a-quo a fs. 708, considerando 3ero. pto. a) párr. 2do. y 3ero., después de establecer la mejor remuneración mensual, normal y habitual en forma pormenorizada de todos los rubros que la componen, ha

tomado como referencia lo informado por el S. d. P. J. y P. e. P. y G. P. d. l. P. A. (fs. 677) sobre que no existe un salario determinado para los trabajadores encuadrados como jerárquicos, sino que el mismo depende en cada caso, pactándose generalmente una remuneración que supere en un 20% a aquella que percibe un trabajador en cuadrado en los CCT nro. 396/04 y/o 605/10, asimismo, ha tenido en cuenta la a-quo a fs. 708/vta. como parámetro para decidir lo dispuesto por la CSJN en el caso "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/ despido" - CSJN - V. 967. XXXVIII del 14/09/2004 donde se determinó que: "A juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable. Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del Tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (Fallos: 209:114, 125/126 y 210:310, 320, considerando 6°, entre muchos otros)".

”...Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría

consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la Constitución Nacional". …"Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las "leyes" de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas "leyes"), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional". …"El hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos estos, los cuales solo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad".…

"Esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas)… "corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable" (elDial.com - AA2400).

Conforme lo advertido respecto del análisis efectuado por la sentenciante y los parámetros sobre los cuales se basó para decidir no cumpliendo el cuestionamiento efectuada por el actor apelante de entidad suficiente para revertir la conclusión arribada por la misma sin identificar cuál es la prueba informativa a la que alude (fs. 725), son razones todas ellas por las cuales corresponde rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs.724/725vta. y confirmar el fallo en dicho sentido.

I.D-2-b) En lo correspondiente a los agravios contra la decisión de la a-quo de no hacer lugar a la sanción indemnizatoria contemplada en el art. 2 de la Ley 25323 (fs. 725vta./726vta.), ha de repararse que si bien el empleador fue compelido en forma fehaciente y resistió el pedido de las diferencias pretendidas, no se encuentra tipificada la conducta que castiga dicha norma si las indemnizaciones de base fueron liquidadas oportunamente. Ello revela que la accionada no incurrió en una actitud reticente o morosa en el cumplimiento de las obligaciones que emergen de la cesantía instrumentada. Máxime cuando la condena se sustenta en

las directivas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Vizzoti...”, que el Juez de la causa tuvo en cuenta en al caso subexamen, todo lo cual justifica la dispensa de la conducta adoptada (en sentido similar, Sent. N° 151 - "Varela José Ignacio c/ Arcor Saic- ordinario-despido-recs. de casación" (24333/37) - TSJ de Córdoba - Sala Laboral – 21/12/2010: elDial.com - AA68F6).

La decisión tomada por la a-quo, considerando 3ero. ap. d) (fs. 709/vta.) encuentra su andamiento en jurisprudencia que determina: "La multa del artículo 45 de la Ley 25345 no es procedente porque no se trata aquí de un supuesto de falta de entrega de los correspondientes certificados, sino de la confección de uno nuevo conforme pautas controvertidas entre las partes", expte. 1150/2.004 S. 33354 - "Morris Juan José c/ Consolidar ART SA s/ Diferencias de Salarios" – CNTrab. - Sala VIII - 21/06/2006:elDial.com- AA3628. Publicado el 25/07/2006).

Por los entendimientos expuestos corresponde rechazar los agravios planteados por el actor apelante fs. 725vta./726vta. y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.D-1-d) Respecto a los agravios sobre la forma en que impuso las costas la sentenciante a la parte apelante demandada (fs. 723/vta.), es criterio sustentado por la suscripta que en la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en cuestiones laborales las disposiciones procesales sobre la materia 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, razones todas estas por las cuales arribo a la conclusión que deben desestimarse los agravios y confirmarse la sentencia en este sentido.

I.D-1-e) Por último, la apelante demandada se agravia en cuanto a la regulación de honorarios profesionales intervinientes efectuada por la jueza a la representación letrada de la parte actora y perito contador por estimarlos elevados y la regulación de los honorarios profesionales del representante de su parte por bajos (fs.723vta.).

En cuanto al agravio vertido sobre los honorarios profesionales intervinientes por la parte demandada, advierto que los mismos no fueron apelados por los letrados apoderados de la parte demanda, por derecho propio, razón por la cual no he de tratarlos atento a que fuera mal planteados y no le causan agravio a la parte demandada.

En lo atinente a los agravios sobre los honorarios profesionales de los letrados de la parte actora, siendo que la fijación porcentual efectuada por la a-quo está dentro de los parámetros prescriptos por los arts. 5 y 6, Título II, Capítulo I, y art. 18, Capítulo II de la Ley XIII, nro. 4 “Régimen Arancelario para el Servicio Profesional da Abogados y Procuradores”, es entendimiento de la suscripta que corresponde rechazar los agravios respecto a dicha temática.

Las misma situación se ha dado en la regulación del perito interviniente (art. 60, Título IV de la Ley XIII, nro. 4 “Régimen Arancelario para el Servicio Profesional da Abogados y Procuradores”, razón por la

cual también ha de rechazarse el agravio sobre dicha regulación.

Por las razones expuestas corresponde no hacer lugar a los agravios expuestos por la demandada apelante a fs. 723vta y confirmar la sentencia en dicho sentido.

I.E) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas por su orden (art. 72 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico -). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta 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-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:

1) Desestimar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 719/723vta. y los planteados por la parte apelante actora a fs. 724/726vta. y confirmar la sentencia de fs.703/710vta. en este sentido.

2) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado (art. 72 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico -). Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta 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-.

3)Tener presente la Reserva del Caso Federal efectuada por la parte demandada apelante a fs. 723vta.

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

La Sra. juez de la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. J. L. M., en consecuencia condeno a A. SA a hacer entrega en el plazo de DIEZ (10) días del certificado de trabajo y de la certificación de servicios y remuneraciones -formulario PS.6.2-, tal como se expusiera en IV.3 y a abonar, en idéntico término, la suma de ciento diez mil seiscientos treinta y seis pesos con treinta centavos ($110.636,30), cf. lo dispuesto en IV.2.3. y 4, con más los intereses conforme lo analizado en IV.5.

Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales.

La demandada apela la decisión de la sentencia y expresa agravios a 719/723vta.

Agravia a su parte que los rubros “Bono de Paz Social”, “Ayuda Alimentaria”, “Vianda 8 hs.” y “Asig. Vianda Compl. No remun”, tengan carácter remunerativo y se incluyan en el cálculo de las indemnizaciones.

Señala que surge del cotejo de los recibos del actor que los mismos no son mensuales, normales y habituales. Alude al art. 245 LCT y los requisitos para que sean incluidos como remunerativa.

Destacan lo informado por el perito en donde informa que no son remunerativos y que no ha sido su mandante quien determinó la existencia de las sumas no remunerativas, sino que los mismos fueron pactados conjuntamente con la respectiva entidad gremial y son

fruto de una negociación colectiva. Agregan doctrina y jurisprudencia que avalan lo que peticiona. Alegan que producida la homologación de un convenio acuerdo colectivo rige el mismo trámite que para cualquier acto administrativo, quedando el interesado habilitado para recurrirla, no efectuado el mismo queda firme convirtiéndose en norma no revisable de cumplimiento obligatorio.

Sin perjuicio de lo dicho, impugna también el cálculo del preaviso y el respectivo SAC, ya que para el cálculo de dichos rubros debe tenerse presente que se trata de una remuneración en parte fija y en parte variable, por lo que deben promediarse los últimos seis meses de la parte variable. Se agravia por iguales consideraciones por el cálculo realizado por vacaciones proporcionales y su SAC e integración de mes de despido y SAC.

Se queja en cuanto se considera aplicable la CCT 511/07, ya que se afirmó que el actor era personal fuera de convenio, circunstancia corroborada por el perito contador. Gozó el actor de otros beneficios que lo diferencia del personal convenido. A todo evento si se considerara que corresponde la aplicación del CCT 511/07, deberá tenerse en cuenta el tope previsto en el mismo a efectos de calcular la indemnización del art. 245 de LCT. Rechazan el cálculo que se informa en la sentencia.

Se agravia porque se condena a su parte a la entrega de los certificados de trabajo y de servicios y remuneraciones, así como al pago de la suma en concepto de indemnización por falta de entrega del certificado. Destacan que es improcedente ya que ha acompañado los certificados del art. 80 LCT, confeccionados en forma

legal y con información correspondiente al trabajador. Cita jurisprudencia.

Indica que tampoco corresponde la multa por que los certificados fueron entregados oportunamente y recibidos de conformidad, en todo caso se podría eventualmente condenar a rehacer los certificados, rectificando la remuneración, pero en ningún caso corresponderá la procedencia de la multa.

Se agravia de la imposición de las costas, ya que el monto de condena es inferior sustancialmente a lo peticionado, tan sólo prosperó por el 35%. Cita legal y jurisprudencial.

El último agravio se relaciona con los honorarios regulados a los representantes de la parte actora y al perito contador por considerarlos elevados y los regulados a su parte por bajos.

Reserva el caso federal.

El actor se agravia de la decisión adoptado en cuanto determina la aplicación de un tope en CCT 511/07, la falta de de acogimiento de la sanción conminatoria contemplada en el art. 2° de la Ley 25323.

El primer agravio se centra en el tope convencional de aplicación para el marco del CCT 511/07 en función de lo dispuesto en el art. 245 LCT.

Indica que el razonamiento dado en la sentencia es simple y equivocado, terminado por aplicar la doctrina de “Vizzotti”.

No advierte la sentencia que el informe indica que no existen salarios profesionales para el sector extraídos de actividad paritaria, lo que indica que cada salario es negociado individualmente por cada empresa, y que el 20% es un mero estándar utilizado por las empresas para dividir al sector de personal de base

de su personal jerárquico.

Sostiene que ese promedio testigo debe multiplicarse por tres o que constituiría el tope del art. 245 LCT, por lo que el salario del actor estaría por debajo de ese tope, resultando inaplicable la doctrina del caso “Viazzotti”.

Corresponde, y sobre la base de lo informado en las pericias de fs. 580/581 con la aclaración de fs. 629/630, multiplicar la mejor remuneración normal y habitual por los años de antigüedad, resultando el monto que debe abonarse.

El segundo agravio se dirige sobre la desestimación de la indemnización del art. 2° de la Ley 25323, considerando que no existe criterio fundado para tal eximición, pues el actor fue despedido sin causa, y que fue intimado el empleador al pago de diferencias salariales.

Asimismo, el reclamo administrativo expresa la reserva de ampliar el reclamo a esta indemnización y en autos resultó procedente la diferencia sobre la liquidación del rubro antigüedad, preaviso, SAC s/ preaviso, vacaciones proporcionales, integración del mes de despido.

Los agravios del actor y de los representantes del mismo por derecho propio son contestados a fs. 728/734 y 735/736vta.

El primer agravio del demandado se relaciona con el rubro “Bono de Paz Social”, “Ayuda Alimentaria”, “Vianda 8 hs.” y “Asig. Vianda Compl. No remun”, tengan carácter remunerativo y se incluyan en el cálculo de las indemnizaciones.

Señaló la Sra. Juez que tales rubros tienen carácter remunerativo, conforme los lineamientos de la

Conv. 95 de la OIT y lo que dispone el art. 103 LCT, así como doctrina y jurisprudencia que invoca.

Y si bien el quejoso alude a las características que debe reunir el salario para considerárselo incluido en el art. 245 y a la doctrina y jurisprudencia sobre el tema, la misma resulta inaplicable, ya que no ha tenido en cuenta la evolución de la misma en el tiempo, y es la que alude la sentencia. Ninguna consideración efectuó sobre la aplicación del art. 95 de la OIT, y los artículos 103 y 106 de LCT.

Señaló la Sra. Juez que tales rubros de acuerdo a los recibos de sueldo constituyeron una ganancia o ventaja patrimonial y también que fueron concedidos en retribución o contraprestación de los servicios cumplidos o prometidos, de allí que sean integrantes de la remuneración y tales conceptos no fueron refutados.

Asimismo, como ya sostuviera con cita de doctrina y jurisprudencia, 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.

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. 80 y 90, 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.

Ello resulta suficiente para desestimar el agravio, máxime cuando en la queja los argumentos de fs 655, primer agravio, tercer párrafo, son idénticos a los dados a fs. 178vta. a 181vta. de la demanda.

A ello agrego que “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").

Segundo Agravio: El actor sostuvo en la demanda que era de aplicación la CCT 511/07, sin perjuicio de que en los recibos de sueldo aparecía como categoría fuera de convenio, percibía tal como consta en los mismos conceptos comprendidos en la convenio.

El demandado se limitó a negar que las tareas efectuadas por el actor se encontraran encuadradas en el marco de la CCT 511/07 y que fuera un trabajador convencionado. Sostuvo que el Sr. V. se desempeñaba como Gerente de Laboratorio, como personal fuera de convenio, aclarando cuál era el tope de la CCT al momento del despido.

La Sra. Juez apuntó que el convenio comprende al personal idóneo y/o jerárquico y/o profesional en las empresas privadas, integrantes o no de la CEPH y/o CECIPE, contratistas, subcontratistas y otras empresas privadas, integrantes o no de dichas Cámaras Empresarias, cuyo objeto y/o actividad y/o prestación principal estén directamente vinculadas a la actividad petrolera en el ámbito nacional y cuya labor no se

encuentre regulada y/o comprendida por otro convenio colectivo vigente (art. 5).

De acuerdo a ello y toda vez que la accionada no adujo cuál o cuáles son las normas convencionales aplicables a su establecimiento, consideró que el CCT N° 511/07 resultaba de aplicación.

Aplicación del CCT 511/07 la que es cuestionada con fundamento en lo que sostuvo el perito.

Y más allá que surge de los recibos lo que el perito informara, este único elemento no alcanza para rebatir las consideraciones efectuadas por la sentenciante, máxime cuando en la contestación de demanda, reitero, se limitó a negarlo.

Recuerdo, a este respecto, que el art. 4 de la Ley 14250 establece, con absoluta claridad, que las normas nacidas de las convenciones colectivas regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro de la zona a que estas convenciones se refieran y en autos el actor realizaba tareas comprendidas en el mismo y se encuentra incluido en los términos del art. 5 de la CCT “Personal comprendido”.

Motivos bastos para tener por desierto el agravio y confirmar la sentencia en este punto.

Tercer agravio: Este se relaciona con la condena a hacer entrega del certificado de trabajo y de servicios y remuneraciones, así como al pago de la indemnización por la falta de entrega de tales certificaciones.

La Sra. Juez no desconoció la entrega de las certificaciones, pero indicó cuáles eran las carencias de ambos, en el primero faltó la calificación profesional obtenida, con especificación de la realización de acciones regulares de capacitación o en su caso la mención de que no las realizó, y en el

segundo habiendo determinado el carácter remuneratorio de los conceptos denominados "retroact. Exp. N° 1320768/09; retroact. No rem. Exp. N° 1320768/09; Resolución 725; Bono de Paz Social; Ayuda Alimentaria, Vianda 8 hs., y Asig. Vianda Compl. No Rem", es que debe readecuarse el formulario PS.6.2 en el que deberá consta la remuneración efectivamente devengada y percibida por el trabajador.

Y tales argumentos no han sido rebatidos, toda vez que no cumple los requisitos del art. 268, de allí que sea de aplicación lo que dispone el art. 269 del CPCCCh.

En punto a la indemnización del art. 80, la sentencia ordenó su pago toda vez que la documentación entregada carecía de los datos que señalara. El demandado entiende que la multa que manda a pagar la ley es ante la falta de entrega de certificados, lo que no es tan así toda vez que se aprecia atento la norma y jurisprudencia señalada y a la que se refiere la sentencia, la falta de alguno de estos elementos podría dar lugar a considerar el incumplimiento de esa obligación contractual del empleador para con el trabajador y por ende traer aparejada la multa, tal el caso de autos (cf. Ley 24576 y jurisprudencia entre otras CNAT, sala II, expte. 807/2007 "Smolarczuk, Marianoc Actionline S.A s/ Certificado de Trabajo").

Previo a resolver sobre las quejas denominadas por el demandado cuarto y quinto agravio, cuya solución dependerá de lo que decida respecto a la totalidad de los agravios, daré respuesta a los agravios del actor.

Con relación al primer agravio del actor adelanto que los reparos deducidos por el apelante con el propósito de revertir la decisión del sentenciante no

habrán de lograr el andamiento deseado y el corolario inevitable será la confirmación del decisorio.

Si bien es cierto que en la CCT aplicable no existe un salario determinado para los trabajadores encuadrados como jerárquicos, tal como surge de fs 677, tal como lo informa el Sindicato del Personal Jerárquico y Profesional, no es menos cierto, que “el mismo depende de cada caso, pactándose generalmente una remuneración que supere el 20% que percibe un trabajador encuadrado en los convenios colectivos 396/04 y/o 605/10”.

Y basada en tales disposiciones y lo que se desprende del antecedente “Vizzoti”, entiendo que la decisión adoptada debe ser confirmada.

Nada dijo el quejoso respecto a lo señalado por el informe de fs. 619 en punto a los convenios a tener en cuenta, y que sirviera de fundamento a la Sra. Juez, limitándose a esbozar una interpretación diferente a la aplicación del 20%.

Cabe rememorar lo dicho por la Corte en "Vizzoti", cuando expresa que: "no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo si la finalidad del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación".

De ahí que no encuentro en el fallo impugnado, la

arbitrariedad que se le imputa, por el contrario observo que se ha valorado con la razonabilidad que se requiere, la verdadera situación de autos, teniendo en cuenta el despido incausado del actor, y sobre las pautas dadas por la Corte en "Vizzoti", hizo lugar al reclamo (STJ, 7-2007).

El rechazo de la indemnización de la Sra. Juez de la indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

Como se señalara en la sentencia y lo marcara la Sra. Juez preopinante, la demanda se inicia con el objeto de reclamar diferencias de pago en la indemnización final e indemnizaciones laborales.

Oportunamente efectuó ante la Secretaría de Trabajo reserva del derecho de ampliar el reclamo en punto al art. 2 de la Ley 25323 para el supuesto que el reclamo resulte omiso, lo que efectivizó en febrero de 2012.

Reclamó luego puntualmente, el pago de la diferencia suscitada en la indemnización final por aplicación de lo dispuesto en el art. 245 LCT, lo que se extiende a los rubros que detalla

Reclamos que basó en que no se incorporaron los conceptos pagados como no remunerativos.

La Sra. Juez admitió tales pagos como remunerativos y ello modificó las indemnizaciones acordadas.

Y es a partir de ello que la sentencia rechaza la indemnización del art. 2 de la Ley 25323, con fundamento en que las diferencias surgen de dicho reconocimiento.

Y he de coincidir con la decisión adoptada.

Sabido es que el artículo 2° de la Ley 25323 implementó un sistema de recargo indemnizatorio que

convierte en más onerosa la obligación si no se satisface su cancelación en tiempo oportuno, aunque como excepción se confiere a los jueces la facultad de graduar la significación económica.

La norma ha tenido en miras sancionar la litigiosidad innecesaria, es preciso endilgar al empleador no sólo que ha diferido el pago sino que lo ha obligado al trabajador a demandarlo.

En autos el pago se efectuó y si bien existió diferencia, fue a raíz de otorgar sumas cuyo cómputo para la indemnización eran litigiosas, debiendo acudir para la solución a doctrina y jurisprudencia.

Con relación a las costas que son motivo de queja por el demandado, no le asiste razón.

El único argumento que esgrime el quejoso demandado es que el monto por el que prospera la demanda es inferior al que se peticionó, y es ante ello y que como lo he dicho reiteradamente, a fin de establecer a quién deben cargarse las costas, no depende de un cálculo aritmético, sino -y principalmente- de la situación que el demandado puso al actor a fin que este transite la vía judicial para obtener lo debido. 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.

En punto a los honorarios que fueron apelados por el demandado, observo que la Sra. Juez los reguló atendiendo a la extensión del trabajo y la complejidad del asunto.

El demandado entiende altos los regulados a los representantes de la actora y al perito y por bajos los regulados “a esta parte”.

En principio debió el apoderado de la demandada apelar sus honorarios por bajos por derecho propio, lo que no hizo, ya que al demandado no tiene agravio.

Luego de efectuado el cotejo de los trabajos realizados por los representantes del actor, las etapas en las que intervinieron, el resultado obtenido, la gestión profesional, el mérito de la misma, la calidad y extensión de los trabajos efectuados tornan justa la regulación que realizara la señora juez.

Asimismo, se ajusta derecho los regulados al Sr. perito interviniente, pues sin perjuicio de no haber resultado decisivo para la solución del conflicto, cumplió en tiempo y forma no solo el informe, sino las impugnaciones al mismo.

De acuerdo a las consideraciones y resultado al que arribo, las costas de esta instancia deben ser soportadas por el orden causado.

A fin de regular los honorarios de los profesionales, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré en cuenta iguales parámetros a los ya enunciados, y lo que dispone el art. 13 de la ley de aranceles.

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

1) Desestima los agravios de ambas partes y confirma la sentencia de fs. 703/710vta.

2) Impone las costas de la alzada en el orden causado y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo

3) Tiene presente la reserva del caso federal esgrimida por la demandada.

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) Desestimar los agravios de ambas partes y confirma la sentencia de fs. 703/710vta.

2) Imponer las costas de la alzada en el orden causado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. J. J. E. en el veinticinco por ciento (25 %) y del Dr. I. F. A. en el veinticinco por ciento (25 %), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

3) Tener presente la reserva del caso federal esgrimida por la demandada.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"