En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Fernando Nahuelanca y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., E. O. c/ A. SA s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley-", expte. nro. 341/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 85/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 720), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 677/684? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia, parcialmente condenatoria de fs. 677/684 es apelada por las partes y por los letrados de la accionante, por derecho propio, todo conforme refiere la planilla de elevación de fs. 717.

En atención al contenido de las quejas corresponde, en primer lugar, atender las de la demandada, ya que, el resultado de la misma incidirá en la de la accionante y a su vez autorizará o no la revisión de los honorarios fijados en el fallo para quienes han recurrido en tal sentido.

Que obra a fs. 698/702vta. el informe crítico de la accionada, que le es contestado por su oponente a fs. 710/715vta.

En aquel se cuestiona, como primer agravio, el cambio de naturaleza jurídica decidido por el sentenciante en cuanto al rubro no remunerativo por convenio "asignación de vianda compensatoria", considerándolo que lo era y de tal modo lo incluye en el cálculo de los rubros indemnizatorios.

Ya he tenido oportunidad de referirme a la adecuación normativa de tales rubros de conformidad con el ordenamiento vigente y siguiendo las pautas que va delineando, principalmente, nuestra CSJN.

Volviendo al origen de la discusión, la demanda en su responde a fs. 234, resalta en negrita la inclusión en convenios colectivos del rubro sin tal calificación y ajeno al cálculo de la base remuneratoria del art. 245 LCT. En el caso, acuerdo paritario que obra a fs. 583/594.

La tendencia en la actual doctrina y jurisprudencia avanza en sentido contrario. Así, vale recordar que la CNTrab., sala I, 2011/04/11, en autos "Giusti, Alfredo y otros vs. Telecom Argentina S.A. s. Diferencias de salarios" (ver MJ-JU-M-65942-AR - MJJ65942 - MJJ 65942), estableció inaceptable que por medio de un acuerdo colectivo se atribuya carácter no remunerativo a sumas de dinero abonadas a los trabajadores en virtud del contrato de trabajo, ya que la directiva del art. 103, LCT, tiene carácter indisponible y resulta la norma mínima de aplicación. Así, pues, la validez de los acuerdos colectivos no se mensura en relación a su constitucionalidad, sino con su ajuste o desajuste con las normas de rango superior

y a la articulación propia del régimen de los convenios colectivos que solo resultan aplicables en la medida que contengan beneficios adicionales o superiores a los previstos en las disposiciones legales imperativas. El fallo determinó que en el caso, no resulta trascendente lo que pueda haber establecido el CCT 567/2003-E y tampoco que los vales alimentarios hayan sido percibidos en especie y no en efectivo, en tanto el Convenio 95, OIT, establece que el término salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo; y, en caso de pugna debe prevalecer la disposición del Convenio 95 OIT por tratarse de una norma de jerarquía supralegal. Tal el criterio, en mi opinión, a seguir y aplicado por la a quo.

En el fallo indicado los jueces explicaron que “la naturaleza jurídica de estos conceptos debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan y que, aún cuando el convenio colectivo sea la fuente de tales beneficios, debe realizarse un juicio de compatibilidad a la luz de lo normado por los arts. 7, 8, 9 y concordantes de la Ley 14250, debiendo remarcarse que los convenios colectivos de trabajo solo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral”.

También se dijo, en opinión que comparto, que lo dicho encuentra también fundamento en recientes fallos de nuestra CSJN, reafirmando la doctrina del precedente "Pérez Aníbal Raúl c/Disco SA" (sentencia del 1° de septiembre de 2009, Fallos 332:2043, ya citado) ha

declarado la invalidez de los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03, en cuanto calificaron como "asignaciones no remunerativas de carácter alimentario" a las prestaciones dinerarias que establecían en favor de los trabajadores destinadas a corregir el deterioro que vienen padeciendo las remuneraciones en general y los salarios de menor cuantía en especial (conforme "González Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otros", sentencia del 19 de mayo de 2010, Fallos 333:699)". De aplicación en su esencia, en el caso.

Todo, sin perjuicio del reconocimiento implícito que surge del informe pericial de fs. (604/607 en su p. 3°) tal como bien indica el accionante en su contestación a fs. 693, habiendo quedado contestadas por la a quo las impugnaciones de fs. 609/611 y sostenimiento de fs. 618/619. A lo que se suma la observación formulada por el perito en el p. 4 (fs. 604vta.) al señalar su fuente.

Así, entiendo que la decisión, en cuanto al punto, encontró una solución debidamente fundada e inobjetable.

Respecto a la segunda cuestión, tras la lectura del punto en los considerandos y la critica actual, la recurrente sigue sin contestar cuál sería el convenio aplicable conforme la actividad desempeñada por el reclamante, pese a su obligación de liquidar de conformidad con las pautas establecidas por el art. 245 LCT referidas al CC aplicable.

Y es que mal entenderse que el reclamante renuncia a los beneficios convencionales en razón de aquellos y otras ventajas que se alegan sin prueba alguna a fs. 700vta., a no olvidar que conforme el artículo 12 LCT dentro de los derechos irrenunciables se encuentra, sin

ninguna duda, el de ser encuadrado en el convenio colectivo de trabajo que corresponde, y dicho encuadramiento no es disponible por el empleador y menos aún a capricho de la empleadora. Sin duda y tal como se sugiere en la demanda, y se acoge en la sentencia, la actividad desarrollada por la accionante se encuadra dentro del CCT 511/07 sin alegación suficiente en su contra.

Asimismo, la demandada, se alza contra el pronunciamiento referido al 20% de diferencia que registra la experiencia en el cálculo del salario en beneficio de los empleados jerárquicos, cuando no se cuestionó debidamente la fuente glosada a fs. 660. La insuficiencia crítica autoriza a desestimar tal queja.

Distinto es el caso de la inteligencia del fallo en cuanto a los presuntos incumplimientos de la demandada a la luz de la normativa e interpretación impuesta tanto por "doctrina legal", como por antecedentes de esta Sala referidos al art. 80 LCT.

En cuanto al contenido de la obligación basta el precedente de nuestro Excmo. STJCh en el tan conocido fallo "Labra...", y si en el caso se decide un criterio de liquidación distinto lo fue en la creencia de la recurrente de estar obrando conforme convenio de allí que no resulte justo presumir su mala fe. Y, en cuanto a la presunta demora o prueba que se entiende en el fallo impuesta a su parte, resulta un exceso sin fundamento legal. Veamos, para casos como el de autos, nos dice Etala: "Ante todo ya he señalado repetidas veces que no puede resultar obligatorio para el empleador el consignar judicialmente la entrega del certificado de servicios si, oportunamente, lo ha confeccionado y ha intimado al trabajador a retirarlo y

este no se ha presentado o de haberse presentado se le ha negado la entrega".

Ya agrega "Esto es contrariar no solo la ley sino la lógica que no puede obligarse a nadie a judicializar cualquier cosa. Así como el domicilio de pago de los haberes es el del lugar de trabajo, lo mismo sucede con la entrega del certificado de servicios".

Culmina su exposición señalando: "Lo contrario implicaría motorizar la industria del juicio, ya que todos los trabajadores procurarán una mayor indemnización con la que contempla el art. 80, y ello solamente por su propia desidia" (ver "La consignación del certificado" por Etala (h.), Juan José, publicado en: DT 2011 (febrero), 350). Tal mi opinión y de allí que proponga al acuerdo revocar la imposición de multa por presunto incumplimiento de esta obligación.

Con respecto a la distribución de costas, opino que resulta totalmente improcedente tanto por el éxito parcial obtenido por el reclamante, aún cuando el reclamo haya prosperado por un porcentual inferior al pretendido pero justificando la apertura de la vía judicial, además la naturaleza del reclamo indemnizatoria así lo impone (ver, v. gr., "Las costas en el proceso laboral -ley 7987-", por Perrachione, Mario C., publicado en LLC 1994, 70) y es que si bien el art. 69, Ley XIII-N°5, autoriza al tribunal a eximir de costas al vencido cuando "encontrare mérito para ello", el apartamiento del principio objetivo del vencimiento y la consiguiente exención de costas al vencido se justifica sobre la base de circunstancias objetivas y muy fundadas que tornen manifiestamente injusta su imposición al perdedor en el caso particular (ver Loutayf Ranea, Roberto C. "Condena en costas en el

proceso civil", ed. Astrea 1998, p. 75). No se da en autos la circunstancia excepcional a que se hace referencia y de allí que proponga desestimar ésta queja.

Toda cuestión referida a honorarios se tornó abstracta, ya que de acogerse mi propuesta deberán reajustarse a un monto del juicio inferior, tanto los de la instancia de grado como los de la alzada (art. 282 CPr/DJ). Se tiene presente la reserva que formula a fs. 702vta.

En cuanto a las críticas de la accionante, refieren en primer lugar a no haberse considerado en el fallo como rubro remunerativo al Bono Ret. Especial, que tal como surge de los recibos de haberes adquiridos en la causa en concordancia con lo dictaminado en la pericia contable de fs. 604/607, p. 3 in fine, tan solo fueron liquidados durante los meses de setiembre y diciembre de 2008 y tal como bien advierte la sentenciante no figuran integrando la remuneración ni fueron reclamados durante los últimos diez meses del vínculo laboral. Así, mal puede asimilarse al rubro "vianda", tratado anteriormente y es que este no conlleva los rasgos de normalidad y habitualidad aún flexiblemente entendidos para configurar un rubro remuneratorio.

En segundo lugar, la a quo ha dado suficientes razones para diluir las pretensiones de la actora en cuanto al sugerido apartamiento de la doctrina que emana de la causa "Vizzotti (fs. 142 p.c) a los fines de los topes equitativamente supuestos por la CSJN. y si a los fines del cálculo se ha valido del informe de fs. 660, tal como lo he señalado oportunamente, es porque no se aportó a la causa otro dato más

significativo para la solución del conflicto por parte del interesado más que las meras sugerencias que se deslizan en la actual presentación, sin concretar claramente el agravio. Sirve para el caso aquel fallo que en síntesis señala: “Tratándose de la aprobación de liquidaciones judiciales, quien intente recurrirlas con éxito debe, ineludiblemente, demostrar precisamente cuál es el error en que se incurrió y como debió ser el cálculo correcto para patentizar cuál es el concreto perjuicio que le causa al recurrente, que no puede ser otro que la falta de ajuste al decisorio en que se basa el cálculo o la comisión de error matemático” (ver J.Agrup. en Rev. La Ley del 19/4/2000, pág. 15, fallo 14.970).

En cuanto al escogimiento de la “mejor remuneración” acudiendo al pronunciamiento de la Corte del 7/8/84 en "Jáuregui, c. Unión Obreros y Empleados del Plástico" enseña que el legislador procuró que la base de cálculo de la indemnización no suponga un desmedro, ni un beneficio adicional para el trabajador, sino que aquella surja de una base real o suficientemente representativa. La satisfacción de esos requisitos hace que deba elegirse la remuneración mensual íntegra que sea la más importante y, salvo peculiaridades especiales, no tomar —por ejemplo— mensualidades en las que el pago respondió a circunstancias excepcionales o rubros aislados de diferentes meses que arrojarían una base irreal. De allí que escogió el mejor sin promediar semestres como sugiere la recurrente en consecuencia la insuficiencia del agravio es notoria, ya que no brinda los argumentos por los cuales las pautas de nuestro Máximo Tribunal a nivel Nacional no deben ser aplicadas en el caso.

La exposición del cuarto presunto agravio conlleva el reconocimiento de no serlo, de allí que la vía procesal no fue la correcta, menos aún cuando puede referir a cuestiones a tratar en la etapa subsiguiente. No obstante se advierte error de tipeo entre las fechas consignadas como de cese de la relación a fs. 682 ps. c) y d), debiéndose dar preeminencia a la segunda conforme lo dispuesto a fs. 679, p. 1.

Ya he señalado al considerar la condena en costas que no se advierte nítidamente deslealtad de la empresa, sino la creencia de liquidar conforme convenio y se han dado suficientes razones para aclarar el porqué de las razones esgrimidas por la reclamante con fundamento en doctrina y jurisprudencia que ha ido adecuándose a los tiempos que corren y ajustando sus interpretaciones a pactos y convenciones internacionales que se nos imponen constitucionalmente, de allí que resulte ajustado a derecho liberar de la sanción establecida por el art. 2 de la Ley 25323, pues en el caso no se configura el comportamiento que merece el agravamiento indemnizatorio allí dispuesto.

Dice la segunda parte de la norma en cuestión: ”Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago”. En el fallo obran las razones (fs. 682vta.) fácilmente verificables y entendibles de allí mi adhesión y la facultad de morigerar o liberar tal como se ha hecho.

Por todo lo expuesto corresponde desestimar en todas sus partes el recurso interpuesto por la accionante, debiendo soportar las costas de su

actuación en la alzada.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada y, en consecuencia, por las razones dadas en los considerandos pertinentes se revoca la indemnización del art. 80 LCT por la suma de $65.613,13, reduciendo la suma de la condena expresada en el p. 1 del resolutorio de fs. 677/684 a la suma de $25.084,08 (pesos veinticinco mil ochenta y cuatro con ocho centavos) y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la accionante en todas sus partes.

2) Se revoca el p. 2 del fallo impugnado a los efectos de su readecuación (art. 282 CPr./DJ) manteniendo la imposición en costas de la primera instancia a cargo de la demandada y las de la alzada por su orden. Se difiere la regulación de honorarios de ambas instancias al momento del acuerdo y se tiene presente la reserva del llamado caso federal de la accionada.

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión.

El alcance del pronunciamiento impugnado, los datos de los recursos interpuestos y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

2.a. Los agravios de la parte demandada.

La parte demandada, en el memorial obrante a fs. 698/702, individualizó cinco agravios los que serán analizados en el orden propuesto.

El primer agravio tiene por objeto cuestionar el carácter remuneratorio otorgado al rubro denominado

“Asignación vianda complementaria no remunerativa”.

Los fundamentos del recurso son aparentes porque se han reiterados textualmente los argumentos expresados al contestar la demanda. En efecto, desde el comienzo de la fs. 698vta. hasta el tercer párrafo de la foja 700, se repite en forma textual lo dicho en la oportunidad señalada, conforme resulta de la fs. 234vta. hasta la fs. 236vta.

Por la razón expresada ha quedado sin crítica concreta y razonada la decisión adoptada por la jueza de grado y, consecuentemente, el agravio debe ser rechazado.

El segundo agravio versa sobre la aplicación al actor de la CCT N° 511/07. El recurrente insiste en que el actor se encontraba fuera de convenio y agrega que ello resulta de lo informado por el perito contador. En primer lugar, corresponde señalar que determinar el encuadre convencional de un trabajador no es una incumbencia profesional de los contadores; en efecto, tal es una decisión de neto corte jurídico que en el caso de controversia debe ser dirimida por la magistratura laboral; tal el caso de autos.

En este orden de ideas, la decisión de la jueza se ajusta a derecho, ya que las tareas desempeñadas por el actor permiten sostener con absoluta certeza que se trata del personal comprendido en la Convención Colectiva n° 511/07, cuyo texto obra a fs. 569/597. Repárese que dicho cuerpo legal prevé que: “Todo personal idóneo y/o jerárquico y/o profesional que desempeñe tareas en relación de dependencia en las empresas privadas, integrantes o no de la CDPH y/o CEOPE, 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 al presente por otro convenio colectivo vigente" (fs. 584).

La claridad de la norma transcripta y las tareas desempeñadas por el actor sumado a la calidad del empleador no dejan dudas respecto al encuadre convencional. Por lo demás, el perito al contestar los puntos solicitados se ha limitado a describir el modo de registración del actor –como personal fuera de convenio-, sin emitir como es lógico una opinión acerca de si dicho extremo se ajusta o no a derecho.

Por las razones expuestas se rechaza este agravio.

El agravio siguiente versa sobre la procedencia de la indemnización del artículo 80 de la LCT y los fundamentos se han exteriorizado en dos acápites individualizados bajo las letras a) y b) -fs. 699 vta. y 702-.

En el primer tramo del agravio se objeta la decisión adoptada por la jueza respecto al modo de confección del certificado, aduciendo que se lo ha hecho en forma legal y con la información correspondiente; se invocan dos fallos de la Cámara Nacional del Trabajo.

La jueza determinó que el certificado era defectuoso porque carece de uno de los requisitos exigidos por el artículo 80 de la LCT: calificación profesional obtenida con especificación de la realización de acciones regulares de capacitación o en su caso la mención de que no las realizó –fs. 680, 4° párrafo-.

La específica mención del fallo respecto a la

omisión incurrida ha quedado sin crítica concreta y razonada; por supuesto, la genérica alegación de cumplimiento en debida forma que efectúa el recurrente es insuficiente para revisar lo resuelto que encuentra sustento en lo normado por la disposición citada.

Lo expuesto es dirimente en orden a la cuestión debatida; sin perjuicio de ello señalo que los argumentos esgrimidos por el recurrente –acápite b)- respecto a la puesta a disposición del certificado de trabajo y constancias documentadas de aportes y contribuciones tampoco pueden prosperar por las razones que expongo a renglón seguido.

Los primeros argumentos –fs. 701- del mentado acápite- son una mera reiteración –textual- de los expresados al contestar la demanda –fs. 238 vta.-; luego se refiere a la puesta a disposición de las certificaciones.

En tal orden de ideas, señalo que el mentado artículo 80 determina con claridad que el empleador es quien tiene obligación de hacer entrega de las certificaciones que menciona. En autos, el trabajador intimó a su entrega en dos oportunidades, primero por carta documento conforme consta a fs. 25, contestando el empleador, el día 23 de octubre de 2009 que estaban en la sede de la empresa y luego al demandar en sede administrativa fs. 30, el día 29 de octubre. Ergo, si el trabajador no había concurrido a retirar los certificados, pesaba sobre el empleador la obligación de entregarlos en dicha sede ante la nueva intimación cursada. La omisión en la que incurrió demuestra que no tuvo intención de cumplir su obligación y que la causa de incumplimiento no es imputable al trabajador.

Estos motivos se adunan a los anteriores y

determinan al rechazo del agravio.

El cuarto agravio tiene por finalidad impugnar la imposición de costas, ya que la demanda ha prosperado solo por el 20% de lo reclamado.

Al respecto ya he señalado en anteriores pronunciamientos que invariablemente hemos sostenido que la noción de vencido ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados.

Consecuentemente, las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber pagado aquello procedente. Por lo tanto el fundamento aludido del hecho objetivo de la derrota, no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere íntegramente y que se hayan reconocido parte de los rubros reclamados (cf. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-B, pág. 112/113, p.532).

Esta conclusión se refuerza por la naturaleza laboral del proceso. Es que en estos procesos las disposiciones procesales sobre la misma deben interpretarse conforme el principio protectorio. El empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda (cf. "Garay", expte. 15.868/06, SD 65/06 del 4/9/06; "Coñuecar", expte. nro. 16.255/07, SD 19/07 del 23/4/07, entre otros).

Incluso en reciente pronunciamiento de esta Sala, el Dr. Nahuelanca, sintetiza la doctrina del Superior

Tribunal de Justicia a la cual se adhiere en este pronunciamiento. Así el colega sostuvo que el máximo tribunal local en los autos caratulados: "C., M. A. c/ Empresa R. C. S.A.", expte. N° 13.309-C-1991, señala que respecto a la solicitud de la demandada de distribuir las costas conforme al rechazo de las pretensiones deducidas, han de imponerse a la vencida por aplicación del principio general contenido en el art. 68 CPCCCh (hoy art. 69 del Digesto Jurídico), aún cuando la demanda no hubiera prosperado sino en parte. Agregando: "Todavía más terminante resulta en el caso: "V. T., V. c/ Propietarios d. E. L. B.", expte. N° 13.707-V-1992, significando que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos y ha de estarse a un enfoque global de su resultado, entonces, cualquiera sea el monto en que prospera la demanda, el vencedor es quien obtiene –aunque sea en mínima proporción– el reconocimiento de su derecho, siendo razonable que no queden a su cargo los gastos realizados para lograr la justicia del caso" (voto Dr. Nahuelanca en Sentencia Definitiva N° 4/10/L, "T.", expte. 382 del año 2010).

Por las razones expuestas, adhiero a la solución de fondo que propone el colega preopinante

El quinto agravio versa sobre los honorarios; son apelados por altos los correspondientes al perito contador designado de oficio y los de los letrados de la parte actora; también por bajos los correspondientes a "esta parte".

Respecto a los honorarios apelados por altos, no advierto extralimitación alguna en los porcentuales establecidos en la sentencia; los mismos han sido

fijados dentro de la escala arancelaria que prevé la Ley XIII, n° 4 y responden a las pautas objetivas regladas en el artículo 5 del mismo ordenamiento.

La apelación de los honorarios por bajos tampoco puede prosperar. El límite objetivo del conocimiento de la Alzada está dado por la existencia del agravio o interés jurídico. En autos, el recurso ha sido interpuesto en representación de la parte demandada A. S.A. que es la condenada en costas; consecuentemente no tiene interés en la apelación por ausencia de agravio.

Por las razones expuestas propicio el rechazo del recurso interpuesto por la parte demandada a fs. 686.

2. b. Los agravios de la parte actora.

La actora ha expresado cinco agravios los que serán tratados en el orden propuesto en el memorial.

El primer agravio se refiere a la falta de consideración del carácter remunerativo del llamado bono especial 2008, percibido en mayo, setiembre y diciembre de dicho año. La jueza ha argumentado que no puede ser considerado como integrante del salario porque no ha sido percibido en forma mensual.

El recurrente cuestiona dicha conclusión sosteniendo que el concepto de remuneración normal y habitual se integra con los rubros que aunque no se devenguen constantemente integran los salarios en una notable proporción de los períodos.

Partiendo de la propia definición invocada por el recurrente, se advierte que el mentado bono no puede integrar la base salarial porque no se ha devengado en forma constante. En efecto, solo se pagó en el año 2008; en el 2009 no se abonó suma alguna que responda al concepto de gratificación y/o bonificación. Bajo esta premisa, considero que las circunstancias propias

del caso habilitan la conclusión de la jueza, agrego además que no se ha alegado ni probado que mediante su otorgamiento se configure un supuesto de fraude laboral.

El segundo agravio versa sobre la aplicación de la doctrina Vizotti.

El razonamiento de la jueza de grado encuentra sustento en la propia postura que el actor expresó al promover la demanda –Capítulo I –Los hechos- punto d) El tope salarial. Aplicación del caso "Vizotti", fs. 142/143-. Concretamente se dijo: "La aplicación del texto indicaría que el actor debiera asimilarse al personal de la CCT 511/07, siempre en el entendimiento de que el personal encuadrado en el CCT 511/07 estaría incluido en el marco del art. 245 LCT (es decir, el salario base para calcular la indemnización no puede superar tres veces el promedio de la totalidad de los salarios convencionales), por lo que debe establecerse si el salario del actor superaba tal limitación, para recién después aplicar el criterio establecido en "Vizzotti", procurando aún así que dicho criterio no desnaturalice la posición jerárquica que el actor conserva sobre sus dependientes". Más aún, la propia parte practicó la respectiva reducción.

Por lo demás, la conclusión se completó con base en la prueba colectada en autos; concretamente con lo informado a fs. 660, prueba informativa propuesta por su parte.

En ese contexto fáctico jurídico no advierto desvío jurisdiccional alguno; la hipótesis del recurrente no está respaldada por elemento probatorio alguno y por lo tanto no puede prosperar el planteo.

Mediante el tercer agravio se cuestiona el salario

considerado por la jueza de grado como mejor remuneración normal y habitual.

Los argumentos que se utilizan expresan una mera discrepancia con lo resuelto, pero no alcanzan para desvirtuar la solución dotada de congruencia que ha dado la magistrada de la anterior instancia.

En efecto, la jueza ha considerado como mejor remuneración la correspondiente a la del mes de setiembre que es la que el propio actor indicó en su escrito inicial. La diferencia radica en que no se han tomado a los efectos de la base del artículo 245 LCT las sumas abonadas en concepto de bono especial 2008.

El siguiente agravio tiene por finalidad corregir una supuesta omisión generada en la fecha de cese.

El déficit señalado no se verifica puesto que a fs. 679 se determinó que la relación concluyó el 19 de agosto de 2009 y, en consecuencia, el rubro diferencia en integración de mes de despido y su sueldo anual complementario fue correctamente calculado. El error, a todo evento corresponde a la fecha consignada como cese en el rubro diferencia en vacaciones proporcionales y su sueldo anual complementario, ya que es allí donde se menciona la fecha del 15 de agosto, pero en dicho cálculo el error carece de incidencia concreta y además no constituye el objeto del agravio.

Por dicha razón corresponde el rechazo del agravio.

El último agravio versa sobre la procedencia de la multa del artículo segundo de la Ley 25323.

Nos remite al examen de la procedencia del incremento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la Ley 25323.

La postura que sostiene la jueza de grado,

improcedencia del incremento indemnizatorio, fue adoptada previo análisis de los hechos probados de la causa y del derecho aplicable.

En anteriores pronunciamientos he sostenido que el incremento de las indemnizaciones no debe resultar de una aplicación mecánica de la norma, este puede ser limitado –e incluso eliminado- si los jueces consideran que existieron causas que justificaron la conducta evasiva del empleador. Es que la naturaleza del incremento –sanción por mora- y la redacción de la norma que lo consagra exige la valoración de la conducta del empleador.

Esa ponderación ha sido efectuada en autos con justeza por la magistrada y no se advierten los vicios estructurales que pretende el recurrente. Así es imposible soslayar el cese de la relación laboral por despido sin causa fue comunicado el 15 de agosto de 2009, recibido por el trabajador el día 19 de agosto de ese año y la liquidación final practicada el día 20 de agosto del mismo año –fs. 5-. En tal oportunidad el trabajador percibió la suma de pesos trescientos ocho mil quinientos setenta y ocho con veinticinco centavos y las diferencias indemnizatorias reconocidas se originaron en la declaración de inconstitucionalidad de la fijación como suma no remunerativa de la asignación por vianda, a través de la negociación colectiva.

En tal contexto, no advierto que la valoración de la jueza ceñida exclusivamente a la omisión de pago de tales diferencias, no se ajuste a las previsiones de la Ley 25323; ello fundamentalmente porque el pago del empleador se ajustó a las previsiones normativas vigentes en ese momento.

Destaco, por lo demás, que en similar razonamiento

esta Sala ha justificado la omisión del empleador de abonar la doble indemnización con fundamento en la inconstitucionalidad de los decretos de prórroga, argumentando que la justificación aparecía como objetivamente razonable atendiendo al modo en que fueron resueltos los planteos de inconstitucionalidad de la duplicación (cfr. Sentencia Definitiva n° 75/06).

Por las razones esgrimidas propongo el rechazo del recurso.

3. El recurso contra la regulación de honorarios.

El representante legal de la parte actora apela, por propio derecho, la regulación de honorarios efectuada a su favor en la sentencia de grado. Concretamente considera que el porcentaje fijado (19%) no se compadece con la extensión de los trabajos realizados.

El déficit que se endilga a la regulación no se verifica. La regulación ha contemplado adecuadamente, y en el marco discrecional que legalmente se ha estatuido, las pautas que el legislador ha establecido para regular los honorarios. Consecuentemente, corresponde rechazar el recurso y confirmar la regulación impugnada.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado, atendiendo al resultado de los recursos interpuestos.

Los honorarios por la labor en esta instancia se imponen de conformidad con las previsiones del artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas del artículo 13 del mismo ordenamiento. Con base en dichos extremos se regulan a favor del Dr. J. J. E. en el 30% de los que le correspondan en la instancia de

grado y a favor del Dr. I. F. A. en el 25% de los que le correspondan por su labor en la otra instancia. En ambos supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

1°) Rechazar los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada a fs. 686 y por la parte actora a fs. 687, contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 677/684.

2°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por los Dres. J. J. E. y M. C. P. a fs. 691 contra la regulación de sus honorarios contenida en el punto 2°) de la parte resolutiva de la mencionada sentencia.

3°) Confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 677/684, en todas sus partes.

4°) Costas en el orden causado.

5°) Regular los honorarios del modo propuesto.

6°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 702 vta. por la parte demandada.

A la primera y segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 677/684, por la que se hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la actora E. O. M. y por lo que se condena a la parte demandada A. SA, a pagar a la parte actora en plazo de 10 días, la suma de $90.697,21, con los complementos que señala. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales actuantes.

Mis colegas preopinantes sientan las bases del material en controversia en esta Alzada, respecto a las cuestiones de hecho y de derecho y con los alcances del art. 274 Ley XIII N° 5, de los que resulta conformidad en el rechazo de los agravios de la parte actora, en

tanto, es parcialmente coincidente respecto a la indemnización del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, quedando sin la mayoría el punto comprendido.

Advierto que la sentencia establece a fs. 680vta., punto a. Certificado de trabajo y punto f) indemnización del art. 80 LCT, las exigencias de la ley. Analiza el certificado de trabajo de fs. 167/170 (Dec. Reserv. N° 56/2010), su contenido y en cotejo con las exigencias de la ley, establece que contiene individualización del actor, firma del empleador, fecha de ingreso y egreso, naturaleza de los servicios prestados, constancias de sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones con destino a los organismos de seguridad social. Observa como dato faltante el de la calificación profesional y capacitación.

En la referencia al certificado de servicios y remuneraciones de fs. 171/173 (Formulario P.S.6.2 de la Anses), señala que le permite al trabajador gestionar el reconocimiento de servicios que no se encuentren acreditados, para obtener el beneficio jubilatorio, que cumple con la exigencia del art. 12 inc.g) de la Ley 24241, pero no el contemplado en el primer párrafo del art. 80 L.C.T., constancia documentada del ingreso de aportes de la seguridad social – formulario 931.

Concluye en todo caso la sentencia, que la falta de entrega de la documentación era responsabilidad de la empleadora, debiendo en su caso consignar la documentación pertinente, con lo que en definitiva da curso a la sanción prevista en el art. 80 L.C.T., por incumplimiento de las certificaciones de la relación laboral.

Dados los elementos con consignan los instrumentos señalados, la observación señalada por el fallo al

certificado de servicios y remuneraciones por la falta de los documentos de los aportes de la seguridad social, lleva a advertir que el certificado de trabajo sí cuenta con la especificación e informe de los aportes efectivizados a la seguridad social, con lo que toda la documentación en su conjunto acerca el caso a la jurisprudencia citada por mi colega de primer voto, la del Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados "L. R., H. M. c/ P. I. S.R.L. s/ demanda laboral (Dif. Hab. e Indem.), expte. N° 21.884 año 2010, Sen. Def. N° 1/2011. Ello, sentando doctrina sobre un desajuste de esta Cámara a la realidad del juicio, donde este Tribunal con exceso de rigor formal, desoye que el caso demostraba la inexistencia de evasión o retención, finalidad de la norma por cuyo incumplimiento le imponía el carácter sancionatorio.

Estimo, en consecuencia, que la pretensión de fortalecer la decisión para imponerse la sanción no pudo llegar a que verificada la falta de entrega de las certificaciones, la responsabilidad recaía en la empleadora si no consignaba la misma. Son claras las razones en contrario citadas en el presente acuerdo con cita del especialista en la materia laboral Dr. Etala. A mi juicio la conducta actora resulta al respecto evasiva, pues no sostuvo ninguna conducta corriente de concurrencia a la sede de la empleadora para recepcionar la documentación laboral, en tanto la demandada tanto a la producción del despido, como en la oportunidad de la contestación a la intimación de fs. 391, respondió poniendo a la disposición del actor la documentación laboral, con afirmación que nunca había concurrido a retirarla, punto no negado por la intimante.

Por todo lo expuesto, como se señala en la jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, se trata el presente de un caso con características particulares que debieron ser consideradas y por lo que en definitiva debe rechazarse la imposición de la sanción del art. 80 L.C.T., conforme se expide el voto del Dr. Alexandre.

Carece de virtualidad el pronunciamiento del presente voto en materia de costas, por coincidir la mayoría en su modalidad.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Alonso, la siguiente

SENTENCIA:

1) Receptar parcialmente los agravios de la demandada y, en consecuencia, revocar la indemnización del art. 80 LCT por la suma de $65.613,13, reduciendo la suma de la condena expresada en el p. 1 del resolutorio de fs. 677/684 a la suma de veinticinco mil ochenta y cuatro pesos con ocho centavos ($25.084,08) y desestimar el recurso de apelación interpuesto por la accionante en todas sus partes.

2) Revocar el p. 2 del fallo impugnado, manteniendo la imposición en costas de la primera instancia a cargo de la demandada y regular los honorarios profesionales de los Dres. J. J. E., M. B. G. y M. P., conjuntamente, en el diecinueve por ciento (19%), de los Dres. I. F. A. y M d l P. F. A., conjuntamente, en el once por ciento (11%) y del Cdor. A. L. en el dos y medio por ciento (2,5%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena.

3) Costas de la alzada por su orden, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. J. J. E.

en el treinta por ciento (30%) 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.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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