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 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: **"H., A. J. c/ S. B. SA s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 477/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 120/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 213), 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. 187/194vta.? 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. 196 por la parte actora la sentencia definitiva nro. 76 del 17/09/12 (fs. 187/194vta), habiéndose concedido a fs. 198 el recurso de apelación interpuesto libremente y en ambos efectos.

A fs. 199 interpone recurso de apelación contra dicha sentencia la parte demandada, el cual, a fs. 209 y atento constancias de autos y no habiendo la misma expresado agravios, se declara desierto dicho recurso.

El fallo, en lo aquí cuestionado, dispuso: ”4)

Hago lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. A. J. H., en consecuencia, condeno a S. B. S.A. a entregar, en el plazo de diez (10) días, el certificado de trabajo y las constancias de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales y la constancia documentas de aportes, como así también a abonar en idéntico plazo la suma de pesos dieciocho mil ochocientos cuarenta y cinco con ochenta y cuatro centavos ($18.845,84), todo ello conforme lo analizado en el parágrafo IV.1,3, y 4 con más los intereses conforme lo explicitado en el acápite IV.5 y 3) Impongo las costas a la demandada vencida. Regúlanse los honorarios...".

I.A) A fs. 201/205 la parte actora expresa agravios, corriéndose traslado de los mismos a fs. 206, contestándolos la parte demandada a fs. 207/208.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos 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 del juicio, 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 los principios procesales de concentración y celeridad, 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 ha realizado la apelante demandada.

Concretamente la apelante actora se agravia en cuanto la a-quo:

1) No incluyó el proporcional devengado en el mes del sueldo anual complementario para la determinación del mejor salario base del cálculo de la indemnización por antigüedad (fs. 201/203), y

2) No hizo lugar a la condena del pago de la indemnización del art. 2do. de la Ley 25323 aplicable sobre las diferencias devengadas y no pagadas por la indemnización por antigüedad (fs. 203/205).

I.B-1) En cuanto a dicho agravio (fs. 201/203), ya me he expedido en autos caratulados: "B., V. Y. c/ T. A. SA s/ Demanda Laboral", expte. nro. 228/12, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 47/10), mes 07/12, sent. def. nro. 25/2012/L) -en dicho caso- he dicho que si bien la suscripta no desconoce que no es pacífico ni unánime el criterio doctrinario y jurisprudencial sobre la temática planteada, no menos cierto es que comparto plenamente el criterio doctrinario expuesto por el maestro Dr. Juan Carlos Fernández Madrid en su obra "Relaciones Individuales de Derecho del Trabajo", Tomo II, págs. 1937/1938, edit. La Ley, 1era. quincena de abril de año 2011, quien por su claridad conceptual y coincidencia con la opinión de la suscripta he de transcribir textualmente: "1)<u>Pago de la parte proporcional del S.A.C</u>.: El sueldo anual complementario se gana día a día, por tanto en el momento de extinción del contrato se ha adquirido en la medida proporcional al total del tiempo trabajado en el semestre respectivo al trabajador y 2) <u>Inclusión del S.A.C. en el sueldo</u>

base para el cálculo de la indemnización por despido: Dado el carácter de remuneración de pago diferido que se gana con el salario devengado (día a día, mes a mes) debe ser incorporado en la parte proporcional a la "mejor remuneración mensual, norma y habitual" (art. 245, L.C.T.), pues dicha retribución consiste en lo que se ganó en ese mes más la incidencia del S.A.C.

En concreto, y por los fundamentos expuestos, corresponde acoger los agravios planteados por el apelante actor a fs. 201/203 y, en consecuencia, revocar parcialmente el pto. 2do. del fallo de la sentencia de fs. 187/195, determinando como diferencia por el concepto indemnización por antigüedad la suma de pesos seis mil doscientos cincuenta y cuatro con ocho centavos ($6.254,08), o que hace un total de condena de la suma de pesos con los intereses fijados por la a-quo.

I.B-2) Se agravia el actor apelante en cuanto la a-quo no hizo lugar a la condena del pago de la indemnización del art. 2do. de la Ley 25323 aplicable sobre las diferencias devengadas y no pagadas por el concepto de la indemnización la antigüedad (fs. 203/205).

El artículo 2 de la Ley 25323 establece que cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25013 o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, estas serán incrementadas en un 50%.

El incremento indemnizatorio previsto por la Ley 25323, si bien refiere en su misma enunciación a un argüido tópico resarcitorio, no es tal, sino que representa una suerte de sanción respecto de aquel empleador que no reconociere extrajudicialmente reclamos por despido, y de tal modo provocare la promoción de actividad administrativa o judicial tendiente a su percepción por parte del trabajador. El sentido de tal apreciación surge de la lectura del último párrafo del mentado artículo 2° de la Ley 25323. Ese apartado prescribe, luego de reconocer aquel incremento del 50% sobre la indemnización laboral, que 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. Esta legislación importa una sanción análoga a las conminatorias previstas por el Código Civil art. 666 bis, lo cual da cuenta de la relatividad objetiva en la procedencia de tal rubro, en función de circunstancias eventuales y potestades de los jueces que podrían rebatir este incremento. Tal carácter impide el reconocimiento sobre el tópico de un privilegio. Ello así en tal preferencia debe ser interpretada restrictivamente con arreglo a la ley, con apartamiento de apreciaciones fundadas en la analogía" (cf. crit. causa 16306/05 - "Sisic SA s/ concurso preventivo s/ Incidente de revisión" (por Yameo, Elba Sonia - CNCOM - SALA D - 27/06/2005).

Entiendo que el pago es el cumplimiento de la prestación debida, como objeto de la obligación (art. 725 C.C.) el mismo no puede tenerse por cumplido cuando no lo ha sido en término y en su totalidad atento a que

dicha circunstancia no significa cumplimiento en debida forma de la prestación, ya que el actor debió iniciar acciones judiciales para obtener lo que realmente debía cobrar, la integración del mes de despido entre otros créditos y además cumplió con el requisito formal que prevé el art. 2° de la Ley 25323 en cuanto a la intimación (conforme emerge de la informativa prestada por el Correo Argentino a fs. 136). Así, deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado -como en autos - lo dispuesto en el art. 2° Ley 25323 (ídem crit. del voto de la Dra. Ferreirós, en adhesión al del Dr. Fernández Madrid; CNTrab - Sala VI SD 59500 13/04/2007, expte. N° 1344/06, "Figueroa Sandra Romina c/ Cucor S.A. s/ despido" (Fe.- Ferr. F.M.) - elDial.com - AL2C4D).

Por las razones expuesta corresponde estimar los agravios del actor (fs. 203/205) y revocar la sentencia condenando a la demandada a abonar al actor por la indemnización prevista por el art. 2do. de la Ley 25323 la suma de pesos tres mil ciento veintisiete con cuatro centavos ($3.127,04) en concepto de indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 35323.

I.C) En cuanto a la imposición de costas, si bien es de aplicación lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico-, la calidad de vencida de la demandada no ha variado, razón por la cual se mantienen las impuestas en primera instancia y se imponen la de esta Alzada, en virtud del principio objetivo de la derrota, a la demandada vencida (art. 69 la Ley XIII, nro. 5, Anexo A, Digesto Jurídico). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera

como de segunda instancia, 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 formula postulatoria para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Revocar parcialmente el pto. 4to. del fallo de la sentencia de fs. 187/194vta., determinando como diferencia por el concepto indemnización por antigüedad la suma de pesos seis mil doscientos cincuenta y cuatro con ocho centavos ($6.254,08), con los intereses fijados por la a-quo.

2) Hacer lugar a los agravios del actor (fs. 203/205) y revocar la sentencia condenando a la demandada a abonar al actor por indemnización prevista por el art. 2do. de la Ley 25323 la suma de pesos tres mil ciento veintisiete con cuatro centavos ($3.127,04) en concepto de indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 35323 con los intereses fijados por la a-quo.

3) Mantener las costas de primera instancia a cargo de la demandada vencida e imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 69 y art. 282 la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –Digesto Jurídico-. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes tanto de primera como de segunda instancia para el momento del acuerdo (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 primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

La Sra. juez de la instancia de grado declaró la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios identificados Acuerdo 5-12-7; Acuerdo abril-08 art. 1° a; acuerdo abril-08 art. 1° b; acuerdo abril-09; acuerdo ene-10; asignación. Acuerdo Ene-10; presentismo s/acuerdos (desde enero/10 a mayo/10) y Acuerdo 5/12/7; Adicional no remun. acuerdo anterior; adicional no remunerativo Junio -10 15 %; adicional no remunerativo junio-10 suma fija; zona no remunerativo s/acuerdos; presentismo s/acuerdos, de conformidad a lo expuesto en el punto IV.2; hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. A. J. H., en consecuencia condenó a S. B. SA a entregar en el plazo de diez días el certificado de trabajo, la constancia de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales y la constancia documentada de aportes, como así también a abonar en idéntico plazo la suma de dieciocho mil ochocientos cuarenta y cinco con ochenta y cuatro ctvos. ($18.845,84), todo ello conforme lo analizado en el parágrafo IV.1. 3 y 4, con más los intereses conforme lo explicitado en el acápite IV. 5.

Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios.

Dicha sentencia es apelada por el actor en punto a que no se hizo lugar al pedido de inclusión del sueldo anual complementario proporcional en la base de cálculo del mejor salario mensual normal y habitual devengado para la determinación de la indemnización por antigüedad y a la decisión sobre el artículo 2 de la Ley 25323.

Respecto al primer agravio transcribe los

fundamentos del fallo y afirma que la posición adoptado por la Sra. Juez es contradictoria, incongruente, con otros institutos, como es el cómputo del SAC de la indemnización por el preaviso no otorgado, pese a que no sería de devengamiento mensual, según el criterio de la Sra. Juez.

No comparte la disquisición entre "devengando" y "generando", y agrega que la Ley utilizó el término devengado que tiene específica referencia con la retribución del trabajo o salario, de allí que utilizar otro término para definir la "adquisición patrimonial del sueldo anual complementario, aparece contradictorio y rebuscado para tratar de quitarle sentido y consecuencias jurídicas concretas y prácticas a la reforma de la Ley 25877, pues si bien antes de la reforma no se incluía luego de ella se sostiene que debe incluirse el SAC para determinar la mejor remuneración mensual a los fines de la indemnización por antigüedad.

Cita jurisprudencia de la Sala A de esta Cámara, se refiere a la voluntad del legislador.

El rechazo a la condena del pago de la indemnización del art. 2° de la Ley 25323 aplicable sobre las diferencias devengadas y no pagadas por la indemnización por antigüedad es motivo del segundo agravio.

Relata lo dicho por la sentenciante al respecto y se refiere a lo reclamado, la diferencia impaga sobre la indemnización sobre la antigüedad, y sobre tal rubro reclamó la indemnización del art. 2° de la Ley 25323. Destaca que la sentencia es incongruente y promiscua en cuanto a la causal de rechazo de la pretensión del actor, pues por un lado sostiene que no procede la

condena atento a que la diferencia impaga deriva de un cuestionamiento de naturaleza extrasalarial de rubros pagados por la actora y por el otro también sostiene que el actor percibió la indemnización con posterioridad a la intimación, lo cual torna en arbitraria la sentencia por error en la apreciación de la prueba.

Relata el devenir desde el despido y hasta la contestación del 7 de febrero por parte del demandado y concluye que el primer pago fue luego del despido y luego de la intimación la accionada no realizó ningún pago indemnizatorio o complementario como erróneamente lo afirma la sentencia.

Agrega que debían liquidarse las indemnizaciones computando el total de los conceptos salariales, inclusive los denominados parcialmente no remunerativos, conforme “Perez c/ Disco” y “Gonzalez c/ Polimat”, pero la decisión de la firma demandada fue la de intentar evadir el pago debido, y ante ello, rechazar la intimación cursada por la actora y obligarla a litigar no puede constituir eximente del pago de la indemnización prevista en el art. 2° de la Ley 25323.

Dice que sumado a ello resulta inexacto como lo afirma el a-quo que la demandada haya realizado algún pago indemnizatorio luego de la intimación, es grave el error en que se incurrió.

Tampoco aceptan que hubiese alguna causa de justificación que pudiera eximir a la demandada del pago del 50% de la indemnización, ya que no hay tipificación al respecto en la ley, y ante ello deben aplicarse los artículos 11 y 9 de la LCT.

Sostiene que la sentencia invoca la intención del

legislador, pero atribuyéndole un sentido absolutamente extraño a lo manifestado por los autores del proyecto, transcribe el párrafo respectivo de la sentencia.

Corrido el traslado el demandado contesta los agravios.

En punto al agravio sobre el rechazo de inclusión del sueldo anual complementario proporcional en la base de cálculo del mejor salario mensual normal y habitual devengado para la determinación de la indemnización por antigüedad, cunado el mismo no es remuneración mensual, existe controversia doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema.

Conocido es el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en Tribunal Plenario con fecha 19/11/2009, quien estableció por mayoría: "1°) No corresponde incluir en la base salarial previstas en el primer párrafo del art. 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario…".

Las razones de la mayoría señalan que cuando se sancionó la Ley de contrato de trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual". Ello resultó más notorio con la Ley 25877, por lo que debe considerarse excluido el rubro cuyo carácter es anual. Segundo, no se niega la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, se distingue del nacimiento del derecho, el día a día, que

asimismo es atributo de otras remuneraciones, el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs.84 y ss.). Pero el plenario sufrió un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (voto de la Dra. Estela Ferreirós), aludiendo entonces a la falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. Rodríguez Brunengo y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aun menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado, incluso inmerso el sistema en el concepto de inconstitucionalidad de los plenarios de las diversas Cámaras del Fuero, ejerciendo funciones que pudieron tener fundamento durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1949, pero que abrogada esta provocan cavilaciones sobre su compatibilidad con la Ley Suprema. Fundamentalmente expresa el Dr. Brunengo, que la interpretación implicaría un apartamiento del "favor operari", consagrado en la L.C.T. art. 9°, pero

asimismo del mandato constitucional del art. 14bis de la Ley Cimera y del principio de progresividad del art. 75 CN inc.19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, sabido es como lo expone el Dr. Bidart Campos, que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas, sino que todas tienen fuerza directamente operativa.

Huelga señalar el indudable respeto a la autoridad científica de los votantes de la mayoría, pero estimo que debe excusarse su seguimiento, cuando se fortalece con la Ley 26248 la interpretación del art. 9 L.C.T. y resulta insoslayable la interpretación favorable al dependiente. Es el caso de duda o frente a dos interpretaciones de la norma o conjunto de normas que rigen las instituciones del derecho del trabajo, donde debe decidirse en el sentido más favorable al trabajador, con lo que la opinión en el presente acuerdo no puede, sino resultar reiterada de los antecedentes que preceden y sientan la jurisprudencia de esta Sala.

En resumen, interpretar con el auxilio de la doctrina especializada, que con la Ley 25877 que cambió el contexto del art. 245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual “percibida” por “devengada”, resultó válida para incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial indemnizatoria, aunque sea de pago no mensual, en la medida en que el mismo se devenga día a día y de ese modo integrar la calificación de remuneración mensual. El Dr. Fernández Madrid, que en su voto expone que la Cámara siempre se ha pronunciado por la exclusión del mes de sueldo de las retribuciones de periodicidad diferente a la

mensual y le ofrecía dudas tal solución a la que finalmente adhirió porque carecía de sentido útil una afirmación solitaria de un criterio diferente, pero que la reforma del art. 245 L.C.T., obligó a un replanteo y que no puede dejar de lado la interpretación que se sostiene en otras jurisdicciones que ha consultado, Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual comprende también las remuneraciones de pago no mensual, ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por trabajar día a día, sin perjuicio que su pago sea diferido a otro momento. Resulta asimismo oportuno destacar del voto del Dr. Fernández Madrid, dice que la Cámara aún con anterioridad a la reforma del art. 245, sostuvo respecto a su redacción que cuando decía "percibido" debía entenderse "devengado" (para que los incumplimientos del empleador no operen disminuyendo la base) y cita además el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso "Martín, Rosa L. c/ A.S.E.B.A.", Diario de Jurisprudencia Judicial del 5/1201, cuya doctrina establece: "…A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originen como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario

diferido… La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar, asimismo, la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido…".

Señala la Dra. Ferreirós –plenario aludido- que después de 30 años de haberse desempeñado en la magistratura laboral y siguiendo la doctrina de la S.C.B.A., incluyó siempre como todos los jueces de la provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario, ello es, aún antes de haberse sancionado la Ley 25877 y por otra parte el criterio consulta la interpretación mas favorable y principio constitucional nacional art. 14 bis (el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes) y art. 71 C. Provincial, 2da.parte ("La legislación considera el trabajo como factor de pro-moción individual, familiar y social, asegurando la protección efectiva de los trabajadores") (voto del Dr. Nahuelanca, SD Registrado bajo el Nro. 9, año 2012 del libro de sentencias definitivas L).

A ello y que ante la claridad conceptual he transcripto y que comparto y solo a fin de abundar he de agregar lo que enseña al respecto en "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, Mario Ackerman, "El adjetivo "mensual" agregado a la mejor remuneración tenía cierto efecto expulsivo cuando se refería a conceptos "percibidos", tal como estaba redactado antes de la reforma introducida por la Ley 25877, desde entonces, el término cambió por "devengado", lo que llevaría a entender que más allá de un rubro determinado se liquide en períodos distintos al mensual

(como las habilitaciones, bonos, SAC, etc.) podría estar incluido en la base indemnizatoria, obviamente en su expresión proporcional (1/12), siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente.

Ante esta disyuntiva, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. consideró que el SAC debía incluirse porque se devenga día a día, y de ese modo entra dentro del concepto de remuneración mensual. Por otra parte, la jurisprudencia de la CNA del Trabajo rechazó la incorporación, con el argumento que no se percibe mensualmente.

Y luego de referirse a la acepción de devengar entiende que aún bajo esta acepción, "adquirir derecho a una retribución" y su raíz etimológica devengo "momento que nace la obligación de pago de un tributo", resulta evidente que el derecho al SAC, se va generando (nace) día a día, lo que es independiente a que en circunstancias normales su pago no sea exigible sino hasta el cumplimiento del plazo acordado al efecto".

Todo ello y sin perjuicio no obstante de la doctrina y jurisprudencia contradictoria, por aplicación del principio protectorio del art. 9 de la LCT, admito el agravio.

La Sra. Juez admitió tales pagos como remunerativos lo que modificó las indemnizaciones debidas y considerando que las remuneraciones fueron abonadas antes de la interposición de la demanda rechazó la indemnización del art. 2 de la Ley 253323.

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 actor fue despedido el 1-1-2011, ante el pago insuficiente envía telegrama el día 3-2-2011, recibida el 4-2-2011, al contestar el mismo el demandado lo rechazó.

El demandado como surge de la documental acompañada por el actor recibió la indemnización previo a la interposición de la demanda, tal como lo indica la Sra. Juez y si bien se admite diferencias con lo abonado, fue a raíz de otorgar sumas cuyo cómputo para la indemnización eran litigiosas, inconstitucionalidad, debiendo acudir para la solución a doctrina y jurisprudencia, no pacífica.

De acuerdo a lo resuelto, costas y honorarios deben adecuarse.

Las costas de ambas instancias sin perjuicio de lo decidido, deben ser soportadas por el demandado vencido, atento a que es este quien ha dado lugar a la litigiosidad, y el éxito obtenido no alcanza para conmover el principio objetivo de la derrota.

A fin de regular los honorarios de ambas instancias, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen, las etapas cumplidas y demás pautas de los arts. 5, 6, 7, 8, 9,36 de la Ley de aranceles.

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

1) Revoca parcialmente la sentencia y admite la inclusión del sueldo anual complementario proporcional en la base de cálculo del mejor salario mensual normal y habitual devengado para la determinación de la indemnización por antigüedad, la que fijo en la suma de seis mil doscientos cincuenta cuatro pesos ($6.254).

2) Rechaza el agravio sobre la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 y confirma lo decidido en la sentencia, en consecuencia se condena a S. B. SA a abonar al Sr. A. J. H. la suma de $25.099,84 (veinticinco mil noventa y nueve pesos) en el plazo y de acuerdo a los intereses que los fijara la sentenciante.

3) Impone las costas de ambas instancias al demandado vencido.

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

La sentencia venida en crisis nro. 76/2012 del juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción, en lo que aquí interesa declaró la inconstitucionalidad en el caso concreto la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios identificados: Acuerdo 5-12-7; Acuerdo abril -08 art. 1° a; acuerdo abril -08 art. 1° b; acuerdo abril -09; acuerdo ene-10; asignación. Acuerdo. Ene-10; presentismo s/acuerdos (desde enero/10 a mayo/10) y Acuerdo 5/12/7; Adicional no remun. acuerdo anterior; adicional no remunerativo. Junio -10 15 %; adicional no remunerativo junio-10 suma fija; zona no remunerativo s/acuerdos; presentismo s/acuerdos. Hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. A. J. H., en consecuencia condenó a la S. B. SA a entregar en el plazo de DIEZ (10) días el certificado de trabajo, la constancia de aportes y contribuciones a la

seguridad social y sindicales y la constancia documentada de aportes, como así también a abonar en idéntico plazo la suma de PESOS DIECIOCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CINCO CON OCHENTA Y CUATRO CENTAVOS ($18.845,84), con más los intereses. Impuso las costas a la demandada y reguló Los honorarios de los letrados apoderados de la parte actora y del letrado patrocinante de la demandada (fs. 187/194vta.).

Fue apelada por la parte actora a fs. 196, sosteniendo el recurso a fs. 201/205.

En el memorial de agravios se queja por haber considerado la a quo que el SAC no era una remuneración mensual como exige el art. 245 de la LCT, el segundo agravio lo constituye el rechazo a la condena al pago de la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 aplicable sobre las diferencias devengadas y no pagadas por la indemnización por antigüedad.

Sostiene el apelante que la demandada había sido intimada fehacientemente a pagar la diferencia de la indemnización por antigüedad y sobre tal rubro reclamó la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 devengadas por no el cómputo total del salario percibido en forma habitual y normal por la actora, obligándola a iniciar una acción judicial. Sosteniendo su postura en jurisprudencia y antecedentes de la propia causa considerando arbitraria la sentencia.

Atento a que la Ley 4550 modifica el art. 271 del CPCCCh (art. 4), disponiendo que es suficiente a los efectos de adoptar decisión que el tribunal lo haga fundadamente, examinando las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la resolución del juez de primera instancia que hubieran sido materia de agravios, y por mayoría, “bastando para conformarla los votos en

sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión. Que resulta que en el presente, precisamente he sido sorteada en tercer orden, hago uso de la facultad de no emitir opinión sobre aquellos temas en que existe mayoría de votos coincidentes en su resolución, se limitará el pronunciamiento a la cuestión de hecho y de derecho resuelta adversamente para el apelante por el juez de grado que desestimo la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 que hubo discordia entre las prevotantes sobre el tema.

En este orden de ideas, está sin definición por no existir concordancia la procedencia de la indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

Reconoce el Sr. H. haber percibido la liquidación final (fs. 67vta.) y que reclamó el pago de las diferencias a causa del pago insuficiente.

No encuentro argumentos para apartarme de lo decidido con anterioridad en situación análoga en sentencia definitiva nro. 38/2012 (en los registros del Tribunal) en coincidencia con la Dra. Reynoso de Roberts.

Sabido es que "el art. 2 Ley 25323 se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y obligando al trabajador a iniciar acciones administrativas o judiciales... La norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente —lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo— dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justificaran la conducta del empleador" (elDial.com - AA7800).

Los rubros por lo que reclamó la diferencia se cuestionaron como remunerativos, la empleadora podía haberse considerado asistida en derecho para efectuar las liquidaciones tal como hizo. Fue el entendimiento de la jueza a quo la sanción prevista en la norma no resulta aplicable por que se imputaron y reclamaron diferencias y no la falta de pago de las indemnizaciones (fs. 193), que esas diferencias derivaron en un cuestionamiento de inconstitucionalidad y de un reconocimiento judicial que así lo determinó. Encuentro reunidos los parámetros requeridos por esta normativa para eximir a la accionada del pago de este incremento indemnizatorio".

El incremento indemnizatorio previsto por la Ley 25323:2, si bien refiere en su misma enunciación a un argüido tópico resarcitorio, no es tal, sino que representa una suerte de sanción respecto de aquel empleador que no reconociere extrajudicialmente reclamos por despido, y de tal modo provocare la promoción de actividad administrativa o judicial tendiente a su percepción por parte del trabajador. El sentido de tal apreciación surge de la lectura del último párrafo del mentado artículo 2° de la Ley 25323. Ese apartado prescribe, luego de reconocer aquel incremento del 50 % sobre la indemnización laboral, que 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. Esta legislación importa una sanción análoga a las conminatorias previstas por el CCiv 666 bis, lo cual da cuenta de la relatividad objetiva en la procedencia de

tal rubro, en función de circunstancias eventuales y potestades de los jueces que podrían rebatir este incremento..." (elDial.com - AA2D74).

Con estos fundamentos, rechazo el agravio.

No obstante, cómo se ha resuelto la situación he de señalar que la interpretación de las leyes y su aplicación al caso concreto resultan ser facultad de los jueces, se ha dicho: ”sentenciar según la Ley parece ser el más elemental y primario deber del juez al que se refiere el Código Civil en sus arts. 15 y 16” (ver Alvarado Velloso, “El juez sus deberes y facultades”, pág. 192, ed. Depalma). En lo que hace a la especie, en poco influye el debate parlamentario que el apelante utiliza como argumento en el memorial de agravios, frente a la contundencia de la normativa literal y gramaticalmente clara.

Es válido recordar lo dicho por el profesor Bueres: “(…) Tradicionalmente, se ha entendido que la aplicación del Derecho consiste en un mero ejercicio lógico de subsunción, en el que la norma funciona como premisa mayor; el caso, como premisa menor y la resolución es la conclusión. Sin embargo, la aplicación del Derecho es una serie de operaciones mucho más compleja que un simple silogismo. Aplicar el Derecho supone: formular una valoración y fijación de los hechos relevantes del caso; realizar una selección e interpretación de la o las normas aplicables; efectuar la comparación entre los hechos y el supuesto hecho normativo y, finalmente, “fijar el sentido y el alcance de la consecuencia jurídica”. En este proceso no solo se ponen en juego operaciones lógicas, sino también valorativas y críticas que exceden el marco de la subsunción.

”El artículo que comentamos no regula los métodos de interpretación que se deben emplear; los que quedan a criterio del intérprete. La hermenéutica jurídica es la disciplina que orientará al intérprete en las herramientas y los procedimientos que puede utilizar en la tarea de develar la significación de las normas.

”Cuando el artículo se refiere a las palabras y al espíritu de la ley, no está indicando que métodos de interpretación debe utilizar el intérprete. Lo que el legislador hace es definir el supuesto de hecho de la norma, es decir, configurar la hipótesis de vacío legal en la que corresponderá aplicar métodos de integración.

”En principio, las reglas de interpretación no son materia de regulación por el legislador, ni de resolución por los tribunales; sin embargo la jurisprudencia se ha expedido sobre la forma en que debe interpretarse la ley, aunque no siempre en forma coincidente. Por solo citar algunos ejemplos se ha resuelto: si los textos son claros, no hay que apartarse de sus términos (…)” (págs. 28vta. y 29, “Código Civil, normas complementarias. Análisis doctrinario”, t.1, ed. Hammurabi.

Por lo decidido, adhiero a la fórmula postulatoria de la Dra. Reynoso de Roberts en este único tema.

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

SENTENCIA:

1) Revocar parcialmente la sentencia y admitir la inclusión del sueldo anual complementario proporcional en la base de cálculo del mejor salario mensual normal y habitual devengado para la determinación de la

indemnización por antigüedad, la que fijo en la suma de seis mil doscientos cincuenta cuatro pesos ($6.254).

2) Rechazar el agravio sobre la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 y confirmar lo decidido en la sentencia; en consecuencia, se condena a S. B. SA a abonar al Sr. A. J. H. la suma de veinticinco mil noventa y nueve pesos con ochenta y cuatro centavos ($25.099,84) en el plazo y de acuerdo a los intereses que los fijara la sentenciante de grado.

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

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M., en forma conjunta, en el veinte por ciento (20%) y al Dr. M. A. D. en el diez por ciento (10%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena.

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

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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