En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de abril 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: **"R., F. G. c/ D. A. L. - Suc. A. s/ DEMANDA LABORAL (Diferencia de haberes)", expte. nro. 310/12,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 5235/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 581), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 527/544vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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 a la declaración de inconstitucionalidad del acuerdo celebrado en fecha 16 de octubre de 2008 entre el Sindicato del Petróleo y Gas Privado del Chubut y la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (CEPH), celebrado en el marco del CCT 396/04 obrante en el expediente Nro. 1.296.988/08, homologado mediante Resolución Nro 1564/08 del 23 de octubre de 2008 de la Secretaría de Trabajo dependiente del Ministerio de

Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en cuanto asigna carácter no remunerativo a los incrementos salariales en el mismo establecidos para el período mayo de 2008 a septiembre de 2008 inclusive, así como a lo prescripto en el CCT 396/04 sobre el carácter no remunerativo del rubro viandas, ello conforme lo resuelto en el Considerando I apartado a), admitió la demanda y, en consecuencia, condenó a D. A. L. S. A., a abonar al Sr. F. G. R., la suma que emerja de la liquidación que se practicará en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de DIEZ (10) días de quedar firme la misma, suma que se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando I. Condenó a la demandada a entregar, en el plazo de DIEZ (10) días de quedar firme la presente, el certificado de trabajo correspondiente al accionante, ello de acuerdo a los alcances que en definitiva se resuelven en el presente juicio, en un todo de acuerdo con lo establecido por el art. 80 LCT y conforme lo resuelto en el Considerando I apartado b). Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Tal decisión es apelada por el demandado.

El primer agravio (indebida extensión al actor de los aumentos establecidos en el acuerdo de fecha 16-10-2008). Se refiere a lo que entiende una interpretación forzada del acuerdo, transcribiendo la parte pertinente.

Recuerda que el acuerdo fue celebrado el día 16/10/2008, tres meses después de la extinción del contrato de trabajo.

Indica que dichos aumentos se abonarían con los haberes de los meses de octubre y noviembre de 2008, de

lo que concluye que el acuerdo quedó circunscripto a los contratos vigentes al momento de la firma.

Indica que las partes signatarias aludieron a trabajadores "que se desempeñen" es decir en tiempo presente. Alude al art. 9 LCT y asevera que es presupuesto que exista duda, no siendo de aplicación en autos, ya que el acuerdo a la luz de una interpretación literal e integral de su cláusula, conduce a concluir que solo resultaba a los dependientes con contratos vigentes.

Segundo agravio: la declaración de inconstitucionalidad importa -dice- un desvío jurisdiccional, ya que con la petición de inconstitucionalidad, se vulnera la doctrina de los actos propios, doctrina que nada impide aplicar en materia laboral.

Menciona los puntos de la demanda en que desarrolló su postura y vuelve sobre ellos, los que transcribe.

Se refiere al expediente "B.", referencias que no merecieron atención, y jamás debió la Sra. Juez marginar el tratamiento.

Cita jurisprudencia.

Se refiere a los numerosos acuerdos agregados a la causa, y destaca que el acuerdo cuya inconstitucionalidad se declara obra a fs 419/421. Efectúa gráfico, e indica que todos esos convenios se encuentran suscriptos por el Dr. P. integrando la representación del Sindicato del Petróleo y Gas Privado de la Pcia. del Chubut, de allí que de acuerdo a los precedentes que invocara deben desestimarse las pretensiones ejercidas por abogados que exteriorizan al concretarlas violación de la doctrina de los actos

propios.

Tercer agravio: la inconstitucionalidad de las viandas.

La invocación por parte de la Sra. Juez de la ley 26341, es motivo del agravio, ya que la misma se sancionó el 12-12-07 y entró en vigencia el 2-1-08.

Luego de transcribir el art. 3 y el Decreto 198/08 art. 1 y efectuar el gráfico sobre el anexo, a fin de demostrar el proceso gradual de conversión a razón de un 10% bimestral lo que significa que a la fecha del despido del actor el 30-06-08 solo existía la obligación de convertir el 30%, por lo tanto el 70% restante mantenía el carácter no remunerativo.

Cuarto Agravio: vulneración al principio de Seguridad Jurídica. Comienza con cita de la CSJN y agrega lo que dijera en el punto 61 de la contestación de demanda en alusión a la Resolución N° 1564/08 de la Subsecretaría de la Nación, advirtiendo que en precedente mencionado se hace expresa referencia a la forma de atacar un convenio colectivo, es decir, mediante el recurso administrativo y luego la instancia judicial, no resultando tan lineal la solución como lo sugiere el fallo, ya que en nombre de los convenios de la OIT parece estar legitimado para dejar sin efecto los acuerdos concertados en el marco de la ley 14250, por eso el fallo violenta el principio de seguridad jurídica.

Quinto Agravio: la condena con fundamento en el art. 80 LCT. Deja sentado que con la prueba testimonial se acreditó que la documentación se encontró a disposición del actor y que el mismo fue avisado de tal circunstancia no concurriendo

Transcribe la parte pertinente del fallo y el voto

del Dr. Royer y Dr. Pasutti en L. R.

Puntualiza que realizó los ingresos correspondientes al actor y en base al criterio del STJ se impone revocar lo decidido.

Tuvo la Sra. juez por cumplidas las obligaciones patronales de acuerdo a la documentación reservada y el informe de ANSES, por lo que no procede la indemnización del art. 80 LCT, ya que de ese modo se desvirtúa el objetivo, que es la evasión fiscal.

En punto al certificado se rechaza por cuanto el mismo no contenía los datos relacionados con la remuneración, lo que resulta contradictorio con la circunstancia de que la actora reconoció la certificación de servicios y remuneraciones y vuelve sobre el precedente del STJ.

Sexto agravio: cita jurisprudencia de Raúl Ojeda de la que concluye que el objetivo de la norma indicada es el que menciona el autor citado, "el fin de la norma es penar el trabajo en negro y no la extinción incausada del vínculo".

Ratifica reserva del caso federal.

Primer agravio:

En relación a lo que entiende indebida extensión al actor de los aumentos establecidos en el acuerdo de fecha 16-10-2008, adelanto que coincido con las razones dadas por la sentenciante, en cuanto entendió que la frase que "se desempeñen" valorada dentro del contexto de los trabajadores incluidos en la CCT 396/04 se refiere a los que desempeñan tareas en la Pcia. del Chubut, y no solo a los trabajadores que en el momento de la firma se desempeñaban.

Pero, más allá de ello, se advierte que si bien es cierto que el acuerdo se firmó el 23 de octubre de

2008, mediante resolución 1564/08, no resulta menos cierto que mediante el mismo se homologaron los acuerdos de fecha 10 de octubre y 21 de octubre de 2008.

En el primero de ellos, las partes acuerdan el incremento para el período que va desde el 1 de mayo de 2008 y hasta el 30 de septiembre de 2008.

El Sr. R. en el mes de mayo se desempeñaba en la actividad, toda vez que fue despedido el 30 de junio de 2008 y el hecho de que se decidiera pagar recién con los meses de octubre y noviembre no excluye al trabajador.

Y sin perjuicio de que ante las fechas en que se produjeron los hechos, ninguna interpretación debe ser hecha, ya que entiendo que la solución dada es la que corresponde, he de recordar conceptos que transcribo por compartir: "en el derecho laboral el legislador optó por indicarle al intérprete que entre dos o más posibles lecturas de un texto de interpretación dudosa tome la más favorable al trabajador en razón de la presunción de que la ley tiende a protegerlo" (Miguel Angel Mazza, Revista de derecho Laboral, "Contratación y registración Laboral", pág 179 y sgtes.), en concordancia con lo que establece el art. 9: "En caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable al trabajador, considerándose la norma o conjuntos de normas que rijan a cada una de las instituciones del derecho del trabajo. Si la duda cayese sobre la interpretación, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable".

Inconstitucionalidad: bajo este ítems daré respuesta a lo que el apelante presenta como segundo,

tercero y cuarto agravio.

En principio he de recordar al apelante la función del representante de la parte, cual es defender sus intereses, independientemente que vulnere lo firmado en otras circunstancias, que estará reservado a su conciencia.

Asimismo, entiendo que si bien nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejercitando una conducta incompatible con un anterior comportamiento que ha significado un obrar coherente que ha merecido confianza en otro, para que ello sea de aplicación la calidad del sujeto autor debe identificarse con el mismo individuo que provoca la actitud contrapuesta, que es lo que emerge de la jurisprudencia acercada por el apelante, y que no es la situación de autos.

Asimismo, más allá de que considere que los argumentos rayan lo límites de la admisión, ante el criterio amplio que sustenta esta Cámara, se les dará respuesta.

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

No obstante, no parece razonable que se continúe con esa práctica en el ámbito negocial cuando sus efectos nocivos afectan al trabajador.

En sentencia del 17-7-2006 el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos “Comisión Gremial Interna del banco Ciudad de Buenos c/ Estado Nacional y otros s/

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

En igual sentido se expidió en el año 2009 la Sala X de la CNAT en "Giménez, Patricia Dolores c/ Blockbuster Argentina S.A. s/ Despido, al descalificar lo acordado por la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Unión de entidades Comerciales Argentina, la Confederación Argentina de la Mediana empresa y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco de del CCT 130/75 que fuera homologado mediante resolución 632/2007, con fundamento en lo que dispone el art. 103 y señalando que "los convenios de la OIT tienen jerarquía superior de las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 (cf. art. 75, inc. 22) y por ende resulta inaplicable la normativa interna que

no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior.

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

No desconozco que en sentido diverso se expidieron Maza y Pirolo en “Guajardo, Analía Mabel c/ Enrique Martín Rossi s/ despido”, CNAT, Sala II-Año 2009, quienes consideraron al igual que el quejoso en autos, que los jueces no podemos apartarnos de tal calificación nacida como contrato y vigente como ley, si no media el planteo de nulidad de la homologación deducida en sede administrativa”. Posición compartida por Julián A. De Diego, Sala X de la CNAT, “Giménez c/ Blockbuster” (Revista de Derecho Laboral. “Normas internacionales y Derecho Interno”, pág. 291 y sgtes.).

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

Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C, No. 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parág. 124) (cf. C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII, "Mazzeo, Julio Lilo y otros"). Con posterioridad a lo resuelto en el caso "Almonacid", el tribunal americano ha profundizado este criterio en los siguientes términos: "Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

”Nada impide en nuestro ordenamiento jurídico la declaración judicial de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la cláusula de un convenio colectivo de trabajo violatoria de los derechos del trabajador amparados por normas de jerarquía constitucional y supralegal, en el marco de un proceso incoado por aquel contra el empleador.

”Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75.23; "Vizzoti", cit., p. 3688). Estos principios, debe puntualizarse en la presente causa, son aplicables, *mutatis mutandis*, a la reglamentación derivada del régimen de convenciones colectivas. La Constitución Nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera

sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva" (cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1488. XXXVI., 3/05/07, "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas").

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

El carácter normativo de las mencionadas cláusulas (cuya inconstitucionalidad se pide) despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica.

"Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión sólo podría ser opuesta a los mencionados

sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien -naturalmente- no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo.

Del mismo modo que en el marco de un proceso judicial entre un trabajador y su empleador puede ser aplicada una norma legal más favorable al trabajador que una cláusula convencional (cf. arts. 8 y 9, L.C.T. -t.o. y 7, párr. 1, Ley 14250 -t.o. Dec. 1.135/2.004-), aunque no haya sido cuestionado en sede administrativa y/o judicial el acto administrativo que dispone la homologación, o en su caso, el registro pertinente, con mayor razón puede ser declarada la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la mencionada cláusula, máxime cuando la misma vulnera normas de jerarquía constitucional o supralegal que consagran derechos irrenunciables.

En la causa "R. c/ S. S.A." sentencia definitiva N° 17.088 del 27/11/2009), se sostuvo "que el convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza *erga omnes* o, en palabras del recordado Justo López, eficacia de "ley profesional" (a diferencia de la "ley formal" dictada por el Poder Legislativo). Desde dicha perspectiva, al tratarse de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1° L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), considero que es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando en su aplicación al caso

vulnera específicamente derechos o garantías de la ley Fundamental y por tanto el órgano judicial está facultado (y obligado) a desplazarla para juzgar la contienda. Repárese además en que el control de constitucionalidad está basado en el principio constitucional de "razonabilidad" (lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad) que precisamente rige para los tres poderes del Estado y por ende puede llegar al grado de inconstitucionalidad tanto una norma legal como la proveniente de los sujetos intervinientes en la negociación colectiva que arriban a un convenio homologado por el Ministerio de Trabajo" (voto del Dr. Oscar Zas en autos "G. A. I. c/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, V-may-2011: MJ-JU-M-66285-AR - MJJ66285 - MJJ66285).

Como surge de lo expuesto con cita doctrinaria y jurisprudencial, la cuestión no resulta sencilla, no obstante entiendo con quienes lograron mayoría en autos "R., V. S. y otros c/ L. M. S.A. s/ demanda Laboral", SD 13/2012, que los acuerdos devienen inconstitucionales.

Resulta esclarecedor el voto de la Dra. Graciela A. Gónzalez en –"Z., H. R. y otros c/ T. de A. SA s/ Diferencias de Salarios", dejó a salvo su opinión: "En cuanto a si es posible o no restar validez y vigencia a una norma proveniente de un convenio colectivo de trabajo a través de un planteo de inconstitucionalidad". Al respecto señaló, "en nuestro sistema, todas las normas jurídicas (cualquiera sea su fuente) son susceptibles de esa tacha. Tanto es así que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de una norma de

ese origen en la causa "Madorrán Marta C. c/ Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación", sentencia del 3/5/07 M. 1488 XXXVI, con similar criterio al que adoptara al analizar el ya famoso caso "Figueroa, Oscar F. c/ Loma Negra CIASA" del 4/9/84 (CSJN Fallos 306:1208)", y "En efecto, el hecho de que el rubro se origine en un convenio colectivo no priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de analizarlo en su legitimidad porque la disponibilidad colectiva no puede avanzar sobre garantías consagradas por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales. Desde tal perspectiva, a mi juicio, si bien la disposición convencional pudo no ser homologada -en ejercicio de control de legalidad que le compete al poder administrador-, ello no constituye un obstáculo para que, si se corrobora su ilegitimidad, el dispositivo cuestionado no sea aplicado en el caso concreto".

Desde esa perspectiva señaló: "Que no se le puede exigir a los trabajadores individualmente afectados que recurran al mecanismo previsto en la Ley 19549 para obtener la nulidad de la homologación ministerial –de cuya existencia y alcances incluso pueden no haber tomado razón en tiempo oportuno- y que, tampoco es necesario para plantear la invalidez de la norma con base constitucional que previamente se declare la nulidad del acto administrativo que la homologó, porque también ese procedimiento sujetaría al dependiente a los plazos y formas previstas en la legislación adjetiva. A mi entender, la invalidez de una norma (legal o convencional) por resultar repugnante a la Constitución Nacional puede ser declarada en el caso concreto aún sin cuestionarse su génesis (trámite

parlamentario, validación administrativa, etc.) y este también parece haber sido el temperamento que en su hora adoptó nuestro Máximo Tribunal" (R.D.L obra citada, pág. 367 y sgte.).

De acuerdo a lo expuesto, la quejosa no ha podido conmover los fundamentos del fallo y está muy lejos de lo consignado en este voto.

"El recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las citadas declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, que han hecho del trabajador un sujeto de "preferente tutela constitucional" (Vizzoti, fallos 327:3753, y Aquino (3770 y3797), perderían buena parte de su sentido y efectividad si no expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación".

Razones todas no solo para declarar la inconstitucionalidad del acuerdo celebrado en fecha 16 de octubre de 2008 entre el Sindicato del Petróleo y Gas Privado del Chubut y la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos (CEPH), celebrado en el marco del CCT 396/04 obrante en el expediente Nro. 1.296.988/08, homologado mediante Resolución Nro. 1564/08 del 23 de octubre de 2008 de la Secretaría de Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, en cuanto asigna carácter no remunerativo a los incrementos salariales en el mismo establecidos para el período mayo de 2008 a septiembre de 2008 inclusive, sino también lo que dispone el art. 103 bis de la LCT.

Pues si bien es cierto que la ley fue dictada con posterioridad al despido y estableció que el momento a partir del que operaría de pleno derecho, ninguna

injerencia tiene, ya que he consignado junto con doctrina y jurisprudencia la inconstitucionalidad del art. 103 Bis de la Ley de Contrato de Trabajo, aún antes del dictado de la norma.

Si bien al dictado de la misma quedó un remanente para los casos regidos por la norma anterior, como el caso "Perez c/ Disco", la Corte Suprema de Justicia, se entiende, pretendió la cancelación de la discusión a futuro a través de dicho fallo. "La Corte Suprema ha admitido la virtualidad de dictar pronunciamiento en circunstancias en que el cambio del marco fáctico o jurídico determina la ausencia de utilidad del fallo hacia el futuro, siempre que subsista el interés de las partes por los efectos producidos durante el lapso anterior a esa variación. Tal es lo que ocurre, en el caso, con los incs. b y c, artículo 103 bis LCT (texto según Ley 24700) que fueron derogados por la Ley 26341, sancionada el 12-12-2007- dado que el trabajador recurrente mantiene interés en la definición legal de una situación en razón de que, durante el período por el que formula el reclamo indemnizatorio, su derecho se encontraba regido por el inc. c, art. 103, LCT, actualmente derogado (votos Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay). (Ricardo Seco, "Revista de Derecho Laboral", Actualidad -2010-1, pág. 331 y sgtes.

A lo que debe sumarse la jurisprudencia que citara la Sra. Juez, que fue dictada con posterioridad de dicha ley derogatoria.

Quinto agravio: la condena con fundamento en el art. 80 LCT.

El actor reclama la entrega del certificado del art. 80, la constancia documentada del ingreso a los organismos de seguridad social de aportes y

contribuciones correspondientes a la presentación laboral, así como la indemnización.

Aduce que despedido el 30 de junio de 2008 concurrió a percibir su liquidación final a comienzos del mes de julio de 2008 y allí verifica, en cuanto interesa para este ítem, la falta de entrega de los certificados que reclama, decidió entonces intimar el 2 de agosto de 2008 mediante telegrama el cumplimiento dentro de los dos días de recibido el mismo, no recibiendo respuesta.

Al contestar demanda luego de la negativa, manifestó que su representado confeccionó oportunamente el certificado, el que nunca fue retirado por el trabajador, por lo que acompaña el mismo al presente.

Por las razones que da, la Sra. Juez entendió, y llegó firme a la alzada, que se cumplió la entrega de la constancia documentada del ingreso a los organismos de seguridad social de aportes y contribuciones.

Con relación al certificado de trabajo, dispuso que fue recién entregado con la demanda y desconocido por la actora y que no cumplía con los requisitos al faltar la remuneración, imponiendo la multa que determina la norma al no ser entregado dentro de los dos días que determina la ley (art. 3 Decreto 146/2001 reglamentario del art. 45 de la Ley 25345).

El apelante solo se agravia por la aplicación de la multa.

Tal como surge de la causa y lo detallara la Sra. Juez, el demandado fue intimado fehacientemente a fin de que se haga entrega del certificado de trabajo el día 2 de agosto de 2008, el telegrama tal como da cuenta el informe de fs. 380 fue recepcionado el día 4 de agosto de 2008, la demanda fue iniciada en diciembre

de 2008 y con la contestación de demanda acompaña lo requerido (3 de marzo de 2009).

Lo que demuestra claramente que incumplió con la entrega inmediata e intimado tampoco lo hizo, alegando que el trabajador no pasó a retirarla, no constando que la haya puesto a disposición porque recibido el telegrama guardó silencio.

Asimismo, al ser desconocido el certificado no se probó que la fecha de confección fuera real, pues el apelante sostiene a fs. 561vta., punto 79: "De la prueba testimonial rendida en la causa quedó acreditado que la documentación derivada de la extinción del contrato de trabajo se encontró a disposición del actor, y que el mismo fue avisado de tal circunstancia, sin que hubiera concurrido a retirar el mismo", no existiendo en autos prueba testimonial alguna, ya que las partes no la ofrecieron, por ende no fue proveída ni producida, lo que pone de manifiesto lo poco serio de este agravio.

La sentencia del Superior Tribunal de Justicia que transcribe parcialmente, se refiere al reclamo del certificado de aportes a los organismos de seguridad social, de allí que hagan referencia a la evasión fiscal, documentales que no son lo discutido en esta instancia.

El certificado que se requería recién fue entregado con la demanda, reitero, despedido el 30 de junio de 2008, intimó el 2 de agosto de 2008 mediante telegrama el cumplimiento dentro de los dos días, no lo efectivizó pretendiendo el demandado endilgar responsabilidad al trabajador, olvidando que la entrega de dicha certificación debe efectivizarse al finalizar la relación laboral y no efectuada, la normativa

permite el reclamo fehaciente dentro de otros plazos así como el cumplimiento (Ley 25345, Decreto y artículo 3 del Dto. 146/01), y todos los plazos ya habían fenecido con creces, lo que ya es razón suficiente para que la multa sea procedente.

En el punto 104 se queja porque la Sra. Juez termina rechazando el certificado presentado.

La sentenciante ordenó la entrega de una nueva certificación por parte del empleador, y tal decisión en tal aspecto debe modificarse, ya que se adjuntó constancia documentada de la totalidad de los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social (Formulario AFIP 931) y sindicales –cuotas sindicales- (fs. 130/335, documental reservada bajo el nro. 4319), a lo que suma lo informado por ANSES a fs. 450 reconocida por la sentenciante surgiendo de la misma nombre, número de documento, nombre de la empleadora, inicio y fin de la relación, así como las tareas que realizaba, y que se efectuaron los aportes previsionales, número de CUIT.

Y a decir del tal mentado "L. R., H. M. c/ P. I. SRL s/ demanda laboral (Dif. Hab. e Indem.)", expte. N° 21.884, Sentencia N° 01/SRE/2011 del 3/3/2011, corresponde tener por cumplida la entrega del certificado del art. 80 LCT, "De ello se colige que el certificado de trabajo de fs. 8 (48 en los presentes), si bien no contiene información referida a la constancia de remuneraciones percibidas por el actor, no puedo soslayar que este extremo surge de los datos volcados en el formulario PS6.2 por el mismo empleador y no mereció ataque alguno por parte del actor", aclarando que ello no implica que la sola entrega del tal formulario implique reemplazar al certificado de

trabajo.

Sexto agravio: art. 2, Ley 25323. La Sra. Juez consideró que tal indemnización era procedente por prever el mismo el caso que el empleador no pague las indemnizaciones por despido en tiempo oportuno.

Entendió el quejoso que dicha indemnización solo se aplica a los contratos no inscriptos total o parcialmente.

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.

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, situaciones ambas que se dan en autos, toda vez que debió transitar el accionante el largo camino judicial para demostrar que el despido fue incausado y por ende se debía lo reclamado, de allí que deba confirmarse la decisión adoptada por la sentencia.

Y es este inciso segundo el que se ha aplicado en autos, "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%. 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", y no como pretende confundir el quejoso con cita doctrinal referida al primer artículo de la Ley 25323.

La enorme mayoría de los jueces -casi la totalidad- entre los que se incluye el autor Miguel Mazza, entendió que el recargo opera siempre y en todos los casos en que el despido directo o indirecto resultó injusto, aún cuando para llegar a esa conclusión haya sido necesario un proceso judicial.

A su juicio, el art. 2° de la Ley 25323 -allende su mitología, redacción y la poca clara finalidad real- condiciona la sanción exclusivamente a tres requisitos: 1) que haya mediado un despido injustificado (directo o indirecto); 2° que el trabajador haya efectuado fehacientemente la intimación preliminar que se abonen las indemnizaciones (situación que llega firme a esta alzada al no ser cuestionada) y 3) que haya debido iniciar cualquier instancia previa de reclamo y/o demanda judicial para obtener su reconocimiento" (Revista de Derecho Laboral, 2011-3, "Extinción del Contrato de Trabajo-IV", pág. 72 y sgtes. edit Rubinzal-Culzoni).

Requisitos todos que se dan en autos para que proceda la indemnización, no existiendo causas que justifiquen la conducta del empleador.

Atento a cómo se resuelve, las costas de esta instancia estarán a cargo del demandado vencido.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tengo presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5 y 13 de la ley de aranceles.

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

1) Confirmar parcialmente la sentencia de fs. 527/544vta., revocando el punto 3 de la misma.

2) Imponer las costas al demandado vencido.

3) Diferir la regulación de los honorarios y tener presente el caso federal.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

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

I.A) A fs. 550/567vta. la parte demandada expresa agravios; a fs. 568 se corre traslado de los mismos, no contestándolos la parte actora.

I.B) Centra la apelante demanda sus agravios:

1) por considerar indebida la extensión de los aumentos establecidos en el Acuerdo del 16/10/08 decidida por la a-quo (fs. 550vta./552vta., ptos. 3ero. a 19no.),

2) en cuanto la *a quo* declara la inconstitucionalidad del Acuerdo de fecha 16/10/08 (fs. 553/558, ptos. 20mo. a 56to.).

3) dispuso la sentenciante la inconstitucionalidad de la norma que otorga a las viandas carácter no remunerativo (fs. 558 p/559vta., ptos. 57mo. a 65to.),

4) en la decisión de la *a quo* existió una vulneración al principio de la seguridad jurídica (fs.

559vta./560vta., ptos. 66to. a 75to.).

5) respecto a la condena a su parte con fundamento en el art. 80 de la LCT (fs. 561/566, ptos. 76to. a 107mo.), y

6) en lo atinente a la condena por aplicación de la Ley 25323 (fs. 566/567, ptos. 108vo. a 115to).

I.B-1) La demandada recurre la decisión de la *a quo* con base en que considera indebida la decisión tomada por la misma en cuanto a la extensión de los aumentos establecidos en el Acuerdo del 16/10/08 a favor del actor (fs. 550vta./552vta., ptos. 3ero. a 19no.).

He de adelantar que es entendimiento de la suscripta que la circunstancia de si a la época del pago de lo adeudado al actor, este no perteneciera más a la empresa, ello no perjudica su derecho al cobro de las diferencias reconocidas retroactivamente.

Más aún si con posterioridad al egreso del actor, la empresa reconoció a todos sus dependientes un retroactivo que involucraba un período trabajado por aquel, el reconocimiento de la obligación lo alcanzaba, ya que de otro modo se produciría una discriminación no justificada.

Dichos entendimientos se fundan en que la interpretación de la norma en cuestión, en forma armónica con los preceptos constitucionales, lleva a sostener siguiendo a Mario L. Deveali que el "principio de igualdad" consagrado en la Constitución Nacional debe ser aplicado teniendo en cuenta el motivo que fundamentó su formulación, que fue el de impedir discriminaciones arbitrarias en materia de salarios.

Profundizando más el estudio del presente caso se ha de precisar 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. No puede soslayarse tampoco en este análisis que el principio protectorio es el abrigo del derecho del trabajo y ha sido consagrado constitucionalmente en el artículo 14 bis, que determina que las leyes deben asegurar al trabajador una retribución justa.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 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.

Sobre dicho artículo ha sostenido la jurisprudencia: "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 38948 – expte. 9.058/2010 – "Lopez, Darío Alejandro c/ Coto C.I.C.S.A. s/ despido" – CNTrab – Sala VIII – 11/07/2012: elDial.com - AA7AB9 Publicado el 19/11/2012).

En cuanto a la interpretación que debe prevalecer, ha determinado la doctrina que no puede marginar el sentido de la norma que ha sido la de evitar los fraudes al sistema previsional. Por ello, deberá investigarse siempre cuál ha sido la realidad del acto y no conformarse con la apariencia de la norma, aunque esta sea colectiva, ya que es sabido que no se pueden convenir en ese nivel cláusulas menos favorables a los trabajadores, y la existencia de representación de estas y aún el control administrativo que se hace de

las cláusulas en el trámite de homologación, no constituye por sí una absoluta e irreversible decisión del tema, lo cual estará siempre sujeta al examen judicial para establecer la doctrina (cf. Justo López, "El Salario", pág. 240).

Advierto que las razones expuestas en el memorial recursivo solo trasuntan una discrepancia sobre cuestiones de interpretación literal de conceptualización (pto. 17mo., fs. 552vta.) referidas a la inteligencia que debe otorgarse al acuerdo de fecha 16/10/08, que no llegan a conmover los criterios judiciales y doctrinarios expuestos en el presente voto, siendo acertada la aplicación de estos por la a-quo conforme emerge de las consideraciones efectuadas a fs. 533/534vta.

Por las razones expuestas arribo a la convicción de que deben ser rechazados los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 550vta./552vta. y confirmar la sentencia de fs. 527/544vta. en este sentido.

I.B-2 a 4) Atento a la vinculación argumental tanto en la sentencia apelada como en los agravios que conlleva que la decisión a tomar tiene incidencia directa sobre los planteamientos efectuados en dichos agravios, he de tratar los mismos en forma conjunta (fs. 553/558 ptos. 20mo.a 56to., fs. 558 p/559vta., ptos. 57mo.a 65to. y fs. 559vta./560vta., ptos. 66to. a 75mo.).

Respecto a la temática planteada, ya me he expedido en autos caratulados: “T., R. C. c/ S. A. I. y E. de la P. s/ Demanda Laboral", sentencia definitiva del día 15/2/12. registrada bajo el nro. 03/12/L, en dicha oportunidad expuse que es de mi pleno convencimiento que en relación al planteo de

inconstitucionalidad de las asignaciones no remunerativas establecidas en acuerdo convencional colectivo entre la accionada y el sindicato, no corresponde aceptar por imperio de un acuerdo sindical que se le atribuya carácter no retributivo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 de la LCT (que si bien trata distinto rubro la entelequia subsume todo el orden público laboral, cual es la columna vertebral de todo el Derecho del Trabajo) tiene carácter indisponible y esto no puede ser modificado por la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo que no puede purgar un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo sólo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral.

Por otro lado, la falta de objeción por parte del actor a dichos convenios, no logra rebatir lo dicho, puesto que ello importaría admitir la presunción de renuncia a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad (art. 12, LCT) y lo normado en los arts. 58 y 260 del mismo cuerpo legal, en tanto el dependiente no está obligado a reclamar hasta el agotamiento del plazo de prescripción, sobre todo cuando el pago insuficiente de las obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas (CSJN, Fallos 310:558 del 12/03/87, “P. C. J. c/ L. F. SA”).

Como consecuencia de lo dicho y teniendo especialmente en cuenta el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (fallo S.C.

"Perez Aníbal c/ Disco S.A. S.C.P. n° 1911, L. XLII" – CSJN – 01/09/2009, publicado el 02/09/2009 elDial.com - AA562D) cabe concluir que las sumas que han sido otorgadas al trabajador, respetando una pauta de normalidad y habitualidad, como consecuencia del desempeño laboral de este último, debe entenderse pagos efectuados en concepto de remuneración.

A mayor abundamiento se ha precisado en forma clara y contundente que tanto la voluntad del legislador o del empleador, cuanto la espontaneidad de este, son inválidas, aún cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional, mayormente cuando la evolución tutelar de la disciplina laboral y los motivos que la impulsaron, ya señalados, han impuesto, entre otras muchas consecuencias, que la determinación y alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo, no obstante el marco de reciprocidad que tipifica al contrato o relación laborales, rebasen el cuadro conmutativo, que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta ("Nowinski, Elsa Alicia", Fallos: 322:215, 223), para estar regidas por la justicia social (v., entre otros, además de los casos "Mansilla" y "Aquino": "Madorrán", Fallos: 330:1989, 2002; "Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.", Fallos: 246:345, 349 y "Roldán, José Eduardo c/ Borrás, Antonio", Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas)” (del voto de la mayoría de la CSJN).

Es que la relevancia de todo lo atinente al salario supera los límites del llamado “mercado de trabajo” o, mejor dicho, somete a este a las exigencias

superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti", cit., ps. 3691/3692)”.

No otra es la forma en que ha de entenderse la presente cuestión atento a que el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y de su familia, finalidad que persigue la Ley de Contrato de Trabajo, constituye fundamento válido para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional. Es la justicia social, precisamente, el valor que ha guiado de continuo a la Organización Internacional del Trabajo desde su creación hasta la actualidad en sus múltiples expresiones institucionales en defensa y protección de los derechos del trabajador frente a los múltiples desafíos que presenta la evolución del mercado del trabajo, el cual se encuentra sometido a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti")” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según sus votos).

“La noción de remuneración es definida en el art. 1ero. del Convenio nro. 95 de la OIT —ratificado por la República Argentina en el año 1952—, al especificar que "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar"” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

"Ello porque —como lo señala la señora Procuradora Fiscal— la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir, con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo. La indebida exclusión de conceptos que, como el subexamine, se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario" (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

No resulta posible aceptar que por medio de un acuerdo de orden colectivo, se atribuya carácter no remunerativo a sumas de dinero abonadas a los trabajadores en virtud del contrato de trabajo y como consecuencia del trabajo por ellos prestado, ya que la directiva del art. 103 de la L.C.T. (aquí también aplicable) tiene carácter indisponible y resulta la norma mínima de aplicación.

De tal manera, no resulta trascendente lo que pueda haberse establecido en las actas acuerdo que invoca la demandada en tanto el convenio nro. 95 de la OIT, define que a los efectos del convenio, el término salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, y en caso de "pugna", debe prevalecer la disposición del

Convenio 95 de la OIT.

A mayor abundamiento, preciso que la remuneración constituye un elemento esencial de la relación laboral. En este orden de ideas confluye la doctrina –ya clásica –, que ha señalado que "El salario... en cuanto es elemento esencial del contrato no puede ser modificado por decisión unilateral del empleador". Se deduce de lo antedicho que la Administración tampoco tiene facultades para alterar unilateralmente esta conceptualización. Esta suerte de maquillaje conceptual atenta contra una de las leyes de la lógica. Se olvida que por el principio de identidad una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. La *contradictio in terminis* que supone predicar una remuneración que se denomina como no remunerativa es lo mismo que decir que no es remuneración.

Con tal curioso proceder, lo más grave es que contraría el principio de legalidad por aplicación del 14 bis de la CN, los principios laborales aplicables, el Convenio nro. 95 de la OIT antes mencionado y la objeción expresada por el informe de la Comisión de expertos de 1998. Tal tergiversación de normas fundantes es írrito de la protección de la intangibilidad e integralidad del salario en tanto estos suplementos se perciban con habitualidad, regularidad y generalidad. Esta calificación, insisto, no deriva de la voluntad de las partes sino del carácter oneroso y alimentario del contrato.

En cuanto a los precedentes judiciales invocados por la apelante demandada "L." y "B." (ptos. 27mo. a 42do. fs. 553vta./ 555vta., la misma no coincide con la tendencia actual en las decisiones adoptadas por la jurisprudencia más actualizada la cual ha determinado

que: “Corresponde confirmar el fallo de primera instancia, y admitir las diferencias reclamadas con fundamento en el carácter no remunerativo otorgado a las asignaciones previstas en las “actas acuerdo”, suscriptas entre la empresa accionada y el sindicato” (expte. 39.062/2008 (26933) – “S. L. V. y otros c/ T. de A. S.A. s/ Diferencias de salarios” – CNTrab – SALA X – 31/03/2011: elDial.com - AA6AEA).

En sentido análogo se ha sostenido actualmente: “Debe confirmase la sentencia atacada en cuanto resolvió que los "vales alimentarios" tienen carácter remuneratorio y dispuso computar su importe en la base del cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido, toda vez que… en cuanto califica a dichos vales como beneficios sociales no salariales, el art. 103 bis, inc. "c", de la ley de Contrato de Trabajo - texto según Ley 24700 (B.O. del 14-X-1996)- es inconstitucional”. “La cuestión debatida en autos ha sido zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar el precedente P.1911.XLII. "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (Fallo en extenso: elDial.com - AA562D) (sent. del 1-IX-2009), en la cual el alto Tribunal declaró la inconstitucionalidad del derogado art. 103 bis, inc. "c", de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto niega a los vales alimentarios naturaleza salarial (cf. causa cit., considerando 9 del voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni), por considerarlo en pugna con normas constitucionales y supralegales de rango superior (cf. considerando 11 del voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay)”. “…catalogar a los vales alimentarios como beneficios sociales, es decir, "prestaciones de naturaleza

jurídica de seguridad social, no remunerativas", implicaría mutar al trabajador en beneficiario y al empleador en beneficiador, es decir, suplantar como causa del crédito al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último…", "…toda norma del derecho interno que rompa con los postulados que surgen de los Convenios de la O.I.T. resulta inaplicable (art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Ello así, claro está, salvo que la norma interna garantizase a los trabajadores condiciones más favorables que las contempladas en el convenio internacional, único supuesto en el que -con la finalidad de asegurar la no regresión de los derechos sociales y bajo el amparo del principio de progresividad y la regla de prelación de la norma más favorable, acogidos por el propio derecho internacional del trabajo, cf. art. 19, ap. 8, de la Constitución de la O.I.T. una regla de derecho interno podría prevalecer sobre una disposición de un convenio internacional de la Organización Internacional del Trabajo (cf. art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica)" (Causa L. 101.164 – "Dorado, Oscar Luciano c/ Disco S.A. Despido" – SCBA– 27/06/2012: elDial.com - AA77CD. Publicado el 13/07/2012).

Por las razones expuestas arribo a la plena convicción de que corresponde desestimar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 553/560vta. y confirmar la sentencia de fs. 527/544vta. en cuanto fuera materia de agravios.

I.B-5) Se agravia la apelante demandada respecto a la condena a su parte por parte de la *a quo* con fundamento en el art. 80 de la LCT (fs. 561/566, ptos. 76to. a 107mo.).

El agravio formulado por la demandada apelante no será acogido, pues en el concreto caso bajo análisis, ha quedado acreditado que el actor intimó el día 02/08/08 a su empleadora a fin de que le haga entrega de los certificados de trabajo a los que alude la norma citada, intimación que fue efectuada conforme las prescripciones emergentes del artículo 3° del decreto 146/01 -reglamentario de aquella-, es decir, luego de vencido el plazo de treinta días corridos desde la extinción del vínculo -el que se produjo el día 30/06/08 (cf. documental adjuntada por el actor a fs. 5 e informativa prestada por el Correo Argentino – fs. 379 y 380 recepcionada por la empleadora el día 04/08/08).

En virtud de ello, toda vez que la accionada no dio cumplimiento a tal requerimiento en el plazo exigido por el artículo 80 citado, esto es, dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción de la intimación que le cursó el trabajador, haciéndolo en forma extemporánea, recién en oportunidad de contestar la demanda el día 03/03/09 (conforme cargo prosecretario administrativo- fs. 69vta. - doc. res. nro. 215/12 por Secretaría de Cámara del día 01/08/12 fs. 45), considero que el agravamiento mencionado resulta procedente, resultando ineficaz para justificar su actitud remisa, y eximirla del pago del mismo, los argumentos que esgrime en el responde en torno a que puso a disposición del actor los certificados en cuestión y que este no concurrió a su lugar de trabajo para retirarlos, pues, si su intención era hacer entrega de los mismos, pudo haber arbitrado otros medios (p ej., Consignación judicial previa intimación) para evitar colocarse en una

situación de mora respecto al cumplimiento de sus obligaciones (en igual sentido, Revista Jurídica Argentina – La Ley – Derecho del Trabajo – Doctrinas Esenciales – tomo II, pág. 1053, artículo titulado: "La indemnización por incumplimiento de las Obligaciones del art. 80 de la LCT (t.o.), cuyo autor es el Dr. Carlos Alberto Livellara; CNTrab. Sala III, 01/02/02, en autos caratulados: "Fraza, María A. v. Storto, Silvia N. y Otro"; ídem. SD. 14.430, expte. nro. 1.187/04 - "Capalbo, Gabriel Diego c/ Doti, Beatriz Liliana s/ Despido" - CNTrab - Sala IX - 21/08/2007: elDial.com - AA4183; Expte. 26393/07 SD.71393 - "Obelar, Estefania c/ Celu Service S.R.L. y otro s/ despido" – CNTrab. - Sala V - 27/02/2009: elDial.com - AA521D).

Dice la jurisprudencia: "Al probarse entonces que las certificaciones contempladas por el art. 80 de la L.C.T., primer párrafo, no estuvieron válidamente a disposición de la actora, la demandada no puede sustraerse al pago del resarcimiento contemplado en el párrafo agregado por el art. 45 de la Ley 25345" (S.D. 16517, expte. 12.480/06 - "Díaz Mónica Adriana c/ Chicken Wings S.A. s/ despido" - CNTrab - Sala X - 23/03/2009: elDial.com - AA521A: publicado el 11/05/2009).

Advierto -igual que la colega preopinante- que yerra la apelante demandada en cuanto sostiene en el pto. 79no. "de la prueba testimonial rendida en la causa "ya que conforme emerge de la lectura del escrito de contestación de demanda (pto. V. - fs. 67vta./69 -) la misma ni siquiera fue ofrecida por ella.

Por las consideraciones efectuadas corresponde rechazar los agravios expuestos por la apelante

demandada a fs. 561/566 y confirmar la sentencia en este sentido.

I.B-6) En lo atinente a la condena por aplicación del art. 2 de la Ley 25323 (fs. 566/567, ptos. 108vo. a 115to.), atento a cómo se ha decidido en el presente voto plenamente en coincidencia con la línea de análisis e entendimientos de la sentenciante de grado, compartiendo el criterio sustentado por la misma en cuanto a los efectos del incumplimiento parcial y extemporáneo de la entrega del certificado de trabajo y teniendo en cuenta que la jurisprudencia en casos como el presente ha establecido que: "La circunstancia de que el demandado hubiera puesto a disposición del trabajador los certificados de trabajo en cuestión no obsta a la procedencia de la indemnización reclamada porque, de acuerdo con lo que esta Sala ha resuelto con anterioridad, por aplicación analógica de lo dispuesto en el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de fecha 21/3/1980 in re "Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Banco de la Pcia. de Buenos Aires c/ Juan, Carlos y otra" al no haberse acreditado la no concurrencia del demandante al domicilio de la deudora para recibir el certificado, no queda eximida de la obligación. De modo que la sola manifestación de la empleadora relativa a que habría puesto a disposición del trabajador el certificado de trabajo, es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en el art. 80 L.C.T. (Cám.Nac. Trab. Sala V, S.D. 73.201 del 14/06/2011, expte N° 21.633/08, "López Héctor Armando c/ Nicolás H. Robbio S.A. y otros s/ Despido" (del voto de la Dra. García Margalejo, en mayoría): elDial.com - AL381D).

Por las razones expuestas corresponde el rechazo

de los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. fs. 566/567 y confirmar la sentencia de fs. 527/544vta. en cuanto fuera materia de agravios.

I.C) Conforme lo decidido, las costas se imponen a la apelante demandada vencida (ídem art. 69 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 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) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. fs. 550/567vta. y confirmar la sentencia de fs. fs. 527/544vta. en cuanto fuera materia de agravios.

2) Imponer las costas a la apelante demandada vencida (art. 69 de la ley XIII, nro. 5, Anexo A - Digesto Jurídico-). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes (arts. 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores –Digesto Jurídico-).

3) Tener presente las reservas del caso federal planteadas por la apelante demandada a fs. 567.

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

Viene a mi conocimiento el presente pleito por haber sido apelada por la parte demandada la sentencia

definitiva nro. 70/2012 (fs. 527/544, fs. 548).

Obra agregado el memorial de agravios a fs. 550/567), cuyo contenido recursivo ha sido detallado por la Sras. Camaristas que me precedieron, quienes hicieron concordancia en el primer agravio, la debida extensión al actor de los aumentos establecidos en el acuerdo de fecha16/10/2008, segundo, la declaración de inconstitucionalidad de dicho acuerdo, tercero, inconstitucionalidad de las viandas, cuarto, vulneración del principio de seguridad jurídica, el quinto agravio la indemnización del art.80 de la LCT, sexta queja condena por aplicación del art. 2 de la Ley 25323.

Existiendo una aparente discordancia respecto de la fórmula postulatoria, único tema sobre el que me expediré.

Conforme lo establecido en el art. 274 del CPCCCh, que dispone 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 decisión 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"; que hago uso de la facultad de no emitir opinión sobre aquellos temas que existe mayoría de votos coincidentes en su resolución, y a los fines de no acarrear nulidades sobre el tema.

Solución:

La sentencia venida en crisis dispuso en el tercer punto del fallo "condenar a la demandada a entregar en el plazo de 10 días de quedar firme la presente el

certificado de trabajo correspondiente al accionante, ello conforme los alcances que en definitiva se resuelven en el presente juicio, en un todo de acuerdo con lo establecido en el art. 80 LCT y conforme lo resuelto en el considerando respectivo".

Ahora bien, la sentenciante de grado en el considerando respectivo, luego de describir los contenidos explícitos en la ley en tratamiento, dice que el certificado ANSES PS 6.2 no fue objeto de reclamo y reconocida a fs. 71.

Continua expidiéndose en cuanto las constancias documentadas del ingreso a los organismos de seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones previstas en el art. 80 de la LCT que también fue objeto de reclamo, aunque no existió constancia que el actor hubiera recibido tal documental, advierte que en la documental presentada por la demandada, en cumplimiento de la intimación, fue adjuntada constancia documentada de la totalidad de los aportes y contribuciones a los organismos de seguridad social (formulario AFIP 931) y sindicales, fs. 130 y lo informado por ANSES a fs. 450, siguió el criterio del STJ en el caso "L. R..." y tuvo por cumplidas las obligaciones patronales siendo innecesario de parte de la demandada la entrega de dichas constancias documentales (fs. 541vta.).

Con relación a la indemnización prevista en el art. 80 LCT, se tuvo en cuenta que se cumplieron por parte del actor las intimaciones legalmente previstas, la omisión de entrega oportuna del certificado de las constancias de los apartados 1 y 2 y aplicó la multa porque la obligación ya se había tornado exigible, sobre lo cual existe coincidencia de las Sras.

Camaristas que me precedieron confirmando la decisión de grado.

El apelante cuestiona la imposición de dicha indemnización invocando lo dispuesto en el precedente del STJ invocado, respaldándose en que la documentación fue entregada y la juez así lo consideró, tal como he reseñado en el párrafo precedente y ello no fue apelado por la actora. Pero fundamentalmente la demandada apelante cuando cita el fallo venido en crisis que la documental no contiene los datos correspondientes a la relación sobre remuneraciones, reconoce que surge de los datos del formulario PS6.2. y suplía la omisión incurrida el certificado entregado en dicha oportunidad.

Existe concordancia entre todas las sentenciantes respecto de este tópico.

Certificado del art. 80, la primera votante entendió que de acuerdo lo decidido la constancia documentada del ingreso a los organismos de seguridad social de aportes y contribuciones estuvo cumplimentada. En cuanto al certificado de trabajo impuso la multa porque recién lo entregó al contestar demanda, que fue intimada la empleadora el 2/8/08 (fs. 380) acompañado el 3/3/2009, que no hay constancia que lo hubiera entregado ni que hubiera estado a disposición –ni la testimonial que invocaron y no produjeron-, que se cumplieron por el trabajador todos los plazos, no así la demandada, lo cual hace procedente la multa, y existe mayoría en la confirmación de la condena.

Modificó el fallo en cuanto a constancia documentada de aportes y contribuciones a los organismos de seguridad social (Formulario AFIP

formulario 931), a lo que se suma lo informado por el ANSES a fs. 450 que tiene todos los requisitos, documental que no tuvo ataque por el trabajador y afirmando que los acompañados en modo alguno reemplazan al certificado de trabajo.

La segunda votante coincide con que el certificado de trabajo no fue entregado en término por lo cual procede la multa.

Sin perjuicio de la coincidencia señalada, de la lectura del fallo citado como precedente "L. R…" publicado en la rev. La Ley, año 8-número 2-abril de 2011, pág. 149, dice el Dr. Pasutti, "que corresponde revocar la resolución que condenó al empleador a entregar al trabajador el certificado de trabajo, "si consta que lo hizo al momento del distracto"…", lo que no ocurrió en la especie.

Encontrándose resuelto por mayoría que el certificado entregado fuera de lo previsto en la norma, y por haber llegado firme, no apelado por la actora atento a la máxima *tantum apellatum quatum devolutum*. Por lo cual el tercer punto del fallo llegó firme.

Adhiero en lo que me expedí a la fórmula postulatoria de la Dra. Melero.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. fs. 550/567vta. y confirmar la sentencia de fs. fs. 527/544vta. en cuanto fuera materia de agravios.

2) Imponer las costas a la apelante demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios

profesionales de los Dres. I. F. de las C. e I. F. A., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado.

3) Tener presentes las reservas del caso federal planteadas por la apelante demandada a fs. 567.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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