En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la ***Sala A*** *de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de las señoras Juezas de Cámara Dras. Silvia Noemí Alonso y Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados:* ***"O., M. I. c/P. C. R. S.A. s/DEMANDA LABORAL (Indemnización de ley)", expte. nro. 134 año 2013****, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4637/2007), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 456), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso, Dra. Nélida Susana Melero.-*

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: ***PRIMERA****: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 385/398? y* ***SEGUNDA****: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 385/398 es apelada por las partes, siendo la actora quien a fs. 403/409vta. formula su queja que le es contestada a fs. 412/416v. por su oponente y es esta quien a fs. 419/436vta. expone las suyas que le son contestadas por la actora a fs. 438/441vta.

En base a un criterio lógico corresponde atender en primer lugar a los argumentos críticos de la demandada. Así se advierte que la primer cuestión propuesta a revisión es el presunto error en el calculo de la indemnización por antigüedad incluyendo el rubro “gratificación extraordinaria” cuando en el contexto de su tratamiento, surge de los considerandos una opinión contraria,

además opone una defensa formal y la errónea aplicación de la presunción del art. 55 LCT, siendo que la situación planteada no lo admite.

Que desde el inicio y previendo que el rubro “gratificación extraordinaria” seria objetado como integrante del cálculo de la indemnización por antigüedad, la reclamante expone largamente sus argumentos doctrinarios y jurisprudenciales en pos de su admisión(fs. 219vta/222, ps. b y c). De lo contrario le habría bastado con señalar la documental base de su reclamo sin mas. O sea, que se deben tomar como base los rubros remunerativos que integraron lo percibido en el mes de diciembre de 2006.

Contra tales ponencias y opiniones se alza la demandada (fs. 261vta. ps. 39/55) marcando la tendencia mayoritaria en los aspectos expuestos por su oponente, negando las diferencia reclamadas.

Atento lo expuesto mal se puede sugerir que lo confesado en la demanda requiera un plus de actividad probatoria por parte de su oponente, cuando esta se defiende sin discutir el contenido de la base documental – faltante en autos- y tan solo cuestiona la integración al calculo del rubro en cuestión. De allí la irrelevancia y la utilización del recurso adicional del art. 55, cuando no existen hechos controvertidos en cuanto al contenido del recibo no acompañado.

No escapa a tales verificaciones probatorias el contenido del dictamen pericial de fs. 365/365vta. que asevera, presume que sin animo vinculante, cual es la mejor remuneración, normal y habitual, teniendo a la vista la documental prevista por ley llevada regularmente y sin duda el recibo en cuestión, pero sin describir los rubros que ha tenido en cuenta para tal sugerencia.

Se trata en definitiva de establecer si corresponde o no acoger el rubro como remuneratorio y/o útil a los efectos del calculo previsto en el art. 245 LCT. y en tal sentido, tras meditado estudio de las diversas opiniones que refieren al tema, me inclino por la postura doctrinaria y jurisprudencial a la que adhiere la recurrente y que en síntesis señala que: "La frecuencia anual del bonus, aunque se la calificara como retribución anual, la excluye de su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del artículo 245 de la ley de contrato de trabajo, que se refiere inequívocamente a asignaciones de frecuencia mensual (ver v. gr. el fallo "Baña, Horacio R. c/ Pall Technologies S.A.", DT, 2005, agosto, 1092; "Garramone, Raúl

O. c. Citibank N.A.", DT, 2003-B, 1022, entre otros).

Además y en fallos mas recientes se señala que: “Tratándose de una gratificación que la empleadora calificó como “gratificación anual sobre resultados año...”, no puede desconocerse su naturaleza remuneratoria, en tanto no logró probar aquélla que su pago no se configuraba con motivo de los servicios normales y habituales que prestaba el actor, por lo que, si bien su percepción se hallaba sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones previamente establecidas por la demandada para estimular el rendimiento de aquél (extremo que arriba firme a esta Alzada), no por ello dejaba de constituir una modalidad de salario complementario (cfr. arts. 103 y 104 de la LCT).” y que “No asiste razón al actor en cuanto pretende que se agregue a la base de cálculo indemnizatoria la proporción mensual de ese bono anual (gratificación anual), dado que el art. 245 de la LCT remite a la “mejor remuneración mensual, normal y habitual”. Por tal razón, corresponde excluir de dicha base a las retribuciones que no revisten periodicidad mensual, como las gratificaciones anuales (CNTrab., sala IV, 27/04/2012 -“L. A. D. c/ Don Benjamin S.A. s/ despido” – Publicado el 15/06/2012, Citar: elDial.com - AA7703, entre muchos) que marcan una tendencia mayoritaria importante.

Corresponde en consecuencia, ya que tal como lo he señalado en muchas oportunidades no participo del método de calculo propuesto en la demanda, esto es de promedios salariales (ver v. gr. SDN° 04/2013), no teniendo a la vista toda la documental idealmente idónea para establecer por calculo cierto el salario base y tomando en consideración las alegaciones concordantes de las partes, los datos de los recibos acompañados y que reservados por secretaría obran por ante mí, y el dictamen pericial logrado en función de idénticos antecedentes en los que a su pesar figuren “gratificaciones especiales” y en especial la que se observa bajo el código 300 a fs. 25, consideró que la base de la liquidación efectuada por la demandada se ajustó a derecho por lo que cabe desestimar la demanda en cuanto las presuntas diferencias de la liquidación por antigüedad. (ver v. gr. como lineamiento en el tema con abundancia de citas jurisprudenciales y doctrinarias CTra., San Rafael, Mendoza, Sala II, 23/08/2011 –“ Manrique Andrea Gladys c/ Consolidar AFJP S.A. s/ despido”- Cita: MJ-JU-M-67635-AR | MJJ67635 | MJJ67635

Así como de los antecedentes obrantes en la causa el reclamo formulado en la liquidación de fs. 223vta. no mereció objeción alguna y si de algún modo puede considerarse implícita en el capítulo de la negativa genérica de fs, 279/261vta. ps. 2/38, vale recordar que conforme Lino E. Palacio y Adolfo Alvarado Velloso en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal Culzoni 1997, pág. 432, "La negativa genérica e indeterminada no satisface el requisito legal, que desecha formulas tales como "niego los hechos que no sean expresamente reconocidos", o "niego todos y cada uno de los hechos expuestos por el actor, salvo los reconocidos en este escrito" pues la respuesta negativa no puede quedar circunscripta a una mera fórmula, por categórica que sea su redacción, sino que debe apoyarse en alguna razón que la justifique. La negación en otras palabras debe ser fundada, sea mediante la alegación de un hecho contrario o incompatible con lo afirmado por el actor o a través de algún argumento relativo a la inverosimilitud de ese hecho.

La inclusión del rubro en la liquidación practicada en la demanda con expresa nominación de la norma fundante lleva implícita la convicción del cumplimiento de los extremos previstos en tales disposiciones, así existió en principio legitimación activa, interés y circunstancias favorables a la proponibilidad de la pretensión no cuestionada lo que torna extemporánea su alegación defensiva actual. Y aún cuando pueda considerarse factible el planteo de inconstitucionalidad formulado, recién en la Alzada resulta inaudible, ya que no puede dudar la recurrente respecto de que se nos impone el criterio que en la materia impuso por “Doctrina legal” (doct. del art. 291 CPr./DJ) como bien señala el accionante en su contestación a fs. 439 p. c).

Al margen de lo que pueda decidirse en cuanto a la indemnización proveniente por eventual incumplimiento de la normativa impuesta por el art. 80 LCT., la falta de prueba en cuanto al reclamo por insuficiencia de la liquidación por antigüedad incidió negativamente en el reclamo por la indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25323. Resultando oportunos de aplicación al caso los antecedentes señalados por la Sala B de este Tribunal. Razones de economía y celeridad, caros al fuero evitan mayores consideraciones.

Ya en cuanto al tratamiento del punto al que he hecho referencia en el párrafo

anterior, surge sin la menor duda que tras haberse confesado el cumplimiento de la obligación que asume la patronal al colocarse en la situación prevista en el art. 80 LCT. recién al formularse la demanda (22/11/2007) se observan presuntas deficiencias en su confección y al no haberse intimado previamente a subsanar la misma de conformidad con las pautas que impone la correcta interpretación del art. 63 LCT., se intenta lograr un beneficio extra intimando extemporáneamente para que en el plazo de dos días procede a su entrega –corregido- bajo apercibimiento de efectuar el reclamo por la vía judicial (fs. 230) que ya estaba hecho días antes –mereciendo la replica de fs. 231).

Y es que el artículo 45 de la ley 25.345 y el artículo 3° del Decreto 146/01 establecen, respectivamente, una sanción pecuniaria a favor del trabajador cuando el empleador no entrega los certificados previstos en el art. 80 LCT. y un procedimiento constitutivo de la exigibilidad en concreto de esa sanción, cuya observancia estricta es indispensable para generar el crédito, por lo que no procede el pago de la multa si se omite realizar la intimación en la forma allí establecida, o si ella es cursada junto con la comunicación de despido indirecto o en respuesta a la de despido, o se la formule en la audiencia de conciliación en sede administrativa ya que tal acto implica la preexistencia de los créditos sobre los que versará,- y agrego, o si por se advierte abuso de derecho para salvar la negligencia u error en el procedimiento - (ver v. gr. CNTrab. sala VIII, 2011/12/13 – Restaino, Lida Clotilde c. Asoc. Civil Club Atlético Velez Sarfield s/ despido – DJ 2012/07/18, p. 49; CNCiv., Sala IV, 2007/09/13 –“Olmos Tomas c/ Swiss Medical S.A. s/ ejecución de créditos lab” - Cita: MJ-JU-M-33372-AR | MJJ33372 | MJJ33372, entre otros). Lo dicho justifica la decisión fundada de la iudex a quo sintetizada finalmente a fs. 396 últimos párrafos/296vta. Así, debe desestimarse la queja de la accionante.

Cabe verificar si correspondía hacer lugar al reclamo contenido en el p. 2 del decisorio ya que la accionada insiste en el fiel cumplimiento en tiempo y forma de su obligación de dar considerando que la pretensión de la parte acogida favorablemente en el fallo excede los recaudos normativos.

La recta lectura de la norma contenida en el art. 6 de la ley 24576 no impone un detalle exhaustivo de cada acción de capacitación ya que la calificación laboral

ganada durante el desarrollo de sus tareas y expresamente señalada a fs. 207 (documental reservada que tengo por ante mi) conlleva la suficiente y adecuada capacitación que debió haber efectuado para obtenerla en el caso Oficial ayudante mecánico en el sector mantenimiento de fabrica de cemento. Máxime cuando en la demanda no se hace referencia a ningún tipo de capacitación especial, curso o entrenamiento u otros factores de merito que pudieran ponerse de resalto a los fines de los intereses de futuro del empleado.

Téngase en cuenta que la norma exige que se consigne la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados (en el caso no se denuncia cambio alguno o desempeño simultaneo) y ello mas allá que se hubiera realizado o no algún tipo de capacitación. Y es lógico ya que la experiencia puede suplir la capacitación especial en muchos tipos de tareas lo que depende del nivel de compresión, habilidad natural o esfuerzo de acuerdo al interés o necesidad que impulse a cada individuo.

Por todo lo expuesto propongo al acuerdo desestimar los agravios de la accionante y acoger favorablemente los de la demandada, en consecuencia corresponde rechazar la demanda en todas sus partes tornándose operativa la norma contenida en el art. 282 del CPr./DJ, y en atención a la complejidad interpretativa de la normativa aplicable al caso, siendo que en la mayoría de los temas tratados aún no se ha logrado uniformidad lo que admite dudar en la razonabilidad del planteo judicial, estimo prudente la aplicación de la segunda parte del art. 69 CPr./DJ y establecer las costas por su orden en ambas instancias, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la ley XIII N° 4 y 15.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Rechazar los agravios de la accionante y acoger favorablemente los articulados por la demandada en consecuencia corresponde revocar el fallo de fs. 385/398, desestimándose la demanda en todas sus partes, imponiendo las costas por su orden y difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo, todo de conformidad con los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1. El fallo apelado

El contenido del fallo, los datos de los recursos y el contenido de sendas expresiones de agravios han sido reseñados por el primer votante; a tales consideraciones me remitos a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

2.a. Los agravios de la demandada.

La parte demandada sostiene que le genera gravamen: la condena sobre diferencias indemnizatorias con sustento en la determinación de un salario base superior al debido; la procedencia del agravamiento indemnizatorio previsto por la ley 26561 y del previsto por el artículo 2 de la ley 25323 y por la desestimación del certificado previsto por el artículo 80 LC, con base en afirmaciones dogmáticas.

El primer agravio (diferencias por determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual) reconoce como sustento la arbitrariedad del fallo al acoger la pretensión de la actora con base en la aplicación de la presunción contenida en el artículo 55 de la LCT y el desconocimiento que el salario del mes de diciembre se integró con gratificaciones extraordinarias. El recurrente arguye, además, que la mentada presunción es inaplicable porque la trabajadora no prestó el juramento que prevé la ley de procedimiento laboral (art. 42).

En primer lugar he de señalar que, la inclusión de gratificaciones en el salario correspondiente al mes de diciembre de 2006, es un hecho no controvertido. El actor lo ha afirmado al promover la demanda y la empleadora lo ha reconocido en su contestación; tal realidad demuestra que es erróneo pretender que no se ha acreditado que este rubro integró la remuneración del actor en dicho período. En todo caso, si es cierto que no se puede determinar cual fue el monto de ese concepto puesto que el actor no lo denunció, tampoco la demandada en su responde, el recibo no fue agregado por ninguna de las dos partes, el libro de sueldo y jornales no fue exhibido y el perito tampoco tuvo acceso a documentación alguna que demuestre cuales fueron los rubros agregados.

Ahora bien, esta conclusión no alcanza para revisar sin otra consideración lo resuelto como pretende la empleadora bajo el argumento de que ha quedado firme el argumento de la jueza relativo a la inclusión de las gratificaciones

extraordinarias en la base del cálculo de la indemnización por antigüedad. Ello así en tanto, el fallo las incluye –por otras razones- y el actor no estaba obligado a impugnar ese argumento puesto que los considerandos de la sentencia son inapelables y sólo lo es la "decisión expresa, positiva y precisa" que debe contener toda sentencia.

Las razones expuestas demuestran la necesidad de dar tratamiento a la cuestión central que nos ocupa; es decir a si las gratificaciones deben integrar o no la base del cálculo indemnizatorio.

En tal orden de ideas, señalo que la naturaleza remuneratoria del concepto no ofrece dudas y asi lo confirma jurisprudencia uniforme de nuestro Superior Tribunal de Justicia. En tal orden de ideas, invoco el señero precedente del año 1986 en el que se estableció: que "el otorgamiento de bonificaciones por parte del empleador a su personal cuando revisten carácter de habitualidad, se convierte en una forma de retribución que ha de ser considerada como parte del sueldo o salario de los dependientes, es decir cabe asignarles carácter remuneratorio. Por otra parte toda bonificación o gratificación que se abone con motivo del contrato de trabajo debe reputarse como remuneratoria, tanto en cuanto dependa de circunstancias vinculadas con la empresa (producción, venta, etc.) o con el trabajador (dedicación, pautas de conducta o producción, etc.).

Principio éste que admite excepciones en cuanto el empleador demuestre que la gratificación no encuadra en el concepto de remuneración contenido en el art. 103 de la L.C.T." (SI.86/87, dictada en autos "R., J. A.0 c/ A. C.A.P.S.A."),

La categórica doctrina que emana del precedente individualizado que es reiterada en otros fallos del máximo tribunal local (verbigracia G., A. c/ C. SA s/ laboral", Expte Nº15890-C-1997) da sustento al rechazo de este agravio y así lo propongo al acuerdo. Es que, el carácter remuneratorio de las mentadas gratificaciones obliga a su inclusión en la base del cálculo, desde que además esta probado en autos que se las ha abonado en forma habitual, como ha afirmado el actor en el escrito inicial y lo corroboran los recibos de haberes agregados. En efecto, los obrantes a fs. 4, 11, 22, 26, 37, 38, 40, 59, 62, 66, 67, 69, 76,79, 94,95,98, 100, 101, 102,107,112, 116, 119, 129, 131, 134, 136, 139, 140, 145, 149, 157, 159, 169, 173, 179, 180, 187 y 195 dan cuenta del pago de las gratificaciones

durante todo el transcurso de la relación laboral, tal como lo ha denunciado el trabajador.

Esta conclusión no se ve impedida por el hecho de que las mismas no hayan sido abonadas en forma mensual, en tanto la propia ley ha cambiado el concepto de “percibido” por el de “devengado”. El cambio no puede ser minimizado y avala la postura que ya he sostenido respecto de la inclusión del sueldo anual complementario en la base del cálculo indemnizatorio a pesar de que es abonado en dos oportunidades. Ello en tanto estamos ante un salario diferido (cfr. CNTrab, Sala VII, 29/12/2009, Causa 13.522/2008, "Gagliardi, Andrea Fabiana c/ Axa Assistance Argentina S.A. s/ diferencias de salarios" , elDial.com - AA5CC1, ídem fallo del 10/05/2010, en autos “Sánchez, María Esther c/ El Cronista Comercial S.A. s/ diferencias de salarios s/ despido" elDial.com-AA60AB; ídem SALA VIII, fallo del 14/08/2012, en autos "L. R. F. c/Pride International SRL y otros s/despido", elDial.com - AA7A0C; Sala III, fallo del 24/05/2012, en autos “Torras, Rodrigo Javier c/ Techimp Sur SA y otro s/ despido”, elDial.com AA7735; Sala IV, fallo del 30/06/2011, en autos "Luz, Gustavo Daniel c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ despido", elDial.com - AA6D8E).

Por supuesto este criterio, encuentra sustento en las normas superiores de nuestro ordenamiento, concretamente me refiero a las previsiones del art. 14 bis de la Constitución Nacional que da rango supremo al principio protectorio, a la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de considerar al trabajador "sujeto de tutela especial” en concordancia con la plena vigencia de los principios que debemos extraer de los tratados de derechos humanos.

Por todo lo precedentemente expresado y analizado, la base indemnizatoria que corresponde tomar debe incluir también el monto de la gratificación devengado mensualmente en forma proporcional. Ahora bien, la propia demandada no ha contribuido a determinar los importes correspondientes al monto del bono desde que no ha agregado a estos autos ni el libro de sueldos y jornales ni el recibo de haberes correspondientes al mes de diciembre. Esta conducta procesal claramente reprochable ha beneficiado al trabajador desde que ha impedido conocer la integración del salario y autoriza la conclusión de la jueza respecto al

monto de la mejor remuneración normal y habitual el que se confirma por los fundamentos dados.

El segundo agravio se vincula con la procedencia del agravamiento indemnizatorio (50%) previsto por la ley 26561 y adelanto que el agravio no supera el examen de admisibilidad. Es que como lo propone el Dr. Alexandre, corresponde considerar extemporáneos los argumentos de la recurrente en torno a la procedencia de tal incremento ya que se pretende introducir en la Alzada cuestiones que no fueron motivo de planteamiento y puestas a la consideración del tribunal de origen.

El tercer agravio versa sobre la procedencia del agravamiento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la ley 25323. Sin perjuicio de la solución que propongo con relación a las diferencias por indemnizaciones por antigüedad entiendo que los argumentos del recurrente son atendibles.

Las propias divergencias de este fallo confirman tal extremo desde que patentizan la falta de uniformidad de la jurisprudencia en el tema.

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

Así es imposible soslayar que el despido ocurrió el 8 de junio de 2007, que en el plazo de ley, el trabajador percibió la suma de $59318,93 y que las diferencias indemnizatorias se originan en la inclusión en la base adoptada para el cálculo de las sumas correspondientes a las gratificaciones.

En tal contexto, no advierto que la valoración de la jueza ceñida exclusivamente a la omisión de pago de tales diferencias, se ajuste a las previsiones de la ley 25323; ello fundamentalmente porque no se ha valorado que la conducta de la empleadora encontró razonable sustento en opiniones jurisprudenciales divergentes respecto a la naturaleza de tales conceptos e inclusión de los mismos en la base del cálculo.

Destaco, por lo demás, que en similar razonamiento esta Sala ha justificado la

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

Por las razones expuestas propongo el acogimiento del agravio y la exclusión del monto de condena del incremento indemnizatorio reconocido por este concepto.

El siguiente agravio (cuarto) se refiere a la completitud del certificado de trabajo entregado por la empleadora; la jueza ha considerado que es defectuoso y la empleadora sostiene que no está obligada a consignar información relativa a las acciones regulares de capacitación.

La defensa es meramente voluntarista; la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación es un recaudo legal.

Insisto, como he sostenido en anterior pronunciamiento en el que se debatió idéntica cuestión es la ley la que obliga a la empresa a documentar el nivel de calificación profesional obtenido en el período que el trabajador o la trabajadora permaneció bajo sus ordenes.

Entonces sostuve y reitero ahora que la Ley 24576 (sancionada el 18 de octubre de 1995 y promulgada de hecho el 9 de noviembre de ese año) incluyo como parte integrante de la Ley de Contrato de Trabajo en el Título II, un nuevo capítulo –VIII- relativo a la for-mación profesional, con diferentes previsiones, una de las cuales incide directamente en el contenido del certificado de trabajo.

Así, la sexta norma de ese capítulo, textualmente dice: En el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo deberá constar además de lo prescripto en el artículo 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación".

La claridad de la exigencia legal –más allá que la localización natural sería en el artículo 80 LCT- me exime de mayores comentarios.

La restringida interpretación que se propone no puede prosperar porque, como

sostiene calificada doctrina, se trata de la certificación un dato nuevo, que ya no se resume a la identificación estandarizada de la “categoría convencional”. Se requiere la individualización del tipo de destrezas y aptitudes para las que está calificado en una suerte de “radiografía” de la trayectoria a órdenes del empleador que lo expide (cfr. Ojeda, Raúl Horacio, Ley de Trabajo comentada y concordada; 2° edición actualiza, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2011, p. 605).

Los fundamentos dados dejan sin sustento al agravio y, en consecuencia, corresponde confirmar la condena a entregar un nuevo certificado de trabajo, conforme lo ordenado en la instancia de grado.

La impugnación de honorarios no puede prosperar porque los porcentuales han sido fijados dentro de las escalas mínimas y máximas que la ley prevé para este tipo de procesos, teniendo en cuenta además el doble carácter en el que han actuado los letrados intervinientes y respectando las pautas legales previstas por el artículo 5 del régimen arancelario vigente. Por tal razón, corresponde el rechazo de este agravio.

En definitiva, sólo prospera el tercer agravio y se declara la improcedencia del agravamiento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la ley 25323 cuyo monto de condena ascendía a $ 9143,09 –fs. 393 vta.-

2.b. El recurso de la parte actora.

La parte actora cuestiona el rechazo de la indemnización del artículo 80 LCT, con sustento en las especiales circunstancias de esta causa las que describe.

En efecto, resulta de autos y lo ha puesto de manifiesto la jueza de grado que estamos ante una situación que presentas aristas propias que deben ser analizadas en su justo alcance. Es que el actor promovió la demandada, reclamó la procedencia de la indemnización del artículo 80 LCT denunciando que el certificado entregado era defectuoso y antes de notificar la demanda, en forma extrajudicial cumplió con el presupuesto formal de intimar en forma fehaciente y extrajudicialmente a la entrega de las certificaciones en debida forma. La empresa rechazó la intimación, todo ello según consta a fs. 230/231.

El contexto fáctico descripto evidentemente no es el mismo que ha tenido en cuenta este tribunal en distintas oportunidades para rechazar la procedencia de la indemnización. Obviamente tampoco son los hechos valorados y juzgados en los

autos “F., N. c/ P. S. I. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral" (Expte. Nº 20.394-F-2006) por el Superior Tribunal de Justicia. En estos claramente se descalificó el criterio que la intimación que ordena el Juzgado a fin de que se acompañe el certificado de trabajo bajo apercibimiento de la sanción prevista por el art. 45 de la Ley Nº 25.345, y que se efectiviza con la notificación de la demanda, suple o es suficiente para dar por satisfecho el presupuesto formal que la norma impone al trabajador; y siempre que se respete el plazo de los 30 días exigido por el art. 3 del Dto. Nº 146/01.

Y, no es esta la situación de autos, desde que las carta documento obrante, a fs. 230, demuestra que existió una intimación fehaciente y extrajudicial al empleador para que entregue al trabajador una certificación completa ante las deficiencias que contenían las entregadas. Esta notificación fue anterior a la de la demanda, de modo tal que el empleador tuvo oportunidad real y concreta de cumplirla.

Es decir, como ha sostenido nuestro máximo tribunal, se cumple la exigencia formal que “el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de los certificados mencionados en el mismo artículo. Esta intimación para que cobre virtualidad jurídica debe hacerse extrajudicialmente ante el incumplimiento del empleador de extender los certificados de trabajo al tiempo de la extinción de la relación laboral por cualquier causa que fuera; y formularse en términos precisos y claros”.

Tal lo sucedido en autos y si alguna duda quedara en orden al cumplimiento del mentado recaudo, esta debe ser superado con base en la regla de la condición más favorable que se aplica tanto al derecho como a la apreciación de la prueba (art. 8 LCT)-.

Por último señaló que he propuesto al tratar la improcedencia del agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25323 que no se haga una aplicación mecánica de la norma y se valoren las circunstancias propias de la causa; pues bien con el mismo criterio entiendo que no corresponde una aplicación mecánica de los precedentes sino que deben tenerse en cuenta las mentadas circunstancias. Es que como ha dicho el Superior Tribunal de Justicia en la causa citada para que se considere aplicable la doctrina legal, debe haber identidad entre la situación fáctica y jurídica del juicio antecedente que se invoca como sostenedor de la doctrina, y la que se ha pretendido hacer valer. Por ello, ha declarado dicho órgano que "las

decisiones enmarcadas en las circunstancias propias de cada causa, no determinan por sí mismas la inevitable conclusión idéntica en otro pleito con desarrollo procesal absolutamente autónomo" (L. 25.704, "C., U. c/ S. M. S. A. s/ Cobro de pesos-daños y perjuicios", 20-III-79; DJBA, Doctrina de los Fallos, marzo 1979, págs. 52/53, citados por Hitters, Juan Carlos, "Técnica de los Recursos Extraordinarios y de la Casación", págs. 339/340, 2ª edición, Año 1998)".

En el caso bajo examen, tales circunstancias no son idénticas y tal diversidad es la que –entiendo- obliga a adoptar una decisión haciendo prevalecer el carácter del trabajador de sujeto de tutela preferente consagrado por las normas preeminentes de nuestro ordenamiento (art. 14CN y PISDEC entre otros Tratados de Derechos Humanos incorporados a la CN por el artículo 75 inc.22), con una interpretación acorde a la que propone el artículo 9 de la LCT.

Por las razones expuestas considero que se debe tener por acreditado el cumplimiento del presupuesto formal (intimación) y el sustancial (certificación defectuosa) que hace procedente el pago de la indemnización del artículo 80 LCT, la que se establece en la suma de $ 11779,02, en un todo de acuerdo con lo reclamada y la mejor remuneración establecida precedentemente.

2.c Por las razones expuestas, teniendo presente que del monto de condena fijado en la instancia de origen corresponde detraer el incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25323 y sumar la indemnización del art. 80 LCT, se establece el monto de condena en la suma de $ 55586,49.

3. Costas y honorarios.

La modificación de la condena exige la readecuación de las costas y honorarios de primera instancia por expreso mandato legal contenido en el artículo 282 del ritual. Ahora bien, en el caso concreto, las modificaciones propuestas carecen de entidad para revisar tanto las costas, en tanto la demandada mantiene la calidad de vencida, como los honorarios ya que los mismos han sido determinados en porcentuales y como he dicho no se ha alterado la condición de vencido.

Con base en estas razones no es pertinente efectuar readecuación alguna.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida en lo sustancial. El acogimiento parcial de uno de los agravios no alcanza para revertir la calidad de vencido, atendiendo a la naturaleza del proceso y la mínima

modificación del fallo.

Los honorarios de establecen de conformidad con las pautas generales del artículo 5 y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto los fijo a favor del Dr. J. J. E. en el 30% de los que le corresponden en la instancia de grado y los de los Dres. I. F. d. l. C. y F. F. A., en forma conjunta, en un veinticinco por ciento (25%) de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado.

En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 401 e íntegramente al interpuesto por la actora a fs. 402. En consecuencia, revocar en forma parcial el punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 385/398 en cuanto al monto de condena el que se establece en la suma de pesos cincuenta y cinco mil quinientos ochenta y seis con cuarenta y nueve centavos ($ 55.586,49).

2) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. J. J. E. en el treinta por ciento (30%) de los que le corresponden en la instancia de grado y los de los Dres. I. F. d. l. C. y F. F. A., en forma conjunta, en un veinticinco por ciento (25%) de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs.436.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

A la primera cuestión la Dra. Nélida Susana 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 la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de

celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Advierto que han llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas preopinante, las temáticas sobre: agravios de la demandada:

1) Rechazan el agravio fundado en la improcedencia del agravamiento indemnizatorio e invoca la inconstitucionalidad del Dto. 1224/07 (fs. 421/428vta.) y 2)hacen lugar a la indemnización del art. 2 de la Ley 25.323 (fs. 428vta./429), quedando como desacordadas las cuestiones atinentes a :agravio de la demandada:1) en cuanto alega arbitrariedad y contradicción en la condena de deferencias indemnizatorias (fs. 419vta./421); 2) la completitividad del certificado de trabajo (fs. 433vta./435vta), 3) la regulación de honorarios y 4) imposición de costas. Agravios de la actora : 1)en cuanto al desestimación parcial del reclamo en lo que hace a la procedencia de la indemnización del art. 80 de la LCT. .(fs. 408/409vta.).

En cuanto a las concordancias apuntadas estimo que la cuestión fue tratada con fundamentos concretos, y que las opiniones vertidas en los votos se complementan y coadyuvan; en definitiva, coinciden para dar respuesta al agravio sometido a su consideración

Por tal entendimiento hace que me avoque a la emisión de mi voto sobre los puntos individualizados como desacordados en virtud de lo establecido por el art. 274 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – DJ- , ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando

el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia en autos caratulados: "V. L., E. c/ A. R. S.A. s/ Demanda Laboral (Indem. de ley)" (Expte. N° 22.419-V-2011 del día 29/11/12 Registrada bajo el N° 12/SRE/2012 SD N° 4/SRE/2007,(ídem. la SD N° 26/SRE/99) el Sr. Ministro Dr. José Luis Pasutti sostuvo, que la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el Tribunal y equivale a unanimidad cuando sólo actúan dos en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los votos deben arribar a una conclusión idéntica (Cfr.: SD N° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04)… Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (conf.: Loutayf Ranea, Roberto, "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes., Ed. Astrea, Buenos Aires,).

I.B -1) Agravio de la parte demandada apelante: fundado en que la a-quo ha incurrido en arbitrariedad y contradicción en la condena de deferencias indemnizatorias (fs. 419vta./421).;

La noción de remuneración es definida en el art. 1 del Convenio n° 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""

El maestro Dr. Justo López en su obra "El Salario", Edicones Jurídicas, año 1988, pág. 182/184 sostenía que la repetición constante de la gratificación a lo largo de un cierto periodo de tiempo la convierte de hecho en un elemento complementario de la remuneración, es decir un ingreso o ganancia que se agrega a las remuneraciones comunes devengadas en períodos más cortos… .En otras palabras: la reiteración de la gratificación en períodos consecutivos, origina, según la apreciación común, la razonable confianza que la misma ha de seguir siendo otorgada y ha pasado a convertirse en una parte (complementaria) que integra, regularmente, la remuneración del trabajador….Esa interpretación de la conducta reiterativa resulta perfectamente comprensible si se entiende que la gratificación repetida constantemente funciona como aumento permanente de la remuneración.

A la luz de dichos criterios y después de un exhaustivo análisis de los recibos de haberes de fs. 4, 11, 22, 26, 37,38, 40,59,62,66,67, 69, 76, 79, 94, 95, 98, 100 a 102, 107, 112, 114, 119, 129,131, 134, 136, 139, 140, 145, 149, 157, 159, 169, 173, 179, 180, 182 y 195 (doc. res. por Secretaría de Cámara bajo el nro.

82/12 el día 04/04/13) emerge claramente – a contrario de lo informado por el perito contador a fs. 365 – que el actor percibía en forma reiterativa durante la extensión del contrato de trabajo el rubro gratificación especial, con lo cual el mismo reúne el carácter de remuneratorio.

A mayor abundamiento estimo que aún si se dudara de ello, con la prueba que existe en autos, al menos, alcanza para tener por configurada una duda más que razonable a favor de la pretensión de la actora. Y el nuevo art. 9 LCT no exige más para acceder a la pretensión del operario, pues la duda debe saldarse en su favor. La demandada apelante no ha logrado aquí demostrar que la prueba favorable al actor sea menos valedera que la conjeturas de su parte con las que pretende hacer tambalear la doctrina, jurisprudencia y prueba tenidas en cuenta por la a quo, con lo que al menos existe una duda razonable sobre la certidumbre de su derecho, lo que a tenor del último párrafo del art. 9 de la LCT modificada, salda la cuestión en favor del obrero.

Por las consideraciones efectuadas corresponde rechazar los agravios expuestos por la demandada a fs. 419/436 vta., y confirmar la sentencia de fs. 385/398 en dicho sentido.

I.B-2)Centra dicho agravio respecto al entendimiento de la a-quo respecto a la completitividad del certificado de trabajo (fs. 433vta./435vta),

Conforme se extrae del segundo párrafo del art. 80 LCT, el empleador está obligado a entregar al trabajador un certificado en el que debe constar: a) el tiempo de prestación de servicios; b) categoría y tareas desempeñadas; c) remuneraciones percibidas; d)

aportes y contribuciones efectuados a los organismos de la seguridad social; y e) calificación profesional obtenida en los puestos de trabajo en los que se hubiere desempeñado. Si, como en el caso, y tal como lo analiza pormenorizadamente la a-quo a fs. 394/vta. se ha omitido lo requerido en cuanto a la capacitación profesional corresponde entender que la demandada ha efectuado una entrega de certificado de trabajo incompleto.

Es entendimiento jurisprudencial que comparto que: en la actualidad:" La norma del art. 80 LCT es estricta al respecto, exigiendo que el empleador libre el certificado de trabajo con la constancia de la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, si hubiere o no realizado acciones regulares de capacitación (ley 24576) y al mismo tiempo las constancias documentadas de aportes: mientras ello no suceda, incumple con la norma y debe ser compelido a cumplimentarla" (conf. crit. CNTrab – Sala VI Expte n° 6424/01 sent. 56010 5/5/03 "Bravo, Walter c/ Attos SRL s/ despido" (CF.- FM.- De la F.-): elDial.com – AL2018).

Son razones suficientes para arribar a la conclusión que no debe hacerse lugar al agravio planteado por la demanda apelante a fs. 433vta./435vta y confirmar la sentencia de fs. 385/398 en dicho sentido.

I.B- 3) En lo atinente al agravio sobre la regulación de honorarios, entiendo que al ser fijados en porcentuales que se ajustan a las escalas de mínima y de máxima previstas en el Título II, Capítulo I, arts. 5, 6 y ccdtes. de La Ley XIII, nro. "Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y

Procuradores“, no corresponde hacer lugar a dichos agravios.

I.C-1)El agravio de la apelante actora se alza contra la decisión de la a-quo de desestimar en forma parcial su reclamo en lo que hace a la procedencia de la indemnización del art. 80 de la LCT.(fs. 408/409vta.).

Conforme emerge de la TCL nro. 71204422 del 12/12/07 remitido por el actor a la demandada, quien contestó el mismo conforme documental de fs. 231 y fs. 250 mediante CD del día 21/12/07, ha quedado acreditado que el obrero intimó extrajudicialmente a la empleadora, cumpliendo con el requisito de intimación fehaciente más allá de la interpretación que realiza la empleadora sobre la extemporaneidad del reclamo ya que considero que la requisitoria que se impone al trabajador constituye un claro exceso reglamentario, en relación a la norma superior que reglamenta. (ídem. crit, expte. "L., S. A. c/ M. S.R.L y otro s/ Despido", S.D. 39.378 del 10.7.06)." S.D. 40273 Causa 6.749/05 – "Ramos, Fernando Hugo c/ Citibank N.A. s/ Despido" – CNTrab. - Sala VII – 18/07/2007 :elDial.com - AA3FC2)

Por dichos entendimientos corresponde hacer lugar los agravios planteados por la apelante actora a fs. 408/409vta. y revocar en este sentido la sentencia de fs. 385/398, determinando el pago de la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, en la suma de pesos once mil setecientos setenta y nueve con dos centavos. ($ 11.779,02), conforme lo reclamado y la mejor remuneración normal y habitual establecida por la a-quo a fs. 390vta.

I.C) Por último y respecto a la imposición de costas, es criterio sustentado por la suscripta a

partir de autos caratulados: "H., N. I. c/ O. M., A. y Otros s/ Demanda Laboral", expte. nro. 12.156/2000, sent. def. nro. 32 de esta Sala "B" del 16/05/01), que en casos como el de autos es de aplicación el principio jurisprudencial que establece que: "En la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio" (CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. c/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B, 2295), son criterios por los cuales corresponde mantener la imposición de costas de primera instancia e imponer las de esta instancia a la demandada vencida.

En cuanto a la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, atento lo decidido precedentemente en cuanto que han sido regulados en porcentaje y que las modificaciones atento a lo expuesto en el presente voto no tienen entidad suficiente para revisarlos en esta instancia no procede la readecuación de los mismos, razón por la cual dicho se regulan los honorarios del Dr. J. J. E. en el treinta (30%) y los de los Dres. I. F. d. L. C. y F. F. d. L. C. A., conjuntamente, en un veinticinco (25%) de los que correspondan en la instancia de grado, con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.(arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Pro-fesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 -Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la colega preopinante Dra. Silvia Noemí Alonso de Ariet y

entender que esta parte del voto no está comprendida dentro de las premisas prescriptas por el art. 169 de la Constitución Provincial, a la misma adhiero.

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

SENTENCIA

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 401 e íntegramente al interpuesto por la actora a fs. 402. En consecuencia, revocar en forma parcial el punto 1º de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 385/398 en cuanto al monto de condena el que se establece en la suma de pesos cincuenta y cinco mil quinientos ochenta y seis con cuarenta y nueve centavos ($55.586,49).

2) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. J. J. E. en el treinta por ciento (30%) de los que le corresponden en la instancia de grado y los de los Dres. I. F. d. l. C. y F. F. A., en forma conjunta, en un veinticinco por ciento (25%) de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs.436.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “L”