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 la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"L., M. R. c/ B. & Cía. SAIC y AG s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 287/13,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 401/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 732), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 702/712vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado.

La jueza de grado declaró la inconstitucionalidad de los rubros percibidos por el actor como no remunerativos; hizo lugar a la demanda, condenando a B. & Cía. SAIC y AG, a abonar al Sr. M. R. L., la suma que emerja de la liquidación que practicará la experta actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia; asimismo, condenó a la demandada a entregar, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, el certificado de trabajo y la constancia documentada del cumplimiento del ingreso de los aportes

y contribuciones efectuadas con destino al sindicato y a los organismos de la seguridad social, solicitados por el actor, confeccionados en los términos establecidos en el art. 80 LCT. Finalmente impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales.

2. El recurso, sus fundamentos y la contestación.

La parte demandada apeló a fs. 715, el recurso fue concedido a fs. 716; fundado a fs. 718/724 y contestados los agravios a fs. 726/727.

Mediante el primero agravio se cuestiona la inaplicabilidad de los topes indemnizatorios con sustento en la falta de invocación del Convenio Colectivo que regla la actividad de las partes. Concretamente sostiene que su parte hizo expresa mención a Convenio de Petroleros Privados y que su aplicación al caso es indiscutible en función de las constancias de la causa que individualiza. Agrega que aun para el supuesto de que el trabajador hubiere estado fuera del convenio la situación no varía puesto que la propia norma prevé que en tales supuestos -trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo- el tope será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

Invoca jurisprudencia y pide la revocación de fallo en lo que ha sido materia de agravio.

En segundo lugar cuestiona la procedencia de la indemnización prevista por el art. 2 de la Ley 25323, en tanto no se ha valorado que las diferencias indemnizatorias que se reconocen tienen su origen en la declaración de inconstitucionalidad del pago de las asignaciones no remunerativas. Insiste, en

consecuencia, en la ausencia del presupuesto esencial que da andamiaje a la figura que es la mora.

2. Tratamiento de los agravios.

El primer agravio se refiere a la aplicación del tope previsto por el art. 245 LCT y adelanto que, con base en las consideraciones que se siguen, no prosperará.

La recurrente ha invocado la regla que prevé la norma, es decir, la aplicación universal de los topes; ahora bien justamente en el caso que nos ocupa se da un supuesto de excepción a la mentada previsión. Es que la empresa, como bien señala la jueza, no ha individualizado con precisión cuál es la convención colectiva de trabajo aplicable al caso.

Este déficit impide la activación de la defensa del tope y no puede ser subsanado de oficio por la judicatura (cf. Ojeda, Raúl Horacio, comentario art. 245, "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada", Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2011, p. 440).

Repárese que ni al momento de contestar la demandada se ha hecho una tangencial mención a una CCT pero no se la ha individualizado, menos aun se ha demostrado entonces –tampoco al expresar agravios- cuál es ese tope y cómo incidiría en el caso concreto. Estas razones habilitan el rechazo de la queja (cf. CNTrabajo, Sala VII, 18/2/98, en autos "Ojeda, Víctor c/ Coca Cola s/ despido"; ídem sentencia del 21/2/2001, en autos, "Parrilla, Luis a y otros c/ Obra Social del Personal Telefónico y otro" –DT 2001-1930- y Sala X, 20/11/200, en autos "Romanazzi, Pedro M. c/ Capacitación y Desarrollo SA y otros", DT 2001-808, los últimos dos citados en la obra precedentemente

individualizada).

Con base en estas razones, propongo el rechazo del agravio.

El siguiente agravio se vincula con la procedencia de la multa del artículo 2 de la Ley 25323.

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

Esa ponderación no ha sido efectuada en autos con justeza por la magistrada y se advierten los vicios que pretende el recurrente. Así, es imposible soslayar: el despido ocurrió el 31 de mayo de 2010, el día 3 de junio de ese año el trabajador percibió las sumas individualizadas en el fallo y las diferencias indemnizatorias reconocidas se originaron en la declaración de inconstitucionalidad de los incrementos salariales no remunerativas.

La necesaria ponderación de estas circunstancias determina la procedencia parcial del agravio; ello fundamentalmente porque el pago del empleador se ajustó a las previsiones normativas vigentes en ese momento.

Destaco, por lo demás, que en similar razonamiento esta Sala ha justificado la omisión del empleador de abonar la doble indemnización con fundamento en la inconstitucionalidad de los decretos de prórroga, argumentando que la justificación aparecía como objetivamente razonable atendiendo al modo en que

fueron resueltos los planteos de inconstitucionalidad de la duplicación (cf. Sentencia Definitiva n° 75/06).

Las consideraciones precedentes son aplicables a las diferencia en la indemnización por antigüedad, no así respecto a la sustitutiva del preaviso que, como bien puntualiza la parte apelada, no fue abonada al momento de distracto. Es que respecto a este segmento el empleador sí se encontraba en mora y dicho extremo es el que genera el incremento conforme ya lo he expresado en anterior pronunciamiento ("A., H. O. c/ S. S.R.L. s/ demanda laboral (Indem.)", expte. nro. 288/11, Sentencia Definitiva nro. 16/11/L, decisión sustentada en la doctrina allí individualizada: Sappia Jorge, "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", DT 2001-A-224; ídem Pose Carlos, "Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25323", DT 2000-B-2304).

En función de lo expuesto se acoge parcialmente el agravio, y lo expuesto deberá ser tenido en cuenta al momento de practicar la liquidación de los conceptos adeudados conforme lo ordenado en la instancia de grado, modalidad que ha sido consentida por ambas partes.

3. Costas y honorarios.

Las costas se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota, teniendo presente, además, la naturaleza laboral de este proceso.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas arancelarias establecidas en el artículo 5 y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 de la ley arancelaria vigente. Los mismos se cuantifican a favor del Dr. F. V. M. en el 30% de los

que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. G. B. S. en el 25% de los que resulten en la instancia de grado.

A la segunda cuestión la Dra. Alonso dijo:

1) Hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 715.

2) Fijar la multa prevista por el art. 2 de la Ley 25323, conforme lo señalado en el considerando respectivo.

3) Costas a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios profesionales del modo propuesto.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria (se desestimó el planteo de inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 LCT de fs. 218, p. VII) de fs. 702/ 713, es apelada por la demandada a fs. 715 y a tenor del informe de fs. 718/724, contestado por su oponente a fs. 726/727vta., todo de conformidad con la planilla de elevación de fs. 729.

Que la colega preopinante consideró la admisibilidad formal y reseñó breve y ajustadamente el contenido de la queja, por lo que tras un detenido estudio y valoración de la misma, considero que se debe mantener abierta la instancia y sin necesidad de reiterar tal exposición paso a considerar cada cuestión conforme el orden impuesto en los agravios.

Que tal como lo señala la *a quo* la cuestión referida al planteo de inconstitucionalidad del tope del art. 245 efectuado por la actora a fs. 218 p. VII en los términos en que la funda sin la debida réplica, tal como se lee a fs. 247, 4° párr., ya que se diluye en mera negativa genérica y, en consecuencia, tales

alegaciones no alcanzan a conformar controversia. De allí que sin las pautas claras y ciertas del convenio aplicable en el caso, mal puede decidirse la cuestión o para el caso de la queja actual, obtener una respuesta que satisfaga sus intereses presuntamente vulnerados. En circunstancias referidas a planteos sobre las pautas a considerar a los fines del tope indemnizatoria que autoriza la normativa en cuestión, ante dudas en cuanto al convenio aplicable se ha dicho: "...sin perjuicio de considerar procedente la aplicación del tope ´previsto en el art. 245 de la ley de contrato de trabajo, en este caso la misma se ve obstaculizada toda vez que no surge de autos el convenio colectivo que resulta de aplicación al presente y conforme lo dispone el art. 8 de la ley de contrato de trabajo, si bien las partes no están obligadas a probar la existencia y contenido de lo convenios de trabajo, deben necesariamente individualizarlos con precisión (cf. CNTrab., fallo plenario 104 del 03/10/66 in re "Alba Angélica y otro c. Unión Tranviarios" LL 124-448; DT 1967-28), no pudiendo ser subsanada dicha omisión de oficio por el juzgador, dado que los recurrentes no lo invocaron oportunamente en el responde y tampoco siquiera lo hacen en sus memoriales, por lo cual el planteo debe ser desestimado" (ver CNTrab., sala X, 2000/11/20 – "Romanazzi Pedro M. c. Capacitación y Desarrollo S.A. y otros"- publicado en DT 2001-A-808; ídem CNTrab., sala IV, 19/12/2011 – "Laboratorio L.K.M. S.A. c/ G. D. A. s/ consignación" - Cita: MJ-JU-M-71080-AR - MJJ71080 - MJJ71080). Dejo a salvo que, en el caso, las partes discuerdan en cuanto a la aplicación de algún convenio por lo que la cuestión no es ajena (art. 280 CPr./DJ, aplicable por remisión del art. 73 de la Ley del fuero

XIV-N°1).

En cuanto a la segunda cuestión, surgen de las constancias de autos y de los considerandos pertinentes que las diferencias indemnizatorias que conforman la condena, de ningún modo le pueden ser imputadas al empleador, ya que ajustó su proceder a lo que se había establecido por convenio a la hora de formular la liquidación indemnizatoria y que fuera oportunamente percibida por el reclamante. Y es que ello obedeció al cambio de criterio establecido de conformidad con la doctrina y jurisprudencia actual, en cuanto la inconstitucionalidad de la naturaleza acordada a aquellos rubros calificados como "no remunerativos", circunstancia que recién se resuelve en el fallo. No obstante quedó un rubro pendiente de pago, esto es, la indemnización sustitutiva de preaviso y ello autoriza a convalidar el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la Ley 25323, por lo que corresponde acoger el agravio dentro de los límites señalados y que en definitiva concuerdan con la opinión de quien abre el acuerdo (ver, v. gr., "El porcentaje de la sanción que establece el art. 2 de la ley 25323 solo debe computarse sobre los importes indemnizatorios adeudados al trabajador que dieran origen al reclamo administrativo o judicial, y ello siempre y cuando se hubiere dado satisfacción a la previa intimación a la que la ley sujeta de procedencia de la multa. Por ello, si como en el caso, el reclamo involucra solo una diferencia indemnizatoria, corresponde ceñir el monto de la sanción al 50% de dicha diferencia" (CNAT Sala II, expte n° 13596/05 sent. 94609 17/11/06 - "Scognamillo, María c/ Dadone Argentina SA s/ despido"), debiéndoselo establecer en la instancia de

grado, conforme lo ordena el p. 2 del fallo.

La escasa influencia de la solución propuesta no justifica apartarse a los principios que gobiernan la condena en costas (art. 69 C.Pr./DJ) de allí que deban pesar sobre la recurrente, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la Ley XIII Nos. 4 y 15.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado mi propuesta con la de la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 715.

2) Fijar la multa prevista por el art. 2 de la Ley 25323, conforme lo señalado en los considerandos respectivos.

3) Costas a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios profesionales a favor del Dr. F. V. M. en el treinta por ciento (30%) de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a la Dra. G. B. S. en el veinticinco por ciento (25%) de los que resulten en la instancia de grado.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

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