En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre 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 la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de la Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., C. H. y otros c/ S.A. I. Y E. D. L. P. s/ DEMANDA LABORAL (Indem.)", expte. nro. 368/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3334/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 979), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 937/953? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la demandada (fs. ref. 958) la decisión tomada en sentencia definitiva del día 28/05/13, registrada bajo el nro. 61 (fs. ref. 937/953), habiéndose concedido a fs. ref. 957 libremente y en ambos efectos el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

A fs. ref. 970 la *a quo* declaró desierto el recurso de apelación interpuesto a fs. ref. 956 por la parte actora.

El fallo, en lo aquí cuestionado, resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis de la LCT en la

redacción de la Ley 24700 (B.O. 14/10/96; declarar la inconstitucionalidad del los párrafos 2do. y 3ero. del art. 245 de la LCT y haciendo lugar a la demandada, condenando a la demandada a abonar a los coactores las sumas de pesos allí individualizadas, las que se incrementarán conforme lo dispone en el considerando 6to. e impuso las costas a la parte demandada vencida, regulando los honorarios profesionales

I.A) Frente a dicha decisión se agravia la parte apelante demandada (fs. ref. 960/969) y del traslado conferido de dichos agravios a fs. ref. 970, los mismos fueron contestados por la parte actora a fs. ref. 971/974vta.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener, "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.Nac.Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración y celeridad, he de realizar la transcripción de los mismos, sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante demandada.

Concretamente la demandada apelante funda sus agravios en cuanto la *a quo*:

1) consideró carácter remuneratorio a los tiques canasta y gratificaciones tomándolas en cuenta para la base del cálculo final (fs. ref. 963/965.);

2) declaró de oficio la inconstitucionalidad del 2do. y 3er. párr. del art. 245 de la LCT (fs. ref. 965);

3) Otorgó la indemnización por despido, indemnización sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido y su SAC (fs. ref. 966/968); y

4) Impuso las costas a su cargo y reguló altos los honorarios de los letrados apoderados del actor (fs. 968/969).

I.B-1-2 y 3) Atento a la vinculación de la línea argumental expuesta por la apelante demandada, he de tratar conjuntamente dichos agravios.

En cuanto a los agravios expuestos por la fs. ref. 963/968, he de principiar mi voto teniendo presente que ha dicho nuestro más Alto Tribunal de Justicia Provincial: "La expresión de agravios es el acto procesal mediante el cual el recurrente fundamenta la apelación refutando total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia... Por sus alcances, importa una demanda tendiente a obtener la apertura de una instancia, pues sin ese memorial, el tribunal se encuentra imposibilitado de entrar a verificar la justicia o injusticia de la sentencia apelada, y como su objeto lo constituye el ataque a la decisión del Juez, la doctrina la denomina "demanda de impugnación…La insuficiencia de la expresión de agravios: incompleta o deficiente, trae aparejada la sanción, declarándose desierto el recurso" (STJCh, causa: 000A 000015, 07-06-1995, Sentencia Definitiva, Ministros: Dres. Agustín Torrejón - Raúl Martín - Fernando S.L. Royer, "R., D. A.

c/ Provincia del Chubut s/ Accidente de Trabajo", S. 70 - "Banco Río de La Plata S.A. c/ Alfredo Guillermo Comba y Susana Yolanda Irusta. – Demanda Ejecutiva" – Cámara 2ª Civil y Comercial de Río Cuarto – Córdoba - 20/07/2005).

Cabe precisar que toca a las propias e ínsitas facultades del tribunal de apelación, la de revisar, aún de oficio y en cualquier momento -por aquello de que la jurisdicción de grado hace al orden público, perteneciendo por tanto al sistema de la Ley y no a la voluntad de las partes-, el juicio de admisibilidad o procedencia formal del recurso incoado.

Considero que después de un exhaustivo análisis de los términos del escrito de apelación levantado por la apelante demandada a fs. ref. 963/968, los mismos resultan ambiguos y faltos de sistematización, haciendo abstracción la recurrente, en pos de una crítica concreta, razonada y circunstanciada, demostrativa de un desacierto (para lo cual no basta una mera falta de coincidencia), de fundamentaciones trascendentes y puntualmente vertidas por el sentenciante (fs. ref. 944/950vta.), para desestimar tales defensas reeditadas sin más ante esta alzada.

Nada de lo invocado por la demandada apelante tiene idoneidad suficiente como para levantarse seriamente como crítica hacia los argumentos expuestos por la inferior en pos de la solución acordada a la controversia, que merezca consideración en su mérito y substancia, no pasando de trasuntar, de consiguiente, un mero disconformismo y discrepancia con lo resuelto, que lógicamente no se condice con las exigencias de forma en la materia.

Ello así porque es entendimiento de la suscripta que expresar agravios significa cuestionar, rebatir y

desvirtuar prolija, concreta y razonadamente, con argumentos serios y lógicos, las motivaciones desgranadas por el juzgador para la solución de la controversia, tendiente a demostrar la sinrazón y equivocación de las mismas.

He de aclarar que por más que este tribunal tenga en la materia un amplio criterio de apreciación, insisto, aparece marcada en el escrito de apelación presentada por la recurrente la omisión de los presupuestos mínimos indispensables para ser considerado como una expresión de agravios.

Ha sostenido la doctrina en el sentido en que se viene exponiendo en el presente voto: ”El memorial es el que da la competencia de la Cámara, y el deber del apelante es el de fundar el recurso, esto es, que el memorial debe reunir los mismos requisitos exigidos a la expresión de agravios, de manera que el recurrente tiene la carga de formular una crítica concreta y razonada de la resolución impugnada (cf. Palacio -Alvarado Velloso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", T. VI, pág. 154).

Ha establecido la Corte Suprema de la Nación que la ausencia de tratamiento de los fundamentos de la sentencia apelada produce la deserción del recurso de apelación, pues debe declararse desierto el recurso si el memorial no constituye una crítica concreta y razonada y se limita a formular consideraciones generales, dogmáticas y abstractas, no referentes a los aspectos específicos de la sentencia pretendidamente cuestionada (CSJ Nac. "Francisco Cacik e Hijos c/ Dirección Nacional de Vialidad", 27/09/88), son todas razones por las cuales la complexión e implicancia de lo expuesto, han quedado entonces incólumes y consentidas las substanciales

motivaciones expuestas en la sentencia, adviniendo por ende firme la misma; por lo cual, y sin mayores abundamientos, aplicando lo prescripto por el art. 269 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -Digesto Jurídico-, declaro desierto el recurso interpuesto por la demandada a fs. 963/968 y confirmo la sentencia fs. ref. 937/953 en dicho sentido.

I.B 4-a) En cuanto al agravio sobre la imposición de costas (fs. ref. 968/969), comparto el criterio jurisprudencial que establece: "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), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas estas por las cuales arribo a la conclusión de que deben desestimarse los agravios y confirmarse la sentencia de fs. ref. 937/953 en este sentido.

I.B-4-b) En lo atinente al agravio de la apelante demandada por entender que la *a* quo reguló altos los honorarios de los letrados apoderados del actor (fs. 968/969) y teniendo presente que la Ley XIII, nro. 4-DJ-, "Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, en su título II – Labor Judicial – Capítulo 1ero., fijan los arts. 5to. y 6to. que la base regulatoria de los honorarios profesionales del abogado será la que resulte de tomar el capital con más los intereses mandados a pagar conforme la sentencia (inc. a) y que en los casos que se tratare de sumas de dinero…

serán fijados entre el once por ciento (11%) y el veinte por ciento (20%).

Teniendo en cuenta dichas prescripciones legales arancelarias, surge claramente que la regulación de los honorarios profesionales fijados por la *a quo* están dentro de los parámetros de regulación profesional citados precedentemente, advirtiendo que la misma apelante arguye que fueron regulados (fs. ref. 968 pto. 4to. 1er. párr. en un quince (15%) por ciento o sea, dentro de los porcentajes previstos en el ya mencionado art. 6to. -Pautas Generales - Capítulo I, Título II- de la Ley arancelaria.

Son todas ellas razones por las cuales corresponde rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. ref. 268 y confirmar la sentencia de fs. y confirmarse la sentencia de fs. ref. 937/953 en lo que fuera materia de apelación.

I.D) Teniendo en cuenta lo resuelto, se hace de aplicación lo prescripto por el art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -Digesto Jurídico-, razón por la cual corresponde imponer las costas a la parte apelante demandada vencida. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts. 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 -Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Declarar desierto el recurso interpuesto por la

actora a fs. ref. 963/968 (art. 269 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A -Digesto Jurídico-), confirmando la sentencia fs. ref. 937/953 en dicho sentido.

2) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. ref. 268 y confirmar la sentencia de fs. ref. 937/953 en lo que fuera materia de apelación.

3) 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-).

4) Tener presente la reserva del caso federal planteada por la apelante demandada a fs. ref. 968vta./969 (pto. V).

La Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

La sentencia de primera instancia admitió la excepción de prescripción opuesta por la demandada respecto de los créditos reclamados por los actores anteriores al 4 de agosto de 2003, rechazó la excepción de prescripción respecto a los conceptos indemnizatorios reclamados por la actora, declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis LCT y de los párrafos 2do. y 3ero. del art. 245.

Hizo lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condenó la S. A. I. y E. d. l. P. S.A. a abonar en el plazo de DIEZ (10) días de quedar firme la presente al Sr. C. H. T. la suma de cuarenta y cuatro mil trescientos noventa y dos pesos con setenta y tres ctvos. ($44.392,73); al Sr. R. D. D. V. la suma de pesos setenta y seis mil seiscientos ochenta y nueve con setenta y ocho

centavos ($76.689,78); al Sr. A. G. F. la suma de pesos treinta y nueve mil seiscientos noventa y tres con diecisiete centavos ($39.693,17); al Sr. F. R. S. la suma de pesos treinta y seis mil novecientos setenta y tres con treinta y tres centavos ($36.973,33); al Sr. G. A. A. la suma de pesos cuarenta y nueve mil trescientos dieciséis con cuarenta y cuatro centavos ($49.316,44), sumas que se incrementarán conforme lo dispuesto en el Considerando II.

Impuso las costas a la parte demandada vencida y reguló los honorarios.

La decisión fue apelada por el actor y demandado.

La demandada expresa agravios a fs. 960/969, concretando la crítica a partir de fs. 963.

El primer punto en crisis es el carácter remunerativo de los rubros Tiques Canasta; Gratificación. Enuncia que no desconoce el carácter remunerativo que reviste el concepto vale alimenticio o tique canasta a partir del dictado de la Ley 26341, y señala que antes de la sanción los tiques no tenían ese carácter. Indica que los actores consintieron la cifra otorgada en concepto de vale alimentario y destaca el relato de la demanda en el punto IV. Entiende que ninguna prueba se produjo al respecto y tampoco solicitaron la inconstitucionalidad de la norma, señalando que la inconstitucionalidad fue declarada de oficio por el Juez. Cita fallo de la Corte al respecto del año 1995. Añade que la finalización de la relación laboral con los actores se produjo a fines de 2003 y el primer trimestre del 2004, época en que eran no remunerativos.

Gratificaciones: Transcribe los argumentos de la sentenciante para la admisión con los que discrepa. Cita para fundar la discrepancia el fallo Tulosai, entre

otros.

Impugna las sumas acordadas a T., D. V., F., S. y A., en especial de la de V. y A. por no corresponder a las constancias de autos.

A todo evento y de rechazarse lo esgrimido corresponde prorratear el importe abonado en concepto de gratificación trimestral, de acuerdo a lo devengado en forma mensual.

Base de cálculo para la indemnización final: Impugna y rechaza con sustento en la línea argumental que viene desarrollando.

Declaración de oficio de la inconstitucionalidad 2° y 3° párrafo del art. 245 LCT.

Se agravia por la no aplicación del caso "V." y entiende que es arbitraria por la falta de fundamentación.

La viabilidad de los conceptos y montos peticionados por el actor. a) Indemnización por despido, indemnización sustituta de preaviso y su SAC, integración del mes de despido y su SAC.

Transcribe lo que consta en la sentencia al respecto y dice que sobre el punto se centran dos críticas, la primera es la base salarial que fue impugnada y la segunda la inaplicabilidad del tope sobre la base salarial.

Costas: Se agravia "por considerar sumamente elevado el porcentaje del 15% regulado a los letrados apoderados del actor, por lo que solicita su adecuación". Agrega que la demanda prosperó parcialmente por lo que deberían ser soportadas en proporción al éxito obtenido.

Reserva del Caso federal.

La apelación del actor fue declarada desierta al no cumplir con la carga procesal de los arts. 262 y 263

CPCCCh.

La Sra. Juez dio fundamentos por los que admitía con carácter remunerativo a los tiques canasta y o vales alimentarios, y observo que la quejosa no se hace cargo de ellos, se limita a esgrimir una postura diferente con base a un fallo del año 1992 el que ha perdido vigencia, ante las razones dadas por la Sra. Juez.

Más, he dicho, lo reitero y lo ha considerado la sentencia (fs. 944 y vta.), que si bien es cierto que la Ley fue dictada con posterioridad al despido y estableció el momento a partir del que operaría de pleno derecho. Con ello quedó zanjada la discusión doctrinaria y jurisprudencial, y ninguna injerencia tiene, ya que he decidido compartiendo 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, articulo 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.

Y tales consideraciones que sellaban la suerte del agravio, no fueron rebatidas.

En punto a la inconstitucionalidad declarada de oficio sobre la que la apelante insiste, debe recordarse que el deber de los jueces de aplicar los pronunciamientos de la Corte, cuando define los alcances de las garantías constitucionales en su rol de intérprete final de la Constitución, no puede ser incumplido con el pretexto –formal- de falta de planteamiento oportuno.

El Dr. Bidart Campos, Germán en ED 74-386), sostiene y ya resultan conceptos admitidos por la doctrina y jurisprudencia: “El control de constitucionalidad forma parte inherente e indisoluble de la jurisdicción judicial y el juez debe llevarlo a cabo aunque nadie lo incite a hacerlo”, lo que fue receptado por la Corte Suprema de Justicia en la causa “Mill de Pereyra” del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) y actualmente a través de la causa “Banco Comercial Finanzas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra” del 19/08/04. Advirtiendo que la cita que efectúa la apelante extractado de un voto de la suscripta afirma lo mismo “aunque este último no plantee la inconstitucionalidad de la ley que los viola, igualmente el juez podrá declarar su inconstitucionalidad de oficio”.

Asimismo, el fallo plenario al que alude “Tulosai” sufrió un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de “…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con

la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…” (voto de la Dra. Estela Ferreirós), aludiendo entonces a la falta de “…fortaleza jurídica” del mismo y solo a fin de abundar he de agregar lo que enseña al respecto en Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Mario Ackerman, “El adjetivo mensual agregado a la mejor remuneración tenía cierto efecto expulsivo cuando se refería a conceptos “percibidos”, tal como estaba redactado antes de la reforma introducida por la Ley 25877. desde entonces, el término cambió por “devengado”, lo que llevaría a entender que más allá de un rubro determinado se liquide en períodos distintos al mensual (como las habilitaciones, bonos, SAC, etc.) podría estar incluido en la base indemnizatoria, obviamente en su expresión proporcional (1/12), siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente, toda vez que la apelante no efectúa una crítica razonada de las motivaciones mediante las que la Sra. Juez admite el rubro gratificaciones.

En igual sentido los conceptos dados sobre la inconstitucionalidad del tope del art. 245, aparecen poco claros y no alcanzan para demostrar la arbitrariedad que alega ni para que se admita la modificación que requiere.

Y donde surge patente la falta del cumplimiento de los recaudos del art. 268 del CPCCCh, con relación al lo que denomina viabilidad de los conceptos y montos peticionados.

En cuanto a los honorarios regulados, los mismos se ajustan a derecho evaluando el trabajo profesional, las etapas cumplidas, el resultado obtenido y demás pautas que surgen de los arts. 5, 6, 8 y cc. de la Ley de aranceles.

En punto a las costas, no es este el caso en que

pueda inclinarme por la aplicación del art. 71 del CPCCCh, ya que sin perjuicio del rechazo de algunos ítems, el actor reclamó y obtuvo respuesta favorable en lo fundamental. Asimismo, es el demandado, quien con su actitud permitió que los trabajadores durante 8 años litigaran a fin que sus derechos le sean reconocidos.

Las costas de esta instancia estarán a cargo del vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen, la oficiosidad de la tarea y demás pautas de los artículos 5 y 14 del régimen arancelario.

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

Que hace suya, por coincidir, la fórmula decisoria de la Dra. Nélida Susana Melero.

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

1) Declarar desierto el recurso interpuesto por la actora a fs. ref. 963/968, confirmando la sentencia fs. ref. 937/953 en dicho sentido.

2) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. ref. 268 y confirmar la sentencia de fs. ref. 937/953 en lo que fuera materia de apelación.

3) Imponer las costas a la apelante demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. R. G. P. en el treinta por ciento (30%)y de la Dra. C. A. S. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de

grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Tener presente la reserva del caso federal planteada por la apelante demandada a fs. ref. 968vta./ 969 (pto. V).

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco 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"