En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil catorce, 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. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados:* ***"N., F. L. c/ K. E. S. SA s/ SUMARIO -Cobro de Pesos e Indem. de Ley-", expte. nro. 738/13****, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 225/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 259), 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. 226/230? y* ***SEGUNDA****: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

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

La Sra. Juez de la instancia de grado admitió la demanda interpuesta por el Sr. F. L. N. y condenó a K. E. S. SA a abonar en el plazo de diez días la suma de diecisiete mil cuatrocientos ochenta y seis pesos con sesenta y ocho ctvos. (17.486,68).

Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios.

A fs. 233 interpone el demandado recurso de

apelación. Concedido el recurso, cumple el apelante con la carga procesal (art. 60 Ley XIV N°1).

Transcribe el fallo y el considerando que decide la mejor remuneración mensual, normal y habitual, a la que le adiciona el SAC y que el tope indemnizatorio resulta inconstitucional. Entiende que la Sra. Jueza ha resuelto ultra petita, al determinar como base de cálculo un monto superior al que pronuncia la actora, incluyendo el SAC en la base de cálculo para la determinación de la antigüedad y declarando la inconstitucionalidad del art. 245 de LCT e imponer las costas a la demandada. Reconocen la facultad del juez de fallar ultra petita con los alcances del art. 68 Ley de Procedimiento Laboral, pero entienden que en autos la jueza a quo ha excedido las facultades.

Consideran que se vulneró el derecho de defensa al no poder esgrimir defensas con respecto a la inclusión del SAC, ni a la inconstitucionalidad del art. 245.

Se refiere al alcance del art. 9 de LCT.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Agrega que el SAC, más allá de no ser un hecho controvertido, ni incluido en la pretensión y no surgir de la ley, surge de un criterio doctrinario y jurisprudencial que no comparten, y que no existen razones para apartarse del plenario T. y de las citas doctrinarias que menciona.

Lo agravia que el sentenciante haya declarado la inconstitucionalidad de oficio del art. 245 de la LCT, cuando el actor no lo plantea en la demanda.

Agrega que no hay duda de que el régimen tarifado dispuesto por el art. 245 es constitucional. La norma remite para la determinación del salario base para el cálculo de la indemnización por antigüedad, a un tope que publica el Ministerio de Trabajo, el que fue

seguido, que no tiene porque conocer los criterios jurisprudenciales, sino que utiliza LCT.

Señala que la jueza a quo a su criterio, desconoce la existencia de un tope legal y crea un modo de determinar uno nuevo, indicando que el principio iura novit curia tiene un límite.

Por todo ello consideran que tampoco se les pueden imponer las costas como lo ha resuelto la sentencia, como si su parte hubiese dado lugar a la discusión y cuando la contraria ni siquiera plantea los temas sobre los que se resuelva, solicitando eximición de las mismas o que se determinen por su orden.

Efectúa reserva del caso federal.

Tal decisión agravia al demandado, correspondiendo determinar el juzgador incurrió o no en un fallo extra petita, o si solo se trata de una decisión ultra petita al admitir un antigüedad mayor a la reclamada en la demanda.

Sabido es que la Ley XIV - N° 1 en el artículo 69 faculta al juez a sentenciar ultra petita supliendo la omisión o error del demandante.

Así, se ha estimado conveniente autorizar al juez para que en el caso de ignorancia, negligencia u olvido de los actores -normalmente empleados, obreros o causahabientes de estos-, supliendo su "omisión" y prescindiendo de sus respectivas peticiones, pueda reconocerles beneficios superiores a los solicitados. Este precepto debe ser interpretado restrictivamente, teniendo en cuenta que el juzgador puede "suplir la omisión del demandante" y no la del demandado, y en segundo lugar porque el texto habla de "omisión", lo que supone necesariamente que el magistrado no podría pronunciarse sobre puntos ajenos a la cuestión, sino

complementar lo pedido por el actor, pero siempre en relación con la acción ejercida (cf. STAFFORINI, "Derecho Procesal Civil", ed. Tipográfica Editora Argentina- Bs. As., 1955, pág. 599—SD 17/2006 STJ).

Y agregaba: "Con tal aclaración corresponde indicar, tal como lo señalan Enrique M. FALCÓN-Víctor R. TRIONFETTI: "dentro del procedimiento laboral, el juez está facultado a sentenciar ultra petita, punto que se relaciona con la congruencia y el orden público de sus normas, como por la actuación inquisitiva del juez. La congruencia es la relación inmediata entre lo solicitado y lo resuelto, cuya aportación trae como consecuencia la nulidad de la resolución (art. 34 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nac.). Sin embargo, el principio en el proceso laboral es más elástico, pues desde su origen, la actuación pública y de oficio del juez, fue considerada como un anhelo de verdad material, frente al rígido sistema dispositivo del derecho civil o comercial. Se acerca así más al juez del derecho penal. Y así, pudiendo averiguar, el juez tiene que tener el poder de fallar lo que muestran los hechos, independientemente de que la parte haya o no solicitado tal decisión. Pero, ¿el juez se encuentra totalmente libre? Recordemos con Podetti ("Tratado del Proceso Laboral", T. I, pág. 325), que el límite para el juez no ha desaparecido, puesto que el mismo continúa obligado a ceñirse a las acciones ejercitadas y, en consecuencia, no puede pronunciarse extra petita. Por otro lado, también queda excluida la facultad de fallar omitiendo lo pedido y controvertido (citra petita), ya que entonces la demanda se vería reducida ilícitamente por la falta de elementos propuestos y sería una variante de la absolución de la instancia que

nuestro derecho no admite (vid., Cód. Civ., arts. 15 y 16; L.C.T., art. 11). Ello se manifiesta no solo en la falta de tratamiento de pretensiones, sino también en los casos en que pedida una condena, el tribunal se limita a fallar en la sola declaración del derecho sin adicionar a esta la imposición de una obligación" (cf. autores citado en "PROCEDIMENTO LABORAL" – Ley 18.345 actualizada – Comentada – Anotada – Concordada - Normas Complementarias MARÍA FERNANDA ZANATTA Secretaria de Cámara *izada, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, págs. 170/173). La única concesión que el mismo ordenamiento adjetivo efectúa a este respecto es la regla del art. 71 en cuanto permite al juez "suplir la omisión o error del demandante", facultándolo a sentenciar ultra petita. Mas he aquí que esta facultad ha de ser entendida como la posibilidad de otorgar más de lo pedido, pero siempre que dentro de los conceptos y categorías planteados por las partes, ya que ello no autoriza al juez magistrado a introducir cuestiones no planteadas entre las partes y, por tanto, ajenas a la relación jurídico-procesal (cf. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala II penal y laboral, 01/11/1993, "Avilés, Raúl O. c. Kantec S.A.", sumarios Laleyonline). En otras palabras, esa potestad está limitada exclusivamente a otorgar más cantidad de la pedida, pero siempre dentro de los rubros que conformaron la pretensión de manera expresa y efectiva. No abarca, por tanto, la posibilidad de otorgar algo distinto de lo reclamado (extra petita). Y este resulta el caso de autos.*

Con tales antecedentes, he de confirmar lo resuelto por la sentenciante toda vez que si bien otorgó más de lo pedido en la demanda, esto fue dentro de los "conceptos planteados" y complementando lo

solicitado de acuerdo a lo que demostraron los hechos y la prueba, que fue minuciosamente detallada, de allí que la decisión no consistió en fallar extra petita, sino que dictó sentencia ultra petita, reitero, al conceder más de lo pedido, lo que está permitido conforme el ordenamiento procesal, pues con base en doctrina y jurisprudencia otorgó lo debido.

"La doctrina en nuestra materia es coincidente al señalar que el juez es quien, luego de producirse la prueba de los hechos y de aplicar el derecho, establecerá el monto de lo debido, pudiendo condenar por más o menos de lo pedido ("ultra o infra petito") cuando así correspondiere (Sala VII, SD, 12-9-97, "Minusunello, Silvia c/ Club Ferrocarril Oeste s/Despido"), CNTrab-Sala VII.SD. del 10-7-2006 "Gallardo, Daniel Horacio c/ Droguería S.A. s/ Despido", EL Dila-AL1DAS).

Jurisprudencia que se ha mantenido inalterable a través del tiempo, así Enrique Julio Villarreal "Derecho Procesal Laboral" pág. 158 sostenía: "La novedad más saliente d[illegible]nsiste en que la Ley concede al juez [illegible]petita". Este poder es una consecuencia lógica y necesaria del carácter especial que fluye de toda legislación laboral, cuya tendencia es lograr, por todos los medios posibles, una economía procesal no igualada hasta el momento". Por medio de este instrumento, el juez, ante un reconocimiento expreso o prueba general, queda facultado por la Ley para sentenciar "ultra petita", impidiendo las consecuencias de un nuevo proceso que lo conduciría a obtener los mismos resultados".

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Dicho ello, comparto, asimismo, lo decidido respecto al agravio sobre la admisión de la inclusión

del sueldo anual complementario proporcional en la base de cálculo del mejor salario mensual normal y habitual devengado para la determinación de la indemnización por antigüedad, cuando el mismo no es remuneración mensual. Sabido es que existe controversia doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema. Y solo transcribiré lo ya argumentado en situaciones iguales, solo a fin de abundar a las acertadas consideraciones de la Sra. Juez quien aplicó el criterio de esta Cámara en cuanto corresponde incluir el SAC para integrar la base salarial indemnizatoria.

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

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

mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs. 84 y ss.). Pero, el plenario sufrió un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (voto de la Dra. Estela Ferreirós), aludiendo entonces a la falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. Rodríguez Brunengo y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aun menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado, incluso inmerso el sistema en el concepto de inconstitucionalidad de los plenarios de las diversas Cámaras del Fuero, ejerciendo funciones que pudieron tener fundamento durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1949, pero que abrogada esta provocan cavilaciones sobre su compatibilidad con la Ley Suprema. Fundamentalmente expresa el Dr. Brunengo, que la interpretación implicaría un apartamiento del "favor operari", consagrado en la L.C.T. art. 9°, pero asimismo del mandato constitucional del art. 14 bis de

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

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

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

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

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

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

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

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

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

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

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

Todo ello y sin perjuicio de la doctrina y jurisprudencia contradictoria, por aplicación del principio protectorio del art. 9 de la LCT, rechazo el agravio.

Se advierte, tras la lectura y análisis de los fundamentos del fallo, que la sentenciante actuó dentro de los límites impuestos por el art. 68 de la Ley XIV N° 1, las referencias tendientes a enervar el resultado consecuencia de una actuación oficiosa abusiva, no superan la mera disconformidad.

En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de oficio he de recordar que los fallos de la Corte Suprema de Justicia no establecieron una posición unívoca sobre el planteo de la

inconstitucionalidad, pero las dudas se despejaron durante el período que va de 1941 y hasta 1984 donde no se admitía la declaración de oficio (Fallos 190:142), pero a partir de 1984 hasta el 2001 la Corte comienza a replantear el control de constitucionalidad el que ha ido evolucionando hasta llegar en "Mill de Pereyra", del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) donde receptó la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de oficio, con el voto de cuatro jueces, y con una posición intermedia otros dos.

El debate quedó zanjado definitivamente, con la actual integración el 19-8-04, en "Banco Comercial Finanzas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra" en que se resolvió que los jueces se hallan facultados para declarar la inconstitucionalidad de una norma sin necesidad de petición

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Al respecto ha e Suprema de Justicia que el argumento de la vulneración del derecho de defensa no enerva el deber del control de constitucionalidad de oficio, pues si así fuese, debería, también, descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación al caso (cf. Consid. 5, Fallos: 324:3219, voto del Dr. Boggiano).

Los jueces tienen no solo la facultad, sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas, con prescindencia de los fundamentos que enuncien las partes (Fallos: 296:633; 298:429; 310:1536, 2173, 2733; 312:649; 313:924).

No puedo considerar que declarar de oficio la

inconstitucionalidad de la norma constituya una valla al ejercicio del derecho de defensa, ya que la doctrina mayoritaria, sostiene ya hace tiempo, que frente al "derecho aplicable" no se puede argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, solo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a ellas.
En tal sentido, no solo Bidart Campos ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) y Ramírez Bosco (DT XLIII-B).

Y no implica violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida (Fallos: 321:2453).

Se ha dicho, y lo transcribo por coincidir:

"En lo que concierne a la declaración de inconstitucionalidad de oficio, quiero poner de relieve que la Ley Cimera constituye el arquitrabe de nuestro sistema jurídico, desde adentro y no desde afuera del mismo, por lo que es obligación de los jueces -la primera- comparar la Ley a aplicar en el caso concreto con lo imperado por aquella, para asegurar la supremacía de los derechos fundamentales de los justiciables de manera eficaz, y hacer ceder la normativa que no se ajusta a la Constitución, para asegurar la prevalencia de ésta. Lo contrario sería hacer prevalecer la mera voluntad de las partes, de cuya expresión dependería la aplicabilidad de aquella, como si se tratara de una ley extranjera. Así, la inveterada máxima que se expresa en el brocárdico "Iura

novit curia" sería objeto de un corte vertical: aplicable a las leyes comunes y otras normas inferiores a estas, pero omitida respecto de la Constitución, salvo que alguna de las partes pidiera su aplicación.

La función del juez que se enuncia con el adagio latino "iura novit curia", es suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal. Es consecuencia de ello, que los hechos del proceso, deben ser invocados y probados por las partes, pero en lo atinente al derecho aplicable el juez debe fallar, conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. Lo dicho ha llevado a Bidart. Campos a sostener que "el juez depende de las partes en lo que tiene que fallar, pero no en cómo debe fallar".

Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público.

Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) destaca asimismo la vinculación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad con el principio de irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo y, a su vez, como derivación necesaria o derivada del principio protectorio" (Sala VI S.A.)", sent. 58.335 del 6/06/05, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII "B., J. A. C/ E. S. D. H. S.A. s/ Despido", sent. 38.760 del 13-09-05, "M. C. A. c/ B. S.A. y Otro s/ despido", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII-14-9-2007, MJJ33832).

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Asimismo, es del caso recordar que el más Alto Tribunal de la República ha señalado: "es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de

justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ellas" (Fallos 311:2478, entre muchos).

Estas consideraciones me inclinan a pronunciarme por admitir la declaración de inconstitucionalidad de oficio en casos como el presente. Más allá de ello el apelante no efectúa una crítica concreta a los argumentos de la Sra. Juez en punto al porqué se torna procedente declarar la inconstitucionalidad (fs. 228vta. in fine y 2299, ya que se aboca a descalificar la sentencia por entender que la sentenciante dio más allá de lo pedido y que declaró la inconstitucionalidad de oficio, lo que por las razones dadas no puede admitirse.

En cuanto a las costas daré razón al apelante, pues las decisiones adoptadas surgen de interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales, por lo que entiendo que el demandado pudo considerar que las liquidaciones efectuadas se ajustaban a derecho, en consecuencia las costas de la instancia de grado las impondré en el orden causado, al igual que las de esta instancia por iguales razones y ante la falta de controversia.

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

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta

Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Modifica la sentencia de fs. 226/230 y parcialmente respecto del punto 2, imponiendo las costas en el orden causado, al igual que las de esta instancia.

2) Difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

3) Tiene presente la reserva del 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) Contra la sentencia definitiva nro. 93 del 15/10/13 (fs. 226/230) expresa agravios la apelante demandada fs. 235/238vta., conferido el traslado correspondiente a fs. 239, los mismos no fueron contestados por la actora.

I.B) Advirtiendo que la agraviada plantea en su primer agravio cuestiones variables, esto es el mismo recurre su crítica sobre la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 245 de la LCT, efectuada por la jueza a quo, del uso de las facultades de decidir ultra petita y, por último se agravia que la misma haya hecho aplicación del SAC en el cálculo de la indemnización de antigüedad (art. 245 LCT).

I.B-1-a) Respecto del agravio sobre la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 245 de la

LCT efectuada por la jueza a quo, comparto plenamente lo decidido por la jurisprudencia nacional en cuanto corresponde declarar la inconstitucionalidad a pesar de no haber sido pla **MARÍA FERNANDA ZANATTA Secretaria de Cámara** *porque es función del juez suplir el derecho que las partes no le invocan o que le invocan mal ("iura novit curia"). Si bien las partes deben invocar y probar los hechos del proceso, en lo atinente al derecho aplicable, el juez debe fallar conforme a lo que él considera y razona como conducente a la decisión del proceso. En este sentido el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público. No puede argüirse en contra de lo expuesto la posible violación del derecho de defensa, puesto que frente al "derecho aplicable" no es posible oponer el mencionado en primer término, ya que hay que prever la cuestión constitucional dentro de ese derecho (del voto de la Dra. Ferreirós, por la mayoría). (CNTRAB - S.VII. S.D. 39.188 del 08/05/2006. Expte. 1645/2005. "Bourel, Martín Federico c/ Vicus S.R.L. s/despido" (F.R.D.R.B.: elDial.com - AL1741).*

I.B-1-b) Sobre el planteamiento de la agraviada -uso de las facultades de decidir ultra petita por parte la jueza-, ya se ha expedido el STJCh en cuanto: "El artículo 71 del rito laboral (hoy art. 68 de la Ley nro. 1 -DJ-) autoriza al juez a que, supliendo la omisión o error del demandante, sentencie "ultra petita" cuando se trata de una petición expresamente articulada. Esta facultad está destinada a remediar la ignorancia, negligencia u olvido de los actores, por lo que puede prescindirse de sus peticiones incompletas o defectuosas y reconocerles beneficios que, por ser irrenunciables, resultan superiores a los solicitados.

La elevación de los montos indemnizatorios consignados en una errónea liquidación, llevándolos a las sumas que legalmente corresponden, constituye un típico supuesto de ejercicio de dicho arbitrio" (cf. crit. causa nro. 000L 000087 del 04-09-1997, Sentencia Definitiva, Cámara de Apelaciones - Sala A - Trelew, autos caratulados: "R., H. L. c/ S. P. y Otros s/ Laboral").

Este ha sido el entendimiento seguido por la mayoría de la jurisprudencia nacional como por ejemplo la decisión expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza donde determinó: "En el proceso laboral el juzgador no se halla constreñido a los términos en que las partes trabaron la litis, siendo su único límite los hechos acumulados en la causa a través de la prueba". Por tanto, facultado a indagar la verdad real y no la formal, por ello puede fallar válidamente ultra petita (cf. crit. "Gimenez Vda. de Alarcón en N° 30796, "Gimenez Vda. Alarcón c/ Moyano C.A. p/ accidente" s/ inc. cas." - Fallo: 9199165 - Circunscripción: 1 - Sala: 2 - 2009/02/19, Expedientes: 92933 - Ubicación: S397-137: elDial.com - MZ4ACD).

I.B-1-c) En cuanto a los agravios sobre la aplicación del SAC en el cálculo de la indemnización de antigüedad, el día 26/03/2013 en autos caratulados: "H., A. J. c/ S.B. SA s/ Sumario - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 477/12, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 120/11) sentencia definitiva nro. 20/2013/L, pleito en el que emití en primer orden mi voto -citado por la jueza a quo en su considerando 1ero. (a fs. 228)- y en el cual expresé que ya me había expedido en autos caratulados: "B., V. Y. c/ T. A. SA

s/ Demanda Laboral", expte. nro. 228/12, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 47/10), mes 07/12, sent. def. nro. 25/2012/L), ya que si bien la suscripta no desconoce que no es pacífico ni unánime el criterio doctrinario y jurisprudencial sobre la temática planteada, no menos cierto es que comparto plenamente el criterio doctrinario expuesto por el maestro Dr. Juan Carlos Fernández Madrid en su obra "Relaciones Individuales de Derecho del Trab . 1937/1938, edit. La Ley, 1era. quincena de abril de año 2011, quien por su claridad conceptual y coincidencia con la opinión de la suscripta he de transcribir textualmente: "1) Pago de la parte proporcional del S.A.C.: El sueldo anual complementario se gana día a día, por tanto en el momento de extinción del contrato se ha adquirido en la medida proporcional al total del tiempo trabajado en el semestre respectivo al trabajador y 2) Inclusión del S.A.C. en el sueldo base para el cálculo de la indemnización por despido: Dado el carácter de remuneración de pago diferido que se gana con el salario devengado (día a día, mes a mes) debe ser incorporado en la parte proporcional a la "mejor remuneración mensual, norma y habitual" (art. 245, L.C.T.), pues dicha retribución consiste en lo que se ganó en ese mes más la incidencia del S.A.C.".

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Después de analizar los fundamentos expuestos por la jueza a quo a fs. 229, esta ha tenido expresamente en cuenta la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido" de fecha 14 de septiembre de 2004 (elDial.com - AA2400) en cuanto sostuvo: "… no resulta razonable, justo ni equitativo,

que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33% por imperio de su segundo y tercer párrafos…".

En concreto, y por los fundamentos expuestos en los ptos. I.B-1-a) a I.B-1-c, corresponde rechazar los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 235vta./237vta. y confirmar la sentencia en este sentido.

I.C.) Se agravia la apelante demanda por cuanto la jueza a quo le impuso la totalidad de las costas a su parte (fs. 237vta./238), teniendo en cuenta que en lo resuelto en este voto no es pacífica tanto la doctrina como la jurisprudencia en las temáticas dadas en los presentes autos -dejando a salvo el criterio que sobre el tema imposición de costas en materia laboral sostiene la suscripta- atento a lo determinado por el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut en autos caratulados: "S., F. c/ S. S.A." (expte. nro. 14.152-S-1993): "No puede desconocerse que ciertos valores jurídicos-políticos de gran significación, que constituyen materia federal regida por la Constitución, requieren de pronunciamientos uniformes, que reafirmen la seguridad de las instituciones, ratifiquen la confianza del pueblo en la justicia y consoliden un sistema útil y efectivo (ver la doctrina del precedente obligatorio y el valor de los pronunciamientos de la CSJN - Osvaldo A. Gonzaini - Rev. JA, 28/4/93- pág. 2/61). En aquellos casos en que así lo ha comprendido la Corte Suprema ha calificado

como un deber "institucional" -y no solo un deber moral- de los tribunales inferiores, acatar sus pronunciamientos, sin perjuicio de atender las particularidades del caso, ni enervar el recto ejercicio de la libertad de juicio de los Magistrados. Y la organización judicial ha aceptado que la lectura de los acontecimientos peculiares que en orden a aquellos valores efectúan las Cortes Superiores, merece continuidad cuando se reitera y constituye "jurisprudencia constante e inveterada" (doctrina legal). Admitiendo este deber institucional -señala Gozaini- "no se priva a los Magistrados inferiores de expedirse conforme sus convicciones: simplemente se sugiere que existe una superioridad institucional, que maguer los inconvenientes de los sistemas de subordinación jerárquica, determinan una suerte de autoridad obligatoria", son razones por las cuales corresponde hacer lugar a los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 237vta./238, revocando la sentencia en dicho sentido e imponiendo las costas tanto de primera como de segunda instancia por su orden (art. 69, 2do. párr. y 72 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A DJ). Difiérese la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por dicha

colega, ya que considero que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169 CP.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) *Modificar parcialmente la sentencia de fs. 226/230 respecto del punto 2, imponiendo las costas en el orden causado, al igual que las de esta instancia.*

2) *Regular los honorarios profesionales de los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), de lo regulado a su parte por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.*

3) *Tener presente la reserva del caso federal.*

4) *Regístrese, notifíquese y devuélvase.*

NÉLIDA SUSANA MELERO
Juez de Cámara

MARTA SUSANA REYNOSO de ROBERTS
Presidente

REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2014
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara