En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil catorce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia del Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A., P. G. c/ P. Y B. S.A. S S/ COBRO DE PESOS E INDEM. DE LEY" (Expte. N° 10 Año 2014)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. Nº 10098/12), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 139.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia admitió parcialmente la demanda declarando la inconstitucionalidad de las Resoluciones (ST) N° 510/2008, 570/2009 y 782/2010 que homologan Acuerdos de recomposición salarial dictadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación; y en su consecuencia condenó a P. y B. S.A., a abonar al actor, P. G. A., DNI **.***.***, dentro del quinto día y mediante depósito judicial, y previas deducciones de ley, la suma que determine un perito contador en la etapa de ejecución de sentencia en relación a las diferencias por SAC proporcional de 2010, preaviso, SAC sobre preaviso e indemnización por antigüedad, a lo que deberá deducirse lo ya abonado según el recibo obrante a fs. 7 y la parte correspondiente al allanamiento parcial según constancia obrante a fs. 40, por un importe de $ 3.277,95, retirado según consta a fojas 83 y vta. para lo cual deberá el perito tener en cuenta la escala

salarial correspondiente al Convenio Colectivo de Trabajo N° 130/75 en la categoría “Cajero A”, considerando en la base económica la incidencia de los “conceptos no remunerativos” que integraron la remuneración del trabajador y con las deducciones que se señalaron y adunando los intereses que determina. Impuso las costas del juicio al demandado en su objetivo carácter de vencido (arts. 57 Ley XIV N°1; 69 del CPCC). Asimismo ordenó a la demandada a emitir y depositar certificado de Trabajo conforme art. 80 LCT, adecuando los datos a consignar a los reales de la relación laboral que fueron reconocidos en el pronunciamiento, bajo apercibimiento de aplicar astreintes y reguló honorarios.

Para así decidir, estableció que la cuestión se centraba en establecer la procedencia del cómputo de las sumas previstas en los Acuerdos no remunerativos para el cálculo de la base salarial e indemnizaciones, y así cuantificar las diferencias que hubiere en la liquidación final del actor, y por último la entrega del Certificado de Trabajo previsto por el art. 80 de la LCT.

A esos fines se avocó al tratamiento de la inconstitucionalidad de las Resoluciones Ministeriales que homologan Acuerdos salariales.

Indica que el actor afirma que las sumas no remunerativas que se registran como abonadas al trabajador en sus recibos de haberes deben ser consideradas como conceptos integrantes de la remuneración o sueldo mensual, normal y habitual, peticionando para ello, se declare la inconstitucionalidad de los acuerdos salariales alcanzados en el marco de la negociación colectiva celebrados entre empleadores y gremios, homologados por el MTESS y Secretaría de Trabajo.

Anota que la parte actora ha desarrollado los argumentos sobre el pedido de inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos que se otorgaran en el marco del CCT N° 130/75, no identificó cuáles son las Resoluciones que homologan los Acuerdos que los han dispuesto, limitándose a enunciar

sólo algunos de los enumerados en los recibos de haberes como *"no remunerativos*", "*no remunerativos de recomposición salarial*", "*adicional por zona desfavorable o pagos a cuenta de la resolución 10/07 de la Secretaría de Trabajo del 5-12-2007*", "*adicional no remunerativo ac. Junio 2007*", "*adicional no remunerativo acuerdos anteriores*" entre otros, genéricamente hablando sin especificarlos, y agregando posteriormente los "no remunerativos" de pago periódico mensual, características que los asimilan a cualquier otro concepto que integra el sueldo del trabajador. Sin perjuicio de ello, dice, y en virtud del principio de *iura novit curia* los jueces deben conocer la legislación vigente.

Reconociendo la vaguedad del reclamo de la parte actora, destaca que la calificación de no retributiva de un beneficio económico pactado por las partes colectivas fue objeto de homologación administrativa en los términos de la Ley 14.250, de manera que vale como tal, pudiendo apartarse de tal calificación mediando el pertinente planteo de inconstitucionalidad de esas resoluciones.

Luego de ello admite el planteo de inconstitucionalidad que articula el accionante argumentando en respaldo de la posición que adopta, que las sumas referenciadas para la recomposición salarial, sin importar su nomen jurídico, no quedan fuera del concepto de salario o remuneración en los términos del art. 103 de la LCT y del art. 1° del Convenio 95 de la OIT.

Dice que se puede argumentar en contra de la postura que asume que habiendo sido homologados los acuerdos de referencia, la vía intentada no es la adecuada y que sería una intromisión de la autoridad jurisdiccional en el ámbito de la negociación colectiva pero a su criterio, no puede exigirse al trabajador individualmente afectado que recurra a los mecanismos previstos por la ley administrativa para impugnar la homologación ministerial de cuya existencia y alcances incluso pueden no haber tomado razón en tiempo oportuno.

Cita los argumentos que estima pertinentes a esta causa del fallo de la CSJN "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S. A." - Fallo D. 485. XLIV - 04-06-2013).

En definitiva, declaró la inconstitucionalidad de las resoluciones homologatorias dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación que establecen conceptos no remunerativos para la categoría del actor (Res. ST N° 510/2008, 570/2009 y 782/2010), mandó a computar a los fines indemnizatorios, la incidencia del carácter remuneratorio de las sumas percibidas como no remuneratorias y dispuso la emisión de un nuevo certificado de trabajo adecuado a lo que resolvió.

La sentencia fue apelada a fs. 123 por la parte demandada, los agravios se agregaron a fs.125/ 131, sin réplica de la contraria.

2. <u>Los agravios de la demandada</u>.

La queja de la demandada gira sobre: a) la cuestión de la constitucionalidad b) la imposición de las costas y c) el certificado de trabajo.

a) Para el primer agravio señala que contrariando la jurisprudencia de esta Cámara la jueza ha resuelto admitir como remunerativos rubros que no lo eran convencionalmente y en consecuencia ha condenado a incrementar los conceptos de la indemnización por despido en una suma que se desconoce pues lo difirió a practicar por perito contador a la etapa de ejecución de sentencia.

Dice que la sentencia es incoherente, pues no decide conforme las pretensiones deducidas en juicio, pues el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la actora no mencionaba las normas homologatorias que fueron declaradas inconstitucionales y que el demandante no había atacado.

Observa que pese a que en la sentencia se advirtió que la parte no identificaba las resoluciones homologatorias, no se desarrollaron

argumentos sobre el planteo e ignorando el principio de defensa de las partes, aplicó el principio de iura novit curia para declarar la inconstitucionalidad de las Res. N° 510/2008, 570/2009 y 782/2010 sin petición concreta, creyendo con ello quitar fuerza de ley a las normas convencionales contenidas en los acuerdos paritarios y que indicaban que los conceptos no remunerativos eran transitorios y según la convención incorporados a los salarios básicos previamente acordados.

Dice también que en la decisión jurisdiccional, no se advirtió que las normas convencionales paritarias regulan distintos aspectos que están fuera de los comprendidos en el fallo y que en el juicio nunca estuvo en discusión la validez de las resoluciones homologatorias.

Por otro lado desarrolla que es falso que la norma convencional perjudique a los intereses del trabajador, que la empresa cumplió a rajatabla con lo acordado entre los sindicatos que representaban a los trabajadores y que fuera aprobado por el Estado, sin que pudiera apartarse de lo allí exigido y que ahora se le impone pagar diferencias indemnizatorias más intereses y costas e inclusive las costas por conceptos que ya ha saldado.

Agrega que el uso del término no remunerativo no implica quitarle ese carácter al salario, sino que no estará en esa porción sujeto a aportes y que no surge del Convenio OIT /95 que exprese que para que el salario sea remunerativo deba estar sujeto a aquéllos y tampoco esa ni otra Convención ha determinado en forma específica la forma de componer las indemnizaciones por despido.

Cita los fallos de esta Cámara que otorgan validez a las Actas Acuerdo homologadas por las Res. N° 510/2008, 570/2009 y 782/2010 y refiere que los fallos de la CSJN referidos, no son aplicables a la cuestión que se ventila.

b) El segundo agravio tiene fundamento en que se ha considerado perdidosa a su representada, solicitando, con independencia del resultado del agravio anterior, se impongan en el orden causado.

Para ello dice que su parte se allanó parcialmente al reclamo dejando fuera de ello a las cuestiones respecto de las cuales esta Cámara había considerado como no integrantes de las indemnizaciones por despido, por lo que si se cambiara la jurisprudencia correspondería la exención como es habitual ante cambios en la doctrina judicial o en una alteración normativa.

c) Subsidiariamente solicita se revoque la sentencia por cuanto lo único que puede variar por el fallo es el monto de las indemnizaciones, las que no deben insertarse en el certificado del Art. 80 ya que la norma exige se consignen las remuneraciones percibidas.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

3.1) Inicio el tratamiento del agravio señalando que esta Cámara ha tenido oportunidad de expedirse por la validez de las sumas no remunerativas pactadas en el marco de las negociaciones convencionales del CCT 130/75 en autos "D. Z., M. c/ F. S.R.L. s/ Cobro de Pesos"(Expte. Nº 171 Año 2010) SDL Nº 36/10; "B. G. N. c/ L. S.R.L. S/ cobro de pesos" (Expte. N° 27 – Año 2011) SDL Nº 31/10; "S., K. F. C/ P. Y . S.A. S/ Cobro de pesos. LABORAL" (Expte Nº 264 Año 2011) SDL Nº 64/11); y R. C/ P. Y B. Expte N° 79 Año 2012) SDL N° 35/12) y M. C. M. C/ P. B. S.A. s/ Cobro de Pesos" Expte. N° 85 Año 2012 SDL N° 38/12). No puedo dejar de referenciar que en este último expediente la magistrada de grado (SD N° 05/12) adhirió al criterio de este Cuerpo en relación a la cuestión venida en apelación.

Es del caso señalar, que en los precitados expedientes esta Cámara no se expidió sobre planteos de constitucionalidad o nulidad efectuados por las

partes, sino respecto a la incorporación o no de las mencionadas sumas no remunerativas en la base de cálculo de indemnizaciones por despido.

3.2. En el caso de autos, la parte actora a fs. 25, luego de señalar que no existe necesidad técnica de solicitar la inconstitucionalidad o nulidad de aquellos párrafos en cada uno de los acuerdos en los que se utilice la denominación y el trato de "no remunerativas", solicita la inconstitucionalidad " de los artículos o párrafos que integran los acuerdos donde se consignan pagos como "no remunerativos" para los trabajadores de comercio del CCT 130/75, convenidos entre el Sindicato de la Actividad o su federación y las cámaras empleadoras en cualquier instancia, para que a partir de allí los conceptos existentes en los recibos de nuestro mandante recuperen su verdadero carácter retributivo".
Tal fue entonces el requerimiento formulado por la parte y aun cuando la demandada sostenga en su agravio que el mismo fue "al barrer" lo cierto es que ejerció su defensa sosteniendo la validez de los acuerdos, a los que individualiza, sin mayor dificultad, por lo que en este aspecto el agravio es desierto (art.269 CPCC).

3.3 No se cuestiona la plena vigencia del principio iura novit curia que invoca la magistrada, para individualizar que las Res N° 510/2008, 570/2009 y 782/2010 dictadas por la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación homologaron los acuerdos salariales celebrados en el marco de las negociaciones convencionales del CCT 130/75.
Tales actos administrativos en el marco de la ley 14.250 poseen en principio de legitimidad y de ejecutoriedad, asumiendo la señora jueza que más allá de la vaguedad del reclamo de la actora, puede ingresar al planteo de inconstitucionalidad de esas resoluciones pues todas las normas jurídicas

son susceptibles de control de legalidad y consonancia constitucional, lo que tampoco puede discutirse.

Ello ha sido el criterio sostenido por la CSJN *"La Constitución Nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva"* (v. considerando 10º) de la sentencia de la CSJN del 3/5/2007, en autos "Madorrán Marta C. c/ Administración Nacional de Aduanas" (Base MJ-JU-M-10979-AR 3.4).

El control de constitucionalidad de una norma es una cuestión de derecho que compete a los jueces, dado que resulta su deber mantener la supremacía de la Constitución Nacional (conf. art. 31), de acuerdo al sistema difuso que emana del art.116 de dicho cuerpo legal; de modo tal que, de existir la colisión de una norma con sus disposiciones, debe optarse por desestimar la aplicación de esta última, máxime cuando ello ha sido objeto de petición expresa por alguno de los litigantes.

3.4) Cuestiona el apelante la decisión que aborda de oficio la inconstitucionalidad de las resoluciones homologatorias de la Actas Acuerdo en el marco del CCT 130/75.

Al respecto los argumentos del recurrente se sostienen en la postura negatoria o restrictiva que se pronuncia en contra de la declaración de inconstitucionalidad realizada de oficio por los jueces para quienes, razones fundadas en los principios de división de poderes, seguridad jurídica y debido proceso legal, recomiendan que tal declaración sólo pueda ser efectuada por la judicatura, a pedido de parte interesada, luego del correspondiente debate entre las parte y en el marco de una "causa" judicial.

Ello no es suficiente para refutar la postura que asume la magistrada que recepta el criterio que la CSJN expuso en autos "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", 2012, R. 401 XLIII,

consolidando el criterio inaugurado con “Mill de Pereyra”, reiterado en “Banco Comercial de Finanzas”, en cuanto al deber de los magistrados de realizar el control de constitucionalidad de oficio.

De modo tal que la crítica a la declaración de inconstitucionalidad de oficio debió evidenciar que el ejercicio del control de constitucionalidad efectuado lo era por fuera de la competencia de la magistrada, o que no se demostró perjuicio concreto para llegar a la descalificación constitucional de un precepto normativo que entraña un desconocimiento o una restricción manifiesta de alguna garantía, derecho, título o prerrogativa fundados en la Constitución, argumento medular para resolver sobre la inconstitucionalidad de las normas homologatorias.

3.5) Tampoco reviste entidad la queja en cuanto menciona que la *a quo* olvidó la garantía constitucional del art. 19 CN enlazado al distracto dispuesto respecto de Alonso. No advierto que ello haya sido materia de juzgamiento. Se trató en definitiva de resolver respecto de las sumas que integraban la base de cálculo de la indemnización por despido incausado y no otra cuestión, como debiera inferirse del agravio.

3.6) Decretada la inconstitucionalidad de la homologación administrativa, analizó la magistrada los aumentos salariales con carácter de asignación no remunerativa establecidos en los meses de abril de 2008, enero de 2009, abril de 2009 y abril de 2010, concluyendo en que los mismos eran violatorios de normas convencionales, constitucionales y del art. 103 de la LCT.

El agravio en el punto tampoco resulta crítica concreta y razonada, por el contrario expone una posición en paralelo del fallo que se queda en el mero disenso. Véase que la misma parte menciona que el uso del término” no remunerativo” en las convenciones no implica quitarle ese carácter al

salario, sino que es una forma de expresar que no estará- en la porción sujeta a aportes y que el Convenio no contiene ninguna cláusula que exprese que para que el salario se considere remunerativo deba estar sujeto a aportes y/ o contribuciones. Tal fundamento no ha sido esgrimido al contestar demanda y por tanto no fue materia de consideración en la sentencia de grado y vedado está a la Cámara ingresar a su consideración (art. 280 CPCC).

3.7) Luego de todo lo expuesto y en el convencimiento que la expresión de agravios debe consistir en un análisis razonado y crítico de los fundamentos de la sentencia en la que se demuestre, punto por punto, la existencia de errores de hecho o de derecho en que pudiera haber incurrido el juzgador, con la indicación precisa de las pruebas y de las normas jurídicas que el recurrente estime le asisten, he de concluir que la parte no ha logrado descalificar los fundamentos en los que se sustenta la solución que se intenta discutir y consecuentemente no se ha puesto de manifiesto la incorrecta interpretación del derecho imputada al fallo criticado, por lo que he de proponer al Acuerdo la deserción del recurso en el aspecto sustancial de la materia apelada.

3.8) El segundo agravio de la demandada está referido a la imposición de las costas.

El allanamiento parcial a la demanda y al no darse los supuestos que habilitan la eximición de costas, llevan por sí a imponerlas a quien se somete a la pretensión de la contraria. (art.71 CPCC).
Anunció la parte al contestar demanda que, con fundamento en los fallos de esta Alzada que validaban la exclusión de las sumas no remunerativas para la base de cálculo de la indemnización por despido, el allanamiento

parcial formulado las excluía conforme el criterio receptado por este Cuerpo.

Lo cierto es, como anticipara al ingresar al tratamiento de los agravios, que esta Cámara no emitió opinión sobre la constitucionalidad o no del carácter no remunerativo de las sumas acordadas en el marco de las Acta Acuerdo ya referenciadas supra y tampoco lo hago en esta oportunidad en tanto propicio la deserción del recurso en el punto.

Por ello no se dan los supuestos que ameritar eximir de costas al vencido conforme el principio general y objetivo de la derrota (art. 69 CPCC y art.57 Ley XIV N° 1), por lo que el agravio debe rechazarse.

3.9) En cuanto a la condena a entregar un nuevo certificado de trabajo, el agravio es inconsistente.

La magistrada de grado señaló en el pronunciamiento que la condena se integraba con la expedición de un nuevo certificado adecuando los datos de las remuneraciones finalmente devengadas por el actor y reconocidas en el pronunciamiento. De modo tal que el requerimiento no tiene relación con las indemnizaciones que se ordena liquidar, sino que es la incidencia de las sumas no remunerativas en las remuneraciones percibidas. A tenor del certificado agregado a fs.34 bis, es claro que las remuneraciones no consignan las sumas no remunerativas percibidas, por lo que en el punto y conforme el resultado del recurso, no existe mérito para apartarse de los resuelto en la sentencia de grado.

4) <u>Costas</u>:

Las costas en esta instancia se imponen al recurrente vencido (art 69 del CPCC). Los honorarios del Ab. J. G. conforme las pautas mensurativas de la ley arancelaria en cuanto al mérito y resultado obtenido se estipulan en el

26 % de los que se determinen en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios expuestos por la demandada.

2 – Tratamiento de los agravios

2.1) Se ha contrariado jurisprudencia de esta Alzada

Inicia su queja la parte demandada afirmando que la sentencia en crisis ha contrariado antecedentes de este Cuerpo sobre la materia en tratamiento. Como bien lo ha dicho precedentemente en su voto la Sra. Jueza de Villafañe, esta Cámara se ha expedido en varios casos sobre la validez de las sumas no remunerativas fijadas por convenios pero en ninguno de ellos se trató la cuestión relativa a su constitucionalidad o nulidad planteado por las partes, que es lo que aquí debe dirimirse.

En este caso, la actora ha dicho en su demanda: *"…venimos a solicitar la inconstitucionalidad de los artículos o párrafos que integran los acuerdos donde se consignen pagos como "no remunerativos" para los trabajadores de comercio del*

CCT 130/75, convenidos entre el sindicato de la actividad o su federación y las cámaras empleadoras en cualquier instancia, para que a partir de allí los conceptos existentes en los recibos de nuestro mandante recuperen su verdadero carácter de retributivos…" (fs. 25); *"…esos instrumentos pactados no pueden ser otra cosa que remuneración pura…y si algún convenio o acuerdo afecta el principio protectorio o cualquier otro de los que gobiernan la materia laboral, solicitamos que VS conforme sus facultades los controle y determine su inconstitucionalidad declarándolos sumas remunerativas… Específicamente en el presente caso solicitamos a VS que todo lo que no se ajuste a las definiciones anteriores se declare inconstitucional y en especial los rubros que figuran en los recibos del actor como "no remunerativos"…"* (fs. 25 vta.). De lo transcripto y de los restantes términos de la demanda no surge, para mí, que la parte actora haya hecho *"…un planteo de inconstitucionalidad "al barrer"…"* tal como afirma la recurrente (fs. 125 vta.); por el contrario, el planteo ha sido claro y preciso. Ello resulta avalado por la conducta expuesta por la parte demandada quien ha podido plantear sus argumentos defensivos en el proceso sin ningún inconveniente y sin haber esgrimido queja alguna sobre la insuficiencia o defecto de la demanda al respecto.

Es por ello que comparto lo propuesto en el voto precedente sobre el particular en cuanto a que este punto de los agravios debe ser declarado desierto (arg. arts. 268, 269 CPCC).

2.2) <u>Declaración de inconstitucionalidad "de oficio</u>"

La estructura fundamental de la queja de la recurrente apunta a que la a quo ha declarado la inconstitucionalidad de las resoluciones homologatorias sin que ello haya sido expresamente pedido por la parte actora. O sea, se agravia por la declaración de inconstitucionalidad "de oficio".

En lo que hace a la circunstancia de que la parte actora no solicitó la declaración de inconstitucionalidad que estoy considerando en este apartado, he dicho ya (ver *"F., E.R. c/ C.N.A. ART S.A. s/ Accidente"*, SD 06/05/13, N° 21/13) que ante la existencia de una causa judicial la CSJN no siempre ha exigido la expresa petición de parte para ejercer el control de constitucionalidad. En su primera época constitucional, dicho cuerpo confirmó una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma (in re "V. C. e H. c/ S. y S.", 17/12/1872, Fallos: 11-257). Hasta el año 1940, la Corte Suprema no se expide sobre la exigencia del expreso pedido de parte para ejercer el mencionado control. En el caso "Ganadera Los Lagos c/ Nación Argentina", del 30/06/1941 (Fallos: 190-142 – La Ley 23-251), la Corte reclamó la exigencia del pedido de parte para ejercer el control de constitucionalidad, afirmando que no es posible declarar la inconstitucionalidad de las leyes, fundándose en que una posición contraria vulnera el principio de división de los poderes, la defensa en juicio y la presunción de legitimidad de las normas. Esta jurisprudencia se mantuvo invariable -con disidencias notables- hasta la causa "Mill de Pereyra".

La jurisprudencia restrictiva del control de constitucionalidad de la CSJN cambió en la sentencia del día 27/09/2001 en la referida causa "Mill de Pereyra, R.A. y Otros c/ Pcia. de Corrientes" (La Ley 2001-F, 891), donde admite expresamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio de las leyes por los jueces. Es obvio que ningún impedimento existe para ejercer el control el hecho de tratarse de resoluciones homologatorias de convenios salariales, como bien lo ha destacado precedentemente en su voto mi colega de Cámara.

En estos casos la Corte Suprema pone de resalto tres exigencias para declarar la inconstitucionalidad de las normas por los jueces: a) que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional, al que sólo debe recurrirse cuando una estricta necesidad lo

requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 247-121 y sus citas, La Ley 100-47); b) que la declaración de inconstitucionalidad debe ejercerse en un "caso" concreto, porque no se admiten las declaraciones en abstracto y ella sólo procederá ante la estricta necesidad de remover un obstáculo para el progreso de una pretensión o, en su caso, defensa y c) que las decisiones que declaran la inconstitucionalidad de la ley, sólo producen efectos inter partes y no tienen efectos generales -erga omnes- (Consid. 10).

Surge claro de esta última decisión de la Corte, que la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de oficio por los jueces, de ningún modo puede suponer un acto de ligereza por parte de éstos, en la cual los magistrados vengan a cumplir funciones legisferantes, dejando de lado normas que las reputen inválidas, cuando para ello deban sustituir los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de quienes son sus órganos competentes, porque ello es inadmisible (Fallos: 302:457, La Ley 1980-C, 506; 303:1029; 308:224; entre otros). Los jueces no pueden sustituir las políticas de estado, aunque sí pueden declararlas inválidas cuando en forma irrazonable violen o alteren derechos fundamentales (art. 28 C.N.), acreditados que fueren en un caso concreto. Tampoco pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma cuando ella sea conciliable -compatible- con la Constitución Nacional, según doctrina reiterada de la Corte Suprema (Fallos: 14:425; 112:63) quien señala que una objeción constitucional sólo resulta admisible cuando es palmaria y el texto discutido no sea lealmente susceptible de una interpretación concordante con la Constitución (Fallos: 200:180; 242:73, La Ley 93-358, entre otros) (conf. GOMEZ, C.D., *"Control de constitucionalidad de oficio en la CSJN"*, La Ley 2003-A-230).

Lo que sí creo necesario resaltar es que no se permite a los jueces -conforme lo he dicho antes en este voto- una declaración de inconstitucionalidad en abstracto, o sea, sin una causa judicial, dado que así lo exige nuestra C.N. como forma de preservar la división de los poderes (arts. 1, 116), debiendo ser declarada en una causa concreta, lo que a su vez exige que la lesión constitucional sea "actual", esto significa que no debe tratarse de una controversia aun no planteada (prematura o falta de madurez), o bien ya concluida, lo que deriva en una declaración abstracta.

En este caso la a quo actuó y se expidió en el marco de un proceso judicial y no en forma abstracta. Por lo que en este aspecto no sería objetable su declaración de inconstitucionalidad.

De lo que hasta aquí he expuesto y analizado tengo en claro que para que se considere improcedente la declaración de inconstitucionalidad "de oficio" que estoy analizando, debió explicar y fundamentar la recurrente las razones por las cuales ello no es posible en este caso. No advierto que la demandada se haya expedido al respecto y de allí que el rechazo de su agravio devenga inevitable.

2.3) <u>La garantía del art. 19 de la C.N</u>.

Plantea la demandada que la decisión de la a quo olvidó la garantía del art. 19 de la C.N. y que su parte actuó cumpliendo con la ley, con las normas vigentes, siendo la convención colectiva ley para las partes conforme la Ley 14.250, no pudiendo apartarse de ella.

Advierto que esta cuestión no fue planteada por la parte demandada en su contestación de demanda y de allí que no haya sido objeto de tratamiento por la sentencia dictada por la a quo. Es por ello que, a la luz de la norma del art. 280 del ritual, no le corresponde a esta Alzada expedirse sobre el punto.

2.4) <u>El Convenio N° 95 OIT y el uso del término "no remunerativo"</u>

La queja realiza una argumentación sobre el Convenio N° 95 de la O.I.T. el cual no prohíbe pactar porciones salariales sin obligación de efectuar aportes y sobre que el uso del término *"no remunerativo"* en las convenciones no implica quitarle ese carácter al salario. No se advierte de todo este planteo una crítica concreta y razonada de la sentencia que justifique su revocación por este Cuerpo, sin perjuicio de que -como ocurriera con el punto anteriormente analizado- nos encontramos ante planteos que no fueron esgrimidos en la primera instancia y de allí que no formaron parte de la litis a los efectos de su oportuna decisión por la a quo. Ello torna imposible su tratamiento en esta instancia (arg. art. 280 CPCC).

2.5) <u>Conclusión Parcial</u>

No existe una crítica razonada de los fundamentos que demuestren el error del fallo, si respecto de cada manifestación de la apelante falta el necesario desarrollo argumental capaz de cerciorar sobre la pertinencia de lo aseverado y no se ingresa a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho, que a su turno desarrolló la a quo en forma completa y acertada y pretende suplir la crítica con una alegación de hechos, respecto de los cuales se hacen referencias parciales e incompletas de las constancias de autos (conf. CNCiv., Sala C, 04/07/85, LL, 1986-A, 184).

Es evidente el déficit de los agravios en la presentación bajo análisis dado que sólo se exteriorizan generalizaciones subjetivas, discrepancias y disconformidad sobre la cuestión central debatida, sin indicar de modo concreto dónde existe el error de la a quo y cuáles son los hechos y circunstancias acreditados en el proceso con virtualidad suficiente para destruir los argumentos desarrollados por la juzgadora.

Es menester tener en cuenta que para que los agravios que sustentan el fundamento recursivo sean atendibles, deben atacar y demostrar el error de

la sentencia en crisis en la cuestión central, medular y esencial que la misma ha decidido. Si esa cuestión no es seria y sólidamente rebatida, el recurso no puede prosperar dado que ha adquirido firmeza para quien pretende su revocación.

Advierto que, en el caso, la cuestión medular decidida por la sentenciante no ha sido en modo alguno debidamente atacada y, menos aun, se ha demostrado el error de lo decidido.

En virtud de lo expuesto y fundamentado, he de coincidir con la Sra. Jueza preopinante en que el recurso en tratamiento debe ser declarado desierto en el aspecto sustancial de la materia apelada (arg. arts. 60 Ley del Fuero y 268, 269 CPCC).

2.6) <u>La imposición de costas</u>

Entiende la quejosa que las costas debieron ser impuestas "por su orden" y no a su parte. Apoya en su pretensión en el allanamiento que formulara al contestar la demanda. No he de admitir la queja.

Para que el allanamiento sea causa eficaz de exención de la obligación de las costas, no sólo debe ser oportuno, sino que es menester que reúna los requisitos de real, incondicionado, total y efectivo para terminar con el pleito (conf. SCBA, La Ley, 134-489; Cám. 2ª., Sala I, La Plata, C. B-52.257, reg. sent. 169/82; Cám.2ª, Sala II, La Plata, C. B-27.391, reg. int. 341/69; Cám.Civ.Com.Mercedes, Sala II, ED, 84-237; Cám.Civ.Com.Morón, La Ley, 151-610).

Viene al caso puntualizar que el allanamiento por si solo no conduce a la eximición de costas, como pretende la queja, ya que deben distinguirse los requisitos que aquél ha de reunir, de las condiciones que deben acompañarlo para que exima de cargar con tal obligación.

En consecuencia, el allanamiento a la demanda no exime de las costas si fue tardío por encontrarse el accionado en mora, o cuando con su conducta

hubiere originado la necesidad de incoar el proceso a fin de obtener el reconocimiento judicial de los derechos o el cumplimiento de las prestaciones prometidas o cuando no ha sido incondicionado, total y efectivo.

No dándose en el caso todos los requisitos para que proceda la pretendida eximición, corresponde rechazar el agravio y confirmar la decisión en crisis.

2.7) <u>El certificado de trabajo</u>

Esgrime la recurrente que debe revocarse la condena a entregar un nuevo certificado de trabajo dado que, conforme los postulados de la sentencia de la anterior instancia, lo único que puede variar es el monto de las indemnizaciones, las que no deben insertarse en el Certificado que establece el art. 80 LCT.

Tampoco en este punto le asiste razón a la demandada. Y ello así porque, conforme los términos de la sentencia, han de sufrir variación las remuneraciones que corresponden al actor al incluirse en ellas las sumas que fueron consideradas "no remunerativas" por el empleador. Con lo cual, es evidente que la decisión recurrida no influye solamente sobre las indemnizaciones sino que también sobre las remuneraciones que deben constar en el certificado en cuestión de conformidad con lo decidido en la primera instancia. Es por ello que el agravio no puede ser oído, debiendo confirmarse la decisión de la a quo.

3 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios analizados no logran hacer mella sobre la decisión recurrida, he de concluir que corresponde confirmar la sentencia en crisis.

4 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada corresponde imponerlas a la parte demandada que resulta vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC). Con respecto a los honorarios de su letrado apoderado, Dr. J. G., los mismos deben ser regulados en el porcentual propuesto precedentemente por mi colega de Cámara en virtud de ajustarse a las pautas que fija la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) CONFIRMAR la sentencia de fs.114/120.

2) IMPONER las costas en la Alzada al recurrente vencido (art. 69 CPCC).

3) REGULAR los honorarios del Ab. J. G. en el 26 % de los que se determinen en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4) De forma.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis VIVAS no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia de fs.114/120.

2) IMPONER las costas en la Alzada al recurrente vencido (art. 69 CPCC).

3) REGULAR los honorarios del Ab. J. G. en el 26 % de los que se determinen en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDL. CONSTE.