En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil quince, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en esta ciudad, con la presidencia de la Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y de los Sres. jueces de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dr. Julio Antonio Alexandre, a efectos de dictar sentencia definitiva en los autos caratulados **"A., J. L. Y OTROS c/ B. S. A. D. S. P. s/ SUMARIO (Cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. N° 275/14**, venidos del Juzgado Laboral N° 2, y en atención al resultado del sorteo establecido por el art. 271 Cpr. (fs. 272), correspondió el siguiente orden de votación: 1) Dr. Ricardo Rubén Enrique HAYES, 2) Dra. Graciela Mercedes GARCIA BLANCO, 3) Dra. Nélida Susana MELERO y 4) Julio Antonio ALEXANDRE.

Así, se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 821/833vta.?, y **SEGUNDA:** ¿En su caso, que pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte demandada y la parte actora, a fs. 835 y 836 de estos actuados, respectivamente. Concedidos que fueran, cumplen en expresar agravios a fs. 839/844 la actora, y a fs. 845/850 la demandada. Obra contestación del traslado de los mismos a fs. 852/855 de parte de la actora, y a fs. 856/861 por la demandada.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara

I. Antecedentes:

En breve síntesis, los actores promovieron demanda en la cual solicitaron se condene al empleador a abonar las sumas correspondientes a: 1) tickets-almuerzo entregados a los accionantes durante junio de 2011 y rechazados por el supermercado La Proveeduría, 2) Para los actores D. y B., horas extras y no pagadas de junio de 2010 a junio de 2011 inclusive, y su incidencia en el SAC de la segunda cuota de 2010 y primera del 2011, 3) SAC proporcional al segundo semestre de 2011, 4) Para B., diferencia vacaciones impagas y correspondiente a los años 2009, 2010 y 2011, 5) Para A., diferencia vacaciones impaga y correspondiente al año 2011, 6) Diferencia impaga sobre indemnización por antigüedad, 7) Indemnizaciones previstas en los arts. 1 y 2 de la Ley 25323, 8) Indemnización art. 80 de la Ley 20744 y 9) Declaración de conducta temeraria y maliciosa en los término del art. 9o de la Ley 25013 y 275 LCT. Planteó la inconstitucionalidad de la naturaleza no remuneratoria de algunos conceptos salariales previstos en los CCT 396/904 y 511/07, y sus sucedáneos 605/10 y 611/10, así como de los topes salariales. Todo ello con más intereses desde que la sumas son debidas y hasta que se efectúe el pago, costas y costos del proceso a cargo de la demandada.

La parte demandada contestó a su turno el traslado de la acción impetrada. Opuso excepción de prescripción respecto de cualquier crédito emergente de la relación laboral invocada nacido dos años antes de la interposición de la demanda. Reconoció la relación laboral, más cuestionó el encuadre sindical y categorizaciones de los actores, la extensión de la

jornada laboral, la inconstitucionalidad de los topes salariales, que la indemnización abonada fuera insuficiente y que correspondiera el pago de aquellas derivadas de los arts. 1° y 2° de la Ley 25323 y art.

80 de la LCT. Formuló reserva del caso federal. Solicitó, en consecuencia, el rechazo de la demanda, con costas.

La sentencia dictada por el Juzgado Laboral N° 2, obrante a fs. 821/833, declaró la inconstitucionalidad de los adicionales no remunerativos: Bono de Paz Social; Ayuda Alimentaria; Vianda 8 h, y Asignación Vianda Complementaria, y toda suma abonada bajo el concepto exenta, a las que asignó carácter remuneratorio a todo fin, efecto o reconocimiento de derecho que tenga relación con la remuneración de los actores. Luego, hizo lugar a la demanda interpuesta por los actores Sres. J. L. A., I. M. B. y A. E. D., en consecuencia condenó a la firma B. S. A. d. S. P. a hacer entrega en el plazo de diez (10) días del certificado de trabajo, la constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social a la totalidad de los coactores; la constancia documentada de aportes y contribuciones sindicales al Sr. J. L. A., y a abonar, en idéntico término, la suma que sea determinada en oportunidad por la perito contadora comprensiva de: diferencia impaga por horas extras de los trabajadores I. M. B. y A. E. D.; viandas entregadas y no canjeadas a la totalidad de los accionantes; diferencia impaga en indemnización por vacaciones no gozadas y su SAC a los tres reclamantes; SAC proporcional al segundo semestre de 2011 de los tres actores; diferencia en indemnización por antigüedad a los tres reclamantes; indemnización del art. 1 de la Ley 25323 a los tres dependientes; indemnización del art. 2 de la Ley 25323 a los tres trabajadores; e indemnización del art. 80 LCT a los tres accionantes, según cálculo a efectuar por la perito contable, con más los intereses a tasa activa que utiliza el BNA para operaciones de descuentos de operaciones comerciales. Impuso, por fin, las costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alza la parte actora por la aplicación del tope indemnizatorio de un convenio extraño al que regulaba la relación laboral de los actores B. y así disponer la quita del 33% para los mismos. En segundo lugar, se agravia por la reducción de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 efectuada sin fundamentos suficientes del 50% al 35%.

En relación con el primer agravio, sostiene que la juzgadora yerra toda vez que, si bien la limitación del 33% derivado del precedente "Vizzotti" resulta aplicable en el caso del actor A., por verse afectado en mayor porcentaje el tope indemnizatorio, no lo es para los otros dos actores –B. y D.-, desde que estos últimos

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

siendo personal jerárquico, no se encontraban bajo el mismo CCT 605/10 como el primero, sino en los CCT 511/07 y 611/10, para los que no se ha establecido tope.

Respecto del segundo agravio, manifiesta que la jueza *a quo* no ha evaluado que, en efecto, en el caso se cumplen con creces los requisitos para la aplicación de la indemnización que el art. 2 de la Ley 25323 prevé para el incumplimiento del empleador, a la vez que afirma que no se ha dado adecuada interpretación a la intención de legislador como se proclama en la sentencia, ello toda vez que aquella procede aún cuando se efectúan pagos parciales al empleado.

Por su lado, la demandada se agravia en primer lugar con base en la jornada laboral -y horas extras- reconocida en el decisorio, argumentando a ese respecto que la juzgadora ha valorado sesgadamente la prueba testimonial en la que se ha basado para ello. En segundo lugar, se agravia por que se hayan considerado efectuados pagos en negro, desde que, según dice, no se ha recibido prueba válida y conducente para su aseveración, calificando como parcial la prueba testimonial reunida y cuestionando que se haya dado entidad a la documental -vales- suscriptos por quien

resulta ahora actora –B.-, aduciendo además que las compras que se efectuaban en el Supermercado La Proveeduría no eran para provecho personal de los dependientes, sino para la logística de la propia empresa. En tercer lugar, el agravio se vincula al reconocimiento de los pagos por vacaciones no gozadas, SAC e indemnización por antigüedad, ello por la directa incidencia que reciben en virtud de reconocerse horas extras y pagos en negro. En cuarto lugar, se agravia atacando la declaración de inconstitucionalidad de las sumas no remuneratorias, fundando su postura en que el pago de las mismas surge de convenios ajenos a su voluntad, que así las dispusieron, por lo que resulta injusto que ahora deba costear las consecuencias, afectando ello su derecho de propiedad. En quinto lugar, el agravio se relaciona con la imposición de la indemnización del art. 1 de la Ley 25323, ello relacionado con la negativa contendida en el segundo agravio, negando nuevamente que haya habido pagos en negro. El sexto agravio se vincula a la indemnización del art. 2 de la Ley 25323, la que sostiene sólo es aplicable, tal el texto legal, al caso en que el empleador no abonara las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, y no cuando las abonara aunque en menor cuantía. Por último, el séptimo agravio de la demandada se relaciona con la indemnización derivada del art. 9 de la Ley 25013, la que sostiene no es aplicable, resumiendo, por las mismas razones que cuestionó la aplicación de la derivada del art 2 de la Ley 25323 en el anterior agravio.

Por una cuestión de método, habré de tratar en primer lugar los agravios de la parte actora y luego los de la demandada. En la eventualidad en que coincidan las materias, serán abordados en conjunto.

a) De la aplicación de los topes indemnizatorios:

La cuestión de los topes indemnizatorios reconoce su origen en el art. 245 de la LCT que dispone:

"En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, este deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara

”Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo.

”Para aquellos trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno.

”Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si este fuere más favorable".

En el caso de autos, la sentencia encuadra a los actores B. y D. dentro del CCT 611/10, correspondiente al personal jerárquico, ello atento a las tareas que desarrollaran durante la relación laboral y la letra de los arts. 9 y 10 de la citada convención. Observo, a ese

respecto, que tal calificación no constituye agravio para la demandada, por lo que sobre esa realidad no cuestionada habré de analizar el punto.

Como expresa la norma transcripta, la base de cálculo de la indemnización no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad, cuyo establecimiento es tarea del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

En una primera aproximación, aclaro que he reiterado este párrafo del art. 245 porque se ha visto que no se trata aquí de trabajadores fuera de convenio, por tanto no le son aplicables los otros supuestos contenidos en el texto de aquel. Ahora bien, el tema a resolver pasa porque el MTESS no publicó un tope para quienes se encontraban cubiertos por el CCT 611/10.

Por un lado, constituye doctrina de nuestro más alto Tribunal el hecho de que no es irrazonable el módulo indemnizatorio fijado en el art. 245 LCT, resultando facultad del legislador la protección por despido arbitrario, excediendo las atribuciones de los jueces expedirse sobre su conveniencia (“Villarreal, Adolfo v. Roemmers”, 10/12/1997), quien también ha expresado: "El art. 245, LCT (Ley 24013), pone en evidencia el inequívoco propósito del legislador de imponer un límite a las indemnizaciones por despido. La demora del organismo del Estado en la fijación de los topes no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

razón válida para determinar el crédito del actor con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión" (Duchowny, Norberto v. Editorial Musical Korn Intersong S.A., 15/5/2001).

Ahora bien, la misma Corte se ocupó luego de colocar un coto modificando el criterio primigenio absoluto de "V. c/ R." y así consideró que corresponde aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrs. 2 y 3 del art 245 LCT más solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, ello por entender que de otro modo la indemnización por despido no guarda proporción -no es razonable, justa ni equitativa- con la real remuneración devengada por el trabajador, constituyendo así "una desnaturalización del sentido de la indemnización", produciéndose una violación de la garantía constitucional contra el despido arbitrario ("Vizzotti, Carlos A. v AMSA SA s/ Despido", 14/9/2004, cit. por Grisolía, Julio Armando, *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, T. II, pág. 1081).

Destaco aquí que este último decisorio pretende que la indemnización por antigüedad sea equitativa y proporcional a la remuneración que percibía el trabajador, vale decir no se cuestiona que haya un tope, mas de resultas de este no puede derivarse en un perjuicio del trabajador, y así es que el mismo no puede diferir en un porcentaje mayor al del 33% con la mejor remuneración mensual que aquel hubiera percibido, de modo normal y habitual.

Por tanto, resulta claro que el agravio no puede prosperar. En principio, pretender que no haya tope contrariaría el criterio del más alto Tribunal. Por otra parte, y he aquí lo que quiero resaltar, independientemente del tope indemnizatorio de referencia que la sentencia haya reconocido, siempre existirá la limitación que establece el precedente "V.", lo cual es señalado por la jueza *a quo* en la sentencia del 33% antedicho, lo que garantiza absolutamente el derecho del trabajador.

b) De la indemnización del art. 2° déla Ley 25323:

Se agravia la actora porque la señora juez *a quo* dio acogida a su pretensión en relación con la aplicación de la indemnización prevista en el ar. 2 de

la Ley 25323, más redujo el porcentaje del 50% al 35%. A su turno, la demandada se agravia asimismo respecto del particular aduciendo que no corresponde se le cargue tal indemnización.

El art. 2 de la Ley 25323 establece: Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, estas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.

La norma es suficientemente clara, y de la misma se colige que la indemnización procede en el caso en que, debidamente intimado el empleador, no abona las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT. Aquí fueron abonadas.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Sin embargo, cabe preguntarse qué es lo que sucede si el pago efectuado fue parcial y así no tuvo más remedio el trabajador que instar la acción judicial para hacerse de su crédito, supuesto este también contemplado en la norma. Pues bien, si la sentencia hace lugar al reclamo, es justo que al menos la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 se aplique sobre el saldo impago.

Ahora, respecto de la reducción del 50% al 35%, si bien los jueces están habilitados para reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio, ello, según el artículo en estudio, debe obedecer a causas que hayan justificado la conducta del empleador, lo cual entiendo no puede resultar de una simple interpretación

de la intención del legislador, sino una fundada apreciación del proceder de aquél, la cual aquí está ausente, razón por la que estimo el agravio debe ser receptado.

c) De la jornada laboral y las horas extras:

En relación con el punto, y lo resuelto en la sentencia de grado, se agravia la demandada, mas su fundamento no sobrepasa la mera discrepancia de criterio con el juzgador. De hecho, afirma que la juzgadora ha efectuado "una sesgada valoración de la prueba testimonial... privilegia y da mayor verosimilitud a los testigos ofrecidos por la actora... formula un juicio de valor global, una especie de homologación genérica, de clase".

Sabido es que el código de rito exige como base de la apelación una crítica concreta y razonada de la sentencia, no bastando la mera discrepancia o discordancia, respetable desde ya, con lo expuesto por el juzgador.

Lo manifestado por la parte en sustento de su agravio no conmueve lo decidido, ello desde que su crítica carece de fundamentos legales que sean útiles para rebatir en concreto lo resuelto por la magistrada. Simplemente se agravia porque no coincide con la valoración que de la prueba ha efectuado aquella, siendo ello insuficiente desde el punto de vista formal para dar entidad a su reclamo.

Por tanto, el agravio no ha de prosperar.

d) De los pagos en negro:

Sostiene su agravio la demandada, afirmando que los vales o tickets que revestirían tal carácter no eran entregados a los empleados, sino que "las compras correspondían al consumo interno de la empresa". Es decir, frente a los dichos de la actora, que afirma le eran entregados por la empleadora los mentados vales que podía cambiar por mercaderías en el supermercado "La Proveeduría", la parte demandada niega dicha realidad expresando que los mismos estaban previstos para las

compras habituales del establecimiento, y que los empleados contaban con ello, sin necesidad de que el empleador les suministrara dinero en efectivo.

Frente al ingenioso argumento, me remito al informe elaborado por el S. "L. P." (fs. 796), sobre el que en particular destaco: "La operatoria consistía en la autorización al cliente de la emisión de Vales que el

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

mismo entregaba a su personal para adquisición de productos de la canasta alimentaria. El empleado realizaba su compra abonando con el vale...".

Ello, sumado a la copia del vale vianda - almuerzo n° 013068 obrante a fs. 794 en el que se autoriza al portador del mismo a retirar la cantidad de 25 (veinticinco) viandas - almuerzo por valor de $5,30 cada una con cargo a la Empresa, me llevan a la convicción de que el argumento de la demandada no resiste el menor análisis, y que efectivamente los vales en cuestión eran entregados, como solía ser de práctica, a los empleados como parte de su remuneración, razón por la que el agravio, insostenible en sí, no puede prosperar.

e) De las vacaciones no gozadas, SAC e indemnización por antigüedad.

Resultando el agravio consecuencia del reconocimiento de las horas extras y los pagos en negro, y la incidencia en los rubros individualizados en este inciso, y habiéndome ya expedido, entiendo que resultaría sobreabundante reiterar idénticos fundamentos por lo que me remito a lo ya expresado.El agravio no prospera.

f) De la inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas:

Es conteste la jurisprudencia nacional ordenando sus decisiones al criterio sentado claramente por nuestra Corte Suprema en el fallo "Díaz Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes SA". Allí se señaló que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario, que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la

República Argentina como la propia legislación nacional, afecta el principio constitucional de retribución justa que se encuentra en correlación con la base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario".

La naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen con independencia del nombre que el legislador o los particulares le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen juris* sería inconstitucional.

Desde esta perspectiva, no es posible aceptar que, por medio de un acuerdo colectivo, se atribuya carácter no remunerativo a sumas de dinero abonadas a los trabajadores en virtud del contrato de trabajo y como consecuencia del trabajo prestado por ellos, ya que la directiva del art. 103 LCT tiene carácter indisponible y resulta la norma mínima de aplicación. Entiendo que debe prevalecer la letra del Convenio N° 95 OIT, ratificado por la Argentina, por el que "el término salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo".

Así pues, la validez de los acuerdos colectivos no se mensura en relación a su constitucionalidad sino con su ajuste o desajuste con las normas de rango superior y a la articulación propia del régimen de los convenios colectivos, que sólo resultan aplicables en la medida que contengan beneficios adicionales o superiores a los previstos en las

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

disposiciones legales.

Por tanto, el agravio no puede prosperar.

g) De la indemnización del art. 1 de la Ley 25323 y del art. 9 de la Ley 25013.

Habiéndome expedido sobre la base que da origen a la aplicación de la mentada indemnización en el inciso d) doy por reiterados los conceptos allí vertidos y en consecuencia dispongo que los agravios no habrán de prosperar.

Por último y en relación con los honorarios de esta instancia, habré de diferirlos para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Confirmar la sentencia de grado en cuanto dispone tope a la indemnización por antigüedad para los actores B. y D., sin que aquel pueda afectar en más del 33% la base de cálculo respectiva.

2) Revocar la sentencia en cuanto dispone reducir de un 50% a un 35% el porcentaje de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323, debiendo aplicarse el 50% sobre las diferencias no abonadas que serán calculadas por la perita contadora.

3) Confirmar el resto de la sentencia de grado en cuanto ha sido materia de agravios.

4) Imponer las costas de la acción a la demandada vencida en un 80% y en un 20% a la actora (art. 72 Cpr).

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la Alzada de los Dres J. H. P., E. J. M. y J. M. P. en la suma equivalente al TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y los del Dr. M. D. V. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los regulados para la primera instancia, siempre con más el IVA de corresponder.

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes contra la sentencia definitiva nro. 27/2014 (fs.821/833, fs. 835, fs. 836).

La sentencia venida en crisis declaró la inconstitucionalidad de los adicionales no

remunerativos: Bono de Paz Social; Ayuda Alimentaria; Vianda 8 h, y Asignación Vianda Complementaria, y toda suma abonada bajo el concepto exenta, las que adquieren el carácter remuneratorio a todo fin, efecto o reconocimiento de derecho que tenga relación con la remuneración de los trabajadores Sres. J. L. A., I. M. B. y A. E. D.

Hizo lugar a la demanda interpuesta por los Sres. J. L. A., I. M. B.y A. E. D., en consecuencia condenó a la firma B. S. A. D. S. P. a hacer entrega en el plazo de DIEZ (10) días del certificado de trabajo, la constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social a la totalidad de los coactores; la constancia documentada de aportes y contribuciones sindicales al Sr. J. L. A., y a abonar, en idéntico término, la suma que determinará la perito contadora comprensiva: diferencia impaga por horas extras de los trabajadores I. M. B. y A. E. D.; viandas entregadas y no canjeadas a la totalidad de los accionantes; diferencia impaga en indemnización por vacaciones no gozadas y su SAC a los tres reclamantes; SAC proporcional al segundo semestre de 2011 de los tres actores; Diferencia en indemnización por antigüedad a los tres reclamantes; Indemnización del art. 1 de la Ley 25323 a los tres dependientes; indemnización del art. 2 de la Ley 25323 a los tres trabajadores; Indemnización del art. 80 LCT a los tres accionantes, sumas que serán calculadas por la perita contable, una vez firme la presente y de acuerdo a las directrices dadas en os considerandos del fallo.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara

Impuso las costas a la demandada. Entendió que la excepción de prescripción de acuerdo a su sustanciación

y resolución no ameritaba regulación de honorarios independiente de la que efectúo en forma integral.

Se agregaron los memoriales respectivos fs. 839/844, fs. 845/850.

Abordaré en primer término los agravios de la parte actora y en forma discriminada cada uno de ellos con el retruque de la contraria y seguidamente los correspondientes a la demandada.

1. En el primer agravio de la parte actora se quejó de la aplicación del tope indemnizatorio de un convenio extraño al que regulaba la actividad de los actores B. y D. y dispuso la quita del 33% y por la reducción de la indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

En cuanto al primer agravio aplicó el criterio correcto para J. L. A., pero omitió considerar que en la misma sentencia la jueza *a quo* determinó la aplicación del convenio colectivo nro. 611/10 de los petroleros jerárquicos y conforme ello no podía aplicarle a B. y D. el mismo tope indemnizatorio de la CCT 605/10 de los petroleros base que si era aplicable a A. siendo manifiesto el error al citar a B. y a D. para que se incluyera en la base del cálculo las horas extras por ellos trabajadas y no liquidadas ni pagadas.

La parte actora pidió que a J. L. A. chofer al que se le aplicaba el CCT605/10 y por verse afectado en más de 33% se le aplicara el caso “Vizzotti”, así lo hizo y resultó ajustado a derecho.

En el caso de B. y D.lo peticionado fue diverso, ya que era aplicable el convenio de petroleros profesionales y jerárquicos 611/10 y que tal convenio no tiene tope indemnizatorio. La jueza consideró era aplicable era el 611/10.

Se resolvió en la sentencia que estaban encuadrados los actores D. y V. en el CCT nro. 511/07 y su sucedáneo 611/10 e hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad de los adicionales previstos en dicho convenio. Sin considerar que no les era aplicable el CCT 605/10, expuso que les era aplicable el tope que regía para ese

convenio y era aplicable exclusivamente para el coactor A. el tope del 33%.

No se fijó tope para los CCT nro. 511/07, 611/10 atento a la no fijación de tope la jueza *a quo* no puede aplicar en perjuicio de

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

B. y D. el tope de otro convenio, viola el art. 245 y 9 de la LCT. Transcribe el art. 245 LCT en lo pertinente.

Corresponde al MTE y SS fijar el tope indemnizatorio (agregado Ley 25877), no lo hizo por lo que no cabe aplicar tope alguna y corresponde determinar la indemnización sobre la base de cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el ultimo año atento al convenio jerárquico de B. y D.. Si la autoridad de aplicación no publica tope para el CCT 611/10 que era el que correspondía a B. y D., debió la jueza *a quo* aplicar íntegra la base de remuneración. Dice que la omisión ha sido intencional por la diversidad y ancha banda salarial, solo la interpretación *contra legem* y violatoria del principio del art. 9 LCT puede admitir tope de otro convenio. Tampoco corresponde elaborar otro tope por vía judicial en perjuicio del trabajador. El art. 245 LCT manda aplicar otro convenio más beneficioso cuando hubiera uno más alto en el caso de B. y D. no hay otro y no se publicó el tope. Cita jurisprudencia. Solicita se revoque y se disponga el pago de la indemnización sin tope alguno.

A fs. 856/858vta., la demandada contestó los agravios de la actora.

En cuanto al primero, el tope indemnizatorio, sostiene que la parte actora se confunde pensando que a los trabajadores fuera de convenio se les aplica directamente el fallo “Vizzotti”, lo cual es un error; efectúa una interpretación del espíritu del legislador. Concluye que para los excluidos del convenio será el establecido para el convenio aplicable al establecimiento más favorable, en el caso que hubiera uno (transcribe art. 245 LCT).

En el caso que el salario del trabajador fuera de convenio fuese superior al tope indemnizatorio en cuestión, deberá aplicarse dicho tope y realizar el cálculo de la indemnización por antigüedad con el monto del tope y no sobre la mayor remuneración si esta fuera superior al tope. La interpretación del actor que por falta de publicación del tope no se aplica ninguno genera una arbitrariedad y desigualdad. Cita jurisprudencia.

Solución.

Es veraz que al incoar demanda los actores B. y D. hicieron referencia que tenían la calificación profesional como "personal jerárquico" (fs. 242 y vta.) detallando la remuneración.

La jueza de grado hace un análisis de la prueba individualizándola, dejando sentado que correspondieron al CCT nro. 611/10 excluyendo los del CCT nro. 396/04 como pretendía la contraria. Tal como peticionó la parte actora.

En orden a decidir la cuestión traída a esta alzada, ante la ausencia de publicación del tope por parte de la autoridad administrativa –imposición legal- debo definir si corresponde o no se efectúe la liquidación final conforme lo propone la apelante actora, sin ninguna restricción, ya que así fue planteado en el libelo de inicio.

Advierto que la jueza *a quo* a fs. 831vta. fijo un tope de $12.391,44 que consideró establecido, entiendo que el mismo no se corresponde con el del convenio que regía a los trabajadores hoy actores, toda vez que el mismo no ha sido brindado por el ministerio sobre el que pesaba la obligación legal.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Ambas partes y la magistrada de grado refieren a al mentado caso "V." de nuestro Máximo Tribunal, es menester señalar que dicho importe cuerpo ha reconocido la facultad legal de la limitación –al tope indemnizatorio- ha dicho: "Que, por cierto, dadas las características del régimen en debate, no todo

apartamiento por parte de este de los aspectos de la realidad a los que remite, justificaría el reproche constitucional. Sí es válido como principio, de acuerdo con lo ya expresado, que la indemnización por despido sin justa causa pueda ser regulada por la ley con carácter tarifado, sin admitir prueba de los daños en más o en menos, también lo será, con análogos alcances, que aquella someta la evaluación de los elementos determinantes de la reparación a ciertos límites cuantitativos.

"… La razonable relación que, según el Tribunal, debe guardar la base salarial de la indemnización por despido sin justa causa con la mejor remuneración mensual normal y habitual computable, toma en cuenta que esta última, por resultar la contraprestación del empleador por los servicios del trabajador, pone de manifiesto, a su vez, la medida en que aquél, en términos económicos, reconoció y evaluó los frutos o beneficios que este le proporcionó con su labor subordinada. Dicho salario, para el empleador, justipreció el esfuerzo y la importancia de las tareas desarrolladas por el dependiente, y se adecuó a las posibilidades económicas y al rendimiento que estimó al contratarlo o promoverlo.

"…Que, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299:428, 430, consid. 5° y sus numerosas citas).

En el sublite se ha configurado esta grave situación según se sigue de los guarismos y cálculos no controvertidos que ya han sido expresados. Entonces, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable.

Sin desconocer la jurisprudencia parcial citada por la parte actora apelante, entiendo que implica el cumplimiento del principio "iura novit curia" la decisión del tribunal aplica lo establecido en el art. 245 de la LCT (ver Ojeda, Raúl "Jurisprudencia Laboral Nacional y de la SCJ de la Pcia. de Buenos Aires", t. III págs. 338/339, ed. Rubinzal Culzoni-2014).

Parto de la idea que existiendo un convenio colectivo que regía la actividad legal a la base salarial debe aplicarse aun de oficio, dado que su cumplimiento implica la facultad *iura novit curia*, pero dicha facultad no puede extenderse a otra convención que no corresponda cuando como en la especie existió. "Si se conoce o esta identificado el CCT de aplicación, la indemnización del art. 245 LCT, debe calcularse limitando de oficio el término salarial de la ecuación resarcitoria" (autor y obra citada, pág. 350).

El limite de afectación del 33% lo efectuó sobre la consideración de otro convenio, no comparto la postura de la jueza *a quo*, y por los argumentos expuestos tampoco la de accionante, no obstante, la pregunta del millón sobre

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

que base de remuneración ha de aplicarse dicha reducción. No habiendo sido publicado por la autoridad administrativa sobre la cual estaba delegada la obligación legal de fijar el promedio de remuneraciones del CCT nro. 611/10 tal como quedó determinado en el fallo venido en crisis.

En este orden de ideas, y no habiendo sido publicado el referido tope, no puede colocarse a los trabajadores en mejor condición que otros cuya remuneración supera el promedio establecido en el art. 245 párrafo 2do., por lo cual a la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida, se aplicara una quita del 33% (www. rubinzal. com. ar, Jurisprudencia de Derecho Laboral, RCJ8263/2007).

En el caso resulta improcedente la aplicación de una convención colectiva de trabajo distinta a la que corresponde a los trabajadores cuando ha sido tema de controversia y decidida, siendo improcedente utilizar otro tope, no es la letra de la ley que está expresada claramente, de otra convención, la más favorable resulta viable solamente cuando no existe, no como acontece en el caso, que si existía para los trabajadores y la jueza a quo tuvo en cuenta el establecido para distintos empleados fs. 151 (caso del actor A.). Es errónea la aplicación del convenio que no suscribió la parte en cuya celebración no estuvo representada y ausencia de la publicación tampoco habilita que la liquidación se efectúe sobre la base de la mejor remuneración, normal y habitual sin restricción, por lo cual propicio la idea que se efectúe sobre la misma la restricción del 33% y no el tope establecido por la jueza *a quo* (que corresponde a otro convenio colectivo de trabajo).

Por ello recepto parcialmente el agravio y dispongo que la reducción por aplicación del caso "V." de no afectar en más de un 33% en los casos en tratamientos sea sobre la mejor remuneración normal y habitual percibida durante el ultimo año –primer párrafo del art. 245 LCT-.

Segundo agravio de la parte actora: Los fundamentos de la actora para reducir la multa del art. 2 de la Ley 25323.

La jueza *a quo* morigera la multa condenando en un 35%, dice que pagó una suma irrisoria, que debieron reclamar las diferencias los trabajadores despedidos, hace invocaciones de la voluntad del legislador.

La demandada contesta el agravio a fs. 858vta/860.

Dice que abonó en tiempo las indemnizaciones, sostiene en apretada síntesis que es una voracidad indemnizatoria.

Constituye el sexto agravio de la parte demandada:

Dice que el pago insuficiente no es presupuesto para la aplicación de la indemnización del art. 2 de la

Ley 25323, sino para la hipótesis del no pago de las indemnizaciones debidas, no para el pago, no el insuficiente de las mismas.

Solución:

Ninguno de los argumentos esgrimidos por las partes constituye técnicamente una crítica concreta y razonada con el alcance contenido por el art. 168 del ritual, no pueden considerarse las simples discrepancias volcadas en los memoriales con apreciaciones subjetivas del instituto en cuestión como de la decisión adoptada con la técnica suficiente para viabilizar el tratamiento del tema. Más aún cuando la ley faculta a los magistrados sobre la atenuación de la aplicación del art. 2 de la Ley 25323.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

"El art. 2 de la Ley 25323 en su segundo párrafo, confiere a los jueces la facultad de reducir prudencialmente, o eximir el pago del incremento indemnizatorio estatuido en el primer tramo de la norma. Para ejercer dicha prerrogativa, el dispositivo en cuestión consagra dos requisitos, a saber: a) que hubieren existido causas que justifiquen la conducta del empleador y b) que la resolución sea fundada" (autor y ob. cit., pág. 796).

Dado que en la especie a fs. 831vta./832 la magistrada de grado fundó su decisión con argumentos que ninguna de las partes contraria. Por ello, e importando el ejercicio privativo de facultades reservadas a los magistrados sin elementos de valoración por los apelantes para su revisión, no resulta factible la atención del agravio.

Por ello desestimo los agravios de las partes.

2. Agravios de la demandada: Primera queja la jornada laboral.

Se agravia de la valoración de la prueba testimonial efectuada por la jueza *a quo*, dice que los testimonios presentados por la actora valorados carecen

de fuerza convictiva señalando que Cárdenas concurría esporádicamente a la empresa y M. ya se había jubilado cuando ocurrieron los hechos, idéntico caso E. Hace referencia a la pasividad y el silencio de los trabajadores.

Contesta el agravio la actora (fs. 852 y vta.).

Dice que los testigos presentados por la demandada no fueron coincidentes y estaban emparentados con el extitular del paquete accionario de la compañía. La demandada tuvo todos los medios probatorios porque tenía los domicilios de los demás trabajadores.

Solución:

La juez *a quo* tuvo en consideración que no existió respecto de los testigos tacha alguna y la razón de sus dichos contenidas en las declaraciones respectivas.

Si bien se ha sostenido que los jueces asientan sus decisiones sobre la base de las pruebas de autos, desechando aquellas que no le son útiles, no necesitan seguir a las partes en todas sus alegaciones, "pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman su convicción, siempre que se ajusten a criterios particulares de valoración de la prueba, establecido en el ordenamiento procesal" (voto Dr. Torrejón JUBA, sum. 07559, 01-06-98 sent. 06/98).

Es menester suministrar cuál ha sido el desarrollo del razonamiento del juez que analiza los supuestos de hecho admitidos y en su caso, las pruebas que los verifican, para subsumirlos en los preceptos jurídicos

En el presente caso puede estarse a esa doctrina, y afirmo que las valoraciones efectuadas se ajustan a las prescripciones del ordenamiento procesal.

No existen elementos de valoración brindados por la apelante demandada que conmuevan el decisorio, lo que conlleva al rechazo del agravio.

El segundo agravio: el supuesto pago en negro.

La jueza *a quo* tuvo por cierto que por los supuestos

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

vales confeccionados por la accionante B. pudieron son canjeados en l. P., los mismos carecen de firma del empleador. Los dichos de los testigos debieron se evaluados con mayor estrictez. El informe de L. P. de fs. 796 revela un acuerdo comercial con B.SA por el cual el personal podía realizar compras diarias. No hay pruebas que hayan efectuado en su aprovecho.

El tercer agravio: Las diferencias en vacaciones no gozadas, SAC, indemnización por antigüedad. Estrechamente vinculado con el segundo, fueron computados conjuntamente con las horas extras para el mayor salario.

Contesta la actora el segundo y séptimo conjuntamente.

La prueba testimonial y la informativa a La Proveeduría y la negativa a poner a disposición del perito contador las facturas por las cuales se pagaron a F. E. e h. SA (fs. 804 vta.). Elabora una teoría sobre el informe brindado por F. E. SA ya contestando el último de los agravios, que abordaré en el orden seguido.

Solución:

Adelanto lo que la doctrina ha entendido, respecto de las facultades interpretativas de los jueces del trabajo

Las presunciones legales pueden clasificarse entre aquellas que admiten prueba en contrario (relativas o *iuris tantum*) y las que no admiten prueba en contrario (absolutas o *iuris et de iuris*). Las primeras procuran dar una interpretación de voluntades o explicación de actitudes en tanto las segundas se basan en razones de orden público y en ellas el legislador establece el mandato o precepto jurídico imperativo y no permite sustraerse de aplicarlo. Sin perjuicio de ello, no debemos entender que la presunción *iuris et de iure* constituye una barrera infranqueable tanto para el juzgador como para las partes en un proceso. Es preciso en este punto comprender que lo que no admite prueba en

contra es el hecho de conocimiento probable al que arribamos mediante el proceso lógico deductivo que toma como piedra de toque un hecho de cuya existencia no dudamos.

Es en este punto donde la presunción "iuris et de iure" puede desvirtuarse a través de la demostración fáctica de que ese hecho de conocimiento cierto no está o, al menos, tal como se nos presenta, con lo que deviene la inaplicabilidad mecánica de la conclusión derivada de la presunción, por ser falso el razonamiento deductivo ante la variación del hecho motriz que tomo como indubitable. El derecho del trabajo tiene una finalidad tuitiva y el instituto de las presunciones tiende a evitar fraudes a la ley que frustren en definitiva la protección que precisamente pretende conferir al trabajador todo el ordenamiento jurídico. Por ello han sido instituidas en interés de la igualdad jurídica. El derecho del trabajo es viva expresión de hechos que se originan dentro de la comunidad laboral, por dicha razón abunda en presunciones, las que algunas veces son recogidas por la ley otras simplemente por la jurisprudencia. A partir de lo expuesto podemos distinguir en el ámbito laboral presunciones de índole procesal y de naturaleza sustancial, subclasificándolas en absolutas o *iuris et de iure* y relativas o

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

iuris tantum.

La introducción en el ámbito de las presunciones como resorte válido para la interpretación y resolución de casos prácticos, puede enfrentarnos con el error de llevar las presunciones más allá de una sana y discreta interpretación del texto legal, a punto de hacer decir al legislador "plus quan voluit", llegando en muchos casos a los límites de las presunciones de presunciones, proceder que resulta jurídicamente inadmisible.

La delicadeza y seriedad que impone la aplicación práctica de las presunciones, se encuentra fuertemente ligada a la cosa juzgada, desde el momento mismo en que

esta hace de lo negro blanco y de lo blanco, negro, tiene la virtualidad de hacer de lo probable, cierto.

La presunción favorable a lo afirmado por el trabajador en los supuestos de omisión de exhibición de la documentación y libros por parte del empleador, es *iuris tantum* ("Las presunciones laborales sustanciales y adjetivas", de Mariana Poliche de Sobre Casas y Leandro Stok, *Revista de Doctrina Judicial* nro. 17 del 24 de abril del 2002). No puede negarse en tal sentido lo ocurrido en el presente caso en que la accionada ocultó los informes tal y como expuso el perito impidiendo verificar los pagos efectuados a la empresa "F. E. e h. SRL". Por lo cual rechazo el agravio.

Cuarto agravio: La inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas.

Los acuerdos por las sumas no remunerativas fueron homologados por la autoridad administrativa. El único argumento que brinda es que hace pagar a la misma PYME para engrosar indemnizaciones es violatorio del derecho de propiedad.

Son contestados por la actora a fs. 854vta/855, transcribiendo jurisprudencia.

Solución:

Sin perjuicio de la cuestión federal de la que ya hizo reserva y del criterio de la suscripta reiterado sobre la inconstitucionalidad de tales conceptos, la carencia de todo fundamento me lleva al rechazo por carecer de la crítica concreta y razonada exigida por la ley procesal. Lo declaro desierto.

Quinto agravio: La indemnización del art. 1 de la Ley 25323.

Solución:

El único argumento que brinda es que se tuvieron en cuenta los pagos en negro. Habiendo sido resuelta la cuestión, carece de cualquier fundamento expedirse por cuanto se da por configurada la hipótesis prevista en la norma.

Séptimo agravio: La conducta temeraria y maliciosa. Dice la recurrente que dicha figura contemplada en el art. 275 de la LCT que la norma se refiere a la falta de pago en término, no sanciona el pago insuficiente.

Fue contestado a fs. 853 por la parte actora.

Transcribe la norma y dice que la empleadora cometió actos contra el trabajador, en particular al negar los pagos en negro.

Dijo que los ticket se encontraban firmados por la coactora B., en una evidente incompatibilidad fueron creados por la dependiente.

Así también tuvo la conducta de esconder la documentación y remite a fs. 480.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Es evidente que obstaculizó la prueba y no aportó prueba en contrario.

Solución:

No resulta ser una decisión que habitualmente adopto, propicio la prudencia, no obstante en el presente caso y más allá de los escuetos fundamentos dados en el fallo, me inclino por el rechazo del agravio.

Corroborado el pago parcial en negro y la falta de colaboración con relación al informe de fs. 480 en que fue pedida la documentación al demandado y la respuesta dada fs. 777 me llevan a confirmar lo decidido en la instancia de grado.

3. Costas:

Por imposición del art. 282 del ritual, habiendo sido modificada la sentencia de grado corresponde readecuar las costas y honorarios.

Mantengo la imposición de las costas conforme fueron dispuestas en la instancia de grado, y en igual sentido dispongo para la alzada, conforme el principio objetivo de la derrota del art. 69 CP. Habiendo sido regulados los honorarios de los profesionales actuantes en forma porcentual, mantengo lo dispuesto.

Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en esta alzada al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Rechazar los agravios de la demandada. Receptar parcialmente los agravios de la actora. Modificando parcialmente la sentencia de grado disponiendo que la liquidación a practicarse respecto de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT se efectúe con una disminución del 33% sobre mejor remuneración normal y habitual percibida durante el último año, para los actores B. y D., según considerando pertinente.

2) Costas de ambas instancias a la demandada vencida. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

3) Tener 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 la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Después de un detenido y profundo análisis de los argumentos dados por mis colegas preopinantes, advierto que los mismos han coincidido y por ende ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por los distinguidos colegas las cuestiones plateadas en esta instancia, sobre: a) el rechazo de los agravios de la parte demandada planteados por esta a fs. 845/850, quedando como cuestiones a decidir por esta vocal los agravios expuestos por la parte actora a fs. 839/844 y la imposición de costas.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a la emisión de mi voto en las temáticas señaladas, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

I.B-1) Se agravia la parte actora a fs. 839vta./842 en cuanto la jueza *a quo* aplicó el tope indemnizatorio del treinta y tres por ciento (33%) a la coactora I. M. B. y el coactor A. E. D.

Siendo que ha establecido jurisprudencia que comparto que el art. 245 de la LCT deja librado a otro poder del Estado (el Ejecutivo) fijar y publicar los topes correspondientes a cada convenio colectivo de trabajo y, por lo tanto, nos encontramos ante una esfera de actuación ajena al Poder Judicial. Por consiguiente ante la conducta omisiva del Ministerio de Trabajo, se debe prescindir de la aplicación del tope indemnizatorio. Para más, es necesario recordar que el art. 16 de la LCT veda la posibilidad de aplicación analógica de las convenciones colectivas (del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría). (CNTrab, Sala VI, expte n° 14153/00 sent. 55271 13/9/02, "Veron, Elpidio c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/ Diferencias de salarios": elDial.com - AL80D), circunstancia que no ha tenido presente la jueza a fs. 825vta./826, consid. 2.

Que en el mismo sentido se ha determinado: "Comprobada la inexistencia de convención colectiva

aplicable en el ámbito de la sociedad demandada y habida cuenta que el art. 16 LCT proscribe la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo, se debe calcular la indemnización por despido sin aplicación de tope (CNTRAB - Sala I, S.D. 86.269 del 12/11/2010, expte. N°
434/2009, "Reyes Cubillos Rodolfo Ricardo c/ Orígenes AFJP SA y otros s/despido", elDial.com - AL354B).

Es entendimiento de la suscripta que el art. 245 de la LCT deja librado a otro poder del Estado (el Ejecutivo) fijar y publicar los topes correspondientes a cada convenio colectivo de trabajo y, por lo tanto, nos encontramos ante una esfera de actuación ajena al Poder Judicial. Por consiguiente ante la conducta omisiva del Ministerio de Trabajo, se debe prescindir de la aplicación del tope indemnizatorio (ídem. crit. del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría). (CNATrab, Sala VI, expte n° 14153/00, sent. 55271 13/9/02, "Verón, Elpidio c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/ diferencias de salarios" (*cf.*: eldial.com - al80d).

Por las razones corresponde hacer lugar a los agravios de la parte coactora planteados a fs. 839vta./842, revocando la sentencia de fs. 821/833vta., disponiendo que al momento de practicar la liquidación correspondiente, se calcule la misma en concepto de indemnización por antigüedad de los coactores I. M. B. y A. E. D. sin aplicación de tope alguno.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

I.B-2) Centra su agravio a fs. 842/844 la coactora apelante contra al decisión de la jueza de reducir la indemnización prevista en el art. 2do. de la Ley 25323.

En relación con la multa del artículo 2 de la Ley 25323, señalo mi parecer en el sentido que se beneficiaría la conducta de un empleador, quien decidió la extinción de la relación laboral, resultaría económicamente beneficiado por el solo hecho que él mismo generó. En este marco, advierto que únicamente

correspondería la exoneración de la multa, o bien su reducción, en los casos en que se justificare la conducta del empleador, lo cual deja librada a la apreciación judicial tanto la verosimilitud de la medida rescisoria, como la justificación de la falta de pago de los créditos indemnizatorios en debido tiempo. En la especie, ha quedado evidenciada la falta de pago en su totalidad de lo que les correspondía a los coactores, por lo que corresponde hacer lugar a los agravios de la parte actora a fs. 842/844, revocando la sentencia de fs. 821/833vta., disponiendo la aplicación de la multa prevista en el artículo 2° de la Ley 25323, razón por la cual ha de calcularse sobre los montos indemnizatorios en concepto de antigüedad el cincuenta por ciento (50%) previsto en dicha normativa.

I.C) En virtud de lo decidido en este voto, y siendo de aplicación lo prescripto por los arts. 282 y 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ- mantengo la imposición de las costas a la parte demandada dispuesta en primera instancia a la cual también las impongo en esta instancia. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

En lo que atañe a mi intervención en la decisión de los puntos discordantes entre mis colegas preopinantes y teniendo en cuenta lo resuelto por la suscripta en el presente voto disintiendo con ambos en lo que respecta a la aplicación del tope indemnizatorio previsto por el art. 2 de la Ley 25323, donde he decidido corresponde hacer lugar a los agravios de la parte coactora planteados a fs. 839vta./842, revocando la

sentencia de fs. 821/833vta, disponiendo que al momento de practicar la liquidación correspondiente, se calcule la misma en concepto de indemnización por antigüedad de los coactores I. M. B. y A. E. D. sin aplicación de tope alguno, coincidiendo con el Dr. R. R. H. en cuanto hacer lugar a los agravios de la parte actora a fs.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara

842/844, revocando la sentencia de fs. 821/833vta., disponiendo la aplicación de la multa prevista en el artículo 2° de la Ley 25323, razón por la cual ha de calcularse sobre los montos indemnizatorios en concepto de antigüedad el cincuenta por ciento (50%) previsto en dicha normativa y con la colega Dra. Graciela Mercedes García Blanco en cuanto a mantener la imposición de las costas a la parte demandada dispuesta en primera instancia, a la cual también las impongo en esta instancia. art. 282 y 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-. Difiriendo la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, para el momento del acuerdo (arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que habiendo sido apelada por las partes la sentencia de fs. 821/833vta. a tenor de lo reflejado en los respectivos memoriales y no habiéndose logrado acuerdo en cuanto al primero de los agravios de la accionante, esto es la cuestión referida a la aplicación del tope indemnizatorio a efectos de la determinación de la indemnización por antigüedad que alcanzó a los demandantes B. y D., me aboco a fin de expresar mi opinión y eventualmente conformar la mayoría requerida para la solución del tal conflicto.

La recurrente se extiende en argumentos críticos en cuanto a tal limitación indemnizatoria, excluyendo el caso de la doctrina sentada por nuestra CSJN. Y es

que, tal como se advierte recorriendo los innumerables casos jurisprudenciales y la profusa doctrina que motivo el instituto en cuestión, resultan claramente admisibles circunstancias de excepción, v. gr., cuando se dijo "... no corresponde la aplicación del tope indemnizatorio si antes no se hizo referencia a sumas de dinero precisas ni a un CCT que rigiera la relación laboral (CNTrab., Sala VII, 23/06/2014 –"Erize Javier c/ Wells Fargo Argentina LLC y otro s/ despido"- Cita: MJ-JU-M-87577-AR - MJJ87577 - MJJ87577), en este caso los demandados no invocaron la existencia de convenio colectivo alguno aplicable a la actividad realizada por el reclamante, conforme era su carga según lo dispuesto en el art. 8 de la LCT ni señalaron importe alguno que pudiera haber sido considerado como tope a tales efectos. Y así tantos otros, aún refiriendo a la falta de determinación del tope por parte del MTEySS.

En cuanto a este último aspecto vale recordar que en la causa nuestro Máximo Tribunal Nacional aclaró en la causa "G., H. y otro c/ P. A. S.A. s/ Despido", que la delegación de la fijación y publicación de los topes al ministerio fue contemplada con el propósito de facilitar la aplicación de la ley; y que la demora del organismo "no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye razón válida para determinar el crédito indemnizatorio sobre la base de escalas salariales carentes de vigencia a la fecha del cese contractual..." (ver Fallos 323:1765).

Y en cuanto al fondo de la cuestión, tras ahondar los antecedentes de la presente se advierte que el tema conformó la litis (no como en caso de referencia), ya que se discutió el encuadre convencional aplicable y fue tratado por la *iudex a quo* a fs. 825vta./826, quien tras rigurosa valoración probatoria confrontando la documental avalatoria de la recurrente en su correspondencia con las labores efectivamente encomendadas a los accionantes, señalando manifiestas contradicciones por parte de la demandada en cuanto al

punto, lo que les otorga firme certeza de que las mismas encontraron su regulación en las disposiciones contenidas en el CCT 511/07 y posteriormente en el CCT 611/10.

Si ha lo dicho se suman las razones transcriptas por el primer votante del caso "Vizzotti" y toda la doctrina judicial y autoral que la misma ha provocado (ver, v. gr., "Tratado de Derecho del Trabajo", dirigido por Mario E. Ackerman, ed. Rubinzal Culzoni 2014, T. IV, pág. 424 y ss.), no existe agravio suficiente que justifique cambiar el rumbo sentando por la *iudex a quo* en el presente.

Consecuente con lo dicho precedentemente, concuerdo con la opinión y solución que en el caso propone al acuerdo el Dr. Hayes.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo.

Que a los fines de establecer las mayorías por materia se deberá tener presente que adhiero a la fórmula postulatoria del primer votante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales señaladas, la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar los agravios de la parte demandada y acoger parcialmente los de la parte actora.

2) Confirmar la sentencia de grado de fs. 821/833vta. en cuanto dispone tope a la indemnización por antigüedad para los actores I. M. B. y A. E. D., sin que aquel pueda afectar en más del treinta y tres por ciento (33%) la base de cálculo respectiva.

3) Revocar la sentencia referida en cuanto dispone reducir de un 50% a un 35% el porcentaje de la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323, debiendo aplicarse el cincuenta por ciento (50%) sobre las diferencias no abonadas que serán calculadas por la perita contadora.

4) Confirmar la imposición de costas y la regulación de honorarios de primera instancia.

5) Imponer las costas de la alzada a la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. J. H. P., J. M. P. y E. J. M., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y del Dr. M. D. V. 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.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

NÉLIDA SUSANA MELERO
Presidenta

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara