En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Nélida Susana Melero, y asistencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., M. A. c/ E. D. V. SA s/ COBRO DE PESOS e INDEMNIZACIONES DE LEY"**, **expte. nro. 552/14**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 255/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 864), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 833/840? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 63/2014, del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción (fs. 833/840 y fs. 844).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. M. A. B. en consecuencia condenó a E. D. V. SRL a abonar la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA Y UN MIL



NOVECIENTOS VEINTIOCHO CON OCHENTA Y UN CENTAVOS ($151.928,81).

Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los letrados apoderados de la parte actora y de la parte demandada.

A fs. 847/852 se agregó el memorial de agravios de la demandada apelante. En apretada síntesis digo que el recurrente se queja por la acumulación al cálculo indemnizatorio de los períodos que este trabajó bajo el estatuto de la industria de la construcción (Ley 22250). La sentencia omite los planteos defensistas y abordó el tema bajo lo dispuesto en los arts. 18, 19 y 255 de la LCT. La cuestión es decidida contrariando lo dispuesto por la Ley 22250, se explaya sobre el ámbito y aplicación de la misma. B., dice, trabajó bajo el régimen de la construcción desde 1 agosto de 2002 y bajo el régimen de la LCT desde agosto 2008.

En la liquidación de la sentenciante se tomaron montos no remunerativos sin que hubiere mediado pedido de inconstitucionalidad por parte del actor, la suma correspondiente a diciembre de 2008 alcanzó a $7.560,59. Como se dijo al contestar demanda, los trabajadores regidos por el convenio del Sindicato del Personal Profesional y Jerárquico del Petróleo y Gas Privado (CCT 511/07) no contaban con una norma administrativa que fijara el tope en forma prevista en el segundo párrafo del art. 245 LCT, el mismo se regía por el tope dispuesto para el CCT 396/04. El tope provenía de la Resolución 1206/07 de MTN, de tal modo el cálculo indemnizatorio no podía exceder dicha suma habida cuenta la falta de impugnación constitucional a la cláusula legal.

Si la jueza ante el silencio de la actora entendía



que debía aplicar el caso “Vizzotti” de la CSJN que el tope no podía superar el 33% de la mejor remuneración, la base del cálculo tiene un tope del 66% de la mejor remuneración mensual normal y habitual. Continúa diciendo que convalidando una remuneración como tomó la juzgadora de julio/08 integrada por los conceptos no remunerativos y que fijó en $12.003,18 la base del

cálculo no podía exceder la suma de $7.922,09 observando la doctrina de la CSN.

La actora no planteó la inconstitucionalidad de los montos no remunerativos y dejó a esta parte sin defensa. Además de agraviar porque no detrae la condena del art. 245 LCT, lo que pagó la demandada por tal concepto.

Toma en consideración que la relación laboral regida por la LCT había propiciado en mayo de 2008 el cálculo, debió haber quedado acotado a 14 días y sobre esa base haber quedado y que la contraria impugnó en la demanda.

También se agravia por los 7 días del mes de enero 2009 por el carácter receptivo de la comunicación cuando fue el actor el moroso. Reserva del caso federal.

A fs. 854/859 contesta la actora los agravios de la demandada.

Peticiona la deserción del recurso por insuficiencia, porque reitera argumentos ya volcados en instancias anteriores. Subsidiariamente contesta. Con relación al primer agravio: Invoca la primacía de la realidad y remite al art. 14 LCT. Cita jurisprudencia.

Con relación a la liquidación del art. 245 LCT, y los montos no remunerativos hace referencia al principio "iura novit curia" y art. 68 de la Ley XIV nro. 1, cita antecedentes de esta Cámara de

Apelaciones, Sala A.

En lo que respecta al tope del art. 245 LCT, sostiene que el fallo Vizzotti no es obligatorio para los tribunales inferiores. El tope indica que no puede verse reducida en más del 33%, considerándola confiscatoria. B. no era trabajador fuera de convenio sino jerárquico. Reserva el caso federal.

Análisis:

El escrito de expresión de agravios *prima facie* aparenta una simple repetición de argumentos, lo que se presentaría como una deficiencia técnica, apartándome de las reglas de admisión y frente a la lectura del

fallo cuestionado, lejos estoy de no abordar el tratamiento del mismo. Más aún considerando la composición de la presente sentencia en cuanto a que según la doctrina "los fundamentos implican el por qué y tienen como base el sistema democrático de gobierno, de modo tal, que no siendo los jueces irresponsables, deben invocar la razón de sus decisiones, lo que permite un control de sus actos y de su capacidad. Las razones básicas a favor de la fundamentación han sido resumidas por SAGÜES (*El recaudo de la motivación como condición de la sentencia constitucional*, ED 4-3-82, pág. 2): 1) acto de justicia (Werner GOLDSCHMIDT); 2) control (Calamandrei, Mortara); 3) garantía contra la arbitrariedad; 4) la dedicación judicial (CARNELUTTI); 5) persuasión (GOLDSCHMIDT, N.); 6) ejemplariedad; 7) régimen republicano (ALSINA, FASSI, DIAZ, SOSA, etc.). "Debemos decir dos palabras respecto de la diferencia entre considerandos y fundamentos, aunque ya se habrá apreciado suficientemente. Los fundamentos son una parte de los considerandos, las razones que apuntalan la decisión, pero la formación de esas razones y la consideración de las distintas circunstancias que llevan a esos fundamentos son los considerandos. La fundamentación debe ser circunstanciada y proporcionada a la clase de sentencia, tipo de proceso en que recae de índole de las cuestiones fácticas a valorar y jurídicas a resolver; debe bastarse a sí misma... " (LL-

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Secretaria de Cámara**

129-470; COLOMEO, “Cód.”, 1975, pág. 284). (ver E. Falcon, "Cód. Proc.”, t.II, pág. 143/148 arts. 162 y 163, Abeledo Perrot). No ha de ser aparente. La CS ha establecido que deben descalificarse como actos judiciales los pronunciamientos meramente dogmáticos y los que impiden vincular lo resuelto al derecho objetivo vigente (LL-129-470; COLOMBO “Cód.”, 1975, I, pág. 284- cita del autor y obra).

En la especie estos presupuestos no han sido satisfechos en el fallo venido en crisis, no obstante que el memorial efectúa repeticiones de los argumentos ya esgrimidos con anterioridad, advierto que la ausencia de tratamiento de cuestiones traídas a la litis y de explicación de las razones, lo que implica los fundamentos de la sentencia, hacen que adquieran otra dimensión los agravios.

Por último transcribo por compartir con el Dr. Capón Fila: "Todo juez debe, por mandato normativo, explicar las razones en que basa su decisión, ya que el pueblo tiene derecho a conocer los argumentos que en su interior (conciencia, emoción, inteligencia, voluntad) ha desarrollado para llegar a la decisión (art. 163 CPCyC)"- CNTRAB - SALA VI- 12/11/2002, citar: elDial.com - AA271A). Lo cual no puede advertirse de la sentencia de grado frente a las omisiones incurridas, que señalaré en el presente análisis.

Encontrándose incluido en el recurso de apelación el de nulidad de fallo, las deficiencias advertidas tales como la falta de tratamiento de cuestiones esenciales que fueron objeto de la litis, tales como la labor y el régimen profesional del trabajador -hoy actor- y la contradicción de admitir el pago del Fondo de Desempleo y la aplicación simultánea del régimen del contrato de trabajo de la Ley 20744 sin fundamentación alguna, será zanjada en esta instancia de revisión.

Según el actor la relación laboral se inició el 1 de agosto de 2002 y siguió con interrupciones por renuncia hasta el 1 de julio de 2009. Así lo receptó la sentencia, al mismo tiempo de considerar que las renuncias no habían sido por presión de la patronal, tal lo que surge a fs. 836 y que el accionante había percibido el Fondo de Desempleo a fs. 832 con fecha 19/10/2004 detallando las pruebas en que se basó. El actor dijo haber sido reincorporado el 1/11/2004.

De las pruebas obrantes en el expediente surge que la empleadora abrió la cuenta de Fondo de Desempleo el 11/11/2004 y que nunca depositó (fs. 646).

Sabido es que conforme la Ley 22250, el fondo de desempleo reemplaza al régimen de preaviso y despido contemplados por la Ley de Contrato de Trabajo, es decir, que quienes se encuentren encuadrados dentro de la Ley 22250, carecen de derechos para reclamar, en caso de despido injustificado o auto despido justificado, las indemnizaciones por antigüedad y/o sustitutiva del preaviso establecidos en aquella (citar: elDial.com - AT2193). En idéntico sentido para los trabajadores de la construcción rige la Ley 22250 y no se aplica la Ley de Contrato de Trabajo. Frente a la extinción de un vínculo laboral en forma injustificada los rubros indemnizatorios por antigüedad, preaviso e integración del mes de despido previstos en la L.C.T. deben ser sustituidos por el

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Fondo de Desempleo previsto en la Ley 22250 (citar: elDial.com - MC4CC6, CÁMARA DE APELACIONES DE MENDOZA).

Advierto que son sustancialmente institutos jurídicos diferentes la indemnización por antigüedad reclamada en la demanda, y el Fondo de Desempleo reconocida en la sentencia. En efecto la primera es una reparación debida por el empleador por una ruptura contractual arbitraria, en cambio el segundo es un fondo de garantía, una previsión ahorrativa (a cargo del empleador), sin distinguir que la extinción sea por decisión unilateral de cualquiera de las partes y ella sea con causa o sin ella. Finalmente cabe añadir que, cuando el art. 15, último párrafo, Ley 22250, dice que el "fondo de desempleo" es un instituto que reemplaza la régimen de preaviso y despidos contemplados en la LCT, debe interpretarse junto a la doctrina nacional, en el sentido que "el estatuto sustituye la es labilidad por un fondo que se constituye con el aporte que hace

el empleador a su costa y que se deposita en la libreta que deberá abrir a nombre de su dependiente" (*cf*. Vázquez Vialard A. y otros, "Tratado de Derecho del Trabajo", Astrea, Buenos Aires, 1985, t.6, pág. 53). En conclusión, la sustitución pretendida por el actor es inadmisible por tratarse de dos instituciones jurídicamente diferentes e incompatibles entre sí.

Cuando una normativa legal crea un estatuto profesional que se basta a sí mismo, como el de la Ley 22250, no debe incluirse en el respectivo régimen por aplicación extensiva lo que no está contenido en su específica regulación legal, siendo inadecuado y no conducente el método interpretativo de extensión analógica (citar: elDial.com - W7BD - SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES).

Habiendo tenido en cuenta que percibió el Fondo de Desempleo en una fecha determinada, 19/10/2004, resulta inadmisible que se pretenda tener en cuenta la fecha 2002 para el cálculo de la indemnización por antigüedad, sorteando groseramente los presupuestos de la Ley 22250.

Ante el reconocimiento expreso del actor que ingresó a trabajar nuevamente el 1 de noviembre de 2004, y ante la falta de registro en la cuenta del fondo según mencioné *ut supra*, considero que el trabajador ingresa a laborar para la demandada por tiempo indeterminado, y es a partir de ese momento en que deberán efectuarse los cálculos de las indemnizaciones tales como antigüedad, sustitutivas por preaviso, aguinaldo, etc. y no los siete años computados en el fallo.

Por lo cual hago lugar en el ítem al agravio.

En cuanto a los montos no remunerativos y la incidencia respecto de la indemnización por antigüedad, del libelo de inicio se advierte que el accionante practicó liquidación a fs. 60vta. y 61, en oportunidad de contestar demanda el accionado a fs. 96/97vta. con relación a los rubros incluidos, en su impugnación guardó silencio.

Si bien la parte actora no planteó la inconstitucionalidad de tales rubros, perdió a mi modo de ver la posibilidad el accionado de indicar que en las sumas calculadas por su contraparte no debían incluirse tales montos.

No puede plantearse en esta instancia cuestiones que no fueron materia de tratamiento, motivo por el cual me veo en la obligación de rechazar el agravio. "Con fundamento en pacifica doctrina y jurisprudencia se ha dicho que el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, porque el principio de congruencia que limitó la sentencia en aquella, limitará del mismo modo la de esta instancia. Aunque este principio reconoce algunas excepciones, por ejemplo hechos nuevos, la regla general que consagra la norma aludida es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a que fueron objeto de debate en la instancia precedente. Por lo tanto el tribunal de Alzada solo puede emitir pronunciamiento con respecto a aquellas cuestiones

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**

**Secretaria de Cámara**

involucradas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado” (LLC 1997-1061, cita sent. definitiva 50/2002, Sala A de esta Cámara de Apelaciones).

Sin perjuicio de lo dicho debo recordar: "Si entre la estructura y función de la norma y los efectos de la nominación arbitraria existe incompatibilidad de cadenas significantes, la inconstitucionalidad a ese respecto de la norma inferior debe ser declarada aún de oficio de acuerdo al criterio de la CSJN en autos "Mili de Pereyra" (Fallo en extenso: elDial.com - AAAA3J).

Esta alzada ha mantenido la postura de declarar inconstitucionales los montos salariales no

remunerativos en otras oportunidades, aun de oficio, no obstante reitero que he de rechazar el agravio por la ausencia de controversia, por no haber integrado las cuestiones la litis en la instancia de grado.

En cuanto a la queja por el tope indemnizatorio establecido en el art. 245 de la LCT, la sentencia venida en crisis estableció y según lo señalé precedentemente que correspondían 7 meses, lo cual no es así, son 5 meses y conforme se modificó el fallo en el punto, de la mejor remuneración mensual, normal y habitual descontando lo ya percibido (pero no como Fondo de Desempleo) como liquidación final que el accionante reconoció a fs 60 de $29.837, en síntesis procede el mismo.

Por último, la demandada dice que se reconoce como la mejor remuneración base del cálculo para la indemnización por antigüedad, la fijada en la sentencia, que adoptó la jueza *a quo* sin atender al tope.

En el caso -dice- regía el tope de la CCT 396/04 porque no existía de los petroleros convencionados, en el caso resolución del MTSS de la Nación alcanzaba a $7.922,09. Cita el caso “Vizzotti” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dice que la juzgadora computando los rubros no remunerativos lo fijó en $12.003,18 cuando la base del cálculo no podía exceder de $7.922,09. Considerando que asiste razón al recurrente, y que no ha sido contemplada una u otra hipótesis.

Dicho tema fue planteado al momento de contestar demanda a fs. 97 por el demandado señalando que el tope más beneficioso es el previsto en la CCT 396/04 indicando que la suma asciende a $7.700 no la que pretende la actora. Advierto nuevamente la deficiencia del fallo en cuanto a que fue, objeto del pleito, tema de controversia no tratado en la

sentencia de grado. Cuando estableció el fallo como mes el de julio de 2008 (fs. 836), la base de calculo de $12.003,18.

Siendo un tema superado los rubros no remunerativos como integrantes del sueldo y teniendo en cuenta la mejor remuneración mensual, habitual y normal la de $12.003,18. Ahora bien, ante los sólidos en inconmovibles fundamentos del precedente Vizzotti, y considerando en la particular situación que versa esta contienda, que encuentra en juego el salario del trabajador y la indemnización tarifada como reparadora de la situación que genera el despido, comparto el criterio, que "La función del Juez no se limita entonces a dirimir formalmente un conflicto, si no a tratar de advertirlo con todas sus implicancias sociales del aquí y ahora. En este espacio de reflexión pueden surgir aún cuestiones no pedidas por las partes, tales como las declaraciones de inconstitucionalidad dictadas de oficio, y la construcción de doctrinas que tengan en mira procurar un orden social más justo. Desde este punto de vista, el Juez resulta ser un instrumento posible para el cambio social... "El Juez como depositario de la palabra de la ley, es capaz de constituirse en conducta transformadora, al decir de Capón Filas. En su labor, recibe hechos, los procesa mediante un sistema de valores y normas, tras lo cual formula su decisión dando solución al conflicto que se le planteara. Se somete un caso a decisión judicial cuando las partes no han logrado ponerse por sí mismas de acuerdo. O sea, cuando la palabra entre ellas no ha podido dar con la solución y -sin pasar a vías de hecho, lo que quiere decir, eludiendo la violencia- han manifestado sus posiciones al Juez" (citar: elDial.com - AA89A4).

Por ello y advirtiendo que la aplicación del tope indemnizatorio previsto en el CCT 396/04 que regía la actividad de la demandada implica una disminución

superior al 33% de la mejor remuneración a considerar, razón por la cual y de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido", de fecha 14 de septiembre de 2004 en cuanto sostuvo que "... no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33% por imperio de su segundo y tercer párrafos... ", propongo que la reparación por antigüedad a la que resulta acreedora la actora sea calculada sobre la base salarial de..., equivalente al 67% de la mejor remuneración...".

Por estos motivos recepto parcialmente el agravio y modifico la sentencia en este punto, declarando inconstitucional el tope previsto en el art. 245 LCT y hacer lugar a la doctrina precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por todo lo expuesto, modifico el fallo venido en crisis considerando que el actor laboró bajo el régimen establecido en la Ley 22250 y que a partir del 1 noviembre de 2004 ingresó a trabajar por tiempo indeterminado bajo el régimen de la Ley 20744 y que a partir de dicho momento deberán calcularse las indemnizaciones reclamadas. Conforme ello dispongo que bajo las pautas dadas se practique liquidación por Secretaria del Juzgado Laboral nro. 2 con el descuento de lo percibido según señale en párrafos anteriores. Por ultimo, teniendo en cuenta el carácter recepticio de la comunicación procede el rechazo del agravio en punto a los días de enero cuestionados.

Las costas de la instancia de grado, atento a como fueron resueltas las cuestiones, los temas debatidos y el éxito parcial obtenido por la accionante, estimo

prudente disponerlas en forma porcentual en un 80% al demandado y en un 10% a la actora. Las correspondientes a esta alzada las impongo por orden causado en atención al éxito obtenido.

En el mismo orden de ideas y siguiendo lo establecido en el art. 282 del CP y conforme lo decidido, los honorarios de los letrados actuantes en primera instancia deben readecuarse, ante la ausencia de estimación del monto por haberse ordenado practicar liquidación en el juzgado de origen los mismos y los de esta alzada se establecerán en forma porcentual, difiriendo para el acuerdo la fijación de ellos.

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

Propongo:

1) Declarar la inconstitucionalidad del art. 245 de la LCT, según considerando respectivo.

2) Receptar parcialmente los agravios de la demandada, modificar la sentencia venida en crisis, teniendo como fecha para el cálculo de las indemnizaciones de ley la de inicio de la relación laboral bajo el régimen de la Ley

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Secretaria de Cámara**

20744, el 1 de noviembre de 2004, según considerando respectivo. Ordenar se practique la liquidación correspondiente por Secretaría del Juzgado Laboral nro. 2

3) Costas de la instancia de grado en forma proporcional en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora.

4) Costa de la alzada por orden causado.

5) Regular los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias en forma porcentual, difiriendo los mismos para el momento del Acuerdo.

6) 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 esta alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 8477852 la parte demandada expresa agravios contra la sentencia definitiva nro. 63 del día 24/09/14 (fs. 833/840), corrido el traslado correspondiente a fs. 853, los mismos son contestados por la parte actora a fs. 854/859.

I.B) En los presentes autos, después de un exhaustivo análisis tanto de la demandada como de la contestación de la misma y de los términos en fuera sustentado la decisión de la jueza *a quo*, considero que se ha dado el caso previsto por el art. 255 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-.

Ello es así, ya que como me expedí en autos caratulados: "C. C. P. A. SA c/ S. C. R. SA y otro s/ Ordinario", expte. nro. 390/12, del día 07/05/13, sent. def. nro 18, es entendimiento de la suscripta que la litis fija los límites de poderes del juez, los que han quedado determinados al momento de ser trabada la relación procesal, y la conformidad entre la sentencia y la demanda en cuanto a las personas, el objeto y la causa, constituye una exigencia de cumplimiento de principios sustanciales del juicio relativo a la bilateralidad, igualdad y equilibrio procesal.

Tienen dicho la doctrina y jurisprudencia que los magistrados al dictar sentencia tienen que observar el deber de pronunciarse sobre los puntos propuestos por los litigantes que sean pertinentes a la adecuada solución del litigio.

La omisión del tratamiento, por ende, de tales cuestiones que fueran expresa y oportunamente articuladas, afecta la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional.

Deben, por lo tanto, ser descalificados los fallos que prescinden de considerar elementos de juicio conducentes para la correcta solución de la causa o que omiten pronunciarse sobre cuestiones decisivas, propuestas en su debida oportunidad. Es que si el ejercicio de la función judicial ha de traducirse en sentencias que den razones suficientes de sus conclusiones, el fallo que incurre en tal tipo de omisiones carece de fundamento de sustentación (*cf*. Morello – Sosa - Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T-II-C, pág. 85: Cám. Nac. Esp. Civil y Com., Sala III, 10/04/75, La Ley - 1975, entre muchos otros).

De la detenida lectura de la sentencia de primera instancia surge que la misma es inmotivada o cuanto menos lo es en forma insuficiente y como tal es producto de la arbitrariedad de la

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

juez, más que de un apropiado análisis de los hechos conducentes, suficiente merituación de la prueba producida esencial y decisiva y el consiguiente razonamiento fundado y debidamente encuadrado en la o las normas jurídicas que corresponden a la solución del caso.

En autos: "R., J. K. c/ C., T. H. y otros s/ Sumario" (expte. n° 17.828R-2000) el Excmo. S.T.J.Ch., en voto del Dr. Agustín Torrejón al que sustancialmente coincide el restante ministro actuante, sostiene que "como señala A. T., la globalidad del fenómeno sentencial determina que en la resolución del caso el juez deba abarcar la totalidad de los hitos esenciales que marcaron su derrotero intelectual, las citas legales no agotan el cumplimiento de la obligación de motivar la decisión. Es necesario, además, una completa merituación de los hechos y una racional comprobación de su existencia (El deber de motivación de las sentencias", J.A. 1991-I-864). También Román Frondizi expresa en materia de fundamentación, que esta es la justificación de la parte dispositiva, a través de la

cual el juez trata de demostrar que la decisión del caso se ajusta a derecho. Fundar la sentencia es, pues justificarla. Ha de poderse comprender cómo y por qué han sido dados y probados los hechos conducentes y ha sido aplicada la norma que rige el caso ("La sentencia civil", ed. Platense, pág. 27 y sgtes.). "En la dilucidación de las controversias jurídicas no le está permitido al magistrado abandonarse a su propio arbitrio, ni tampoco a la más extraña aplicación de la ley, debiendo todo pronunciamiento judicial representar un razonamiento fundado en el hecho y en la norma de derecho que le sea atinente. Pero, la misma posibilidad de la diferente interpretación de un texto de la ley, o de una distinta apreciación de los hechos, hace necesaria una completa demostración de cómo y por qué la mente del juez ha llegado a decidirse por una u otra solución, presentando así un concepto elaborado sobre la base de la lógica y del derecho…" (J.A., To. 49, pág. 62 y sgtes.)".

De la lectura de los argumentos expuestos por la demandada en su contestación de la acción interpuesta contra ella (fs. 93vta./96) surge que expresamente expone en los hechos la aplicación de la Ley de la Industria de la Construcción nro. 22250 y el CCT 76/75 por el período desde el 01/08/02 al 30/04/08, cuestión que fuera así transcripta por la jueza *a quo* a fs. 834, pero al momento de efectuar el análisis del caso nada dijo respecto de la misma (fs. 836), con lo cual y en virtud de los principios rectores precedentemente expuestos corresponde declarar la nulidad de la sentencia de fs. 833/840 en los términos del art. 255 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-.

I.C) Entrando a considerar las cuestiones planteadas en el presente caso en virtud de la manda del párrafo 2do. del art. 255 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-, en cuanto a la temática planteada por la apelante

demandada en sus agravios a fs. 847/850 sobre la aplicación de la Ley de la Industria de la



Construcción nro. 22250 por el período trabajado por el actor entre el 01/08/02 al 30/04/08, ha determinado la doctrina especializada en el tema, como el Dr. Vázquez Vialard, quien predicó que en aquellos casos en los que existe un estatuto particular, es de suponer que el legislador, al haber estructurado el régimen específico de una manera determinada, lo hizo teniendo en cuenta las características de la actividad, de modo que la incompatibilidad con la LCT es expresa y, por ende, esta última resulta inaplicable. El mencionado doctrinario aseguraba que, en estos casos, el intérprete no goza de la posibilidad de optar por la aplicación de un sistema legal distinto del propio, ya que el legislador ha fijado uno determinado. En conclusión, este criterio coincide con el que expresamente establece el articulo 35 de la Ley 22250, excluye la posibilidad de aplicar la LCT en caso de que la situación se encuentre prevista en la norma especifica. Tal postura es compartida, por Izquierdo, quien postula que las disposiciones estatutarias están imbuidas del principio general de protección que campea en el ordenamiento laboral, por lo que la circunstancia de que en cada estatuto profesional el legislador module el tenor tuitivo de la institución que contempla con intensidad diferente que la utilizada en la Ley general no autoriza al juez a enmendarle la plana por vía interpretativa a menos que encuentre lesión constitucional en el régimen especial.

El primer párrafo del artículo 2° de la LCT introduce un criterio para dirimir el dilema que se presenta cuando a una misma situación se le puede aplicar el régimen laboral común y un "específico régimen jurídico: "Es necesario destacar, entonces, que muchas de las actividades laborales específicas han merecido, incluso con anterioridad al dictado de la LCT,

este tipo de regulaciones (…) por ejemplo (…) de trabajadores de la industria de al construcción (Ley 22250)", Ojeda, Raul Horacio, *Ley de contrato de Trabajo. Comenada y Concordada*. 2° ed. Bs. As. RUBINZAL – CULZONI. 2011.

En virtud de dichos entendimientos cabe hacer lugar la planteamiento expuesto por la demandada, más aún cuando teniendo en cuenta lo que emerge de la lectura de los recibos de haberes adjuntados por propio demandante (fs. 5/52) que no ha sido probada por el mismo la alegada presión patronal para someterse a dicho régimen legal conforme emerge de las declaraciones testimoniales de los Sres. J. O. C. (fs. 545), J. R. V. (fs. 546), M. A. M. (fs. 547) y F. H. C. (fs. 548), todos ellos grabados en audio CD 1/255/2010 y lo que surge de lo informado por la AFIP (fs. 819/821).

En síntesis, considero que la relación existente entre el trabajador y la empleadora por el período 01/08/02 al 30/04/08 se rigió bajo el Régimen de la Ley de la Industria de la Construcción nro. 22250 y su CCT 76/75. Habiendo cambiado el régimen legal en el vínculo que unió a ambas partes por un contrato por tiempo indeterminado regulado por la Ley de Contrato de Trabajo bajo el Convenio de Jerárquicos Petroleros nro. 396/04 desde el 01/05/08 hasta el 29/12/08 por despido sin causa de la empleadora (conforme surge de la propia CD – documental agregada a fs. 5 como documental del propio actor) el que se extiende al el día 07/01/09, fecha que se ha de tomar en cuenta atento a lo que surge de la propia liquidación que efectúa la demandada según figura en los recibos de haberes de fs. 5/6.

I.D) En cuanto al planteamiento de la inclusión de rubros no remunerativos para el cálculo de la indemnización por antigüedad (fs. 97), respecto a la temática planteada, cabe precisar en primer término que la declaración de inconstitucionalidad puede ser

realizada por el juez de oficio. Así tiene dicho la jurisprudencia que la declaración de



inconstitucionalita es la "prima ratio" del orden público prescindiendo incluso de las afirmaciones de los sujetos interesados (*iura novit curia*) (el dial.com - AA3BD).

A mayor profundización, ya me he expedido en autos caratulados: "T., R. C. c/ S. A. I. y E. d. l. P. s/ Demanda Laboral", sentencia definitiva del día 15/2/12. registrada bajo el nro. 03/12/L, en dicha oportunidad expuse que es de mi pleno convencimiento que en relación al planteo de inconstitucionalidad de las asignaciones no remunerativas establecidas en acuerdo convencional colectivo entre la accionada y el sindicato, no corresponde aceptar por imperio de un acuerdo sindical que se le atribuya carácter no retributivo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 de la LCT (que si bien trata distinto rubro la entelequia subsume todo el orden público laboral cual es la columna vertebral de todo el Derecho del Trabajo) tiene carácter indisponible y esto no puede ser modificado por la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo que no puede purgar un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo solo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral.

Por otro lado, la falta de objeción por parte del actor a dichos convenios, no logra rebatir lo expuesto, puesto que ello importaría admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad (art. 12, LCT) y lo normado en los arts. 58 y 260 del mismo cuerpo legal, en tanto el dependientes no está obligado a reclamar hasta el

agotamiento del plazo de prescripción, sobre todo cuando el pago insuficiente de las obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas (CSJN, Fallos 310:558 del 12/03/87, “Padín Capella Jorge c/ Litho Formas SA”).

Como consecuencia de lo dicho, y teniendo especialmente en cuenta el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fallo S.C. "Perez Aníbal c/ Disco S.A. S.C.P. n° 1911, L. XLII" – CSJN – 01/09/2009: publicado el 02/09/2009 elDial.com - AA562D) cabe concluir que las sumas que han sido otorgadas al trabajador, respetando una pauta de normalidad y habitualidad, como consecuencia del desempeño laboral de este último, debe entenderse pagos efectuados en concepto de remuneración.

A mayor abundamiento se ha precisado en forma clara y contundente que tanto la voluntad del legislador o del empleador, cuanto la espontaneidad de este, son inválidas, aún cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional, mayormente cuando la evolución tutelar de la disciplina laboral y los motivos que la impulsaron, ya señalados, han impuesto, entre otras muchas consecuencias, que la determinación y alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo, no obstante el marco de reciprocidad que tipifica al contrato o relación laborales, rebasen el cuadro conmutativo, que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta ("Nowinski, Elsa Alicia", Fallos: 322:215, 223), para estar regidas por la justicia social (v., entre otros, además de los casos "Mansilla" y "Aquino": "Madorrán", Fallos: 330:1989, 2002; "Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.", Fallos: 246:345, 349 y "Roldán, José Eduardo c/ Borrás,

Antonio", Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas)” (del voto de la mayoría de la CSJN).

Es que la relevancia de todo lo atinente al salario supera los límites del llamado “mercado de trabajo” o, mejor dicho, somete

a este a las MARÍA FERNANDA ZANATTASecretaria de Cámara exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti", cit., ps. 3691/3692)”.

No otra es la forma en que ha de entenderse la presente cuestión atento a que el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y de su familia, finalidad que persigue la Ley de Contrato de Trabajo, constituye fundamento válido para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional. Es la justicia social, precisamente, el valor que ha guiado de continuo a la Organización Internacional del Trabajo desde su creación hasta la actualidad en sus múltiples expresiones institucionales en defensa y protección de los derechos del trabajador frente a los múltiples desafíos que presenta la evolución del mercado del trabajo, el cual se encuentra sometido a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti")” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según sus votos).

“La noción de remuneración es definida en el art. 1ero. del Convenio nro. 95 de la OIT —ratificado por la República Argentina en el año 1952—, al especificar que "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar"” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

"Ello porque —como lo señala la señora Procuradora Fiscal— la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo. La indebida exclusión de conceptos que, como el subexamine, 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" (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

No resulta posible aceptar que, por medio de un acuerdo de orden 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 por ellos prestado, ya que la directiva del art. 103 de la L.C.T. (aquí también aplicable) tiene carácter indisponible y resulta la norma mínima de aplicación.

Por dichos entendimientos y teniendo en cuenta que del análisis de los recibos de haberes aportados por el actor (fs. 5/50 y por la demandada a fs. 221/250 se advierte que el obrero cobraba sumas remunerativas y no remunerativas, es que se debe tomar como base de cálculo la percibida por el mismo en el mes de julio del 2008 que ascendió a la suma de pesos doce mil tres con dieciocho centavos ($12.003,18.) para el cálculo de los conceptos pertinentes.

I.E) En atención a la decidido el pto. I.C), últ. párrafo, de este voto, advirtiendo del análisis del recibo de liquidación final obrante a fs. 5/6, tal como lo hice para determinar la fecha de finalización del

vínculo laboral, la empleadora liquidó los conceptos peticionados por el demandante los cuales que recién en instancia judicial cuestiona. Ello así porque con dicha actitud se hace de aplicación la teoría de los actos propios ya que al liquidar los rubros indemnizatorios expresamente reconoció su procedencia, dicha

circunstancia marca una conducta previa, jurídicamente relevante, que trae como consecuencia la incorporación de derechos subjetivo en el patrimonio de los actor.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

Es decir, se calculará al momento de efectuar la liquidación, de quedar firme la presente decisión, la diferencia que surja entre lo abonado por los conceptos de haberes correspondientes al mes de enero del año 2009; diferencia de vacaciones no gozadas y su sac, indemnización de preaviso y su sac; integración de despido y su sac, y la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, teniendo en cuenta lo decidido en el I.D) último párrafo del presente voto, es decir, que la mejor remuneración normal ascendió a la suma de pesos doce mil tres con dieciocho centavos ($12.003,18), y al resultado de la misma descontar las sumas abonadas por la misma por cada uno de dichos conceptos.

I.F) En cuanto a la multa prevista en el art. 80 de la LCT, dicho articulado expresa en su último párrafo lo siguiente: "...el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos... dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último ...". A su vez el Decreto Reglamentario 146/2001 en su art. 3 dispuso: "...el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias

o del certificado previstos.... dentro de los 30 (treinta) días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo".

Siendo que considero que la finalidad de la obligación impuesta al empleador en el art. 80 de la L.C.T. consiste en que el trabajador pueda, a partir de la obtención del certificado de trabajo, presentarlo como antecedente frente a una nueva y futura contratación. Por su parte, el de aportes y contribuciones con destino a la seguridad social le servirá como control y constancia ante los organismos pertinentes. De modo que, por resultar insuficiente en el caso el acompañado por la parte demandada, torna procedente la multa prevista en el art. 45 de la Ley 25345 (en idéntico sentido, CNTrab - Sala IX, S.D. 16.940 del 19/04/2011, expte N° 2.175/2009, "Jara Miguel Angel c/ Linser S.A s/ Despido" (Pompa - Balestrini).

Habiendo intimado el actor a la demandada debidamente (fs. 56) y observando que el certificado de trabajo obrante a fs. 57 no reúne todos los requisitos requeridos, son razones todas por las cuales corresponde que la demandada abone al actor por dicho concepto la suma de pesos veinticinco mil ($25.000).

I.G) En lo atinente al planteamiento de la inconstitucionalidad efectuado por el actor a fs. 58vta./593. Inconstitucionalidad de la Ley 23928 modificada por el art. 4 de la Ley 25561 y del art. 5 del Decreto 214/02: dicha petición la efectúa sin especificar en lo puntual cuál es la vulneración de derechos, exponiendo en forma genérica que dicha ley es inconstitucional al disponer la prohibición de indexar, confrontando los intereses entre el patrimonio del acreedor y del empleador deudor, beneficiando a este último con la tramitación de una causa por tres o más años, contra la inflación que deja relativizado el crédito a un valor irrisorio. Cita el precedente “Valdez c/Citioni”.

De acuerdo a como planteó la cuestión solo cabe decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los arts. 7 y 10 de la Ley 23928, modificada por el art. 4 de la Ley 25561 y el art. 5 del Decreto 214/02.

teniendo **MARÍA FERNANDA ZANATTASecretaria de Cámara** presente que este ítem trata sobre la derogación, con efecto a partir del 15 de abril de 1991, de todas las normas legales o reglamentarias que establecen o autorizan la indexación por precios, actualización monetaria, variación de costos o cualquier otra forma de repotenciación de las deudas, impuestos, precios o traficas de los bienes, obras o servicios.

En relación directa con esta temática, la Sala III de la CNAT, en autos: "Khadjoyan María Alejandra c/ Datalink Latin América SRL s/ despido", en fecha 08/09/09, ha dicho: "El método de los intereses es una solución aproximada, ya que no mide exactamente la variación de los precios, sino el modo en que los actores económicos, en su conjunto, prevén la evolución futura de los precios desde el momento en que los intereses se pactan… mientras la situación pueda ser salvada mediante el uso de la tasa de interés, no hay lesión constitucional suficiente para aniquilar una expresa disposición legal que prohíba la indexación" (ver también, entre otros, SD N° 53.958, del 23/12/02 y SD N° 86.025 del 16/07/04).

La tasa de interés -tasa activa promedio del Bco. Nación- es capaz de proveer un remedio aproximadamente confiable para la desvalorización monetaria real, sin conculcar el derecho a la propiedad del trabajador, ni afectación a sus créditos de índole alimentaria.

Por los entendimientos expuestos se rechaza la pretensa declaración de inconstitucionalidad de la Ley 23928 modificada por el art. 4 de la Ley 25561 y art. 5 del Decreto 214/02 peticionada por el actor.

I.G) Los intereses a aplicar sobre el monto que en definitiva resulte de la liquidación a practicarse en su oportunidad, serán la de la tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento a treinta (30) días desde la fecha que fue debida 07/01/09 y hasta su efectivo pago, debiendo tener en cuenta lo prescripto por el ar. 277 de la LCT.

I.H) Atento a lo resuelto en el presente voto, y siendo criterio de la suscripta (sent. def. nro. 32 de esta Sala B nro. del 16/05/01) la aplicación del principio jurisprudencial que establece: ”En la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio” (CNTrab, Sala III, 20/10/92, “Canal, Ana M. c/ Sanatorio Lavalle SRL”, DT-1992-B-, 2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas estas por las cuales arribo a la conclusión de que las costas tanto de primera como de segunda instancia son impuestas a la demandada (art. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, anexo A –DJ-. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts. 5, 6 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -).

A la segunda cuestión, la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, de existir coincidencia, la siguiente:

1) Declarar la nulidad de la sentencia definitiva nro.

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara

(art. 255, Ley XIII, nro. 5, Anexo A - DJ-).

2) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. M. A. B. y, en consecuencia, condenar a E. d. V. SRL a abonar dentro del término de diez (10) días de quedar firme la presente, el monto definitivo que resulte del cálculo al momento de efectuar la liquidación, de quedar firme la presente decisión, de la diferencia que surja entre lo abonado por los conceptos de haberes correspondientes al mes de enero del año 2009; diferencia de vacaciones no gozadas y su sac, indemnización de preaviso y su sac; integración de despido y su sac, y la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, teniendo en cuenta lo decidido en el I.D) último párrafo del presente voto, es decir, que la mejor remuneración normal ascendió a la suma de pesos doce mil tres con dieciocho centavos ($12.003,18), y al resultado de la misma descontar las sumas abonadas por la misma por cada uno de dichos conceptos, monto al que se le adicionará los intereses que surjan de la tasa activa que aplica el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento a treinta (30) días desde la fecha que fue debida 07/01/09 y hasta su efectivo pago, debiendo tener en cuenta lo prescripto por el ar. 277 de la LCT.

3) Condenar a E. d. V. SRL a abonar dentro del término de diez (10) días de quedar firme la presente, al Sr. M. A. B. la suma de pesos veinticinco mil ($25.000) en concepto de la multa prevista en el art. 80 de la LCT.

4) Rechazar la pretensa declaración de inconstitucionalidad de la Ley 23928 modificada por el art. 4 de la Ley 25561 y art. 5 del Decreto 214/02 peticionada por el actor.

5) Imponer las costas tanto de primera como de segunda instancia a la demandada (art. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, anexo A –DJ-). Diferir para el momento

del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia (arts. 5, 6 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -).

6) No tener presente la reserva del caso federal planteada por la demandada atento a no haber sido formulada en la etapa oportuna (fs. 852).

7) Tener presente la reserva del caso federal planteada por la actora.

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 interpusiera la parte demandada (fs. 844, agravios fs. 847/852). Corrido el traslado de rigor, fue contestado por la actora (fs. 854/859). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y a efectos de evitar repeticiones innecesarias que solo dilatarían la extensión del voto, diré que el actor Sr. M. Á. B. promovió demanda laboral contra la firma E. del V. SA, a efectos se la condene al pago de la suma de pesos noventa y cuatro mil doscientos trece con sesenta y nueve ctvs. ($ 94.213,69), o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, juntamente con sus intereses conforme tasa activa del Banco del Chubut SA y capitalización cada treinta (30) días, más actualización monetaria desde la fecha de devengamiento de los créditos y costas. Planteó la inconstitucionalidad de la los arts. 7° y 10° de la Ley 23928, art. 5° del Decreto 214/02 y art. 4° de la Ley 25561. Reclamó la multa del art. 80 LCT. Practicó liquidación y asimismo impugnó la practicada por la empresa demandada. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Impugnó liquidación. Corrido el traslado de rigor, fue contestado por la

accionada, quien **MARÍA FERNANDA ZANATTA** cumplió el

imperativo procesal negando hechos. Desconoció asimismo la documental acompañada en la demanda. Impugnó liquidación. Ofreció su prueba. Pidió se rechace la acción. Con costas. Producida la prueba, pasaron los autos a resolver.

La sentencia de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. M. Á. B., y en consecuencia condenó a E. d. V. SRL a abonar al actor en el plazo de diez (10) días la suma de pesos ciento cincuenta y un mil novecientos veintiocho con ochenta y un centavos ($151.928,81), con más intereses conforme considerando respectivo. Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló los emolumentos de los profesionales actuantes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzó la demandada. Su queja se fundó en el hecho de que en fallo se resolviera acumulando los períodos laborados por el actor a los efectos del cálculo indemnizatorio, cuando aquel trabajó en parte bajo el régimen de la Ley 22250 y luego bajo el de la Ley de Contrato de Trabajo no abordándose el tratamiento que sobre el particular se planteara al contestar demanda; la inclusión de los rubros no remunerativos, no consideración del tope indemnizatorio del art. 245 de la LCT; que no se tuviera en cuenta el pago efectuado en concepto indemnizatorio al actor y su descuento; que se incluyera en la condena el cómputo de 21 días de vacaciones no gozadas de 2008 y su SAC, así como 7 días correspondientes a enero de 2009.

Bien, mis distinguidas colegas de Sala han emitido ya su voto y resuelto los agravios que fueran expresados por el apelante, existiendo discordia en la solución dada al caso. Así, la primera votante Dra. García Blanco ha receptado parcialmente los agravios del demandado, mientras que la Dra. Melero ha propiciado declarar la nulidad de la sentencia de grado y ha dictado nuevo fallo en consecuencia.

Por lo expuesto precedentemente y en atención a la letra del art. 274 del CPCCCh, por el que se dispone que los miembros del tribunal emitirán su voto fundado examinando en el mismo las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios y que la decisión se adoptará por mayoría, "bastando para formarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", dejando a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión; en razón del lugar que me ha sido asignado para votar, en el caso particular y en atención a la falta total de coincidencia en la motivación antes referida, habré de expedirme en la extensión que el caso sometido a mi análisis requiere.

Antes de hacerlo, destaco que tal como lo ha sido sostenido por el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, la mayoría legal consiste en la coincidencia de opiniones de por lo menos dos de los tres jueces que integran el Tribunal y equivale a unanimidad cuando solo actúan en los casos en que está permitido. Debe producirse respecto de cada cuestión esencial y para lograr coincidencia que forma mayoría, los jueces deben arribar a una conclusión idéntica (c*f. S*D N° 45/95; 26/SRE/99; 30/SRE/99; 04/SRE/04).

Ahora, ello no implica exigir fundamentos iguales. Cada juez puede dar los suyos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. De otra manera la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que pedir una reiteración de fundamentos de cada miembro del tribunal. La coincidencia hace referencia a que estos no sean contrapuestos, contradictorios, antagónicos, incompatibles o excluyentes entre sí. Es decir, lo que se procura es que estos puedan acumularse (*cf*. Loutayf Ranea, Roberto G. "El recurso de apelación en el proceso civil", pág. 292 y sgtes. ed. Astrea).

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

En torno al primer agravio de la demandada, y la acumulación de los períodos trabajados, insiste la quejosa en que el actor trabajó en principio bajo el estatuto de la industria de la construcción (Ley 22250) y luego prestó servicios en el régimen establecido por la LCT, y que en consecuencia no corresponde se sumen ambas etapas laboradas a los fines del cálculo indemnizatorio.

Ante todo, debe destacarse que si bien la sentenciante hace referencia a la Ley 22250 cuando resume en su decisorio lo expuesto por la demandada al contestar el traslado de la acción, llamativamente omite luego considerarla en absoluto a la hora del análisis, lo que es observado por el recurrente en su expresión de agravios. Por tanto, y frente a dicha omisión, destaco que “El tribunal de alzada, con fundamento en lo dispuesto en el art. 278 del Cód. Procesal está autorizado a decidir sobre puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, siempre que al expresar

agravios se solicitare el respectivo pronunciamiento (CNCiv., Sala B, 20/12/68, LL, 135-474; íd. 26/6/69, LL, 136-1109, 22.384-S; íd. Sala E, 6/10/69, LL, 139-255).

Así, recuerdo que el art. 35 de la Ley 22250 dispone que "Las disposiciones de esta ley son de orden público y excluyen las contenidas en la Ley de Contrato de Trabajo en cuanto se refieran a aspectos de la relación laboral contempladas en la presente ley. En lo demás, aquella será de aplicación en todo lo que resulte compatible y no se oponga a la naturaleza y modalidades de este régimen jurídico específico".

Ello a su vez ratifica lo previsto en el art. 2° de la LCT según el cual "La vigencia de esta ley quedará condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeta".

De ese modo, y tratándose de un estatuto especial sancionado con posterioridad a la LCT, sus disposiciones prevalecen sobre las contenidas en el régimen general, aún cuando resulten menos favorables para el trabajador.

Es que, si un instituto se encuentra regulado en la ley especial, el régimen de la ley general solo será aplicable en la medida en que no sea incompatible con aquella. "Es de suponer que el legislador, al haber estructurado el régimen especial de una manera determinada, lo hizo teniendo en cuenta las características particulares de la actividad, por lo cual, de acuerdo con la directiva del art. 2° de la LCT, no procede sustituir el régimen especial por otro, por el hecho de que resulte más beneficioso para él"

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Secretaria de Cámara**

(Vázquez Vialard, Antonio, "Aplicación de la norma común laboral en el ámbito regulado por leyes especiales", en *Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada*, Dir. por Antonio Vázquez Vialard, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2005, T. 1, p. 74)

El artículo 35 de la Ley 22250, contenido en un texto especial y posterior, desplaza y excluye los criterios generales contenidos en la LCT. “De este modo, pierde cabida la aplicación de la regla más favorable, pues en relación a “los aspectos de la relación laboral contemplados en la presente ley” ha de prevalecer invariablemente esta última por decisión nítida y terminante de la norma especial” (Goldin, Adrián O., “Régimen legal de los trabajadores de la industria de la construcción y Ley de Contrato de Trabajo”, en L. T. XXX-289).

En este entendimiento, y como lo sostiene acertadamente Castagnino, “resulta claramente incompatible con el régimen legal aplicable a los trabajadores de la construcción, la indemnización por despido sin causa contemplada por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 245 LCT), ya que el estatuto profesional adoptó un mecanismo especial –el fondo de desempleo, actualmente denominado “Fondo de Cese Laboral”- que se ajusta a las características propias de la actividad que ha venido a regular y excluye expresamente la aplicación del régimen indemnizatorio general (art. 15 Ley 22250)” (Castagnino, Laura Cristina en “Tratado de Derecho del Trabajo”, Dir. por Mario E. Ackerman, Rubinzal –Culzoni, T. V-A, p. 307).

Dicho esto, cabe dar la razón al apelante puesto que el fallo yerra al acumular períodos de distinta naturaleza en cuanto a la relación laboral. Sin perjuicio de ello, resulta necesario determinar si la antigüedad pretendida por el recurrente es asimismo procedente. Y en este punto adelanto que no correrá igual suerte.

En efecto, y más allá de las aseveraciones de la demandada en torno al mentado fondo de desempleo y su pertinente depósito en determinados años, las constancias obrantes a fs. 777/803 remitidas por el Banco de la Nación Argentina –que no fueran objeto de

observación por ninguna de las partes- demuestran que fue abierta una cuenta en esa entidad bancaria y a aquellos fines por parte de la empleadora. Sin embargo, los resúmenes acompañados en respuesta al informe requerido, en expresa leyenda de fs. 803 corresponden a "la cuenta 376823697/3 de Fondo de Desempleo desde su apertura al cierre de la misma". Luego, no puede quedar duda de que el actor laboró bajo el régimen establecido por la Ley 22250, que rige las relaciones de empleo de la industria de la construcción, más lo hizo hasta octubre de 2004. Si bien existe una apertura de cuenta posterior de fecha 19/11/2004 según informe de fs. 646/648, lo cierto es que nuca se depositó monto alguno en la misma y fue cancelada precisamente por dicha inactividad. Ello coincide en los hechos con la renuncia del día 30/10/2004, más justamente por ello no cabe sino concluir que su ingreso el día 01/11/2004 se produjo bajo las normas de la LCT. Es desde ese día que consideraré procedente el reclamo indemnizatorio que se pretende en el presente proceso, razón ésta por la que el agravio se admite parcialmente, correspondiendo sea practicada nueva liquidación en la instancia en oportunidad, debiéndose tener presente lo abonado en concepto de indemnización en oportunidad – reconocido por ambas partes- y que fuera asimismo motivo de agravio.

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Secretaria de Cámara**

En punto a los conceptos no remunerativos y su inclusión en la indemnización. Advierto que en el momento procesal oportuno el demandado impugnó la liquidación que practicara el actor en su demanda, más amén de hacerlo en modo general no cuestionó el hecho de que se incluyeran rubros no remunerativos, pudiendo perfectamente haberlo hecho con los argumentos que ahora viene a plantear ante esta Alzada. Luego, si omitió hacerlo entonces, resulta a todas vistas improcedente que pretenda introducirlos ahora. Es que, al no constituir un capítulo sometido a la decisión del juez

de grado, queda vedado al recurrente pretender se ventile la cuestión en esta instancia. Así "es inadmisible la introducción en la alzada de materias no propuestas en primera instancia, en virtud del principio de congruencia, que entronca directamente con la garantía constitucional de la defensa en juicio de la contraparte" (CNCivComFed, Sala II, 10/8/00, LL, 2001-B-650). Rechazo el segundo agravio.

Ahora, no puede desconocerse la íntima relación entre el agravio vinculado a la falta de planteo de la inconstitucionalidad del art. 245 –tercero- y el que analicé en último orden. Es que sobre la discusión acerca de los rubros no remunerativos ya ha tenido oportunidad de expedirse la Sala que integro en los autos "T., R. c/ S. A. I. y E. d. l. P. s/ laboral", expte. N° 377/2011, Sent. Def. N° 03/12L", "T., C. A. c/ S. SA s/ Sumario - Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley", expte. N° 137/2013, Sent. Def. 35/2013L, "Z., J. I. c/ S. C. SRL s/ Sumario- Cobro de Pesos e indem. de Ley", expte. N° 527/2013, Sent. Def. 78/2013L, y más recientemente "G., M. L. c/ I. SA s/ Sumario (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. N° 400/2014 Sent. Def. 52/14; sentando un criterio favorable, cuyos argumentos me eximo en la circunstancia de reiterar a través de la transcripción expresa, so pena de embarcarme en repeticiones innecesarias, más con los que coincido. Por tanto, y al considerar ajustada a derecho la inclusión de aquellos rubros, se incide en la mejor remuneración mensual, normal y habitual, que en el caso fijara la señora juez de grado en la suma de $12.003,18. Y aunque nuevamente se advierte la omisión en el decisorio en crisis en atención al tratamiento de la consecuente inconstitucionalidad de la norma, ya me expedí párrafos arriba sobre la potestad de la alzada en relación con dicha circunstancia. Y lo cierto es que el tope indemnizatorio, verbigracia, el régimen tarifado de

indemnizaciones por despido sin justa causa ostenta plena validez constitucional, en tanto la limitación impuesta por aquél no supere el 33% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Así lo resolvió nuestro Tribunal cimero en los autos "Vizzoti", declarando la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio por que "el monto de la indemnización por despido no guarda proporción –no es razonable, justa, ni equitativa– con la real remuneración devengada por el trabajador, constituye una desnaturalización del sentido de la indemnización", produciéndose una violación de la granaría constitucional contra el despido arbitrario" (Grisolía, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Abeledo Perrot, T. II, p. 1081).

En tal inteligencia, y desde que la Resolución N° 1206/07 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social disponía un tope de $7.620,26 para el CCT 396/04 que regía las actividades del actor, surge palmario del cálculo que la diferencia supera el 33% al que antes hiciera referencia, razón bastante que me conduce, en uso de las facultades que otorga el control difuso de constitucionalidad que asiste a los jueces, a modificar la sentencia de grado y declarar la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 LCT. Rechazo el agravio.

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Secretaria de Cámara**

Por último, hace referencia el recurrente a la comunicación por la que se notificara el despido al trabajador y que fuera dirigida al domicilio real de aquél respecto de la cual, aún reconociendo su carácter recepticio, afirma no puede cargársele el hecho de que el propio actor pospusiera la concreción del acto notificatorio.

Creo que resulta prudente hacer aquí una distinción. En concordancia con unánime y reconocida doctrina, el despido es una forma de extinción del

contrato de trabajo que surge de la voluntad de alguna de las partes. Las principales características son: 1) Es un acto unilateral. 2) Es un acto recepticio que se torna eficaz desde el momento en que el acto llega al conocimiento del destinatario. “El hecho de la extinción de la relación -distracto- es de carácter instantáneo, es decir que produce efectos desde el momento en que se perfecciona; esto es, cuando la voluntad de extinguirlo llega a la esfera de conocimiento de la otra parte” (GRISOLÍA, Julio Armando, “Derecho del Trabajo y la seguridad social”, Tomo II, año 2005, editorial Lexis Nexis).

Ahora bien, la carga de la recepción determina que deba admitirse la validez de la notificación, cuando esta entra en la esfera de conocimiento del denunciado y este no la recibe por su culpa, dolo o falta de diligencia. Es decir que el carácter recepticio de la denuncia del contrato de trabajo no exige que necesariamente el destinatario tenga conocimiento efectivo de la comunicación. Es suficiente para ello que el mensaje hubiera podido llegar a destino si aquél hubiera obrado con la diligencia necesaria a esos fines.

En el caso de autos, el quejoso imputa la demora al accionar del actor. Sin embargo, y frente a tal duda me he ocupado de corroborar el calendario de los años 2008 y 2009. Según se afirmara, la misiva fue despachada el día 29/12/2008. Ese día fue lunes. Aclaro que el día martes 30 fue el único día hábil que siguió a esa semana. Ello por cuanto el día 31 de diciembre (miércoles) y el 2 de enero (viernes) fueron decretados asueto administrativo público nacional por el Gobierno (Decreto N° 2095). No hace falta aclarar sobre el 1° de enero (jueves). En tal contexto, no puede pensarse en que exista obrar malicioso del trabajador porque fuera a buscar la notificación a la sede del Correo 4 días hábiles después de que se la despachara. Encuentro mérito suficiente para rechazar el agravio.

En último análisis, y respecto de la reserva del caso federal que pretendiera introducir la demandada en esta instancia, argumentando "sostener" la misma. Como ya lo he sostenido en otras ocasiones, y es criterio adoptado firmemente por el suscripto, resulta



improcedente hacerlo en esta etapa del proceso, ello toda vez que en definitiva la misma debe ser planteada en la primera oportunidad y ratificada la intención de sostenerla en las etapas sucesivas del juicio. Sabido es que "la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse idóneamente en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla, pues tanto la admisión como el rechazo de las pretensiones de las partes son eventos previsibles que obligan a plantear en su momento las defensas a que hubiera lugar (C.S.J.N. Fallos 297:285; 300:522; 302:194, 656 y 705; 308:736). Tal oportunidad es, en principio, la primera que el procedimiento brinda y el respectivo planteamiento debe hacerse de manera que los Jueces de la causa puedan considerar y resolver la cuestión federal que en juicio se halle involucrada (Fallos 257:270; 265:186). Por regla general ese momento es el que se concreta al trabarse la litis en Primera Instancia; excepcionalmente en ocasión posterior, pero siempre en la primera posible en el curso del procedimiento (Fallos 257:169; 261:199; 266:275; Morello, Augusto M., "El Recurso Extraordinario", ed. Abeledo Perrot, pág. 240). Por tanto, y desde que del cotejo de estas actuaciones surge que la demandada no planteó el caso federal al contestar la acción impetrada en su contra, y que constituyera su primera oportunidad (fs. 93/103), pretendiendo recién hacerlo al apelar, no habré de tener presente la mentada reserva formulada por la misma.

En atención a como se resuelve y por imperio de la letra del art. 282 CPCCCh corresponde sean adecuadas las costas de la instancia de grado, razón por la que estimo deben imponerse en un 80% al demandado y en un 20% a la actora. Los honorarios de los letrados intervinientes, atento a que deberá practicarse nueva liquidación por Secretaría del Juzgado, se regularán en porcentajes.

Las costas de la alzada se imponen por su orden en relación con el resultado obtenido. Difiero la regulación de los honorarios profesionales de ambas instancias para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la Dra. Graciela Mercedes García Blanco, propongo al acuerdo:

1) Declarar la inconstitucionalidad del art. 245 LCT.

2) Hacer lugar parcialmente a los agravios de la parte demandada y, en consecuencia modificar el fallo venido en apelación, disponiendo se tome como fecha de inicio de la relación laboral bajo el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo el día 1° de noviembre de 2004, confirmándose el decisorio en el resto de las cuestiones resueltas.

3) Ordenar se practique nueva liquidación por Secretaría del Juzgado de origen.

4) Las costas de la instancia de grado se imponen en un 80% al demandado y en un 20% al actor.

5) Las costas de la alzada se imponen en el orden causado.

6) Regular los honorarios profesionales en forma porcentual difiriendo los mismos para el momento del Acuerdo.

7) No hacer lugar a la reserva del caso federal planteado por la demandada, atento a lo expresado en el considerando respectivo.

8) Tener presente la reserva del caso federal planteada por la actora.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Melero, la siguiente

**SENTENCIA**:

**1)** Declarar la inconstitucionalidad del art. 245 LCT.

**2)** Hacer lugar parcialmente a los agravios de la parte demandada y, en consecuencia modificar el fallo venido en apelación de fs. 833/840, disponiendo se tome como fecha de inicio de la relación laboral bajo el régimen de la Ley de Contrato de Trabajo el día 1° de noviembre de 2004, confirmándose el decisorio en el resto de las cuestiones resueltas.

**3)** Ordenar se practique nueva liquidación por Secretaría del juzgado de origen.

**4)** Costas de la instancia de grado en un ochenta por ciento (80%) al demandado y en un veinte por ciento (20%) al actor, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. C. J. R. M. y M. A. D. T., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%), de los Dres. A.G. M., J. A. G. H., A. R. y L. D. V., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%) y del perito contador A. L. en el dos coma cinco por ciento (2,5%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

**5)** Costas de la alzada en el orden causado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. C. J. R. M. y M. A. D. T., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) y de los Dres. A.G. M. y J. A. G. H., conjuntamente, en el veintiocho por ciento (28%), 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)** No tener presente la reserva del caso federal planteada por la demandada atento a no haber sido formulada en la etapa oportuna (fs. 852).

**7)** Tener presente la reserva del caso federal planteada por la actora.

**8)** Regístrese, notifíquese y devuélvase.

**GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO**
**Jueza de Cámara**

**NÉLIDA SUSANA MELERO**
**Presidenta**

**RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES**
**Juez de Cámara**

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

**MARÍA FERNANDA ZANATTA**
**Secretaria de Cámara**