--- En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil quince, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Natalia I. Spoturno y Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. B., R. c/ C. D. P. D. E. E.. Y O. S. P. Y V. L. D. G. s/ Cobro de pesos e indemnización de ley" (Expte. 136 – Año 2015 CAT)**, venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 214.----------

-- **A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Señor Presidente de la Sala A, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

---Que a fs. 176/187 el Sr. Juez de grado hizo lugar a la demanda entablada por el actor contra la demanda condenando a ésta última a pagarle al reclamante en el plazo de diez días la suma de $317.399,54 con más intereses a tasa activa hasta su efectivo pago. Las costas del juicio fueron impuestas en un 80% a la demandada y el 20% remanente a la actora, regulándose loa honorarios de los letrados intervinientes.---------- Que a fs. 190 apela dicha sentencia la actora siendo concedido el recurso a fs. 191 y fundado a fs. 196/197 vta. Se agravia el apelante del rechazo de su reclamo de vacaciones por los años 2009 y 2010, solicitándose la revocación de la sentencia de grado en este único aspecto.----------

-- Que a fs. 194 la sentencia es apelada por la demandada siendo concedido el recurso a fs. 195 y fundado a fs. 199/202 vta. ----------

---La demandada cuestiona el decisorio de grado en primer lugar por el cómputo que efectúa de la antigüedad base del cálculo de lo que debía pagarse al actor como gratificación por jubilación. Cuestiona que se hayan considerado 43 años como múltiplo de cálculo en vez de la real antigüedad del actor en la cooperativa.----------

-- En segundo lugar critica que se hayan incluido dentro del adicional a pagarse rubros ajenos al concepto de remuneración mensual, los que deben detraerse de la base de liquidación.----------

-

--- Finalmente impugna que la demanda haya sido acogida en cuanto a el impuesto que debía pagar el actor y que se pretenda revertir sobre su parte, que es solamente un agente de retención y no tiene por qué verse alcanzado por la imposición. Con pie en estos tres cuestionamientos solicita se modifique la sentencia en lo tocante a ellos. ------

-- Corrido traslado de la expresión de agravios de la demandada a su contraria a fs. 203, la vista es contestada a fs. 209/211 vta., solicitándose el rechazo de la expresión de agravios y la confirmación del fallo, con costas.----------

Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a revisión de esta Sala, debo decir en lo tocante al solitario agravio de la actora que su defensa técnica ha efectuado un

gran esfuerzo argumental, pretendiendo revertir el resultado parcialmente desfavorable cosechado en el grado, sobre la base de argumentos que pretenden descalificar el decisorio del a quo por padecer de un indebido encuadramiento jurídico de los hechos del caso. ----------

----Pero, seguidamente, debo decir también que ese esfuerzo ha sido insustancial, porque el apelante pretende revertir la aplicación de la ley imperativa en que el caso se encuadra, sobre la base de opiniones suyas.----------

-- Entrando en materia del agravio de la actora, dos óbices fundamentales se oponen al progreso de su pretensión: a) en su agravio solo anida la opinión de parte, no suministrándose argumentos objetivos y convincentes que ameriten variar la resolución denegatoria del juez del pago de las vacaciones no gozadas, dispuesta por el a quo. Se trata, en el fondo, de un cuestionamiento de la apreciación de la prueba sobre la base de una opinión distinta y soslayando una norma directamente aplicable al caso.----------

-- En este punto no debe olvidarse que en multitud de fallos, a través de mi voto, esta Sala ha decidido que la apreciación de la prueba efectuada por los jueces de grado constituye una decisión tomada por el juzgador en el centro o núcleo mismo de sus facultades, que constituye el ámbito de mayor discrecionalidad y legítimo arbitrio que le concede el ordenamiento, no bastando impugnarlas sobre la base de una opinión distinta sino que debe ensayarse, a su respecto, un ataque frontal, fundado en argumentos hábiles y conducentes, que demuestren el desacierto manifiesto de la resolución (mi voto en sentencias de esta Sala del 13/10/09, in re "J., C. D. c/ P. P. S.A. s/ Cobro de pesos" (Expte. 325 - Año 2009 CANE); ídem, del 12/4/2013, in re “C., N. S. c/ D., J. E. s/ Cobro de pesos e indem. de ley” (Expte. 69 – Año 2013 CAT); ídem, 7/8/08, "G., N. F. c/ P., R. L. y/o q. rte. resp. laboral de E. T. s/ Indem. de ley", registrada al Nro. 50 de 2008 SDL; en igual sentido, Cám. Civ. y Com. Neuquén, Sala I, 29/2/96, "Aravena Bastias, Fernando c/ UCASA s/ Accidente", en Juba, base Neuquén, sumario Q0000046).----------

---------- Ergo, a tenor de tal doctrina, para conmover las apreciaciones probatorias de un juez se requiere algo mucho más serio y atendible que subjetivismos y pareceres o preferencias del apelante. Se requiere para ello demostrar lógicamente que la selección y apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible y que no responde a parámetros objetivos y atendibles. ----------

--------- ---------- Es que, solo con la opinión del apelante no se puede hacer a un lado la faena apreciativa del juez, por lo que no habiendo en autos logrado el apelante hacer tambalear con argumentos idóneos, convincentes, acertados, la apreciación de la prueba realizada en el grado, la misma ha quedado incólume y el embate –ya por ello solo- debiera rechazarse. ----------

---------- 2) El apelante refiere que el a quo ha simplificado excesivamente la cuestión y no ha prestado atención a que su parte comenzó a gozar las vacaciones y le fueron cortadas

por razones de servicio.----------

--- El caso es que esa distinción que intenta el apelante no se halla regulada en la normativa: la norma tuitiva del ordenamiento laboral (art. 162 LCT) veda la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas, estableciendo el principio general de que las vacaciones previstas en este título no son compensables en dinero, sin receptar la distinción que pretende introducir a autos la actora apelante. ---------- Y es sabido que como sienta la doctrina legal vigente, si la distinción que intenta establecer el recurrente a estos efectos, no se sostiene normativamente, por lo que, de admitirse su tesitura, se pondría en crisis el principio de que donde la ley no distingue no debe el intérprete distinguir –principio normalmente conocido por su brocárdico latino "ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus"-, y que es derivación necesaria de la garantía constitucional inserta en el art. 19 in fine de la Constitución Nacional que edicta que "…Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe" (cfr. esa Sala, 8/7/2009, "L. G. D. c/ P. P. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral" (SDL 44/2009).---------- Haya comenzado o no a gozarlas el actor, lo cierto es que lo que la actora reclamara –y el juez correctamente denegara- es el pago de las vacaciones no gozadas, no afectando su suerte que hayan comenzado a gozarse o no, ya que lo que se reclama es lo no gozado, que cae dentro de la esfera de aplicación del art. 162 LCT, sin más distinciones.----------

-- Ello así, y como la norma referida prohíbe abonar las vacaciones, sin distinguir entre dos supuestos: si las vacaciones nunca fueron gozadas en parte o si se las interrumpió, el argumento que esgrime el actor apelante, no es más que una opinión suya carente de apoyatura normativa, con lo que debe hacerse a un lado, al no constituir fundamento bastante para derribar el decisorio del a quo en este punto, el que por tanto debe confirmarse, lo que propongo al acuerdo. ----------

-- En cuanto al recurso de la accionada, si primer agravio, relativo al cómputo de la antigüedad para el cálculo de la gratificación por jubilación que el actor reclamara, la accionada apelante se queja de que el juez de grado tuvo por reconocida a su parte de la antigüedad reclamada por el actor, sin que su parte haya reconocido expresamente en modo alguno ese extremo. ----------

-- El apelante se empeña en una serie de argumentos sin relevancia, los que no pueden empañar un hecho cierto y probado: su parte ha reconocido a través de hechos concluyentes la antigüedad que el actor reclama se le compute. No importa si la accionada ha negado los hechos alegados por el actor en la demanda, no resulta trascendente si no obra en la causa ninguna manifestación explícita de reconocimiento de tal antigüedad. Ello, ya que verificando los recibos de sueldo con que la accionada le pagaba a la actora su salario, surge que (por caso en el recibo correspondiente al mes de Enero de 2010, cfr. fs. 100 de la documental reservada), surge con toda claridad que

el antigüedad, en ese mes de Enero de $1174,99, fue calculado a razón de 41 años de antigüedad, lo que resulta un reconocimiento indudable de un hecho afirmado por la contraria, a través de un hecho concluyente, que no puede luego negarse (facta concludentia) a la que cabe asimilar a una manifestación verbal o escrita, en cuanto a su efecto de reconocimiento. ---------- ---

Conforme la doctrina legal vigente (cfr. esta Sala, 30/9/2008, “P. N., B. E. c/ G., C. y/o q’ rlte. resp. laboral de la agencia local de la empresa de transportes TUS s/ Dif. de Hab. e Indem. de ley” (Expte. N° 22.935 - Año 2008), a los efectos de un contrato de trabajo, el accionado puede manifestar su voluntad con toda claridad a través de actos concluyentes suyos. La teoría de la facta concludentia ha sido desarrollada desde antiguo y hasta receptada en algún fallo nacional (CNCiv., Sala C, 8/6/82, “Miano, Enrique c. Groisman, Felipe”, en LL online).---------- En certeras palabras, se ha expuesto que “La declaración de voluntad puede ser expresa o tácita (art. 915, Cód. Civil). La declaración expresa es la que se realiza cuando se manifiesta verbalmente, o por escrito, o por signos inequívocos con referencia a determinados objetos, tal como enseña el art. 917 del Cód. Civil. Este concepto que mantiene una óptica objetiva debe ser completado con la idea que el sujeto declarante es quien exterioriza la voluntad que declara. Por otra parte la declaración tácita de voluntad consiste siempre en un comportamiento del sujeto que induce a inferir a otra una determinada voluntad (facta concludentia). Esa actitud asumida por el declarante no tiene como finalidad la exteriorización de su voluntad sino que busca como destino hacer cognoscible el querer del sujeto. De sus actos debe ser deducida la intención. En coincidencia con lo que expresamos el art. 918 del Cód. Civil hace presumir la existencia de la declaración ante la realización de ciertos actos que por sí no son aptos para lograr esa declaración” (COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, "La doctrina de los actos propios y la manifestación tácita de voluntad”, en LL 1985-A-
1002 y ss.).----------

--- Y el maestro Jaime SANTOS BRIZ ha apuntado agudamente además que “la manifestación tácita presupone uno de los denominados hechos concluyentes, por dar a entender la existencia de una determinada voluntad y son incompatibles con toda otra contraria: por ello el acto en cuestión ha de ser unívoco, pues no se lo puede interpretar diversamente. Sería en otro caso de aplicación la regla de que "nadie puede válidamente ir contra sus propios actos" (SANTOS BRIZ, Jaime, "Derecho civil, teoría y práctica", Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, t. I, p. 612).---------- Cuando, como en este caso y en el precedente citado, el accionado ha actuado extrajudicialmente a través de hechos concluyentes, que sólo admiten una interpretación posible y razonable: no puede pretenderse luego borrar el reconocimiento realizado a través de dichos actos concluyentes, con explicaciones ulteriores, que no surgen de elementos de juicio objetivos, sino de argumentos de parte. Se trata de hechos que no admiten dobles

lecturas, y la tentativa del accionado de darles después una visión diferente se estrella contra la realidad de los sucesos y el criterio de interpretación común de la sociedad. Salvo el accionado, nadie daría a esos hechos la interpretación particular que él propone en su recurso. Por ende, ella no puede aceptarse (cfr. esta Sala, 30/9/2008, “P. N., B. E. c/ G., C. y/o q’ rlte. resp. laboral de la agencia local de la empresa de transportes T. s/ Dif. de Hab. e Indem. de ley” (Expte. N° 22.935 - Año 2008),.---------- --- Habiendo actuado el accionado a través de hechos concluyentes, que sólo admiten una interpretación, no puede luego pretender introducirle a ellos exigencias formales que no se compatibilizan con la esencia del acto cumplido ni con el ámbito donde éste se cumplió, el seno del derecho del trabajo, un derecho desformalizante que no se corresponde con los requisitos que intenta agregarle a su actuación el accionado (cfr. esta Sala, 30/9/2008, “P. N., B. E. c/ G., C. y/o q’ rlte. resp. laboral de la agencia local de la empresa de transportes T. s/ Dif. de Hab. e Indem. de ley” (Expte. N° 22.935 - Año 2008),. Ergo, el agravio debe rechazarse, al resultar contrario a constancias escritas emanadas del propio accionado y a la doctrina legal vigente especificada.---------- --- Ello basta para hacer a un lado el primer agravio de la accionada, el que propongo se rechace.---------- --- En cuanto al segundo agravio relativo a la carga de una obligación tributaria sobre quién es solo agente de retención, posee razón el accionado apelante en este punto.---- El juez de grado ha errado indudablemente al pretender revertir una obligación tributaria sobre quien no es obligado al pago sino agente de retención. Solo la retención indebida pudo tener este curioso efecto. Pero en el caso de autos no ha habido retención indebida, sino a lo sumo cumplimiento de una ley que algunos tribunales han reputado inconstitucional en casos concretos, pero que no lo ha sido declarada en autos y, por ende, no cabe responsabilizar al agente de retención de un impuesto que el actor debe pagar y luego intentar repetir del Fisco o, en su defecto, obtener él una declaración e inconstitucionalidad del tributo, lo que no ha ocurrido en autos.---------- --- Por otra parte, la sentencia del a quo en este punto viola la doctrina legal vigente, sentada por esta Sala, in re "G. S.A. c/ B. d. C. S.A. s/ Rectificación de cuenta corriente" (Expte. 433 - Año 2009 CANE), donde se afirmó que el agente de retención es el "sujeto que, en razón de su función, oficio, actividad o profesión entra en contacto con una masa de riqueza que adeuda o que debe entregar al contribuyente, de la cual detrae, resta o amputa una parte, con la obligación de ingresarla a las arcas fiscales" (confr. Vicchi, Juan Carlos, "Los agentes de retención, condiciones de responsabilidad y límites para instituirlos en Derecho Fiscal" T. XLVI, pág. 206). ---------- El agente de retención es un intermediario entre el Estado y el contribuyente; de ello se deriva que, cuando el intermediario exceda sus facultades, ejerciendo una retención excesiva, el camino que le queda al contribuyente al que se le ha retenido en exceso o indebidamente una suma

dineraria no es únicamente el reclamo del crédito fiscal, sino que puede reclamar contra el agente de retención por el exceso de facultades propias en que ha caído. Lo contrario implicaría un proceder antisocial y llevaría a que quien ha actuado negligentemente sea liberado de toda responsabilidad, porque no se ha enriquecido con ello. Lo dispuesto en diversas normas del Código Civil, como los arts. 519 y 1109 C.C. reaccionan contra tal criterio, sea que se ubique el caso en el hontanar contractual o extracontractual, lo que no es el tema debatido aquí.---------- Lo que sí se debate aquí y debe quedar perfectamente esclarecido es que los agentes de retención de sumas por cuenta de otro, deben responder también ante el sujeto retenido por las retenciones efectuadas, cuando ellas han sido incorrectas. Lo contrario implicaría conceder al retentor un "bill de indemnidad" frente al retenido, con tal que deposite las sumas retenidas en la cuenta del beneficiario de la retención, criterio que además de no surgir de norma alguna, constituye un desideratum de inmoralidad, ya que fomentaría todo género de colusiones entre el agente de retención y el beneficiario de la misma, así como favorecería el descuido del agente de retención en cumplir al retener las normas legales y limitarse a retener lo que corresponde según ellas y la causa fuente de la retención y no más que ello. ---------- --- E Sr. Juez de grado parece querer en su sentencia hacer cargo a la demandada de la política recaudatoria del Estado y de sus eventuales excesivos afanes, sin declaración de inconstitucionalidad de la norma en que la retención se basó y pretendiendo revertir una obligación ajena sobre quien solamente cumple una obligación legal, sin excesos. Ello es del todo inviable, en el presente caso. ---------- --- Es que, en el caso de autos no ha habido retención excesiva ni abuso, sino a lo sumo cumplimiento de una ley de dudosa constitucionalidad, pero que no ha sido tachada efectivamente de tal, a través del procedimiento respectivo por el afectado, lo que impide revertir sobre el agente una obligación tributaria ajena, ya que ello implicaría vulnerar el art. 19 C.N. en perjuicio de la demandada de autos, lo que no corresponde permitir, procediendo la revocación de la sentencia apelada en este punto.---------- --- En cuanto al último agravio relativo a los ítems que deben computarse para calcular la gratificación, el agravio es inaudible, porque el punto llegó a esta instancia firme, ya que uno de los argumentos dirimentes del a quo, relativos a que no computar los dos rubros que el apelante considera incorrectamente incluidos en el cálculo, implicaría vulnerar la manda del art. 9 LCT es decir, inclinarse en la duda en contra del operario, no ha sido directamente rebatido por el apelante, con lo que siendo un fundamento suficiente para sustentar él solo el decisorio, el pronunciamiento de grado ha adquirido firmeza por falta de rebatimiento de una de sus vigas fundamentales, uno de sus argumentos dirimentes, lo que hace que sea irrevisable en esta instancia.---------- --- Como se ha dicho reiteradamente en la doctrina de esta Sala, los ataques parcializados, dejan incólumes las bases de sustentación de la sentencia atacada y, de rondón, producen que la misma adquiera firmeza, al quedar en pie bases suficientes para que ésta permanezca en vigor

y con plenos efectos. Cuando una sentencia tiene varios argumentos que le sirven de puntos de apoyo, si el apelante no embate contra todos ellos o deja alguno sin impugnación adecuada y él es apto para sustentar por sí el decisorio, éste adquiere firmeza (esta Sala, 29/5/2009, "C., E. O. c/ C. S.A. S/ cob. de hab. e indem. de ley" (SDL 35/09).----------

--- Por ello, el agravio debe hacerse a un lado. ----------

--- Por tales fundamentos, habré de proponer al acuerdo la confirmación del decisorio impugnado en lo principal, modificándose solamente en lo atinente al monto del impuesto a las ganancias, declarando que la retención impositiva practicada por la demandada no es manifiestamente indebida ni excesiva, limitándose el agente de retención a cumplir su deber legal y no debiéndose, consecuentemente, revertir sobre su parte la obligación de reintegrar al actor lo retenido. Por ende, deberá detraerse del monto de condena fijado en la instancia anterior la suma del impuesto a las ganancias supra referido, lo que se realizará en la liquidación a practicarse en etapa de ejecución de sentencia. ---------- --- La modificación de la sentencia en este punto, afectará la distribución de costas del grado, lo que llevará, por adecuación al nuevo resultado a imponerlas en un 70% a la demandada y el 30% restante a la actora. ---------- En cuanto a las determinaciones arancelarias realizadas en el grado, habiendo sido las mismas determinadas porcentualmente y siendo acordes a lo acontecido en esa instancia y a las labores de los profesionales intervinientes y resultados obtenidos allí, no serán modificadas, manteniéndose tal cual están fijadas. ---------- --- En cuanto a las costas de alzada corresponde imponerlas en el orden causado, dado que la actora no ha tenido éxito en esta instancia en su solitario agravio relativo a las vacaciones no gozadas y la parte accionada ha visto progresar solo uno de sus tres agravios y no el que tenía un caudal económico mayor, con lo que esta distribución de las costas aparece como equitativa y se corresponde a grandes trazos con los éxitos y derrotas de cada parte en la alzada, significando una apreciación panorámica de la magnitud de las respectivas derrotas y victorias, que resulta acorde con lo dispuesto por el art. 71 CPCC y su interpretación en la doctrina legal vigente). ----------

--- Los estipendios profesionales de alzada correspondientes al letrado apoderado de la actora, Dr. L. B., se regularán en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; y para el Dr. G. U., letrado apoderado de la demandada, se asigna el 28% de los honorarios que se le determinaran como de grado; tales porcentuales se corresponden con la importancia, mérito, trascendencia, calidad y resultado de las labores profesionales cumplidas en la alzada (arts. 5, 6, 8, 13, 18 y 46, Ley XIII N° 4).- ----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.- ----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN:** la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo:----------

---I. Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravios, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada. Concuerda mi opinión con la del Dr. López Mesa y para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cumpliendo de este modo la manda constitucional, bastarán las consideraciones siguientes:----------

---II. Vacaciones 2009/2010: Se agravia el actor por el rechazo del pago de las vacaciones correspondientes a los años 2009 y 2010. La cuestión fue resuelta en el grado aplicando lo dispuesto por el art. 162 de la LCT que establece que las vacaciones no son compensables en dinero (salvo lo dispuesto en el art. 156 de la norma). ----------

---Ha dicho la jurisprudencia que cabe rechazar la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas si el trabajador no hizo uso del derecho a gozar de las mismas en la oportunidad que establece el art. 154, LCT, toda vez que las mismas no son compensables en dinero, ello así, dado su finalidad higiénica (art. 162, LCT). (Mafud, Laura Anahi vs. Expósito, David Fernando s. Despido - 29/12/2003 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala V - RC J 331/07). ----------

---Intentó demostrar el actor que en el presente caso el supuesto de hecho fue diferente al previsto en la norma puesto que, habiendo comenzado a gozar de sus vacaciones el día 7/11/2011 fueron interrumpidas por razón de servicio a partir del 13/11/2011. Esta afirmación del actor es correcta y surge claramente de la documental reservada (fs. 34 y 35).----------

----Sin embargo, esta situación de hecho no modifica la aplicación a la especie del principio previsto en el art. 162 de la LCT. La ley no distingue entre vacaciones otorgadas o no otorgadas como pretende el apelante. La ley simplemente prohíbe la compensación en dinero de las vacaciones no gozadas. Y, como señala el propio apelante, esta norma es protectoria de los derechos del trabajador puesto que protege su descanso.----------

----Conforme lo normado por el art. 162, LCT, las vacaciones no gozadas no son compensables en dinero, y dado que la demandante no invocó ni probó haberlas gozado, admitirlas sería contrario al principio que apunta a una finalidad fisiológica y social, premiando la frustración de los fines de la ley en una inequívoca violación de aquel principio que se pretende reparar (Janowicz, María Verónica vs. Tiempos de Información S.A. y otro s. Despido - 19/10/2012 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IX - RC J 2362/13).----------

---No se trata de una “simplificación” de la cuestión sino de una directa aplicación de una norma de la LCT. La ley no dice que serán compensables en dinero en caso de ser reconocidas por la empleadora. La ley dice que no son compensables en dinero sin hacer distinción de ninguna naturaleza. ----------

---Las vacaciones no gozadas no son compensables en dinero (art. 162, L.C.T), porque

en definitiva lo que se procura es que el trabajador goce efectivamente del periodo de descanso anual respectivo. (Monsalve, Roberto Ismael vs. Empresa de Transporte 12 de Octubre S.R.L. s. Despido - 06/06/2012 - Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires - RC J 9302/12).----------

----Por todo lo expuesto, acompaño la propuesta del Dr. López Mesa debiendo en consecuencia rechazarse el agravio expresado por la parte actora.----------

---III. Antigüedad: Ataca la demandada en su agravio el cómputo efectuado por el juez de grado de la antigüedad para el cálculo de la gratificación por jubilación. Sostiene que el juez tuvo por reconocida una antigüedad sin que su parte la hubiera efectivamente reconocido. ----------

----Cotejadas las probanzas de la causa resulta evidente que la demandada reconoció, al abonar los haberes al actor, la antigüedad por él invocada. Es así que fue correcto el análisis efectuado en el grado puesto que dicha antigüedad surge palmariamente reconocida por la demandada mes a mes al abonar los haberes. Y este hecho resulta indudable con sólo mirar los montos abonados en concepto de “antigüedad”.----------

---Así, por ejemplo, al pagar los haberes correspondientes al mes de noviembre de 2011 (fs. 13 de la documental reservada), abonó en concepto de antigüedad la suma de $ 2.173,48. Dividido ese importe por 42 da exactamente $ 51,75 (cifra que corresponde a la bonificación por antigüedad anual conforme escala salarial publicada por el Ministerio de Trabajo de la Nación). ----------

---Es por ello que no puede negar la demandada haber abonado al actor la antigüedad por él invocada. Y, claramente, no resulta suficiente para desvirtuar este reconocimiento (art. 918 del Código Civil), el desconocimiento efectuado al contestar demanda.----------

---Consecuentemente este agravio será desestimado.----------

--IV. Impuesto a las Ganancias: Acompañaré a la demandada en su agravio relativo al Impuesto a las Ganancias. Entiendo, al igual que el colega que me precedió en el voto, que medió en la presente un simple cumplimiento de la ley por parte del agente de retención. ----------

---La bonificación por jubilación no se encuentra expresamente exenta en la norma del pago del impuesto a las ganancias (Ley N° 20.628). Esta norma, de oscura y ambigua redacción en cuanto a las exenciones, puede ser atacada por el actor en un eventual reclamo contra la AFIP. Pero no pueden reputarse como “retenidas incorrectamente” sumas que se retuvieron en cumplimiento de la ley. ----------

----Entiendo que en este tema y teniendo especialmente en cuenta los numerosos casos en que se han declarado excepciones jurisprudenciales al principio general, la demandada pudo tener una duda razonable sobre si correspondía o no la retención del impuesto.----------

----Es por ello que resulta relevante lo dictaminado por el perito contador a fs. 115. Dijo el perito: “No cabe ninguna duda de que la gratificación del art. 68 del CCT 625/11 se

encuentra gravada en el impuesto a las ganancias” y agregó “No hay ninguna norma que de lugar a que la demandada no efectuara la retención del impuesto a las ganancias sobre los pagos de la Bonificación del artículo 68 del CCT 625/11 y que corresponde la retención del impuesto”. Surge asimismo de la pericia (fs. 117) que los montos retenidos en concepto de impuesto a las ganancias fueron efectivamente ingresados a la AFIP (con excepción del período 10/2012 que según manifiesta el perito no se acompañó el volante de pago correspondiente).----------El juez de grado declaró que “las sumas fueron retenidas incorrectamente” fundando su decisión en precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Ahora bien, no podemos perder de vista que se trata de antecedentes en los cuales la parte demandada era la AFIP. En todos los casos el trabajador a quien se le había retenido el impuesto a las ganancias recurrió a la justicia demandando la repetición de los montos pagados contra la AFIP. ----------En un interesante trabajo publicado en La Ley, Alejandro González Rossi hace una reseña de los problemas con los que se encuentra el empleador en los casos de razonables dudas respecto de la obligación que sobre él pesa de retener el impuesto a las ganancias. ----------

---Dice el autor citado que dado el modo en que se encuentra redactado el art. 20 de la Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias “los particulares empleadores agentes de retención del impuesto a las rentas en cuanto a los trabajadores en relación de dependencia, se encuentran muchas veces en situaciones que en la práctica se revelan como confusas, por no entenderse totalmente que montos serían imponibles o no, y por eso en ocasiones se encuentra el empleador ante una disyuntiva insoslayable que sería la de tener o no que retener. En el caso de que su decisión pueda ser interpretada como incorrecta, se puede someter al mismo o bien a un contenciosos con la AFIP por no haber cumplido con su obligación de retención —y la consiguiente responsabilidad solidaria—, o bien en un contenciosos con el trabajador, que exige en los estrados del tribunal el pago de la diferencia no erogada.”----------

---Analiza el autor citado a continuación las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (que no son otras que las invocadas por el juez de grado para fundar su decisión). ----------

---Dice que en “De Lorenzo, Amalia Beatriz”, la Corte trató la imposición del impuesto a las ganancias en los casos del pago de indemnizaciones agravadas con motivo del despido en el plazo de protección de la maternidad. Declarando que no corresponde su pago.----------

----En “Cuevas” se trató la imposición de ganancias en los casos del pago de la indemnización agravada por despido del trabajador alcanzado por la protección gremial. Declarando también en este caso que no corresponde el pago del tributo.----------

---Y en “Negri” la Corte resolvió que los montos pagados en virtud de un acuerdo celebrado en el marco de lo dispuesto por el art. 241 LCT tampoco se encuentran alcanzados por el impuesto a las ganancias. ----------

---Como colofón de su detallado estudio concluye que la AFIP cada vez que la Corte se ha pronunciado revocando decisiones y accionares relativos a la retención del impuesto a las ganancias en casos como el de estudio, ha finalmente decidido reglamentar su accionar adecuándolo a la interpretación judicial. (González Rossi, Alejandro, “El impuesto a las ganancias y las sumas dadas con motivo de la finalización del contrato de trabajo”, publicado en DT2014 (septiembre), 2412. Cita Online: AR/DOC/2898/2014).----------

---Como puede observarse, existe un camino marcado por la Corte. Pero que exista ese camino no quiere decir que en los casos que no fueron específicamente tratados por la misma pueda aplicarse sin más sus conclusiones a casos que no son idénticos.-----En casos como el que nos ocupa rige la regla general. Hasta tanto la AFIP no dicte una resolución excluyendo expresamente del pago del tributo a la bonificación del art. 68 del CCT 625/2011 (como hizo en las situaciones de hecho que llegaron a la Corte) o se modifique la Ley de Impuesto a las Ganancias, el empleador sigue obligado a retener el impuesto en los casos que no están expresamente exentos de su pago.----------

Y si el actor decidiera, por vía de hipótesis, reclamar la devolución de los montos que considera incorrectamente retenidos, deberá hacerlo contra la AFIP —como se hizo en los precedentes citados por el juez de grado—.----------

Resulta claro entonces que la demandada simplemente cumplió con el deber legal de retener el impuesto en su carácter de “agente de retención” (carácter otorgado por la Rg 1259/2002 de la AFIP). Y esta retención no fue excesiva ni abusiva sino tan solo el cumplimiento de una ley. ----------

----Por ello, acompaño la propuesta del Dr. López Mesa propiciando también la revocación de la sentencia apelada en este punto.----------

---V. <u>Cálculo de la gratificación</u>: El último agravio de la demandada apunta contra los ítems que deben computarse a los fines de calcular la bonificación especial por jubilación prevista en el art. 68 del CCT 625/2011.----------

---Incluyó el sentenciante en la base de cálculo los rubros B.A.E y S.A.C por entender que la expresión prevista en el artículo 68 (“remuneración total del trabajador”) comprendía tanto los importes percibidos mensualmente como aquellos que se perciben semestral o anualmente. El otro fundamento fue la aplicación al caso del art. 9 de la LCT que dice que para el caso de “duda” en la interpretación de la norma debe estarse a la más favorable al trabajador. ----------

Encontramos en la sentencia dos fundamentos para la inclusión de los rubros B.A.E. y S.A.C. en la base del cálculo. La demandada únicamente atacó el primero de los

fundamentos mencionados omitiendo todo ataque contra la aplicación al caso del art. 9 de la LCT.----------

----Y este fundamento, la aplicación al caso del art. 9 de la LCT en cuanto a la interpretación de la norma de acuerdo al principio “a favor del operario”, es suficiente para fundar el decisorio de modo que este argumento arribó firme a esta alzada por falta de ataque.----------

----La expresión de agravios es una carga procesal y es el acto mediante el cual, fundando la apelación, el recurrente refuta total o parcialmente las conclusiones establecidas en la sentencia en lo que atañe a la apreciación de los hechos, la prueba o la aplicación de normas jurídicas (PALACIO, Lino E. “Derecho Procesal”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1975, p. 266).----------

----Es preciso señalar que si la sentencia se apoya en distintos fundamentos independientes entre sí y alguno de ellos no se critica o se lo hace deficientemente, el recurso quedará desierto (ROSALES CUELLO, Ramiro, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, La Ley, 2014, Tomo III, pág. 197).----------

---No habiendo atacado el apelante uno de los dos fundamentos de la decisión de grado, corresponde declarar desierto este agravio y confirmar la sentencia en este aspecto. ----------

----VI. Por todo lo antes expuesto, acompaño la propuesta efectuada por el Dr. López Mesa de confirmar en lo principal la sentencia apelada modificándola únicamente en lo atinente al monto del impuesto a las ganancias, declarando que la retención impositiva practicada por la demandada no es manifiestamente indebida ni excesiva. Habiéndose limitado el agente de retención a cumplir con su deber legal no corresponde obligarlo a reintegrar al actor los montos retenidos. Por ello, deberá deducirse del monto de condena fijado en la sentencia de primera instancia la suma del impuesto a las ganancias correspondiente. Esta operación deberá hacerse en la etapa de ejecución de sentencia al practicarse liquidación. ----------

---Atento el modo en que se resuelven los recursos las costas de primera instancia deberán ajustarse al nuevo resultado imponiéndose el 70% a la demandada y el 30% restante a la actora (art. 72 CPCC). ----------

---Los honorarios en el grado fueron regulados en términos porcentuales de modo que no serán modificados en esta instancia.----------

---En cuanto a las costas de alzada considerando que el agravio de la actora fue desestimado y los de la demandada prosperaron sólo en parte, entiendo que deben imponerse en el orden causado (art. 72 CPCC). En cuanto a los honorarios encuentro los propuestos por el magistrado que me precedió en el voto ajustados a las pautas arancelarias vigentes. Tengo en cuenta para así decidir la extensión, mérito, calidad y resultado de las tareas cumplidas en esta instancia (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 y concordantes de la Ley XIII N° 4).----------

----Por los fundamentos dados, a la primera cuestión VOTO PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Señor Juez de Cámara, Doctor Marcelo López Mesa, expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- 1) CONFIRMAR el decisorio impugnado en lo principal y MODIFICAR solamente en lo atinente al monto del impuesto a las ganancias, declarando que la retención impositiva practicada por la demandada no es manifiestamente indebida ni excesiva, limitándose el agente de retención a cumplir su deber legal y no debiéndose, consecuentemente, revertir sobre su parte la obligación de reintegrar al actor lo retenido. ----------

--- 2) DISPONER que en la liquidación a practicarse en etapa de ejecución de sentencia se desagregue del capital de condena fijado en la instancia anterior la suma del impuesto a las ganancias referido en los considerandos. ---------- --- 3) MODIFICAR la distribución de costas efectuada en el grado E IMPONERLAS en un 70% a la demandada y el 30% restante a la actora. ---------- 4) MANTENER tal como fueron establecidas en el grado las determinaciones arancelarias allí realizadas. ----------

-- 5) IMPONER las costas de alzada en el orden causado. ----------

- 6) REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes al letrado apoderado de la actora, Dr. L. B., en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; y para el Dr. G. U., letrado apoderado de la demandada, en el 28% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado. ----------

--- 7) REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.- ----------

--- Tal mi voto.---------- ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** la Dra. Spoturno expresó:----------

--Tal como lo he adelantado, comparto la solución propuesta por el Dr. López Mesa, votando en consecuencia en idéntico sentido. ASÍ LO VOTO. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V Nº 17).- ----------

-- Trelew, de mayo de 2015.----------

- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara

de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------
-
---------- **S E N T E N C I A**: ----------
-
--- CONFIRMAR el decisorio impugnado en lo principal y MODIFICAR solamente en lo atinente al monto del impuesto a las ganancias, declarando que la retención impositiva practicada por la demandada no es manifiestamente indebida ni excesiva, limitándose el agente de retención a cumplir su deber legal y no debiéndose, consecuentemente, revertir sobre su parte la obligación de reintegrar al actor lo retenido. ----------
--- DISPONER que en la liquidación a practicarse en etapa de ejecución de sentencia se desagregue del capital de condena fijado en la instancia anterior la suma del impuesto a las ganancias referido en los considerandos. ---------- ---
MODIFICAR la distribución de costas efectuada en el grado E IMPONERLAS en un 70% a la demandada y el 30% restante a la actora. ----------
--- MANTENER tal como fueron establecidas en el grado las determinaciones arancelarias allí realizadas. ----------
-- IMPONER las costas de alzada en el orden causado. ----------
-- REGULAR los estipendios profesionales de alzada correspondientes al letrado apoderado de la actora, Dr. L. B., en el 25% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado; y para el Dr. G. U., letrado apoderado de la demandada, en el 28% de los honorarios que se le determinaran como honorarios de grado. ----------
-
--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

MARCELO J. LOPEZ MESA
PRESIDENTE

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

---- REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2015 – SDL.- CONSTE.----------

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO