En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"N., M. E. c/ P.y D. S. L. SA s/ SUMARIO (cobro de pesos e indem. de ley)", expte. nro. 566/14**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 240/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1294), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1234/1250vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

1. El fallo apelado:

La jueza de grado declaró la inconstitucionalidad de los acuerdos que disponen el pago de sumas no remunerativas; hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. M. E. N. y, en consecuencia, condenó a P. y D. S. L. SA a confeccionar y entregar en el plazo de diez (10) días el certificado de trabajo, la constancia documentada de aportes y servicios y la certificación de servicios y remuneraciones; como así también a abonarle la suma de pesos cuarenta y ocho mil doscientos sesenta y cuatro con veintiún centavos

($48.264,21). Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales.

El monto de condena se integró con los conceptos y sumas siguientes: Diferencia de dos días del mes de noviembre de 2.009, $190,13; indemnización sobre integración mes de despido y su SAC, $2.883,76; diferencia impaga sobre vacaciones no gozadas y su SAC, $690,69; diferencia sobre omisión de preaviso no otorgado y su SAC, $2.107,73; diferencia sobre indemnización por antigüedad, $19.351,57; indemnización art. 2 Ley 25323, $11.979,45; indemnización art. 80 LCT, $9.269,19; indemnización por daños y perjuicios por omisión de pago de los aportes, $1.791,69. Expresamente, se rechazó el reclamo por la aplicación de la sanción conminatoria del art. 132 bis de la LCT.

2.El recurso. Sus fundamentos y contestación:

2.a. La parte demandada apeló a fs. 1253; el recurso fue concedido a fs. 1254; fundado a fs. 1255/1282 y los agravios contestados a fs. 1284/1289.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

2.b. La recurrente sostiene que le genera gravamen la desestimación del encuadre jurídico del despido en las previsiones del artículo 247 de la LCT; arguye que la casual de falta de trabajo se encuentra acreditada (primer y segundo agravio). Luego, se agravia por la fecha en la que se fijó la finalización de la relación laboral que califica como ficticia y artificiosa y, en su consecuencia, procedencia del pago de dos días del mes de noviembre y la integración del mes de despidos (tercer y cuarto agravio); por la admisión de una indemnización por el pago del seguro de retiro complementario; por la declaración de inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a ciertos conceptos vinculado a tal decisión invoca la vulneración al

principio de la seguridad jurídica, la doctrina de los propios actos, la desnaturalización del efecto general de la convención colectiva homologada, la inaplicabilidad del precedente “Pérez c/ Disco” de la Suprema Corte de la Nación al caso de autos dados que no trató acuerdo colectivo alguno (sexto a décimo agravio inclusive) y por último la improcedencia de indemnización del art. 80 LCT. Hace reserva del caso federal y pide la revocación del fallo.

2.c. La parte apelada contesta en forma puntual cada uno de los argumentos esgrimidos para fundar el recurso y pide su rechazo.

3. Tratamiento de los agravios:

La reseña efectuada autoriza el tratamiento conjunto de algunos agravios. En definitiva, los temas sometidos a revisión son: el rechazo del encuadre del despido en el art. 247 de la LCT; la fecha de finalización de la relación laboral, la procedencia de la indemnización por falta de ingreso de las contribuciones al seguro complementario de retiro; la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios y la procedencia de la indemnización del art. 80 LCT.

3. a. La causal de falta de trabajo:

La decisión impugnada se fundó en dos argumentos nucleares: el incumplimiento del procedimiento preventivo de crisis y la falta de acreditación de la adopción de medidas paliativas o tendientes a evitar la crisis y del respeto del orden de prelación previsto por el segundo y tercer párrafo de la norma invocada.

El recurrente embate con fuerza el primer argumento pero no alcanza a superar el restante fundamento de la decisión; huelga señalar que es necesaria la concurrencia de ambos requisitos para excluir el despido del encuadre jurídico pretendido, ya que alcanza con la ausencia de cualquiera de ellos.

En definitiva, aun en la hipótesis de superación de las razones de índole formal, queda incólume la falta de acreditación de la adopción de medidas concretas tendientes a superar la coyuntura; es decir el presupuesto de fondo previsto por la ley laboral.

Es que el despido por causas debe cumplir con ciertas pautas de índole formal o procedimental, sin las cuales la extinción mantiene su validez pero se torna ilícita (por más que los presupuestos de hecho la acompañen). Las mentadas pautas son: el cumplimiento del procedimiento de crisis; el respeto del orden de prelación establecido en el artículo 247 y la notificación por escrito de la resolución contractual con una versión sucinta y clara de los hechos que dieron origen a la falta o disminución de trabajo (*cf*. Raúl Horacio Ojeda, comentario al art. 247 en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada", director Antonio Vázquez Vialard, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2005, p. 496). Luego, antes de tornar operativo el artículo 247 de

la LCT, **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** correspondería verificar si, para evitar caer en una falta o disminución de trabajo que implique el despido de los trabajadores, se han tomado medidas tendientes a superar la situación.

Estas medidas han sido ejemplificadas por la jurisprudencia como toma de créditos, publicidad, variedad en el emprendimiento y tienen con miras a que no resulte el trabajador la primera y única variable de ajuste. La finalidad teológica de la norma es que el empresario busca una ganancia cuando realiza un negocio, de la que no participa al trabajador al que solo le debe su salario, de modo que resultaría por entero injusto que sí se lo incluya cuando no logra obtener el plus esperado luego de su aporte de capital

La premisa fundante de la exclusión es que la actividad del empresario es fuente de riesgos que él debe soportar, a este respecto cabe agregar que la institución de la fuerza mayor, tal como la concibieron originariamente el Derecho Comercial y el Derecho Civil, no es aplicable al Derecho del Trabajo, siendo la norma una excepción al principio de ajenidad del riesgo de la empresa, que constituye una de las características de la relación de dependencia. El trabajador subordinado no participa, en principio, en los riesgos de la empresa; no es socio del empleador en los riesgos o pérdidas del negocio, como no lo es en las ganancias (*cf*. CNTrab., Sala III, 30/11/2012, "M. E. A. c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales s/ despido" elDial.com - AA7C16); con cita de otros antecedentes que confirman el criterio de no participación del trabajador en los resultados de la gestión empresarial, pues las vicisitudes de todo negocio incumben al dueño, *cf*. R. García Martínez, en LT XXVII, p.868-; Sala III, Sent.
Def. 70.923 del 16/2/96 y Sala II, 29/12/89, *in re* "Galarza, Edmundo G. y otros c/ Dragados y Obras Portuarias S.A."; SIV, SD73.757, 22/2/95, *in re* "Cáceres, Rubén Alberto c/ E.T.A.R. SRL y otro s/ accidente"; SV, SD 31/8/88, *in re* "Garis, Julio c/ Frigorífico Minguillón S.A.".

Las razones expuestas son dirimentes para sellar el rechazo del agravio que propongo. Es que las vicisitudes empresariales en tanto frustrantes de las expectativas tenidas en cuenta al organizar la empresa, son ajenas al artículo 247 L.C.T., ya que no inciden sobre el objeto del contrato.

3.b Finalización de la relación laboral:

La fecha de finalización de la relación laboral determinada por la jueza de grado ha sido puesta en crisis

por el recurrente con base en las constancias agregadas a la causa. En efecto, no es un hecho controvertido que la empleadora notificó mediante acta notarial la finalización del vínculo, tampoco que dejó el instrumento pertinente en el buzón del domicilio denunciado por la trabajadora y que, según sus dichos esta accedió a su contenido el día lunes 2 de noviembre.

Ahora bien, es un principio axial que no puede supeditarse a la voluntad del/a

destinatario/a la **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** posibilidad de que se efectivicen las comunicaciones a él/ella dirigidas.

La teoría de la recepción adoptada por nuestra jurisprudencia, exige que se extremen los recaudos para que la comunicación llegue a destino. En el caso, tales recaudos han sido cumplimentados, de modo tal que no se observan deficiencias imputables a la empleadora el cumplimiento de la carga de transmisión. En efecto, se ha identificado correctamente a la trabajadora y al domicilio y se han descripto las puntuales circunstancias que rodearon la diligencia de notificación del despido; concretamente el horario en la que se efectuó, la existencia de un perro en el patio de la casa y de un vehículo estacionado en el costado, la insistencia del llamado a ser atendido y la falta de respuesta. Todo el contexto descripto demuestra que el remitente no ha obrado con dolo o culpa en la especie de modo tal que no es posible sostener que en la fecha indicada la actora no quedó anoticiada de la extinción del vínculo en tanto a su respecto rige la carga de la recepción.

Las consideraciones precedentemente efectuadas en orden a la fecha de extinción del vínculo laboral dejan sin sustento las sumas que integran el monto de condena por los conceptos de días trabajados mes de noviembre e

integración del mes de despido las que deberán ser sustraídas del monto total.

3. c La indemnización por falta de ingreso de las contribuciones al seguro complementario de retiro.

El argumento relativo a la falta de legitimación de la actora carece de entidad para fundar un pronunciamiento distinto. En efecto, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en Sentencia Definitiva n° 6/12 del 9/8/2012 ha establecido expresamente la procedencia de esta indemnización y ha sentado las pautas para su cuantificación. Así ha establecido que corresponde tener presente que el acuerdo homologado por Disposición 4701/1991 D.N.R.T. obliga al empleador a aportar mensualmente un 3,5 % del salario liquidado (art. 3°, fs. 195), para lo cual debía computar además del salario básico, el SAC y el presentismo, no así "las vacaciones, horas extras, premios y demás bonificaciones y las remuneraciones integradas en todo o en parte por comisiones ..." (pto. 4° del acta acuerdo …). Asimismo, el artículo 4° del Acuerdo citado establece que el 50 % del aporte, neto de los conceptos mencionados en el art. 7°, será destinado a una cuenta individual a nombre del empleado, la que se verá incrementada con los rendimientos que correspondiere en virtud del art. 10, en tanto que el 50 % restante se utiliza para la financiación del beneficio básico.

A su vez, el art. 9° faculta al trabajador que se desvincula de la actividad a solicitar el rescate del 50 % de los aportes personales y tal es la pauta que conforme la jurisprudencia citada debe tomarse a los fines de indemnizar al trabajador por el aporte omitido.

Con base en lo expuesto, el agravio no puede prosperar de modo tal que se confirma lo resuelto en tanto el monto indemnizatorio no fue materia de impugnación.

3.d. La inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas correspondientes a los aumentos otorgados en el marco de una negociación colectiva.

Previo a toda consideración, he de señalar que este tribunal tiene un criterio consolidado en la materia, ya que en múltiples pronunciamientos ha sostenido la inconstitucionalidad de los aumentos no remunerativos otorgados en el marco de una negociación colectiva.

Así recordé que esta Sala, se pronunció por primera vez respecto al tema, en autos "R., V. S. y otra c/ LA MADRILEÑA S.A. s/ Demanda Laboral", expte. nro. 541 año 2011, sentencia definitiva n° 13/2012 del 4 de abril de 2012; confirmándose la declaración de inconstitucionalidad de las mismas normas colectivas.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

Concretamente, se sostuvo que el peso de la doctrina que dimana del precedente de la Corte Suprema de la Nación -"Pérez c/ Disco" que declaró la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc.c de la LCT. por desnaturalizar el concepto del salario; concluyendo que no puede, sino seguirse esta jurisprudencia protectoria y su doctrina de conformidad con el art. 9
L.C.T. (ref. Ley 26428).

A este fallo siguió el dictado en los autos: "A., H. D. c/ INC S.A. s/ SUMARIO –Cobro de pesos e indem. de ley", expte. 425/2012, ya citado en el punto anterior en el que ante la falta de crítica suficiente a la que agregue otras razones adopte el criterio mayoritario (Sentencia n° 45/12 ya citada).

Ergo, la premisa del razonamiento parte del desarrollo argumental del precedente "Pérez c/ Disco" en el que se da tratamiento a la naturaleza del salario y se consolida con la doctrina que dimana del caso "Díaz" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se ha

determinado la inconstitucionalidad de los aumentos no remunerativos (CSJN, 4 de junio de 2013, en autos "Díaz Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A." Suplemento de La Ley del 19/06/2013, cita *on line*: AR/JUR/20023/2013).

Huelga remarcar que la fuerza vinculante de estas decisiones sella el debate.

Con base en estas consideraciones, es claro que ninguno de los argumentos esgrimidos por la parte demandada tiene suficiencia para fundar una solución distinta.

3.e. La indemnización del art. 80 LCT:

Los fundamentos dados para cuestionar la procedencia de la indemnización del artículo 80 LCT no alcanzan para fundar una solución distinta ni siquiera teniendo en cuenta la procedencia del agravio relativo a la fecha de culminación de la relación laboral.

Ello así por cuanto la magistrada ha señalado que los datos consignados en el certificado de trabajo son incompletos, puesto que no se ha consignado la calificación profesional de la trabajadora y la realización o no de acciones de capacitación. Este argumento nodal, en orden a la cuestión planteada, ha quedado sin crítica concreta y razonada y por lo tanto, corresponde el rechazo del agravio.

El extremo reseñado, por sí determina la procedencia de la indemnización del artículo 80 LCT; puesto que sabido es que el cumplimiento de las obligaciones de hacer prevista en esa norma está sujeto al cumplimiento de los principios de exactitud aplicables a toda obligación: identidad, integridad, localización y puntualidad.

El pago debe ser íntegro conforme lo reglado en el Capítulo I - Parte segunda –Extinción de las obligaciones- del Libro Segundo –De los derechos personales en las

relaciones civiles- del Código Civil y no se ha impugnado la conclusión de la magistrado respecto a la falta de completitud del certificado entregado.

4.Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

Los honorarios se regularán de conformidad con las pautas generales previstas por el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala específica del artículo 14 del mismo ordenamiento. En función de ello, propongo se fijen a favor de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., en forma conjunta, en el 30% calculado sobre los determinados en la anterior instancia y los del Dr. I. F. A. en el 28% de los que le correspondan a la representación letrada de la demandada en su conjunto en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2) Modificar el monto de condena fijado en el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, el que se fija en la suma de pesos cuarenta y cinco mil doscientos veintiséis con treinta y dos centavos ($45.226,32).

3) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios del modo propuesto.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 1282.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 1234/1250, por la que se declara la inconstitucionalidad de los acuerdos que disponen el pago de sumas no remunerativas. Hace lugar parcialmente a la demanda por la parte actora M. E. N. y condena a la parte demandada P. y D. S. L. S.A. a entregar el certificado de trabajo en plazo de 10 días, más aportes y servicios y más certificación de servicios y remuneraciones y abonar en el mismo plazo la suma de $48.264,21 e intereses conforme al considerando respectivo. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los letrados y perito.

A fs. 1263 apela la demandada y el recurso se concede a fs. 1254.

En los agravios, de fs. 1255/282, el primero, sostiene soslayada su postura respecto a la variante del art. 268 LCT –versión Ley 20744, actual 247– que no consideraba falta o disminución de trabajo no imputable al empleador aquella que obedeciera a riesgo propio de la empresa y que a partir del año 1976, la ley suprimió ese párrafo, con lo que no constituye impedimento para que se tenga por configurada la disminución o falta de trabajo, el derecho del empleador de suspender o despedir personal con respaldo en esas causales. Formula un cuadro comparativo con cita de la opinión de autores. Trae fallo de evaluación interpretativa, no obstante reconoce que la jurisprudencia mayoritaria encarna una postura contraria, pero afirma que debe aceptarse que violenta el texto legal. Critica el mantenimiento de tal jurisprudencia y sostiene que los jueces deben aplicar la ley. Trae a colación para esta solución el fallo de la CSJN (DT. 2000-A-1035) y las doctrina sentada, que el instituto del despido por falta o disminución de trabajo y/o del art. 10 Ley 25013, constituye una excepción al principio de ajenidad del riesgo de la

empresa – GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara característica de la relación de dependencia– lo que impone su apreciación restrictiva.

Se explaya a partir del fallo de la Corte en que debería revisarse precisamente la tesis a la que adhiere el fallo a la luz del de la Corte y enuncia doctrinas de autores y criterios interpretativos y la crítica, que la jurisprudencia eliminó en la práctica la posibilidad de efectivizar suspensiones y despidos en mérito a estas causales, invalidando merced a interpretaciones la letra de la ley y señalando sus defectos. Señala después fallos de jurisprudencia, que dice, se han apartado de ese lugar común. Concluye el agravio que ese absoluto apartamiento del dependiente del riesgo empresario es el que campea en el fallo dictado, pero que de antemano se encuentra descalificado. Segundo agravio. A lo que dice el fallo a fs. 1241 que si bien queda acreditado que la rescisión del contrato comercial de la accionada con la firma Aguas Danone Argentina S.A. produjo una variación de los montos de facturación, pero que la demandada no desplegó una actividad probatoria para demostrar los paliativos y evitar una posible situación económica desventajosa, controvierte tal conclusión siguiendo al autor que había citado, para sostener que puede ocurrir que el empleador no haya tenido culpa por su inevitabilidad, aunque fuere previsible la producción de determinado evento. Sostiene entonces que es la clave para la solución, que en vez de la atención a la inexistencia de las medidas adoptadas para paliar la crisis, lo que se debió examinar es la absoluta ajenidad al empresario que implicó la decisión de Aguas Danone de imponerle a su parte que el personal afectado a la distribución de sus productos debía ser del Sindicato de Camioneros, para de allí extraer las correctas conclusiones. Cita como ejemplificativo el fallo

de E.D. 105-382, que estima de gran paralelismo con el presente caso. Controvierte asimismo al fallo cuando expone que queda evidenciado que la empresa sin concluir el procedimiento preventivo, resolvió los despidos en contravención del art. 104 Ley 24013. Refuta la conclusión de la sentenciante –dice– por no haber atendido la explicación de la contestación de la demanda, que ninguna consecuencia puede achacarse a su parte, porque fue el Ministerio de Trabajo el que no procedió a fijar la audiencia establecida en los plazos del art. 100 Ley 24013, tal como fuera requerido por su parte (fs. 1267). Rechaza entonces la carga conceptual negativa de la sentencia y por no guardar concordancia con las constancias de la causa y no entrever la sentencia la

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

morosidad del organismo nacional, que no tenía muy en claro los términos legales que eran de su aplicación. Controvierte otra parte de la sentencia de fs. 1242, entendiendo irregulares los despidos sin guardar el orden de antigüedad en el caso de la actora, contraponiendo que el objetivo legal desaparece cuando deja el establecimiento de desarrollar la actividad en forma total. Tercer agravio. Impugna la fecha de extinción de la relación laboral establecida en la sentencia en fecha 02/11/09. Considera que la sentencia reconoce que no hay elementos en la causa que acrediten los dichos de la trabajadora y que su parte negó categóricamente la sostenida por la misma y en cambio, es su parte la que produjo la prueba con la actuación notarial formalizada en el domicilio denunciado por la actora, precisamente la vía elegida por su parte e idónea conforme con el art. 101 CC. Cita caso de jurisprudencia y amplia fundamentos. Cuarto agravio. Señala vinculado al anterior y que su

admisión, conllevará a desestimar la condena al pago de 2 días del salario del mes de noviembre de 2009 y la integración de ese mes. Quinto agravio. La admisión de la indemnización por falta de pago del seguro de retiro complementario. Se agravia por la falta de tratamiento del punto pese a que su parte sostuvo la falta de legitimación de la dependiente en lo atinente al reclamo de los aportes al SRC, ya que estos debían abonarse a la Federación que nuclea a los Empleados de Comercio, quien a su vez debía aplicar al pago del seguro contratado. Cita fallos en el sentido indicado. Sexto agravio. La declaración de inconstitucionalidad de los convenios. Dice que la sentencia pretende distinguir porque se dedujo aquí la inconstitucionalidad y no la invalidez de los actos administrativos en los que se declaró el carácter no remunerativo de determinados conceptos, a lo que agrega que cabe recordar que el art. 25 Ley 19549 consagra plazos de caducidad y la Corte Nacional tiene firme doctrina al respecto a dicho plazo de caducidad.

Señala que la declaración de nulidad e inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios en los recibos de haberes constituye un desvío jurisdiccional; que su parte sostuvo que la actora al tachar de inconstitucional el mencionado acuerdo vulneraba la doctrina de los actos propios, por lo que tal conducta contradictoria no podía ser convalidada jurisdiccionalmente. Que su parte señaló la interpretación que debía hacerse a los acuerdos de voluntades suscriptos por la representación sindical y empresaria. Con cita de fallo de la CSJN. Destaca asimismo fallo de esta Cámara y voto de integrantes. Séptimo agravio. Sostiene vulnerado el principio de seguridad jurídica de acuerdo a los principios de la CSJN. y en cuanto a los actos no fueron impugnados en el plazo del art. 25 Ley 19549. Décimo

agravio. Sostiene que en el antecedente "Perez c/Disco", no se trató convenio colectivo alguno, sino se declaró la invalidez de art. 103bis L.C.T. y no de un convenio colectivo, trae un fallo del STJ de nuestra Provincia con motivo del rechazo del un recurso extraordinario federal. Decimo primer agravio. Sostiene que la indemnización del art. 80 L.C.T. se otorga en forma desarreglada a derecho y fundamenta en torno a la fecha de extinción de la relación de trabajo y la pretensión de asignar vicios en certificado de varios años antes, por declaración de inconstitucionalidad el 17/9/14. Advierte que no se trata de un caso típico de omisión en la entrega del documento una vez intimado el empleador. Ratifica la reserva el caso federal.

La parte actora contesta los agravios a fs. 1284/1289vta.

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

Tratamiento de los agravios:

Al confrontar el primer agravio que se ha dejado examinado con la consideración nuclear del fallo que lo motiva, es claro que la sentencia luego de fijar las pautas normativas del art. 247 L.C.T. y lo que debe demostrar el empleador, ha desestimado sin tratar con la amplitud que ha pretendido la recurrente, la conceptualización puntualmente controvertida, pero sí establece como corolario, que el principio general en la materia respecto a las causales de falta o disminución del trabajo es que los riesgos del mercado integran los riesgos propios de la empresa (fs. 1240, 4to párr.) y más abajo, que la justificación rescisoria surge por los hechos cuya imputación se esfuma en un incierto "tercero" (no es necesario saber quién o qué), resultando fundamental que de haber un responsable inmediato o remoto, este no sea el empleador ni el trabajador, pero que la jurisprudencia es terminante en tal sentido, ya sea por el fundamento de

la subordinación económica o bien por el deber de ocupación, concluyendo que la facultad es de interpretación excepcional y por ello se evalúan los supuestos invocados en sede judicial con carácter restrictivo, citando los autores Vázquez Vialard y Ojeda (fs. 1240, al final/fs. 1240vta.).

Se tienen entonces contra tales concepciones del fallo, la crítica de la recurrente afirmando que de haber analizado la reforma a la L.C.T. por la Ley 21297, habría concluido en la inimputabilidad de su parte por inevitabilidad aunque haya existido previsibilidad.

Estimo que en principio no puede reprocharse que se haya fundado la sentencia en la jurisprudencia mayoritaria, que no le otorga a la reforma de la Ley 20744, los alcances extremos que le asigna el apelante.

Ello no quita, conforme con los autores citados, que el riesgo propio de la empresa aparezca con la reforma Ley 21297 como un criterio más amplio, o importe "una cierta" participación del trabajador en el riesgo de la empresa, o que llegue a constituir la justa causa del art. 247 LCT., pero la evaluación al respecto ha de depender de la causal invocada sujeta al concepto de la extinción del contrato por falta o disminución del trabajo y por fuerza mayor: Se "... denomina así la falta o disminución del trabajo no imputable al empleador y fehacientemente justificada y a los hechos imprevisibles o que previstos no han podido evitarse, que motivan el despido del trabajador, respectivamente" (*cf*. "Manual de Derecho del Trabajo y de la seguridad social", Julián Arturo de De Diego, pág. 369, editorial Abeledo Perrot, año 2000).

Es que la estrictez interpretativa surge porque primero se encuentra rigiendo el principio de ajenidad del dependiente al riesgo de la empresa como principio general. Tal concepto de la "Revista de Derecho Laboral",

2000-2, Extinción del contrato de trabajo – II, Directores Antonio Vézque Vialard – Valentín Rubio, pag.87 y ss., ed. Rubinzal Culzoni, año 2001, que la categoría diferenciada de sujetos de la relación laboral, empresarios y dependientes, pone a los primeros en lugar de preeminencia, gestionan y dirigen y a los segundos, en relación de subordinación, éstos prestan los servicios que se les requiere y no participan de las ganancias, tampoco por ello soportan los riesgos. En dicho marco, "...se deduce que la presencia del art. 247 de la LCT es nada más ni nada menos que una excepción al principio general de responsabilidad empresarial y que tal afirmación no influye sólo en la presencia como tal en el plexo normativo, sino en la forma de interpretación que merece y en los alcances de tal interpretación..." (ob. cit., pág.89).

Y con este enfoque, asimismo la interpretación restrictiva para ser aplicada al presente juicio, la jurisprudencia señalada por la recurrente a fs. 1259, fallo de la CSJN. – autos "Baña, Baldomero L. c. Asociación Mutual del Personal de Yacimientos Petrolíferos Fiscales", D.T.2000-A-1035, donde el Alto Tribunal hace suyo el dictamen del Sr. Procurador Fiscal de la Nación, en cuanto determina que el art. 247 de la LCT y/o el art. 10 Ley 25013, constituye una excepción al principio de ajenidad del

riesgo de la empresa, característico de la relación de dependencia. Por tal carácter excepcional no se aplica en los presentes, porque el mismo no avanza en la desconsideración de la jurisprudencia mayoritaria.

GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara

En dicha interpretación restrictiva resulta sí el mantenimiento de una postura tradicional de la

jurisprudencia, pero adviértase, no contraria al derecho laboral, ya que conjuga los principios generales de protección del trabajador como la parte más débil de la relación jerárquica que importa a partir del art. 5 LCT y los principios de conservación del contrato del art. 10 LCT. Con ello, corresponde limitar la interpretación excluyente de la agraviada, que por la supresión en la letra de la norma el riesgo propio de la empresa, pretende la lisa y llana justificación en la aplicación del art. 247 L.C.T. No obstante la supresión, sigue privando como norte general en la letra de la Ley la intención de legislador, que provenía del fallo plenario N° 25 del 23/3/55, que identificaba los conceptos de fuerza mayor y falta y disminución del trabajo, centrado en que debían tratarse de causas ajenas a la voluntad del empleador y probar fehacientemente esa circunstancia.

Por todo lo expuesto se rechaza el primer agravio.

Segundo agravio: la causal de falta de trabajo.

Al enfocar el fallo que si bien queda acreditada que la rescisión del contrato comercial con la firma A. D. A. S.A., produjo una variación en los costos de facturación, la demandada no desplegó actividad probatoria alguna para demostrar que hubiese tomado medidas concretas tendientes a evitar o paliar una posible situación económica desventajosa e insuperable.

A partir de la puesta de tal fundamento de la sentencia (fs. 1264vta., punto 43), la agraviada se desentiende del mismo y aborda argumentación a propósito del autor que había citado en el agravio anterior –de cuya interpretación se señaló era estricta– para sostener un nuevo material no referido a la carga del fallo de no haber tomado medidas, sino que puede darse el caso que pese a que la crisis empresaria puede ser previsible y no obstante haber inimputabilidad, por ejemplo, si se

perdiera el único cliente. Así, luego sostiene, que es la clave de la solución, por cuanto si la decisión de A. D. A. S.A. pese a ser previsible para la demandada, resultó inevitable. Asimismo es sabido por la remisión que se hiciera, que la argumentación con estos tópicos es amplia y con cita de autores.

Pero es del caso que el cuestionamiento no resultó la motivación planteada ni al formular el despido de la actora, ni tampoco fue interpuesta al contestar la demanda a fs. 175vta. y ss., por lo que la argumentación es improponible a título del art. 281 Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico.

Pero, además, la propia tesis deja sin controversia el fundamento de la sentencia, la ausencia de despliegue probatorio para demostrar medidas adoptadas para evitar o paliar la situación económica.

Se rechaza el agravio.

Tercer agravio: **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** La finalización de la relación laboral.

El cuestionamiento sobre la fecha de finalización de la relación laboral por parte de la demandada se ajusta a derecho. Es evidente que la sentenciante, cuyas consideraciones se formulan alrededor de la actuación notarial que la actora reconoce solo a partir de su retiro del buzón de su domicilio en fecha 2/11/09, no advierte la misma constancia actuarial de fs.
151/151vta., diligenciada y que da fe, que la misma quedó ingresada en el buzón señalado el 31/10/2009, cumplimentando la segunda hipótesis explicada por el propio fallo (fs. 1239vta.), es esta fecha la que determina el ingreso a la esfera de conocimiento de la actora.

Procede el agravio.

Cuarto agravio. La procedencia de dos días del mes de noviembre y la integración del mes de despido.

Como se señala, procediendo el agravio anterior debe rechazarse la liquidación de los dos días del mes de noviembre de 2009 y con ello, la integración de dicho mes, todo lo que había sido recepcionado en la sentencia, lo que se revoca.

Quinto agravio. La admisión de la indemnización por falta de pago del seguro de retiro complementario.

La recurrente observa que la sentencia deja constancia que su parte opuso "la falta de legitimación de la dependiente en lo atinente al reclamo de los aportes al SRC, ya que los mismos debían ser pagados a la FAECYS", pero que al tratar los rubros reclamados a fs. 1249/1249vta., no trata la defensa interpuesta. Replantea la cuestión y cita fallos.

En principio debe advertirse que la sentencia si bien no trata en lo formal el enderezamiento de sus disquisiciones a resolver la falta de legitimación interpuesta por la demandada, la misma declara el incumplimiento de la obligación por parte de la empleadora de realizar los aportes al Sistema de Retiro Complementario, previsto en el CCT.130/75 y DNRT 4701/91 y DNRT 5883/91 y le ha ocasionado al dependiente un perjuicio estimable conforme lo que correspondía depositar y lo que hubiere podido retirar de su cuenta de capitalización de haberse ingresado el 3,5% de sus salarios en tiempo y forma. Luego explica la naturaleza previsional del sistema, señala la facultad del trabajador al concluir la relación laboral por cualquiera causa a solicitar el rescate de sus aportes personales y lo que el actor no pudo ejercer por el incumplimiento señalado. Luego amplía sobre los alcances del sistema, cita jurisprudencia de su propio Tribunal, de otros del país y

de esta Cámara y Sala, como fundantes de sus conclusiones y que la obligación que no puede satisfacer el dependiente, es el 50% de los aportes que se debían al Sistema, que debían ingresar a una cuenta individual del accionante.

Frente a lo expuesto y sin ninguna controversia sobre las conclusiones de la sentencia, poco margen le queda al agravio con la mera cita de fallos que niegan legitimación al dependiente, que nada dicen a título de resarcimiento como lo señala el fallo en recurso, cuando por otra parte, un derecho personal del empleado por depósitos que se debían a una cuenta del mismo tipo, daño que se materializa por la imposibilidad del retiro del 50% que le correspondería del total de los aportes.

A ello responde la jurisprudencia citada por el fallo apelado y que también se conforma a la jurisprudencia del Excmo. S.T.J. de la provincia –como se señala en el presente acuerdo– por ejemplo los autos caratulados: "Hernández, Héctor Aníbal c/ **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** De la Costa Patagónica S.A. s/demanda laboral (indemnizaciones)", expte. N° 22.436-H-2011, de fecha 90/8/2012.

A todo evento y de lo expuesto, la legitimación solo debía declararse, pues conforme con los arts. 3 del Protocolo del Acta de fecha 21/6/91, homologada por disposición DNRT 4701, el empleado se encuentra legitimado para peticionar por el incumplimiento de los aportes de su cuenta individual, el 50% del monto que debió haber ingresado la empleadora, el resarcimiento señalado en el fallo –que no se ha desvirtuado– y que importa el rechazo de la falta de legitimación interpuesta.

Sexto agravio: Declaración de inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a ciertos conceptos (fs. 1274vta. y ss.).

La sentencia declaró la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios que señala en el punto 1 de fs. 1249vta., luego desentrañar la naturaleza del salario del art. 103 L.C.T., su monto mínimo y su rango normativo por encontrarse comprendido el Convenio N° 95 de la O.I.T., con lo que cuenta con categoría "supralegal", por encontrarse el mismo ratificado por nuestro país que lo ubica en el marco del art. 75 inc. 22 de la C.N. y que con la reforma de la constitución del año 1994, conforma el llamado "bloque constitucional federal", entendiendo que dicho Convenio se dirige a los Estados para hacer efectivas sus disposiciones (Cita D.T. 1949/497 y ss. y autores con la temática que trata.). En la conjugación de los elementos citados concluye que existe contradicción normativa basada en el amplio concepto del art. 103 L.C.T. y con la jurisprudencia que cita de la CNaC.Trab., concluye que todo pago originado en la relación laboral tiene naturaleza remuneratoria, con lo que después de una ampliación de disquisiciones, concluye en la inconstitucional en recurso.

En su crítica e impugnación, la apelante desestima los elementos de razonamientos e institutos considerados por la sentencia para concluir en la inconstitucionalidad, considerando que constituye un análisis superficial. Esta concepción en nada demuestra el error o desacierto desde la norma constitucional en que se basa la sentencia y donde entroniza la protección del salario El fallo citado por la recurrente es inoperante por anterior a la reforma constitucional. Critica porque asimismo deberían "bendecirse" los acuerdos paritarios como en el caso "Biava c/ SCPL de Comodoro Rivadavia", derivación que carece de toda justificación, frente a las complejas tratativas que sumían a las partes en las negociaciones salariales con incidencia en la convención colectiva y

donde pudo decirse con cita de Krotoschin, los límites que se oponían a la autonomía colectiva y consiguiente posibilidad de establecer condiciones con efecto normativo en cuanto a la aplicación razonable y circunstancial del principio de subsidiaridad. Pero el recurrente no contraría el respaldo de la Sra. Jueza en el caso "Gimenez c/ Blockbuster", de la CNac. del Trabajo, Sala X, que resuelve sobre la inconstitucionalidad del CCT Resol 632/07, de fecha 5/6/2009 de Empleados de Comercio y por aplicación del art. 1° del Conv. 95 de la O.I.T., que calificaba como no remunerativo un aumento salarial

y con ello se **GISELA CINTIA MOREJÓNSecretaria de Cámara** afectaba el derecho a una retribución justa (artículo 14 bis, C.N.) y al derecho de propiedad (art. 17 C.C.).

Controvertir la cita de los autos "Perez c/ Disco S.A." (CSJN Fallos 332:2043), porque en el mismo no se declara la inconstitucionalidad de ningún CCT, resulta inadmisible porque la cita responde a la doctrina que emana del mismo, los conceptos a la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios. Es preciso comprender que el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, han hecho del trabajador un sujeto de preferente tutela constitucional ("Vizzoti", Fallos 327:3677, 3689 y 3690; "Aquino", fallos 327:3753, 3770 y 3797); el bloque de constitucionalidad por donde ingresan los arts. 6° y 7° del PIDESC, proporcionan las pautas para la conceptualización del salario o remuneración, con lo que no se ajusta a derecho quede fuera del control por resultar del convenio colectivo. Es claro, responde a la doctrina de la Corte Suprema, porque el Alto Tribunal lo que evalúa es el alcance de la denominación a una prestación que, como los vales alimentarios entrañaban para el actor, una "ganancia" y que, con no menor transparencia, resultó

consecuencia del mentado contrato o relación de empleo. Que en conclusión, dice la CSJN, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c de la L.C.T. (texto Ley 24700), relativos a los vales alimentarios en cuanto niega a estos naturaleza salarial. Es el camino y esta Sala aplicó la doctrina derivada con el dictado de la sentencia en los autos caratulados "V., E. N. c/ F. E. e H. SA s/ sumario – Cobro de pesos e indem. de ley", expte. N° 737/13, cuando recepta la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios. Se expone en esta causa como sabido que cabe declarar la inconstitucionalidad de la norma convencional en tanto considera a las prestaciones como no remunerativas, pues las prestaciones que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo son tipificadas como remuneraciones por el legislador y sus características son definidas por el art. 103 LCT.

Por lo expuesto se rechaza el agravio.

Séptimo agravio: Vulneración del principio de seguridad jurídica.

El agravio del título, con estrecha vinculación al precedente, que admite la declaración de inconstitucionalidad de convenios colectivos de trabajo por no tolerarlo la norma constitucional y supralegal, constituiría un contrasentido jurídico que pudieran ser coartadas y anuladas por los procesos y plazos de rango inferior. Si a partir de la reforma de 1994, que determina a los tratados internacionales como normas supralegales, ingresa a esa categoría el Convenio con la O.I.T., por lo tanto, si las normas aplicables al caso vulneran normas de jerarquía constitucional o supralegal, el juez puede declarar -hasta- de oficio la inconstitucionalidad. Los argumentos de la recurrente, de ser de los modos que señala y procedimientos como ineludibles, no contaría a la CSJN

con otro fallo, en de los autos caratulados: "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

y Maltería Quilmes S.A.", del 4/6/2013. En este caso, además de resolver la CSJN la cuestión de los vales, se pronuncia sobre en el marco litigioso respecto al concepto "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005, previsto en el Convenio Colectivo aplicable a la actividad de la demandada y dice: "…asiste razón a la recurrente cuando cuestiona los fundamentos por los que el juez *a quo* acepta la validez de su calificación como no remuneratorio, atribuyéndolo al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes y sobre tal razonamiento, desestima la pretensión de que sean incluidos en la base salarial". Y a continuación el mismo fallo se refiere a lo que ha señalado en la causa "Pérez c/ Disco", que el "trabajador constituye un sujeto de preferente tutela constitucional, hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la ley fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de derecho interno y fallos de este Tribunal (causa citada, Fallos 332:2043, en especial considerandos 3°, 4°, 5° del voto de la mayoría y considerandos 7°, 8°, 10° del voto de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay). Lógicamente, revocó la concepción del magistrado.

Frente a todo lo expuesto, puede agregarse finalmente la ilógica contra tal derecho vigente que constituiría la inatendibilidad de tales pronunciamientos por falta de habilitación de instancia para pronunciarse respecto a los convenios colectivos de trabajo por falta de reclamación administrativa previa o lo principios de la autonomía colectiva, lo primero ajeno asimismo a la sustancia laboral del juicio y en su conjunto, la afectación al

derecho de acceso a la justicia y el principio de defensa en juicio (art. 18 C.N.).

Se rechaza el agravio.

Octavo agravio: la doctrina de los actos propios; noveno agravio: desnaturalización del efecto *erga omnes* de toda convención colectiva homologada; décimo agravio: en "Perez c/ Disco", la Corte Suprema no trató acuerdo colectivo alguno.

Los agravios precedentes tienen respuesta por una parte cuando rechaza la defensa de la doctrina de los actos propios, que el fallo en lo concreto rechaza por el principio de irrenunciabilidad del art. 12 L.C.T., concepto decisivo que la materia laboral ha otorgado al trabajador dicho privilegio normativo y poder revocar la palabra por su condición de dependencia en la relación laboral, sin perjuicio del conjunto de la materia protectoria que lo asiste. La Corte Suprema de Justicia de Tucumán – Sala laboral y Contencioso Administrativo, en autos: "Zeitune, Isabel Sara vs. Caja de Previsión y S. Social de Abogados y Procuradores de Tucumán s/ sumario (Residual)" concreta: "Resulta inaplicable la doctrina de los actos propios cuando la cuestión involucra un derecho al que la Constitución confiere el carácter irrenunciable".

Se rechaza en consecuencia el agravio y en los dos además titulados, por lógica implicancia el noveno y el décimo y por lo expuesto para rechazar los agravios precedentes, con su conclusión por el concepto de doctrina que resulta del fallo de la CSJN en el caso "Pérez c. Disco" y rango normativo que impera en la materia conforme al caso "Díaz c/ Cervecería Quilmes S.A.".

Décimo primer agravio: Improcedencia al art. 80 L.C.T.

La sentencia se constituye en el presente, en un

primer momento, con esta temática cuando considera que la actora solicita se condene a la empleadora a cumplir con la obligación de dar cosa cierta a saber: Entrega de los certificados contemplados en el art. 80 LCT, bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes. Apunta después –desestimando la astreintes- pues previamente debe ordenarse el cumplimiento para luego, verificado el incumplimiento del mandato jurisdiccional, ordenar las sanciones, que la demandada ha incumplido un deber al omitir la entrega de la documentación a la que se refiere el art. 80 LCT.(fs. 1247). Por tal antecedente a fs. 1248, cuando trata específicamente la indemnización del art. 80 LCT, expresa que habiéndose determinado por parte de la empleadora el incumplimiento de lo normado en el art. 80 LCT, de hacer entrega del certificado de trabajo –entre otre otro – encontrando verificados los presupuestos del Dec.146/01, reglamentario del punto, concibe viable la indemnización que establece en la suma de $9.269,19.

Las alegaciones de la recurrente se remiten al análisis de la sentencia respecto a las constancias que debía reunir el certificado de trabajo a fs. 1246 –que si bien determinados recaudos contiene y que el fallo verifica, sea dicho, de igual modo es considerado incompleto–, pero no controvierte las consideraciones del fallo por falta de entrega de la documentación en plazo y con las exigencias del Dec. 146/01 señalado y luego de la intimación de pasados los treinta días que señala el fallo a fs. 1248vta., 3er.párr.

Es oportuno agregar, vinculado a esta temática, lo que dice la jurisprudencia: No puede considerarse cumplida la intimación a acompañar el certificado del art. 80 LCT, con la notificación de su puesta a disposición, pues la

empleadora siempre tiene el recurso legal de la consignación. Por lo tanto, resulta irrelevante la circunstancia de que la demandada los hubiera puesto a disposición, o bien, los acompañara al contestar la demanda, pues la entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales al dependiente en oportunidad de la extinción de la relación laboral, es una obligación a su cargo, que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación. No hay razones, pues para considerar que el cumplimiento de esta obligación dependa –en lo que se refiere a su aspecto temporal– de que el trabajador concurra a la sede de la empresa a retirar los certificados, sino que corresponde entender que, en caso de que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlos judicialmente" (CNT. Sala III, 30/12/11, "Ojeda y otros c/ Kartonsec S.A. y otros", BJ 317/6).

Se rechaza el agravio.

Costas y honorarios:

Toda vez que la demanda sigue prosperando en lo principal, la modificación resultante de uno de los agravios no modifica la imposición de las costas a la recurrente (art. 57 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico), imposición a la que asimismo concurre la naturaleza laboral del juicio y la amplitud que así la determina la jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, entre otros: "V. T., V. c/ P. d. E. L. B." (expte. N° 13.707-V-1992).

Para regular honorarios rige la Ley XIII N° 4 de Digesto, arts. 5, 6, 8, 9 y concords., el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, con lo que atento al acuerdo que resulta, estimo ajustados a derecho los honorarios propuestos por mi colega de primer voto.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Por los motivos precedentes, corresponde el pronunciamiento propuesto por la Dra. Alonso, con la reserva del caso federal al que alude.

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

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2) Modificar el monto de condena fijado en el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 1234/1250vta., el que se fija en la suma de pesos cuarenta y cinco mil doscientos veintiséis con treinta y dos centavos ($45.226,32).

3) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., en forma conjunta, en el treinta por ciento (30%) y los del Dr. I. F. A. 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.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 1282.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

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

GISELA CINTIA MOREJÓN

Secretaria de Cámara