En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil dieciséis, 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. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B. R. D. c/ S. P. A. SA s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley"**, **expte. nro. 188/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 152/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 3086), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 3028/3042vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 3045, agravios fs. 3047/3061).

Corrido el traslado de ley, fue contestado por el actor (fs. 3073/3078). I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el Sr. D. R. B. promovió demanda laboral contra la empresa S. P. A. SA por diferencia de haberes, diferencia en el pago de la indemnización final e indemnizaciones laborales por la suma de pesos trescientos cinco mil novecientos setenta y dos con veintidós ctvs. ($305.972,22) según liquidación que practicara en la oportunidad, y que calificó de provisoria y sujeta a la pericial contable, con más la aplicación de intereses desde la mora y hasta su

efectivo pago conforme la tasa de interés que dejó librada a la determinación de la sentenciante, a fin de compensar la pérdida del valor monetario, capitalización por igual período, costas y lo que en más o en menos surja de la probanzas de autos y de la razones de hecho y derecho vertidas en el escrito. Pidió con carácter supletorio la actualización monetaria del capital según índices del INDEC para el público consumidor minorista. Planteó la inconstitucionalidad del art. 4° de la Ley 25561. Ofreció la prueba. Hizo reserva del caso federal. A su turno, contestó la acción impetrada en su contra la demandada. Cumpliendo el imperativo procesal, negó hechos. Impugnó liquidación. Se opuso a prueba. Ofreció su prueba. Pidió, por fin, se rechace la acción, con costas. Corrido el traslado pertinente, contestó el actor, y también formuló oposición a prueba ofrecida por la accionada. Se resolvieron
las oposiciones. Producida que fue la prueba, pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado declaró en el caso concreto la inconstitucionalidad de los acuerdos partidarios que fijaron el pago de sumas bajo los conceptos no remunerativos o haberes sin aportes. Hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. D. R. B., y en consecuencia condenó a S. P. A. SA a entregarle en el plazo de diez (10) días la constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social, el certificado de trabajo y la certificación de servicios y remuneraciones. Asimismo, a abonarle en idéntico plazo la suma a calcular por la perita contadora, una vez firme el decisorio, por los siguientes rubros: diferencia de haberes por mayor función realizado en el periodo mayo/noviembre 2013, diferencia de haberes por falta de pago del rubro guardia pasiva por los fines de semana en los meses mayo a agosto 2013; diferencia de haberes por falta de pago del rubro desarraigo por el periodo trabajado; diferencia de haberes por el adicional vianda/ayuda

alimentaria; diferencias indemnizatorias por antigüedad, preaviso e integración mes de despido; diferencia en SAC y vacaciones proporcionales; indemnización del art. 2 de la Ley 25323; e indemnización del art. 80 LCT, con más los intereses según el considerando respectivo. Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzó la demandada. Cuestionó en senda apelación que la condena incluya el pago del 20% sobre el salario básico, por tanto haya de abonársele las diferencias; el encuadre legal en el CCT 611/10; la subsistencia de entregar documentación laboral y el pago de la multa por la entrega de certificados; la inclusión del SAC; la falta de aplicación del fallo "Vizzoti" y el tope indemnizatorio; la condena por el art. 2° de la Ley 25323; la tasa de interés dispuesta; y la imposición de las costas.

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).

Así, advierto que en los dos primeros agravios critica el recurrente el hecho de que en el decisorio se resolviera que el demandante haya ostentado la categoría de gerente de recursos humanos, ello en virtud de una errónea valoración de pruebas, y de presunciones

o indicios que no son susceptibles de modificar por sí la real categoría del dependiente tal como lo califica el apelante, como así también la pretendida inclusión del mismo en el marco del CCT 611/10.

Entonces, del estudio de los actuados, surge en efecto que el accionante ingresó a laborar para la demandada con el cargo de coordinador de recursos humanos en el área Santa Cruz de la empresa con fecha 21 de enero de 2013. Poco tiempo después, aproximadamente tres meses, el gerente de recursos humanos, Sr. J. M. C. tomó licencia, quedando a partir de allí el actor -como lo sostuviera en la demanda-, a cargo del sector. Así se mantuvo hasta la desvinculación que se produjera en noviembre del mismo año, por decisión unilateral del empleador.

Debo decir, en primer lugar, que el plexo probatorio compuesto por las pruebas ofrecidas tanto por una parte como por la otra se presenta en extremo escaso a la hora de servir para sostener sus argumentaciones, y aportar así debida claridad de modo de llevar a la convicción a quien tiene la tarea de juzgar sobre las mismas.

Obsérvese en tal inteligencia lo afirmado por el actor. Es que el hecho de que atendiera el sector recursos humanos no transforma al accionante en gerente, como tampoco significa que cumpla idénticas funciones a las asignadas a éste último. Aún así, cuál es la prueba que presenta para demostrarlo. Una cadena de correos electrónicos –desconocidos por la contraria– y sobre los que no ofrece peritaje para probar su autenticidad. Luego, testimoniales. En el marco de estas, el Sr. M. (fs. 2902) refirió que el actor era “jefe de recursos humanos”; la Sra. P. (fs. 2903) sostuvo que “estaba sustituyendo al gerente”; el Sr. P. (fs. 2962) dijo que era “referente de recursos humanos” y que “nunca supo específicamente cuál era el rol definitivo”; por su parte el Sr. P. (fs. 2884) afirmó que era “coordinador

de recursos humanos". Es claro que ninguno de los testigos ha sido en extremo contundente.

Por su lado, la demandada se presentó sumamente confusa en su discurso ya desde el inicio. Así, sostiene que el actor respondía al gerente de recursos humanos, mas también reconoce que este dejó de trabajar para la empresa. Pues, no se entiende entonces a quien respondía el accionante. Afirma que el actor poseía una categoría fuera de convenio, no obstante reconoce que la firma asimiló los ingresos –entiéndase los haberes– a los de un dependiente jerárquico del CCT 611/10. Así, en los recibos de haberes se consigna "fuera de convenio" (fs. 10 a 20), pero se incluyen rubros que integran el CCT 611/10 (viandas, bono paz social). Las constancia de alta y baja del trabajador ante AFIP (fs. 110 y 121) lo consignan dentro del convenio colectivo referido. Por otra parte, si bien no hay descuento por cuota sindical y el sindicato informa que el actor no se encontraba afiliado (fs. 2937), entiendo que sella la suerte de la demandada el contenido del certificado de trabajo obrante a fs. 48 –agregado también a fs. 108– en la cual el propio empleador consigna al dorso que el trabajador se encontraba bajo el CCT 611/10.

Ahora bien, más allá de lo expuesto, entiendo que debe resolverse en atención al principio de primacía de la realidad, y a esa hora coincido con el criterio empleado por la señora juez de grado. No basta que el apelante manifieste que la sentenciante ha efectuado una valoración errada de las
pruebas, o critique la entidad que a su juicio poseen las presunciones o indicios sobre los cuales se sustentara el decisorio.

Destaco que "sobre el tópico relacionado con la valoración de las probanzas los jueces de grado tienen amplias facultades en la faena jurisdiccional de valorar los medios de prueba producidos y adquiridos para el proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso que faciliten al juzgador la

valoración de las normas jurídicas aplicables. Sólo excepcionalmente tal principio cede cuando se demuestra la existencia de un absurdo material o formal" (SCBA, Ac. 81.595, sent. del 17 XII 2003; entre otras).

Asimismo, las presunciones -como medio de prueba indirecto- que emergen de determinadas situaciones, deben ser valoradas de acuerdo con las reglas de la experiencia, puesto que los indicios extrínsecos constituyen una segura senda de aproximación a la realidad.

En el caso, el actor comenzó a trabajar como coordinador de recursos humanos, tal lo reconocen ambas partes, más en el curso de la relación debió cubrir otras funciones producto de la licencia que tomara su superior jerárquico en el área. Si bien el correo electrónico de fs. 22 fue desconocido, es solo a ello que se limitó la demandada. Y el contenido de aquel debe complementarse con las declaraciones testimoniales. Luego, y como dije antes, si bien la prueba es escasa, también debe considerarse que de la suma de los distintos elementos puede obtenerse una conclusión. Dicho de otro modo, el juez ha de desentrañar las verdaderas características de la relación que unió a las partes, por sobre todos los aspectos formales de la misma.

Es claro que la acción se orienta en este punto a que se abone un porcentaje por aquellas tareas, y no a que se reconozca el cargo de gerente de recursos humanos al accionante, tal como lo presenta la demandada.

Y en la senda que transitamos, “en materia laboral rige el principio de primacía de la realidad, por lo cual la naturaleza de las relaciones debe determinarse por el examen de las características que las conforman y definan en la realidad de los hechos y no por documentaciones…” (Sala 7ma., “Zelasco, José F. v. Instituto Obra Social del Ejército”, 18/11/2002, DT 2003-B-1019). Confirmaré lo decidido en tal sentido.

En lo que respecta a la documental que compone el art. 80 de la LCT. La cuestión a dirimir transita el meridiano del cumplimento –o no– de las previsiones del art. 80 LCT, ello respecto del cumplimiento de las obligaciones allí establecidas en cabeza del empleador, las que la señora jueza de grado entendió no satisfechas y que originaran la condena, tanto por la obligación de hacer como en relación con la indemnización prevista en la norma. Tal decisión es la que constituye el objeto de la crítica, tildada –como dije antes– de errada y de contradictoria.

Recuerdo aquí que el art. 80 LCT dispone: "La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual.

El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando este lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.

Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de estos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo 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 que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo

de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente (párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N° 25345 B.O. 17/11/2000)".

Luego, está claro que la obligación impuesta al empleador subsiste en todo caso, mas la indemnización allí prevista se torna procedente en tanto el trabajador haya dado cabal cumplimiento a la intimación que le es exigida para tal fin, la que aquí efectivamente se cumplió (fs. 5).

Dicho ello, se colige del texto de la norma que, producido el distracto, el empleador debe entregar al trabajador un certificado de trabajo (párr. 3ro.), ello sin necesidad de que el mismo le sea solicitado y, ante el requerimiento del trabajador, constancia documentada del ingreso de los fondos a los organismos de seguridad social y sindicales.

El primero debe contener a) el tiempo de prestación de servicios, b) la naturaleza de estos, c) la constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. No se requiere, en cambio, que incluya la constancia de retenciones en concepto de aportes sindicales o contribuciones destinados a entidades sindicales y, d) la calificación profesional obtenida por el trabajador en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere realizado o no, acciones regulares de capacitación (constancia que debe figurar en el comprobante, de acuerdo con lo dispuesto por el sexto artículo sin número del capítulo VIII "De la formación profesional" del Título II de la Ley de Contrato de Trabajo, incorporado por la Ley 24576).

La información que surja del mismo debe corresponder a la realidad de los hechos por lo que no será defectuoso el que denote el incumplimiento de obligaciones relativas al ingreso de aportes o

contribuciones, pero lo será el que contenga una información falsa o el que no cumpla los requisitos normativos exigidos por la norma. Destaco aquí que la actora, si bien demandó la entrega de un certificado defectuoso, no dio detalle de las mentadas falencias, sin perjuicio de que luego fueran individualizadas por la señora juez en su fallo.

En efecto, advierto que la firma demandada acompaño la documental pertinente al contestar demanda, obrante a fs. 105/108), en que dio cuenta del cumplimiento de la exigencia de ley. Corrido el traslado a la contraparte de dicha documentación, esta no formuló objeción (fs. 181/182).

Ahora bien, de la detenida lectura del decisorio de grado, en particular de las consideraciones efectuadas por la sentenciante a fs. 3037, puedo concluir que aquella determinó que la firma empleadora entregó la documental requerida por el art. 80 LCT, más que lo hizo en forma defectuosa. En esa inteligencia, puede advertirse que la sentencia tuvo por cumplida la exigencia que el art. 80 coloca en cabeza del principal, más claro, de acuerdo con lo decidido sobre otros planteos también integrantes de la acción, lógico resulta que se ordene la nueva confección del certificado de trabajo, integrándolos en la remuneración.

Mas sucede que conforma también la documental requerida en el art. 80, la denominada constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales, y si bien la sentenciante hace referencia al precedente del STJ de esta provincia en los autos “L. R., H. M. c/ P. I. SRL s/ demanda laboral (Diferencia de Hab. e Indem.)”, de fecha 03 de marzo de 2011, cierto es que la demandada no acompañó en autos el formulario 931 AFIP que da cuenta del cumplimiento de su obligación, y es esa la razón que motiva la condena a hacerlo, y que también origina la imposición de la multa. Nada tiene que ver con ello –es decir con la

mentada multa- la certificación de servicios y remuneraciones, sobre la que solo se ordena nueva confección en razón de los considerandos anteriores.

Es que "El formulario PS 6.2 de la ANSES, llamada "certificación de servicios y remuneraciones" no es ninguno de los instrumentos contemplados en el art. 80 LCT. Es evidente que no resulta ser el certificado de trabajo, por más que contenga datos similares (aunque no siempre coincidentes), pues ambos tienen finalidades distintas, ya que este último está destinado a que el trabajador pueda exhibirlo para obtener un empleo; mientras que la certificación del formulario expresado debe utilizarse para la obtención de un beneficio previsional. Tampoco constituye la constancia de aportes exigida por el art. 80 LCT, dado que carece de las constancias documentadas de los aportes, exigencia esta inserta en la ley y que no puede ser soslayada mediante otro instrumento, por más que resulte aprobado por el ente previsional y –supuestamente- pueda ser calificado como innecesario por cuanto no se vulneraría la finalidad que perseguiría el citado art. 80" (CNAT Sala X Expte n° 16560/05 sent. 14379 9/6/06 "Tarshop SA c/ Sedziszow, Jorge s/ consignación" (Sc. C.) En igual sentido Sala IV Expte n° 15722/03 sent. 91500 27/6/06 "Tavella, Julio c/ Gigared SA y otro s/ despido" (Gui. M.). Ahora, el hecho de su errónea confección bien justifica la condena a hacer dispuesta en el decisorio.

En análisis ahora del cuarto agravio, se queja el apelante por cuanto sostiene que la inclusión del SAC en la base de cálculo del mejor salario al efecto del cálculo indemnizatorio no fue solicitada en la demanda. No empece a ello su procedencia.

Es que, en orden a la inclusión del SAC en la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, no escapa a mi conocimiento que se ha discutido bastamente si es que corresponde o no. En tal contexto, autorizada doctrina se ha inclinado tanto por la afirmativa como por la negativa, y lo propio ha

sucedido con la jurisprudencia. En lo personal, en alguna sentencia he sostenido que no corresponde se compute como mejor remuneración aquella que contiene las vacaciones por ejemplo, que de común se corresponde con los meses normales en que son otorgadas al trabajador. Es más, en esa oportunidad he citado jurisprudencia que al negar su procedencia lo hace también respecto del sueldo anual complementario. La discusión, en claro, no pasa por la normalidad y la habitualidad, sino por el carácter mensual o mensualidad. Hay quienes sostienen que el hecho de que el SAC no se abone mensualmente le impide cumplir aquel calificativo, otros entienden que el derecho a su cobro se devenga día a día, un derecho a esa retribución que se genera diariamente, luego constituye un crédito que tiene el trabajador, el que cobrará semestralmente más que no por eso carece del requisito. Estos últimos afirman que el cambio operado por la Ley 25877, que introdujo en el art. 245 el término "devengado" en lugar de "percibido" se asienta en la respuesta del legislador a la postura doctrinaria y jurisprudencial por la que se venía reconociendo la inclusión del concepto. Al cruce salen los defensores de la corriente opuesta, según los cuales, si el SAC debiera ser tomado en cuenta para el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, en la reforma directamente se hubiera quitado el término "mensual".

En la solución, considero ejemplares los conceptos que en apretado resumen me permito transcribir: "La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la LCT, explicitó la situación para que no quedaran dudas y reformó la ley. Ello significó, nada más y nada menos, que indicarle a quienes consideraban lo contrario, que estaban interpretando mal el texto legal y que se estaban apartando del principio protectorio, de rango constitucional, porque aplicaban un criterio contrario al *favor operarii*. Algo similar puede ocurrir con este

fallo plenario, como advierto que ha ocurrido en otros, en los cuales ante la duda, se olvida que lo que debe privilegiarse es la constitución nacional.

”Bueno es recordar que así lo ha interpretado la CSJN, cuando señaló que el trabajador es sujeto de tutela especial. Llama especialmente mi atención, que se ha señalado en ocasiones, que no significa un cambio en la decisión, el reemplazo de la palabra "percibido", por "devengado". Me pregunto yo, si el legislador, cambia el texto legal, para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere *aggiornar* la ley, poniéndola a nivel de lo que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos. Después de todo
la LCT es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del limite de la avenida General Paz.

”En ese andarivel, he señalado antes de ahora que cuando la ley hace referencia al tema que nos convoca, la télesis de la misma es brindar no solo un marco de legalidad, sino también de equidad, y cierta seguridad al trabajador que resulta, en el despido, víctima de un daño producido por un acto arbitrario, que el legislador presume *iuris et de iure*, y que no quiere tolerar, porque significaría la violación del orden jurídico "in totum". Ante la negativa de algunos a interpretar la ley de esta manera, el legislador, les dijo: señores no es lo percibido, no es aquello que entró al bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aun cuando todavía no se haya efectivizado el pago. Es, en suma, saber diferenciar la incorporación de un derecho, al patrimonio del trabajador, de la incorporación del objeto de ese derecho que es el dinero. La profesora Cristina Vázquez, suele señalar que en rigor de verdad el trabajador "le fía" su trabajo al empleador, que va, así, convirtiéndose en acreedor continuatorio de un acreedor de una obligación a plazo.

”Sabido es, que en las obligaciones a plazo, la prestación es debida desde su nacimiento, aunque se encuentre su exigibilidad suspendida y sujeta a un hecho futuro y cierto. En ese caso, nadie diría que la prestación no está devengada, empero, no está percibida, ni tampoco puede exigirse su pago, hasta el vencimiento del plazo.

”El SAC que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo de pago, y por eso, debe integrar la base de cálculo del artículo 245 de la LCT, cuando se produce un despido arbitrario” (CNTrab. Sala VII, del excelente voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós en autos "Maidana Juan Carlos c/ Banco Central de la República Argentina s/ diferencias de salarios", causa 23.684/2006, SD 42874, 19/08/2010).

Afirmo, sin hesitación, que tales conceptos son los que mejor coinciden con mi postura sobre la cuestión, la que asimismo ha venido manteniendo invariablemente la Sala que integro, razón por la que rechazaré el agravio.

Respecto del agravio vinculado a la aplicación del caso “Vizzoti”, ha dicho nuestro máximo tribunal que si 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 garantía constitucional contra el despido arbitrario. Así, y sin desconocer la validez del tope indemnizatorio, la Corte consideró que cuando a fin de efectuar el cálculo de la indemnización por antigüedad del art. 245 LCT, la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el trabajador es afectada por una reducción superior al 33%, atenta contra la pretensión reparadora de la norma y violenta el mandato de la Constitución (“Vizzoti, Carlos

A. v. AMSA SA s/ Despido").

En estos autos, y en relación con el cálculo de la indemnización, advierto que la solución no puede discordar con lo resuelto hasta aquí. Ello así, si se ha considerado al trabajador integrado al CCT 611/10 es lógica la decisión que toma la señora juez de grado, ello por cuanto al no disponer el mismo de catálogo de funciones y fijación de salarios básicos para cada una de las categorías, y no habiendo acreditado la demandada la existencia de otro convenio colectivo en su establecimiento, corresponde se aplique la letra del párrafo tercero del artículo de mención, En consecuencia, atendiendo al período trabajado (9 meses y 23 días) corresponde una indemnización equivalente a un (1) mes, y será la mejor remuneración mensual, normal y habitual el monto que la conformará, razón por la que no resulta de aplicación el tratamiento de la doctrina del fallo "Vizzoti".

En relación con la multa del art. 2 de la Ley 25323, recuerdo que el objetivo perseguido por la norma "es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo" (Grisolía, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", t. II, pág. 1105).

Es criterio del suscripto que cabe al trabajador, en efecto, intimar fehacientemente al empleador al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, más ello a mi entender no significa que deba intimarlo a que lo haga bajo apercibimiento de requerir el pago de las multas que la legislación laboral prevé para el caso en que no lo hiciera en tiempo y forma. Tales agravantes surgen naturalmente frente a la inconducta o incumplimiento en el pago, la intimación fehaciente no se vincula con ellas, sino que lo que se intima es el pago de la indemnización. Y aquí el empleado intimó en debida forma (fs. 5), y el empleador no pagó, y de hecho

aquí estamos con un proceso incoado hace ya dos años, por lo que huelga aclarar que el litigio no solo no se evitó, sino que sin lugar a dudas la conducta dilatoria del empleador generó gastos y pérdidas de tiempo, razón por la que entiendo procede la multa prevista en la ley.

En tratamiento de la tasa de interés, alude la sentenciante al carácter alimentario del salario, y en ese orden entiende resulta aplicable el art. 552 del flamante Código Civil y Comercial que establece: "Intereses. Las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso".

En primer lugar, de aplicarse como propone la sentenciante tales intereses, solo podrían correr para aquellos devengados luego del 01/08/2015, pues de lo contrario se incurriría en una aplicación retroactiva de la ley lo que se encuentra vedado para el caso (art. 3 del CC y 7 del CCyC (López de Zavalía, F., en su análisis puntual sobre intereses en "Irretroactividad de las leyes", L.L. 135, 1485)."

Pero entiendo que ello tampoco sería posible pues el art. 552 no solo hace mención a los alimentos debidos –y tal sería el caso de autos-, sino y dentro de ellos, para aquellos que lucen "incumplidos luego del plazo previsto", lo que indudablemente acota lo designado y se refiere a los incumplimientos a la fijación judicial que prevé el art. 542 CCyC (en igual sentido citando jurisprudencia anterior, Herrera, Marisa en "Código Civil y Comercial de la Nación" dirigido por R. Lorenzetti, T. III., pág. 453/455; "Los alimentos en el proyecto" Otero, Mariano C. en: LA LEY 17/07/2012, 1). Luego aclaro, si este es el criterio que habré de emplear en los procesos de alimentos, no puedo sino considerarlo de otro modo en el presente. Haré lugar al agravio y dispondré se aplique al capital de condena la tasa

activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a 30 días.

Respecto de las costas, y atento a como se resuelve, corresponde sean adecuadas por aplicación del art. 282 del ordenamiento ritual provincial. Ello torna abstracto el tratamiento del agravio vinculado al punto. En tal contexto, y sin perjuicio de ello, advierto que lo decidido no incide en la esencia del objeto demandado, por tanto no lo hace en lo sustancial, razón por la que dispondré se mantengan las fijadas en la instancia a cargo de la parte demandada. Respecto de las de esta alzada se impondrán asimismo a la apelante vencida (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de ser compartido mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada S. P. A. SA, disponiendo se modifique el fallo de grado en la tasa de interés fijada debiendo aplicarse sobre el capital de condena la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días, y confirmando el resto del mismo en cuanto ha sido materia de agravios.

2) Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada (art 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

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

La sentencia definitiva nro. 13/2016 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción, dispuso: Declarar en el caso concreto la inconstitucionalidad de los acuerdos partidarios que fijaron el pago de sumas bajo los conceptos no remunerativos o haberes sin aportes. Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. D. R. B., en consecuencia condenó a S. P. A. SA a entregar en el plazo de diez

(10) días la constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social, el certificado de trabajo y la certificación de servicios y remuneraciones. Asimismo, deberá abonar en idéntico plazo la suma que calculará la perita contadora, una vez firme la sentencia, por los siguientes rubros: diferencia de haberes por mayor función realizado en el periodo mayo/noviembre 2013, diferencia de haberes por falta de pago del rubro guardia pasiva por los fines de semana en los meses mayo a agosto 2013; diferencia de haberes por falta de pago del rubro desarraigo por el periodo trabajado; diferencia de haberes por el adicional vianda/ayuda alimentaria; diferencias indemnizatorias por antigüedad, preaviso e integración mes de despido; diferencia en SAC y vacaciones proporcionales; indemnización del art. 2 de la Ley 25323; e indemnización del art. 80 LCT Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes (fs. 3028/3042). Contra la misma se alzó la demandada a fs. 3045.

Fue agregado el memorial de agravios a fs. 3047/3061; detallaré sucintamente las quejas de la demandada recurrente en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 164 del CPr.

Se queja de la valoración de las constancias de autos por parte de la jueza *a quo*, lo que llevó a una sentencia contradictoria y arbitraria. El primer agravio es la tarea desarrollada por B. y la condena al pago del 20% sobre el básico.

Valoró errada las pruebas y en base a presunciones consideró que habiendo ingresado a trabajar el 21 de enero de 2013 en abril de 2013, con tres meses era gerente. Que haya sido gerente no surge de manera irrefutable. Se necesita transitar un camino de ascensos para dicho cargo. Los gerentes no toman contacto con el personal como lo hacía el actor, que era coordinador.

Señala que conforme la CCT 611/10, no es posible que el actor haya podido ser gerente y empleado jerárquico.

El segundo agravio es el encuadre legal. Los salarios del actor nunca fueron inferiores a los establecidos en el convenio colectivo. Los conceptos imputados a similares del gremio jerárquico u otros gremios del sector se abonaron para que no disminuyera en relación al personal convencionado.

Tercer agravio: la condena a la entrega del certificado de trabajo y la multa del art. 80 LCT.

Detalla los formularios de la AFIP entregados, señalando que no cabe dudas que los aportes se hicieron y que es inútil la entrega nuevamente. En cuanto al certificado de trabajo, no tuvo otra calificación que la de coordinador.

La certificación de servicios y remuneraciones, si bien incluye como no remunerativos los salarios brutos totales, son los percibidos.

La inclusión del SAC es el cuarto agravio.

Excedió el marco de lo demandado al incluir el SAC que no fue demandado, efectúa un análisis del art. 245 LCT.

Quinto agravio: tope previsto en el caso Vizzoti.

Sexto, la multa del art. 2 de la Ley 25323.

Los conceptos abonados no eran remunerativos, fueron en función de la calificación profesional los salarios abonados.

El séptimo agravio la tasa de interés impuesta.

Sostiene que las previsiones del art. 552 del CC no se aplican al caso porque además el contrato laboral se extinguió en noviembre de 2013.

Octavo agravio: la imposición de las costas.

Son contestados por la parte actora los agravios del demandado apelante a fs. 3073/3078.

Análisis:

Abordaré en forma conjunta los agravios por la estrecha vinculación que las quejas portan.

Es mi criterio que con relación a la apreciación de la prueba testimonial (queja central de la quejosa) es aplicable la disposición genérica del art. 390 del CPr. Es decir, los testimonios serán tasados según las reglas de la sana crítica (art.

460, párr. 2o).

Este sistema de apreciación no constituye un intermedio entre las pruebas legales y la libre convicción, sino que significa solamente la libertad que se concede al juez para apreciar el testimonio, mediante un razonamiento lógico y aplicando las normas que suministra la experiencia de la vida.

Pero este principio rebasa el ámbito de la prueba que aquí se trata. Ha sido reconocido por nuestro legislador en el art. 390 mencionado cuerpo legal.

Así lo entendió la doctrina: "Apreciar consiste en ponerle precio a algo y desde el punto de vista de la prueba significa cuánto vale la misma, no por el grado ético, sino por el de verosimilitud, respecto de su concordancia o discordancia estimada respecto de los hechos. El aspecto ha sido explicado inmejorablemente por CALAMANDREI ("Instituciones", III, pág. 321): "Los hechos, aún después del fallo, continúan siendo lo que eran, pese al antiguo aforismo, aún después del paso de la cosa juzgada, lo blanco sigue siendo blanco y lo cuadrado no se hace redondo", solamente se trata de "premisas de verdad o verosimilitud". También la apreciación se entiende como estimación de méritos, hallándose en este aspecto, los elementos fundantes y de gradación de la apreciación" (cita Falcón, E. "Cód. Proc…-2, t.III, pág. 175, ed. Abeledo Perrot-88).

De la lectura de la sentencia venida en crisis no encuentro que la interpretación efectuada por la jueza *a quo* de las pruebas haya sido errada como señala el apelante, sino que no fue de su agrado.

Ahora bien, revisadas las declaraciones testimoniales de fs. 2902, fs. 2903, fs. 2962, mientras algunos de los deponentes dan cuenta que sustituía al

gerente de recursos humanos, otros dicen ser el nexo o referente, las imprecisiones no llevan a conjeturar lo contrario que la jueza *a quo* porque tampoco emerge de ninguna de las piezas incorporadas a quién debía obediencia jerárquica el actor cuando existe el reconocimiento de la accionada que había renunciado el gerente. Las pruebas aportadas en la instancia procesal por la demandada no desvirtúan la valoración efectuada por la sentenciante, en particular la circunstancia que había ingresado a las órdenes de la patronal como coordinador.

En este punto he de coincidir con la sentenciante de grado, trayendo a referencia que el derecho del trabajo tiene una finalidad tuitiva y el instituto de las presunciones tiende a evitar fraudes a la ley que frustren en definitiva la protección que precisamente pretende conferir al trabajador todo el ordenamiento jurídico. Por ello han sido instituidas en interés de la igualdad jurídica. El derecho del trabajo es viva expresión de hechos que se originan dentro de la comunidad laboral, por dicha razón abunda en presunciones, las que algunas veces son recogidas por la ley otras simplemente por la jurisprudencia.

Por lo cual no encuentro argumentos del apelante que lleven a una conclusión diversa, careciendo el fallo de la arbitrariedad atribuida, más aún y he de coincidir con el primer votante en sus fundamentos, puesto que no puede soslayarse que está impuesto al juez laboral atender a los principios en la materia entre ellos, la primacía de la realidad.

Este es un principio general del derecho que en el del trabajo presenta rasgos muy particulares. De conformidad con él, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó, hasta se documentó, hay que dar primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma), sobre la apariencia.

Por lo cual rechazo los agravios.

En cuanto a la entrega de los certificados, el propio recurrente reconoce las falencias y defectos en los emitidos, y tal como surge del acompañado por el actor, y como fuere señalado sin contradicción a fs. 3037 y vta.

Subsiste la obligación de entrega como exige la normativa, la que incluye la intimación tema este que no está cuestionado en el memorial, cumplido el presupuesto exigido y no habiendo ajustado la empleadora a la ley su accionar, el agravio carece de contenido y debo rechazarlo.

En cuanto a la queja por la incorporación del SAC en el cálculo de la base de indemnización del art. 245 LCT, dos cuestiones se abren en esta queja: por un lado dice el recurrente que la jueza *a quo* falló *extra petita* porque no fue pedido, y por otro que no debe incluirse en la remuneración base para el cálculo.

En cuanto al primer punto, he de definir el principio de congruencia como un "principio normativo que limita facultades resolutorias del juez, por el cual debe existir identidad entre lo resuelto y controvertido, oportunamente por los litigantes y en relación con los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico..." ("Lecciones de Derecho Procesal", edit. Perrot, 1962, pág. 83) y tiene por fin impedir excesos del juez preservando su imparcialidad para que sea "...por inadvertencia y en olvido o desprecio de su función: *extra petita* (fuera de lo pedido y controvertido); *ultra petita* (por más de lo pedido o contradicho); *infra petita* (por menos de lo pedido y resistido) y *citra petita* (por omisión de satisfacer lo pedido y controvertido). En materia de Derecho del Trabajo, el juez puede fallar *ultra petita*.

A los fines de contestar la pregunta de si estamos frente a un caso de sentencia *ultra petita* o *extra petita,* corresponde determinar si el objeto de la litis era resolver si la mejor remuneración del actor –y la liquidación abonada al actor- había sido correcta o no

a la luz del art. 245 LCT la indemnización abonada; corresponde inclinarse hacia la segunda de las opciones, sobre todo teniendo presente que existe un dato certero y concreto revelado en la causa, respecto a que en la liquidación no se tomó el mejor salario para abonarla, ello en nombre del principio de la verdad real y de lo regulado expresamente por la norma en cuestión como fuera resuelto en la causa y el criterio largamente seguido por esta alzada que corresponde la inclusión del SAC.

El art. 245 L.C.T. manda a tomar como base de cálculo de la indemnización que prevé, la "mejor remuneración mensual, normal y habitual...", lo que incluye -aún con la nueva redacción de la Ley 25877 que modificó el término "percibida" por "devengada"-. Por lo cual también en este ítem ha

de confirmarse lo decidido.

La juez de grado consideró abstracta la aplicación al presente pleito la doctrina emanada del caso “Vizzoti” de la CSJ.

No brinda apelante fundamentos por los cuales ha de modificarse lo decidido conforme emerge de la sentencia en el considerando III A-1 *in fine* (a fs. 3034), la lectura de la decisión y principalmente de lo que surge de la letra del art. 245 LCT, último párrafo: “El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un mes de sueldo…”. Lo que porta el rechazo del agravio.

La apelante está disconforme con la imposición de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323.

Habilita la Ley 25323 a efectuar una reducción total o parcial del pago de las sanciones contenidas en esa norma, en la especie, no considero reunidos los elementos de valoración para la aplicación de eximentes, puesto que no versó el pleito de aquellas sumas no remunerativas, la cuestión de su constitucionalidad y su decisión con la declaración del juez, sino que obligó al trabajador a iniciar acciones por el desconocimiento

de la remuneración conforme las tareas realizadas, no desconozco la duración del litigio y la afectación para el trabajador, como detalló el Sr. camarista que me precedió, lo que me induce a confirmar la sentencia en el punto.

En cuanto a la queja por los intereses fijados, he de señalar que la Sra. jueza de grado a fs. 3041, considerando al trabajador sujeto de tutela preferente y lo establecido en el art. 552 del Código Civil y Comercial, el carácter alimentario y asistencial del crédito laboral justifica que el interés fijado sea diferente al utilizado en el mercado de capitales del cual es ajeno, aplicó en la especie la tasa más alta que es la activa del Banco Nación Argentina para préstamos personales a 60 meses.

Contra esa decisión dice el recurrente que no es aplicable en la especie el art. 552 del CC y CN. Considera que la tasa activa del Banco Nación Argentina para operación de descuento es la que se acerca al índice inflacionario oficial y las que se solicitan como aumento salarial (fs. 3059 y vta.).

Resulta veraz que la doctrina de CSJN y el STJ de nuestra provincia, mantienen el criterio que la determinación de la tasa de interés a aplicar en los términos del art. 622 del Código Civil queda ubicada en el espacio de la razonable discreción de los jueces de la causa que interpretan dichos ordenamientos siempre que la decisión no lesione las garantías constitucionales, en tanto sus normas no imponen una versión reglamentaria única del ámbito en cuestión (“Banco Sudameris c/ Belcam S.A...” y “Sifuentes...”).

Reitero lo dicho con anterioridad por este cuerpo que integro: “La determinación de soluciones para la fijación de los intereses resulta esencialmente provisional, pues responde a las fluctuaciones de la economía de un país. Por ello las tasas de interés no permanecen estáticas, sino que con el transcurso del tiempo y por el empleo de distintos factores, varían de

un modo considerable lo que puede en cualquier momento revisar los criterios establecidos para adoptarlos a nuevas realidades económicas" (Ariel Barbero, "Intereses monetarios", pág. 12, ed. Astrea-2000, Dr.
Julio Alexandre, Sent. Def. 05/2004).

Ahora bien, la alzada se encuentra limitada en su decisión a los puntos fijados en el recurso de apelación; desde esta óptica, he de coincidir con el apelante que en la especie no es aplicable la norma citada por la jueza *a quo* por cuanto el art. 552 no solo hace mención a los alimentos debidos sino, dentro de ellos, para aquellos que lucen incumplidos luego del plazo previsto, lo que indudablemente acota lo designado.

Más aún, la actual doctrina ha entendido que la norma (art. 522 CC y C) podría ser interpretada como una tasa de interés "punitorio" (Ricardo Lorenzetti "Código Civil…", t. V, pág. 142).

Los créditos laborales no son comparables con los de naturaleza civil, en general, o comercial, sin que implique ello desconocer su condición de alimentarios. La tasa de interés en los juicios laborales tiene naturaleza indemnizatoria. Esto implica, que la tasa aplicable no debe ser utilizada como sanción punitoria al deudor, pues para ello, el sistema jurídico regula otros institutos: por ejemplo, la capitalización de intereses o el art. 2 de la Ley 25325.

De esta forma, la determinación judicial de la tasa del interés en la materia que me ocupa, el derecho del trabajo, debe ser aquella que repare el daño causado por el mayor costo de la financiación alternativa del consumo, del acreedor laboral. Este criterio de justicia debe ser ponderado vinculado con lo expuesto en relación al sistema indemnizatorio, evidentemente la tasa de interés debe ser suficiente para reparar el daño causado –el no pago de las diferencias salariales e indemnizaciones-. Así, corresponde preguntar: ¿qué se

le debe indemnizar al trabajador?, y la respuesta es: los costos asumidos por la necesidad de financiar su consumo de bienes y servicios ante la imposibilidad de utilizar el dinero que se le debía conforme a la normativa laboral en el plazo del art. 255 bis de la L.C.T.

El Derecho del Trabajo reclama como uno de sus principios el de "primacía de la realidad". Y recurriré a la aplicación del mismo en este caso: el trabajador presta servicios y como contraprestación recibe su sueldo, con lo cual concurre al mercado como consumidor de bienes y servicios. Cuando el empleador dispone en forma unilateral e incausada (y también en el despido indirecto) el fin del contrato, la persona pierde ese estatus de "trabajador" y pasa a ser "desempleado", pero no puede suspender su carácter de "consumidor de bienes y servicios". Por lo cual, ese consumo que ya no se financia con el sueldo y que no se puede tampoco financiar en lo inmediato con la indemnización, pues aunque devengada no es pagada, debe financiarse de otra manera. Es el costo de esta financiación alternativa del consumo del extrabajador lo que debe indemnizarse. Esto implica reconocerle al trabajador la tasa de interés que debió pagar en la búsqueda de financiamiento, que debió asumir para sustituir el monto de la indemnización no abonada.

Descartada la motivación punitiva seguida por la jueza *a quo*, considero que debo hacer lugar al agravio, que conforme la tasa que la propia sentenciante mencionó es la que se corresponde con la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días, no advirtiendo discrepancia alguna.

Se queja sobre la imposición de las costas, sosteniendo que entiende que la condena al pago del art. 2 de la Ley 25323 y el pleito obedecieron a rubros convencionales, y que no existieron incumplimientos deliberados.

Si bien y conforme lo dispuesto en el art. 282 del ritual modificado el fallo en lo sustancial, han de revisarse la imposición de las costas como la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes, lo cual hace caer en la falta de necesidad de expedirse sobre la queja y sin perjuicio de coincidir con mi colega prevotante, a manera ilustrativa digo que la sola interposición de la demanda abre la instancia y jurisdicción y deja definido el reclamo; por lo tanto, para determinar la condena en costas se deberá atender al régimen objetivo que indica -como principio genera del art. 69 CPr.- que aquellas deben quedar a cargo del vencido a menos que el tribunal encontrare mérito para su exención, desde tal perspectiva no considero que el argumento del apelante respecto de su intencionalidad, amerite variar dicho precepto y provocarle un menoscabo económico al vencedor, que no puedo obviarse.

Las costas de la primera instancia y de la alzada las impongo a la apelante vencida conforme el rígido principio general invocado precedentemente, que no se ve alterado con la decisión favorable al apelante demandado respecto de uno de los cuestionamientos, puesto que el mismo quedó librado al arbitrio de este cuerpo. Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo.

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

Por coincidir con el Dr. Hayes, doy por reproducida su fórmula postulatoria.

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 S. P. A. SA, disponiendo se modifique el fallo de grado de fs. 3028/3042vta. en la tasa de interés fijada, debiendo aplicarse sobre el capital de condena la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días, y confirmando el resto del mismo en cuanto ha sido materia de agravios.

2) Costas de ambas instancias a la demandada.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. J. E. y M. C. P., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%), a los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el dieciséis por ciento (16%) y a la perita contadora G. S. J. en el cuatro por ciento (4%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. J. J. E. y M. C. P., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. J. M. y C. O., conjuntamente, en el veintisiete por ciento (27%), 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) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse vacante un cargo de juez de Cámara y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2016
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Secretaria de Cámara