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: **"A., F. D. c/ E. D. V. SA s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 39/16**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 155/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 943), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 889/899vta. y su aclaratoria de fs. 906/907? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

La sentencia nro. 119/2015 y la aclaratoria Sentencia interlocutoria nro. 125/2015 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción, vienen en revisión a esta Alzada por apelación deducida por la parte actora, y demandada (fs. 889/889, fs. 906/907, fs. 902, fs. 903, fs. 904, fs. 909).

La sentencia definitiva dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. F. D. A., en consecuencia condenar a E. D. V. SRL a abonar en el plazo de DIEZ (10) días la suma que determine la perita contadora, una vez firme la presente, comprensiva de los siguientes rubros: Diferencia en la indemnización por antigüedad; diferencia en la indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC; diferencia por vacaciones no gozadas

y su SAC; indemnización del art. 80 LCT y devolución del impuesto a las ganancias, con más los intereses. Impuso las costas a la demandada vencida, reguló Los honorarios de los profesionales actuantes. Por sentencia interlocutoria se ordenó "Aclarar los puntos III.B.2.b y c de la Sentencia de fs. 889/899vta., de fecha 04 de Noviembre de 2.015, registrada bajo el Nro. 114/2015, disponiendo que en el punto del Fallo III.B.3.b, deberá leerse "Diferencia en la indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC: Teniendo presente la antigüedad del actor y las prescripciones contenidas en los arts. 231 y 232 LCT, le correspondió percibir el equivalente a 2 meses de la remuneración y para su cálculo la experta contable, una vez firme la presente, deberá tener en cuenta las pautas fijadas en III.B.2.c, y descontar las dos sumas abonadas por la accionada (conforme fs. 199 y 835) esto es: $14.238,62 y $16.561,38". Asimismo, en el en el punto del Fallo III.B.3.c, deberá leerse "Vacaciones proporcionales: Teniendo presente la antigüedad del empleado le correspondió haber percibido el equivalente a 17,49 días. Para su cálculo la experta contable, una vez firme la presente, deberá tener en cuenta la solución arribada en los puntos III.B.2.c. y restar las sumas pagadas por la accionada conforme fs. 199 $9.332,76 y de fs. 835 $1.755,24, una vez que esté firme la presente", ello según lo considerado y resuelto en los apartados II y III de la presente. 2) Exímase a las partes de costas".

A fs. 911/912vta. se agregó el memorial de agravios de la actora. Se queja porque estableció un tope de $12.737,01 sin determinar el encuadramiento sindical no se sabe a que responde ese monto. Correspondía remitir al CCT 545/08 que regula la actividad de la construcción en yacimientos petroleros por resultar el convenio que la empresa aplica. Por otra parte la empresa abonaba asignaciones no remunerativas similares a las que liquida al personal fuera de convenio y la actividad no tiene

topes indemnizatorios atento a la falta de salarios profesionales establecidos por acuerdos paritarios.

No se aprecia cuáles son los fundamentos para aplicar el caso “Vizzotti”, no se aprecia cuáles son los fundamentos porque no se puede constatar si el salario supera dicho promedio debe estarse a la aplicación más beneficiosa.

Se queja por el rechazo de la indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

A fs. 913/920 se agregó el memorial de agravios de la demandada.

Se agravia porque prescindió del tope del art. 245 segundo párrafo LCT sin que hubiere sido pedido en la demanda. Redujo la indemnización haciendo aplicación del caso “Vizzoti”. La sentencia incurrió en una declaración de inconstitucionalidad que no fue introducida, pasando por alto el sistema de control de constitucionalidad.

Dejó de aplicar la norma vigente, lo cual constituye a la sentencia en arbitraria.

Solicitan se establezca como base de cálculo el tope indemnizatorio de $12.737,01 según Resolución ST nro. 1242/10.

Como segundo agravio, la restitución de lo descontado por impuesto a las ganancias $6.509,11. Dice que es un hecho controvertido.

No fue claramente expuesto en la demanda, sino especulativo Según pericial contable de fs. 874 da cuenta que no existió retención sobre la indemnización .

Fue impugnada por el actor y debe darse por desistida ante la falta de contestación del traslado de fs. 879 por parte del perito, pidiendo la accionante el cierre del periodo probatorio a fs. 881.

Por último se queja de la tasa de interés, analiza lo dispuesto en la Ley 23928.

A fs. 922/924 contesta la demandada los agravios de la actora

No resulta relevante la determinación del encuadre convencional, ya que el art. 245 LCT refiere al tope establecido en la convención aplicable al establecimiento, esto es de petroleros privados la vigente al momento CCT 396/04.

Dice la demandada que el reclamo se efectuó como petroleros y no con la Ley 22250. Es incongruente porque por un lado pretende las indemnizaciones de la LCT y por el otro invoca la CCT545/08.

Tampoco es cierto que la empresa tiene a sus trabajadores bajo la CCT 545/08 porque no es constructora sino de servicios petroleros.

En cuanto a la queja por la multa del art. 2 de la Ley 25323 que no le fuera impuesta a la demandada, es facultad discrecional de la jueza *a quo*.

Contesta la actora los agravios de la demandada a fs. 928/933

Esa parte dedicó un capítulo al tema del tope indemnizatorio, no hubo introducción de cuestiones.

Remite a sus agravios respecto que no pudo determinarse que utilizó para establecer el tope. La actividad de la empresa era de construcción dentro de yacimientos petroleros coincidente con las responsabilidades de ingeniería y cotización lo eran con aplicación a las obras que la empresa realiza de construcción en la zona.

Al segundo agravio:

La carga de la prueba recaía sobre la demandada que actuó como agente de retensión.

Sostiene que de la pericia de fs. 874 surge que las retenciones por ganancias durante los meses de agosto a septiembre eran de $695,82 a octubre 2010 donde medio liquidación final a $6.509,11.

Remite al art. 481 del Cód. Proc.: es facultad del juez la apreciación de la prueba.

El tercer agravio, la tasa de interés de la jurisdicción, no refleja el índice inflacionario de los tres últimos años. Sostiene la devaluación del peso en los últimos tres años. Las negociaciones paritarias de los últimos dos años han rondado el 30%. Efectúa un análisis jurisprudencial y doctrinario, invocando que el interés judicial debe considerar que todo interés que se liquida vencido (tras finalizar el juicio) debe ser mayor a aquellos que se liquidan por adelantado.

No se aplica la misma tasa de interés en aquellas operaciones de descuento donde se toma un capital final con intereses aplicados y se comienza a restar con los pagos hasta arribar al capital inicial, que aquellas donde el capital final y los intereses no resultan determinados (caso litigios judiciales).

En la primera, el interés se aplica de antemano y se rescata en cada pago liquidándose por adelantado; en la segunda, el interés se aplica una vez determinada la deuda alterando la fórmula misma del interés y debiendo por ende sopesarse tal alteración.

Toda la doctrina laboral en forma uniforme siempre ha sido de la opinión de aplicar intereses que contemplen un margen mayor al compensatorio o sujeto al menos a los vaivenes del mercado financiero; que no es tal porque la dilación del litigio convierte al crédito, en atención a los plazos siempre mayores a toda operatoria que pudiera otorgarse en la plaza, en un crédito sujeto al mercado de capitales -pese al escaso monto comprometido- y no al mercado financiero. La diferencia conceptual es notable, porque en dichos mercados la tasa de interés es diferente.

Así sostenía Centeno, en épocas inflacionarias, que debía aplicarse un interés mayor que el bancario corriente para instrumentar un
"cuadro de recomposición del crédito del trabajador" (en "Ley de Contrato de Trabajo comentada", T.II, pág. 1100).

Ha dicho Jorge Peyrano comentando la Ley de Convertibilidad (Ley 23928) que los intereses en cuestión deben ceñirse a los vaivenes propios del mercado financiero, con su consiguiente repercusión en el nivel de las tasas de interés, de tal manera de posibilitar -a través de la inclusión de esa porción comúnmente llamada "escoria"- una forma de compensación que reajuste la cuantía de la deuda a la realidad del momento económico (citado por Néstor Corte en obra citada, pág. 83).

También ha dicho Fernández Madrid en su obra conjunta con el Dr. Justo López y Norberto Centeno que "desde el periodo que insume desde la mora hasta la fecha de la demanda que promueva el trabajador, debe reconocerse durante el mismo un interés que por su monto reúna los caracteres de compensatorio o restauratorio de modo de actualizar el valor del crédito afectado por la depreciación monetaria" ("Ley de Contrato de Trabajo comentada", tomo y pág. citados).

Por último debe recordarse que la aplicación de mecanismos tendientes a conservar el valor real de la pretensión es en definitiva un efecto derivado de la inconducta de una de las partes, quien ha elegido dirimir los diferendos a través de un proceso judicial, aceptando por ende el costo que ello demanda.

Como ha dicho la Corte Suprema en autos "Camusso c/ Perkins", "...si los empleadores cumplieran puntual y legalmente sus obligaciones pecuniarias, no se vean posteriormente compelidos al pago de sus deudas en forma actualizada, dependiendo la aplicación del mecanismo indexador de su propia conducta discrecional como deudores" (citado por Néstor T. Corte en "La ley de convertibilidad y la actualización de los créditos laborales" -Los correctivos posibles-, pág. 91, ed. Rubinzal-Culzoni, 1991).

Podrá apreciarse entonces que la cuestión de la tasa de interés y la actualización de créditos no resulta

extraña a la legislación especial, respondiendo hoy a una problemática originada en la realidad económica que indica su necesidad de regulación. Un acto legislativo puede marcar la vuelta a este tipo de improntas, pero en numerosas ocasiones donde la realidad indica el camino, son los jueces quien suelen abrir los ojos del legislador o suplen su inactividad.

Análisis:

1.- Abordaré en forma conjunta el primer agravio de la actora y demandada referidos a la aplicación del tope y declaración de inconstitucionalidad no pedida sobre la indemnización del art. 245 LCT.

La parte actora se queja porque la jueza *a quo* estableció un tope a la indemnización del art. 245 LCT que no se sabe a qué responde, cuáles son los fundamentos para aplicar el caso "Vizzoti" porque no se puede constatar si el salario supera dicho promedio.

La demandada se agravia porque prescindió la sentenciante de grado del tope y redujo haciendo aplicación del caso "Vizzoti". Incurrió en una declaración de inconstitucionalidad no pedida.

Es indiscutido que el actor ingresó a trabajar 01 de mayo de 2004 ejecutando tareas de supervisor y otras actividades complementarias hasta la fecha de desvinculación el 31 de octubre de 2010 se lo despidió y que el objeto de la demanda fue la suma resultante de, diferencias en indemnización final; diferencia en preaviso y su SAC; diferencia en vacaciones proporcionales y su SAC; indemnización del art. 2 Ley 25323; indemnización art. 80 LCT; devolución del impuesto a las ganancias y valor reposición de pertenencias.

Indica que por el cumplimiento de sus tareas percibía un salario compuesto por sueldo básico, asistencia, disponibilidad horario empresa, zona desfavorable, adicional voluntario empresa, adicional reconocimiento empresa y adicional futuros aumentos (detallando que el

rubro asistencia constituye un adicional convencional propio del CCT 76/75 y 545/08). Añade que también percibía en calidad de suma no remunerativa los siguientes conceptos: gratificación extraordinaria empresa, reconocimiento empresa, asignación vianda complementaria y diversos ítems tales como Resolución 1454/2008 o suma no remunerativa Acta 07/04 que fueron firmadas para el personal convencionado y extendidos a él.

Para arribar a la solución del caso la sentenciante de grado entendió que el actor omitió aportar elemento probatorio alguno a fin de acreditar el hecho invocado de haber realizado las tareas que expuso en el escrito inicial de la demanda. De acuerdo a los elementos obrantes en el expediente, concluyó por que adquirió el pleno convencimiento que el accionante se desempeñó en el área de ingeniería y cotizaciones, supervisando algunas obras puntuales por su especialidad de soldadura.

Determinadas las tareas y los rubros salariales, se dijo en el fallo que a fin de establecer a cuánto ascendió la mejor remuneración mensual, normal y habitual, se tuvo presente el tope establecido por el último párrafo del art. 245 LCT. La mejor remuneración mensual, normal y habitual, la misma se correspondió al mes de junio de 2010 (fs. 245 -demandada-) arribando a la suma de $19.993,05 ($12.671,17 en concepto de sumas remunerativas y $7.321,88 en concepto de adicionales) más el importe proporcional del valor locativo, arrojando el monto total de $21.159,71 a esa base salarial indemnizatoria se agregó el SAC cuyo monto se calcula en $1.763,30, arrojando la misma la suma de $22.923,01.

Sobre estas conclusiones no hay embate de la actora ni de la demandada se queja de la inclusión del SAC en el monto base de cálculo para considerar la mejor remuneración.

El STJ ha dicho que en un plano estrictamente procesal, Acosta dirá que el contenido del fallo de segunda instancia se halla determinado, influido y limitado por hechos, actos, principios y reglas que la teoría estudia bajo los rótulos de "límites de la apelación", "facultades (o poderes) del tribunal de alzada" y otros análogos dirigidos a acotar un ámbito de compleja operatividad.

"Tantum apellatum, quantum devolutum" es el latinazgo que enuncia el límite máximo en que operan las facultades de la alzada. Así el perdidoso apela toda la sentencia o solo alguno de sus capítulos. En el primer caso, devuelve al superior la totalidad de su jurisdicción sobre el pleito. En el segundo, la devolución procede solo respecto de los capítulos apelados. El límite mínimo dentro del cual la alzada puede ejercer sus facultades, está señalado por la expresión de agravios (ver José V. Acosta, “Procedimiento civil y comercial en segunda instancia”, Tomo II, pág. 66) (sent. 21/2000).

Sobre el tema en discordia concretamente lo decido, que el tope indemnizatorio (promedio de las remuneraciones conforme 3° párrafo del art. 245 LCT) era de $12.737,01 (Res. ST 1242/10, vigente desde el 01/12/09). En consecuencia, la jueza *a quo* aplicó fallo “Vizzoti”, luego de sintetizar los principios contenidos en el mismo, y sobre la base a tales directrices, advirtió que la mejor remuneración mensual normal y habitual del dependiente ($22.923,01) es mayor al tope indemnizatorio establecido de $12.737,01, por ello procedió a efectuar el cotejo en relación a la doctrina del precedente, la que arrojó el valor de $15.358,41 y estableció la misma como base indemnizatoria para el cálculo de la indemnización por antigüedad.

Ahora bien, al incoar demanda dijo el actor que no conocía el motivo de la reducción de la base de la

indemnización del art. 245 LCT porque no aplicó convenio ni tampoco dijo que usaba el precedente “Vizzoti”, solicitó se aplique el principio de equidad tenido en cuenta en los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y no se utilice una reducción inferior al aconsejado por ese cuerpo (fs. 42vta./43).

La demandada dijo que el actor ingreso a trabajar en fecha XX-XX-XXXX y fue despedido en fecha XX-XXXXXX, computándose una antigüedad de 6 años y 6 meses. En base a ello se le abono la indemnización por antigüedad, tomando la base de cálculo correspondiente atendiendo que la suma de sus remuneraciones superaba el tope legal vigente y más favorable, conforme establecido por el 2° y 3° párrafo del art. 245 LCT, dejo establecido que no fue pedida por el actor la inconstitucionalidad del tope (fs. 625).

La sentenciante de grado determino con relación a la actividad de la empresa demandada y la postura de las partes que, el correspondiente al CCT de Petroleros Privados (CCT 396/04) fue establecido en $12.737,61 por la resolución de Secretaria de Trabajo de Nación Nro. 1242 /10, aplicable a la fecha del distracto. En línea con ello se le abono la suma de Pesos $89.163,27.

En este caso concreto no puedo afirmar, como lo hace la demandada recurrente, que la cuestión no haya sido controvertida; el actor en el libelo de inicio invocando el principio de equidad solicitó expresamente la no aplicación del tope legal y en su defecto los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A la luz de los principios lógico-judiciales, y estrictamente procesales (alguno de estos de neto corte constitucional) analizo la sentencia impugnada; no está en debate en esta instancia el encuadramiento convencional de la jueza *a quo*, quien receptó lo planteado al contestar demanda a los fines de la determinación del tope base indemnizatorio y sobre lo que

no hubo oposición expresa de la actora, ni resultó una cuestión de controversia, cual era el convenio aplicable al trabajador o a la empresa. Si lo fue, la aplicación a la especie del precedente de la Corte ("Vizzoti"). La jueza *a quo* receptó lo peticionado por la accionante sin declarar expresamente la inconstitucionalidad de la norma, situación esta que considero puede zanjarse en esta alzada.

Luego de lo narrado precedentemente, no es ocioso recordar lo que dice la doctrina: "Si la congruencia ha de referirse a la causa de pedir, también ha de incluir la causa de estimar o desestimar la petición de la parte y esto se contiene en la fundamentación.

"…Morello y coautores, trasegando fallos de distintos tribunales, señalan que "esa correspondencia que debe existir entre el contenido de la sentencia y las cuestiones oportunamente planteadas por los litigantes, se refiere tanto a lo decisorio del fallo como a su fundamentación. Por ende, la regla es que si en la parte dispositiva no ha habido decisión expresa sobre una de las pretensiones deducidas por el actor, resulta transgredido el principio de congruencia, empero dicha falencia estará superada si la cuestión ha sido abordada en los considerandos de modo concreto, quedando exteriorizado el razonamiento del sentenciante. Sostener lo contrario importaría ceñirse a un criterio erradamente formalista, incompatible con la recta administración de justicia.

> "Agregamos que si bien la parte decisoria o resolutiva expresa de la sentencia -no los fundamentos- es la que define esencial y tradicionalmente la consonancia -o no- entre lo pedido y/o excepcionado, no por ello se deriva necesariamente que la omisión de expresión en aquélla conduzca al vicio de incongruencia.
>
> "Así, ante una decisión desestimatoria de la pretensión por acogimiento pleno de las excepciones o

> defensas el juez sin más "rechaza la demanda", si del contexto entre el resolutivo y los considerandos de la sentencia aparecen implícitamente resueltas las cuestiones planteadas no habrá posibilidades de calificar, razonablemente, al fallo como "incongruente" sin caer en un excesivo rigorismo formal…
>
> "…Desde este cuadrante, señalamos en primer término que el soporte estructural de la congruencia se establece como la correspondencia o identidad que debe existir entre el hecho descripto entre él o los actos iniciales del proceso y el considerado por el órgano jurisdiccional al sentenciar" (ver Guillermo Jorge Enderle, "LA CONGRUENCIA PROCESAL", pág. 192 ed. Rubinzal Culzoni-2007 –cita MORELLO, Augusto M.; SOSA, Gualberto L. y BERIZONCE, Roberto O, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación comentados y anotados", Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, t. II-C, p. 78; KAMINKER, Mario E., "Hechos, el adagio 'dura curia novit" y la congruencia en Los hechos en el proceso civil", La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 143).

Por lo tanto, afirmo que la sentencia es congruente, no fue una decisión meramente voluntarista de la jueza *a quo*, sino que estuvo ceñida a lo pedido, a lo probado en la causa, que no haya sido del agrado de las partes no torna la decisión en arbitraria.

He de transcribir parcialmente jurisprudencia que comparto, a los fines de dar solución al planteo recursivo: "En algunos casos concretos la referencia del art. 245 LCT a un tope máximo indemnizatorio, desvirtúa los principios de equidad y justicia social y hace que la finalidad resarcitoria de la norma en cuestión y la protección contra el despido arbitrario de raigambre constitucional, sea burlada por una sujeción literal a aquella pauta y medida básica. Aún en el caso de que la parte actora no haya planteado la inconstitucionalidad

del tope en la demanda, corresponde su declaración, pues el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la constitución es de orden público. La declaración de inconstitucionalidad de oficio se vincula con el principio de irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo que deriva del principio protectorio" (CNTRAB - SALA VII. S.D. 38.951 del 20/12/2005. Expte. 8.423/2003. "MANZANO, Marisol Analía c/ INTERNATIONAL HEALTH SERVICES ARGENTINA S.A. s/ despido". (R.B.F.). Citar: elDial.com - AL1403)

En el convencimiento que los jueces no puedan declarar la inconstitucionalidad de la ley "en abstracto" en la medida en que en nuestro ordenamiento jurídico es menester que medie "una causa concreta" sometida a su juzgamiento. Sin embargo, de ello no se desprende la necesidad que haya un pedido expreso de parte interesada acerca de la declaración de inconstitucionalidad. Y así lo digo porque el control de constitucionalidad no es una cuestión de hecho en la que el juez se halla limitado a los presupuestos fácticos denunciados y probados por las partes por vía del principio procesal de congruencia (art. 34 inc. 4° Cód. Procesal) y en definitiva por el de defensa en juicio de raigambre constitucional (art. 18 Const. Nacional).

El control de constitucionalidad, en cambio, constituye una cuestión de derecho y en ellas el juez actúa independientemente del derecho no invocado o invocado erróneamente por las partes en tanto que rige el antiguo adagio romano "iura novit curia" según el cual le incumbe al juez la aplicación del derecho, que incluye obviamente al derecho constitucional y por ende al deber de mantener la supremacía de la Constitución en su aplicación al específico pleito que se trate. Precisamente el control judicial de constitucionalidad existe para garantizar la supremacía de la constitución.

> Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación afirmaba que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es posible sólo a pedido de parte interesada (caso “Ganadera Los Lagos S.A. c/ Nación Argentina”, en Fallos 190:142), esa postura fue luego abandonada al admitir el control de constitucionalidad de oficio en el caso “Mill de Pereyra” (Fallo en extenso: elDial.com - AAAA3) (del año 2001) y ratificada recientemente en los autos “Banco Comercial de Finanzas S.A.” (del año 2003). Repárese asimismo en que el alto tribunal en época muy lejana (a fines del siglo XIX) ya había remarcado en el caso “Municipalidad de la Capital c/ Elortondo” (del año 1888) que mediante el control de constitucionalidad los jueces no solo tienen la facultad, sino también el deber de examinar las leyes relativas al caso concreto con la finalidad de compararlas con la Constitución Nacional y, de ese modo, deben abstenerse de aplicarlas si consideran que la ley se opone a derechos y garantías constitucionales.

Sobre la base de lo dicho, las constancias de la causa y los hechos y circunstancias que llegaron firmes a esta alzada, advierto que la aplicación del tope indemnizatorio de previsto en el CCT que rige la actividad de la demandada implica una disminución superior al 33% de la mejor remuneración, razón por la cual y de conformidad con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos “Vizzoti Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido” (Fallo en extenso: elDial.com - AA2400) que no he de repetir porque los conceptos fueron volcados en la sentencia de grado simplemente digo que no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Key de Contrato de Trabajo, vale decir, “la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor”, pueda verse reducida en más de un 33% por

imperio de su segundo y tercer párrafos…", por lo cual coincido con la a quo y confirmo toda vez que la reparación por antigüedad a la que resulta acreedor el actor sea calculada sobre la base salarial dispuesta en el fallo.

> Corresponde la aplicación de los lineamientos sentados en el precedente de la CSJN "Vizzoti" aún cuando en el caso no se haya pedido la declaración de inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT, en virtud de la doctrina del máximo tribunal que autoriza a adoptar la ya consolidada aunque no medie solicitud de parte. Teniendo en cuenta el salario y lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la causa "Vizzotti..." (Sent. del 14/09/04), la selección del convenio colectivo no era necesaria. Deviene entonces necesario acudir a los parámetros establecidos en el precedente citado y en especial cuando alude a la razonable vinculación que debe guardar la base salarial del resarcimiento económico con la mejor remuneración mensual normal y habitual computable. Lo contrario, dijo, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el art. 14 bis CN acerca que "el trabajo gozará de la protección de las leyes y que éstas aseguran resguardo contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor".
>
> Creo menester memorar que lo cierto es que, la recurrente demandada, al decidir la disolución del vínculo contractual aplicó como pauta para el cálculo de la indemnización por antigüedad, la CCT del establecimiento, pero si peticionó la actora la aplicación de los principios de equidad contra el tope legal y los precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por todo lo expuesto, solamente voy a recordar lo dicho por la CSJ en el precedente largamente señalado en

esta causa, "…Que, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional "cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad" (Fallos: 299:428, 430, considerando 5° y sus numerosas citas). En el *sub lite* se ha configurado esta grave situación según se sigue de los guarismos y cálculos no controvertidos que ya han sido expresados: "…Entonces, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable…".

Por ello rechazo los agravios y confirmo la decisión de grado.

2. El segundo agravio de la demandada es el reintegro de la suma descontada por el concepto ganancias.

Al abordar este planteo debo rememorar lo reiteradamente sostenido, que con relación a la valoración y selección de pruebas ha dicho la CSJN: `El hecho de que el juez haya dado preferencia a determinado elemento probatorio respecto del invocado por el recurrente no configura causal atendible de arbitrariedad´ ("Clan S.A.C.I.F.I. vs. Empresa Ferrocarriles Argentinos (EFA) s. Cumplimiento de contrato" - 16/05/1989 - Corte Suprema de Justicia de la Nación - RC J 102574/09)".

La sentenciante de grado tuvo en cuenta lo informado por la perita contadora a fs. 874vta. y por lo tanto viabilizó la procedencia de lo solicitado por el dependiente, ordenando calcular a la experta contable su importe.

He de adelantar que tanto la doctrina como la jurisprudencia sostuvieron que la búsqueda de la certeza

mediante un método crítico de conjunto conceptualizado por Gorphe como un método que a la par que contemple cada medio probatorio, tenga en cuenta el conjunto y sea lo bastante sistemático para extraer las relaciones existentes entre todos los elementos ("Apreciación de la prueba", pág. 151, cita Casimiro Várela: "La valoración de la prueba", pág. 52, ed. Astrea-90). En cuanto a la apreciación de la prueba se ha destacado la necesidad de enlazar hechos y circunstancias que hagan desaparecer las sombras que ocultan la realidad jurídica y que la certeza moral no se obtiene muchas veces con una apreciación aislada de los elementos probatorios, tomados uno a uno, sino en su totalidad, por cuanto probanzas que aisladamente pueden ser débiles o imperfectas, en muchos casos se complementan entre sí de tal modo que unidas llevan al ánimo del juez la convicción de la verdad de los hechos (Falcón, E., "Tratado de la prueba", pág. 584, t.1, ed. Astrea-2003).

Por otra parte la carga de la prueba incumbe a ambas partes, así como el interés en que las cuestiones queden despejadas en la mente de quien debe decidir, y no pesan sobre una sola de las partes, al contestar la demandada a fs. 878 las observaciones de la actora hace referencia a la prueba informativa de los depósitos efectuados a la cuenta del actor a fs. 834/836. Lejos esta ello de despejar dudas e inclinar la balanza a favor de los dichos de la accionada,

A partir de la sanción de la Ley 26428 (Adla Bol 1/2009, p. 4) que modificó el art 9 de la LCT (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175) y vuelve a incorporar la frase de apreciación de la prueba que había sido eliminada, quedando actualmente: "si la duda recayese en la interpretación o alcance de la ley, o en la apreciación de la prueba en los casos concretos, los jueces o encargados de aplicarla se decidirán en el sentido más favorable al trabajador"; y que por ende, según el

principio aludido, cuando la realidad admite varias lecturas, su interpretación si el trabajador logra con sus pruebas generar una duda firme acerca de la veracidad de los hechos y esta duda no es contrarrestada por la prueba del empleador, el juez debe tener por ciertos los hechos afirmados por el trabajador en cuanto no sean ilógicos o incoherentes.

Empero, como se sabe, duda no es ignorancia o ausencia de prueba y no puede aspirarse en sede judicial la aplicación del principio cuando la norma no es favorable o la realidad no ha sido demostrada. No se trata necesariamente de que el tribunal supla deficiencias probatorias, sino de valorar la prueba adecuada a las circunstancias y en aquellos casos de verdadera duda volcar el resultado de la apreciación en favor del trabajador, tal como ocurre en la especie lo que me lleva a la convicción que debe confirmarse el fallo, rechazando los agravios.

3. Agravios de la actora contra el rechazo de la indemnización del art. 2 de la ley 25323.

Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago. Corresponde ahora considerar el vicio de infracción al art. 2° de la Ley 25323 (B.O. del 11/10/2000) alegado por el quejoso. Esta disposición establece un incremento del 50% de las indemnizaciones laborales previstas por los arts. 232, 233 y 245, L.C.T. –sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido e indemnización por antigüedad- cuando el empleador fehacientemente intimado por el trabajador no las abone y, consecuentemente, lo obligue a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio.

> El objetivo perseguido por la norma –como lo explica Grisolía- 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 (Julio Armando GRISOLÍA, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Tomo II, edit. Lexis Nexis, Bs. As. 2005, pág. 1239 y vta.).
>
> En oportunidades anteriores referidas específicamente a que la insuficiencia del pago obedecía a la determinación judicial de determinados rubros, no es el caso de marras; en el presente los reclamos estaban estructurados en rubros que el actor percibía durante la relación laboral que no fueron contemplados al momento del pago por ejemplo la vivienda que incluso mantuvo su postura al contestar la demanda.

De allí, entonces, concluyo en que no resultan similares los presupuestos fácticos de la presente causa con aquella mencionada por la jueza *a quo*.

Así, el actor se vio obligado a interponer la presente acción para el reconocimiento de sus derechos sobre la indemnización que consideró le correspondía además de los conceptos que fueron considerados en la sentencia como inconstitucionales, existieron otros que la empleadora omitió (los beneficios que recibía el actor, tales como vivienda, formaron parte de la remuneración e implicaron una ganancia patrimonial reflejada en la supresión de gastos que de otra manera hubieran tenido que ser soportados por el dependiente. Ello, incide en la indemnización por despido) e incluso el descuento de impuesto a las ganancias sobre la liquidación final que fuera condenada su restitución.

Y, si bien se otorga virtualidad al cumplimiento parcial de la obligación de indemnizar por parte de la empleadora, ello no lo desobliga del pago de las diferencias reconocidas en las instancias anteriores.

Considero justo que la indemnización del art. 2 de la Ley 25323 se efectúe sobre esta diferencia en las indemnizaciones que debe abonar la empresa demandada. Es que la norma debe ser interpretada en consonancia con otras de carácter protectorio, como es la del art. 260 de la L.C.T. en cuanto señala que el pago insuficiente de obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuados por un empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas y quedará expedita al trabajador la acción para reclamar el pago de la diferencia que correspondiere, por todo el tiempo de la prescripción.

En materia laboral, el pago debe ser completo e íntegro para tener efectos liberatorios.

Dicho de otro modo: todo pago insuficiente es considerado pago a cuenta y no resulta necesario que el trabajador haga reserva alguna al momento de recepcionarlo, puesto que es un imperativo legal fundado en el principio protectorio que rige en el Derecho del Trabajo (art. 14 bis de la Constitución Nacional).

En función de lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso en lo que atañe a la indemnización del 2° de la Ley 25323, la que será liquidada en el Juzgado de Primera Instancia.

4.- Se queja la demandada por la tasa de interés. La sentenciante de grado consideró, siguiendo criterios de la CNT, que las cuestiones expuestas la llevaron al convencimiento sobre la necesidad de variar la tasa de interés que se aplica en la actualidad y de las posturas expuestas en las actas de la CNAT antes mencionadas; advierto que si bien el consenso alcanzado por Acuerdo General se concluyó que la postura más adecuada es la de utilizar la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino que otorga el Banco Nación con plazo de 49 a 60 meses, mi criterio concuerda con una de las posturas minoritarias (Dra. Pinto Varela), quien expresó que a su

> juicio la tasa más adecuada sería la que aplican jueces de primera instancia que es la de aplicar una vez y media (1,5) la tasa activa del Banco Nación, atendiendo a que es una tasa que se conoce y que considero no traerá inconvenientes en su aplicación. Por ello estableció que la suma adeudada devengará el interés correspondiente a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina hasta el 31/12/12 y desde esa fecha la que resulte de aplicar una vez y media (1,5) la tasa activa promedio para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina, hasta su efectivo pago, sin que se capitalicen intereses (fs. 899).

Al incoar demanda el actor peticionó se aplique la tasa de interés del Banco Nación Argentina para sus operaciones de descuento, con más su capitalización por igual periodo (fs. 37). A ello no hubo expresa oposición de la demandada en su escrito de responde de fs. 658.

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 status 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 el porcentaje establecido en la tasa es la que se corresponde con la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento a treinta días.

A mayor fundamento agrego que la suma de intereses moratorios no debe jamás ser excesiva o abusiva. Debe mantenerse constantemente dentro de límites razonables, prudentes y guardar relación con la moral y las buenas costumbres, siendo estos principios los que ya en el anterior Código Civil (art. 1071) y, actualmente, en los arts. 9 (principio de buena fe), 10 (abuso del derecho)

y 771 (facultades judiciales) del nuevo Código Civil y Comercial unificado, orientan y condicionan al juzgador en la selección de una tasa que, como la activa, resulta suficiente para recomponer el capital. Surge de todo lo expuesto que concuerdo con lo manifestado por los recurrentes que es inaplicable en cualquier indexación.

Recepto el agravio y modifico el fallo.

5.- Las costas de la instancia de grado se mantienen como fueron impuestas y los honorarios de los profesionales actuantes que se dispusieron en porcentuales, se decide lo presente en el marco de lo dispuesto en el art. 282 del CPr.

6.- Conforme fueron resueltas las cuestiones venidas a esta alzada, las costas se imponen a la parte demandada vencida por cuanto el principio general del art. 69 del CP no se ve conmovido por el éxito parcial de la actora apelante frente al rechazo parcial de las quejas de la accionada.

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

Propongo:

1) Receptar parcialmente los agravios de la actora. Receptar parcialmente los agravios de la demandada. Modificar el fallo venido en crisis, haciendo lugar a la multa establecida en el art. 2 de la Ley 25323 e imponer al monto condenado los intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento a 30 días, ordenando se practique liquidación por Secretaría del Juzgado de primera Instancia.

2) Costas de la alzada a la demandada.

3) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo de los recursos de apelación que contra la sentencia dictada en la instancia de grado interpusieran la parte actora (fs. 903, agravios fs. 911/912) y la parte

demandada –sentencia y aclaratoria- (fs. 902 y 909, agravios fs. 913/920). Corrido el traslado de los mimos, contestó la actora el de la demandada (fs. 928/933) así como ésta última el de la actora (fs. 922/924).

I. Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el actor Sr. F. D. A. promovió demanda laboral contra la firma E. D. V. SA por la suma de pesos doscientos setenta y tres mil ciento setenta y nueve con treinta y siete ctvs.($ 273.179,37), con más la aplicación de intereses desde la mora y hasta su efectivo pago conforme la tasa activa mensual fijada por el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de redescuento bancario, con más su capitalización por igual período, costas y lo que en más o en menos se estimara conforme las pruebas aportadas al proceso. Planteó la nulidad e inoponibilidad de acuerdos paritarios y su inconstitucionalidad. Practicó liquidación. Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. A su turno, contestó la acción impetrada en su contra la demandada. Cumplió el imperativo procesal negando hechos. Desconoció documental. Impugnó liquidación. Ofreció prueba. Se opuso a prueba. Reservó el caso federal. Pidió se rechace la acción, con costas. Produjeron en oportunidad las partes la prueba ofrecida. Pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. F. D. A., y en consecuencia condenó la demandada a abonarle en el plazo de diez (10) días la suma que determine la perita contadora, una vez firme el decisorio, comprensiva de los siguientes rubros: Diferencia en la indemnización por antigüedad; diferencia en la indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC; diferencia por vacaciones no gozadas y su SAC; indemnización del art. 80 LCT y devolución del impuesto

a las ganancias, con más los intereses según considerando respectivo. Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Con posterioridad se dictó aclaratoria que dispuso "aclarar los puntos III.B.2.b y c de la Sentencia de fs. 889/899vta., de fecha 04 de Noviembre de 2015, registrada bajo el Nro. 114/2015, disponiendo que en el punto del Fallo III.B.3.b, deberá leerse "Diferencia en la indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC: Teniendo presente la antigüedad del actor y las prescripciones contenidas en los arts. 231 y 232 LCT, le correspondió percibir el equivalente a 2 meses de la remuneración y para su cálculo la experta contable, una vez firme la presente, deberá tener en cuenta las pautas fijadas en III.B.2.c, y descontar las dos sumas abonadas por la accionada (conforme fs. 199 y 835) esto es: $14.238,62 y $ 16.561,38". Asimismo, en el punto del Fallo III.B.3.c, deberá leerse "Vacaciones proporcionales: Teniendo presente la antigüedad del empleado le correspondió haber percibido el equivalente a 17,49 días. Para su cálculo la experta contable, una vez firme la presente, deberá tener en cuenta la solución arribada en los puntos III.B.2.c. y restar las dos sumas pagadas por la accionada conforme fs. 199 $ 9.332,76 y de fs. 835 $1.755,24, una vez que esté firme la presente", según considerandos respectivos.

Sin costas.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron ambas partes. La actora se agravió sosteniendo que la sentencia no determinó el encuadramiento convencional del actor, ni estableció el tope convencional utilizado, por lo que no puede extractarse de la misma de donde surge el tope indemnizatorio allí establecido. Asimismo, lo hizo en razón de que no se hiciera lugar a la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323. Por su parte, la demandada se quejó por la declaración de inconstitucionalidad de

oficio respecto del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 LCT, la disposición que ordenó la devolución de $6.509,11 en concepto de impuesto a las ganancias mal retenido y, en último orden, por la tasa de interés fijada en el fallo.

Así, y adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi estudio, no resulta ocioso en el inicio recordar 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).

Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio iura novit curia importa los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, Rep. ED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, RepED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C,
12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212107).

Adelanto que, con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravio, abordaré en forma

conjunta las cuestiones objeto de queja que así lo ameriten, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347-209; 345-154; 347-197 entre otros).

Prescindiré asimismo de reiterar en detalle la plataforma fáctica que se corresponde con estos actuados, toda vez que ya ha sido resumida adecuadamente en el voto de mi colega preopinante. En tal inteligencia, advierto que ambas partes cuestionan lo decidido en relación con el denominado tope indemnizatorio. Por una parte, la actora sostiene que en la sentencia no se ha determinado su encuadramiento convencional no tampoco el tope convencional utilizado, por tanto no puede extractarse de aquella de donde surge el de $12.737,01, y a que CCT corresponde. Desde el otro lado, la demandada se queja en virtud de que en el fallo venido en apelación se haya prescindido del tope indemnizatorio que dispone el art. 245 LCT en su segundo párrafo, ello sin que mediara una petición de declaración de inconstitucionalidad de tal cláusula legal. Aclaro sobre el particular que a fs. 42 vta. inc. d) la actora planteó la cuestión y solicitó se tenga presente el precedente “Vizzotti”.

Sin perjuicio de ello, y respecto de éste último agravio, pues es vasta la jurisprudencia que admite la declaración de inconstitucionalidad de oficio, ello desde que la supremacía de nuestra Carta Magna es de orden público y, como párrafos arriba hiciera referencia, puede el juzgador suplir el derecho no invocado por la partes o mal invocado por las mismas en virtud del principio *iura novit curia*. A mayor abundamiento, “Respecto de la aplicación del art. 245 LCT, corresponde la aplicación de la doctrina del fallo “Vizzotti, Carlos A. v. AMSA SA s/ despido”, dictado por nuestra Corte Suprema, por lo que cabe tomar el 67% de la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable, por analogía con la

jurisprudencia aplicada por el Alto Tribunal en materia impositiva para determinar si la presión fiscal es o no confiscatoria. Asimismo, en el caso, si bien la actora no planteó la inconstitucionalidad del tope en la demanda ni su inaplicabilidad, no se observa obstáculo para su tratamiento. Ello es así porque la función del juez que se enuncia con el adagio latino *iura novit curia* es suplir el derecho que las partes no le invocan o le invocan mal. Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes, porque la Supremacía de la Constitución es de orden público (Sala 7ma. "Cosoli, Hugo Carlos v. Administración Nacional de la Seguridad Social", 30/8/2005)."

> Luego, y en referencia a la queja del actor por la que afirma no surge de la sentencia de donde se obtiene el tope indemnizatorio ni a que CCT corresponde, pues a fs. 896 del acto jurisdiccional sostiene la sentenciante que el tope indemnizatorio promedio era de $12.737,01, lo que funda en la Res. ST 1242/10, vigente desde el 01/12/09. De la compulsa de la mentada Resolución, la que alcanzara trabajadores de sendas actividades, entre ellos los alcanzados por el CCT 396/04 de la actividad petrolera y en la se consigna el tope indemnizatorio al que se hiciera concreta mención.

Advierto asimismo que a fs. 625 la parte demandada sostuvo que tal convenio colectivo era el que fue tenido en cuenta para el cálculo de la indemnización por antigüedad. De allí y por cuanto el mentado convenio no ha sido objeto de apelación, sino que el agravio se limita a cuestionar el origen del tope referido en el decisorio, pues encontrándose claro aquél no encuentro mérito para que agravio prospere, como tampoco lo hará el del demandado en relación con la declaración de inconstitucionalidad.

Ahora, atendiendo el planteo del actor en torno a la desestimación de la indemnización prevista en el art.

2 de la Ley 25323. No escapa a mi conocimiento que los integrantes de la Sala han mantenido un criterio dispar sobre el tema. Ello se encuentra absolutamente justificado. De un lado, la casuística del Derecho Laboral nos coloca frente a supuestos que, pese a su aparente similitud, reconocen insitas características particulares, razón por la que los jueces, más allá de la visión o criterio particular, debemos fallar en relación con el caso específico. Del otro lado, tanto autorizada doctrina como la jurisprudencia nacional se han inclinado por una u otra solución en temas como el que es sometido al análisis. Es que, no cabe duda de que el empleador abonó las indemnizaciones, sucede que no lo hizo en debida forma.

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

Surge aquí, entre quienes ostentan posiciones diversas, una primera disquisición en torno a la letra de la norma. 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).

Aún así, algunos sostienen que si se pagó no corresponde la aplicación de la multa, otros que si se pagó pero deficientemente debe afrontársela. En una posición intermedia se sitúan aquellos que en este último caso, optan por morigerar su monto, tal la facultad que otorga la parte final de la norma.

Creo en lo personal que el criterio a aplicar, como sostuviera párrafos atrás, debe ser acorde al caso específico, resultando por tanto improcedente a mi juicio fijar una posición absoluta sobre la cuestión.

En el caso en análisis, debe ponderare en principio que el reclamo se asienta sobre la falta de pago de las diferencias correspondientes a los rubros o conceptos no remunerativos o remuneratorios, cuya inconstitucionalidad, más allá de su puntual declaración, se empareja con la jurisprudencia sentada por nuestro mas alto tribunal a partir de la sentencia dictada en autos "Pérez c/ Disco" –el cual ya citara antes- y "González c/ Polimat". Luego, no se trata de una simple diferencia de origen abstracto o peticionada sobre rubros de dudosa admisión judicial, ello claro está más allá de la necesaria declaración de inconstitucionalidad que debe materializarse en cada fallo, en virtud del control difuso de constitucionalidad.

La doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene solamente efectos interpartes. La declaración de inconstitucionalidad implica, en el derecho argentino, la no aplicación de la norma en el caso concreto. Por ello, Bianchi afirma: "La declaración de inconstitucionalidad en realidad constituye una declaración de inaplicabilidad" (BIANCHI, Alberto, B., "Control de constitucionalidad. Las acciones de clase", Ábaco, Buenos Aires, t. I, p. 343).

En segundo lugar, tengo dicho ya en anteriores fallo 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. Es lógico que si mantengo ese criterio que refleja cierta amplitud, cuanto más hallo procedente la multa cuando, como en el caso, el empleador intimó, es decir dio cumplimiento con la carga que la ley le impone, siendo además concreto sobre su pretensión.

> Se ha expresado: "Ahora, el artículo 2 de la Ley 25323, tiende a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que busca indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y por la Ley 24013. Esto es que pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de sus créditos, sin tener que padecer la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial. En este caso observo que la demandada abonó la liquidación final, pero en forma parcial, tal como lo manifestara el magistrado de primera instancia. Luego, considero que la reparación debe ser integral, y no limitada, pues los mismos perjuicios le ocasiona al actor, tener que reclamar por una diferencia salarial, que por el total de la indemnización. Ya que no habiendo obtenido una respuesta satisfactoria a sus intimaciones, tuvo que iniciar la presente acción (de la misma que lo hubiera iniciado por el todo), a fin de cobrar las sumas reclamadas. En consecuencia,

corresponde confirmar el agravamiento en cuestión" (CNac. Apel. Trabajo, Sala III, autos "Saraza, Víctor Hugo c/ Siat S.A. y otro s/ despido").

Entonces, resulta que el trabajador intimó en debida forma (carta documento obrante a fs. 5), y el empleador no pagó, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2013 –hace ya 4 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, y vaya que hablamos aquí de siete años de proceso, razón por la que no me cabe duda alguna de que si la multa que está prevista en la norma ha de aplicarse, pues debe hacérselo encaso como el presente. En consecuencia haré lugar al agravio y ordenaré se abone la indemnización prevista en la norma.

A continuación, y en el análisis del agravio de la demandada vinculado a la devolución del impuesto a las ganancias. Cierto es que el art. 20 de la Ley 20628 "Están exentos del gravamen:…. i)… Las indemnizaciones por antigüedad en los casos de despidos y las que se reciban en forma de capital o renta por causas de muerte o incapacidad producida por accidente o enfermedad, ya sea que los pagos se efectúen en virtud de lo que determinan las leyes civiles y especiales de previsión social o como consecuencia de un contrato de seguro". Mas, amén de ello, reparo en que el agravio en cuestión se basa en que según sostiene el apelante "la sentencia apelada mande restituir la suma de $6.509,11 en concepto de devolución de impuesto a las ganancias mal retenido". Nada más lejos de la realidad. A fs. 898, la sentenciante, teniendo a la vista lo informado por la perito contadora a fs. 874vta. viabiliza la procedencia de lo solicitado por el dependiente en relación con el reintegro, mas a la par ordena "debiendo calcular la experta contable su importe", luego es claro que en ningún momento dispone la restitución del monto que individualiza el apelante,

razón bastante por la que resulta improcedente la queja al respecto y debe ser por tanto rechazada.

> Ya en último abordaje y respecto del cuestionamiento que es formulado asimismo por la parte demandada sobre la tasa de interés fijada en la sentencia. Tengo dicho en anteriores fallos en relación con idéntica situación ("M., V. V. c/ M. SA s/ Sumario (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. N° 553/2015, entre varios otros) que las garantías constitucionales de trabajar y ser retribuido de manera justa, de inviolabilidad de la propiedad, de usar y disponer de ella, y de protección al trabajo en todas sus formas (art. 3, 14 bis y 17 Carta Magna Nacional) mueven a apreciar este tema con particular delicadeza, partiendo de la base de que todo cuanto pueda mellar el salario de un trabajador debe ser enfocado con cuidadosa prudencia.
>
> Si el objetivo trascendente de la tarea de los magistrados es la realización de la justicia material de todos los días, parece incuestionable que la protección del ingreso del empleado requiere atención prioritaria.
>
> En tal contexto, la función judicial no se agota en la letra de la ley con olvido de la efectiva y eficaz realización del derecho, no siendo prudente que los jueces se desentiendan de los resultados de sus decisiones cuando la aplicación mecánica de un texto legal conduce a consecuencias irrazonables o absurdas (Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy, 04/11/1998, "Q., M c. C. S., S. y otros", LLNOA, 2000, 860).

A mayor abundamiento, se ha expresado en reiteradas ocasiones el carácter alimentario de los créditos laborales, y es ese carácter de sujeto de preferente tutela constitucional que ostenta un trabajador, lo que impide que sea objeto de un trato peyorativo respecto de otros grupos o sectores sociales, por lo que para evitar

el trato desigual, necesariamente deberá fijarse una tasa acorde por parte del juzgador.

En el caso de autos, la señora juez, como responsable de dicha tarea, ha fundado acabadamente su decisorio, y a esa ahora ha resaltado que comparte el criterio que estableciera el voto minoritario de la Dra. Pinto Varela, integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Acta 2601 del 07/05/2014) (fs. 899). Ha fundamentado su postura en el hecho de considerar que la tasa activa de interés no resulta suficiente para cumplir con el fin de la institución, por lo que a su juicio resulta adecuada la propuesta por la magistrada antes mencionada.

Sin perjuicio de ello, entiendo que la señora magistrada incurre en un error de interpretación. En efecto, menciona expresamente que la inflación alcanzó un 40,20% mientras que la tasa aplicable (refiriéndose a la activa) arrojó un 41,64%. Ello la llevó a sostener que la tasa activa es insuficiente porque según dice "solo alcanza para cubrir la variación de los precios, sin cubrir el interés por no contar –la dependiente– con las sumas de dinero (indisponibilidad).

Ahora bien, sabido es que la tasa activa de interés es aquella que la entidad financiera cobra a los clientes por el otorgamiento de créditos. En cambio la pasiva es la tasa que el banco pagará en oportunidad de recibir dinero de inversores, como ser por ejemplo un plazo fijo. En tal inteligencia, obsérvese que si consideráramos la hipótesis de que la actora hubiera contado con su crédito y lo hubiera colocado en el Banco, por ejemplo a plazo fijo, hubiera obtenido en el mejor de los casos el interés correspondiente a la tasa pasiva. Luego, en el caso puntual, esta última ya beneficia al trabajador, sin necesidad alguna que justifique la aplicación de una tasa superior, so pena de un eventual enriquecimiento sin causa de aquél. En otro supuesto, si el empleado hubiera

acudido en procura de un crédito para reemplazar el dinero del que no puedo disponer, pues hubiera debido reintegrarlo a la entidad bancaria con más la tasa activa, que ahora le será reconocida en el marco de este fallo. Entonces, a fin de aventar toda duda, comparto la posición por la que corresponde mantener incólume el crédito laboral al que tiene derecho el trabajador, más del mismo modo entiendo que no pude avalarse una tasa de interés que importe un enriquecimiento sin causa del dependiente. Las razones invocadas son suficientes para acoger el agravio de la demandada, por lo que dispondré se aplique al capital de condena la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

Resta resolver lo atinente a las costas, a readecuar por imperio de la letra del art. 282 CPCCCh. Sin perjuicio de ello, entiendo que las de la instancia de grado deben ser mantenidas tal como han sido fijadas, y las de la alzada se impondrán igualmente a la demandada por el principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios de ambas instancias 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 actora, ordenando se incluya en la liquidación a practicarse la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, disponiendo se modifique el fallo de grado respecto de la tasa de interés fijada debiendo aplicarse sobre el capital de condena que resulte la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a 30 días.

3) Costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 69 y 282 CPCCCh).

4) Diferir la regulación de honorarios de ambas instancias para el momento del acuerdo.

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 actora, ordenando se incluya en la liquidación a practicarse la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, disponiendo se modifique el fallo de grado de fs. 889/899vta. y su aclaratoria de fs. 906/907 respecto de la tasa de interés fijada debiendo aplicarse sobre el capital de condena que resulte la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento a 30 días.

3) Costas de ambas instancias a la demandada vencida.

4) Confirmar la regulación de honorarios de primera instancia.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. J. J. E. y M. C. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y a los Dres. G. M., J. A. G. H. y L. V., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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 MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara