En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Julio Antonio Alexandre, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., H. H. M. c/ K. SA s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de Haberes)", expte. nro. 207/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4950/08), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 1466), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 1387/1414vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia de fs. 1387/1414vta. rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva de la parte demandada K. E. S. SA y la condena a pagar a la parte actora –plazo 10 días– la suma de $129.364,29, con los alcances del considerando respectivo. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Los agravios de fs. 1438/1443 impugnan la condena negando el despido incausado y sosteniendo la falta de valoración de pruebas.

Sostiene que por la declaración de los testigos del sumario interno se demuestra que A. incumplió con sus obligaciones. Reconoce que el juez no se encuentra obligado a valorar toda la prueba rendida, destaca lo

que considera el sentido de la testimonial de M. B. P. (fs. 847/848), el que aclara que era supervisor y no encargado y cuáles fueron las irregularidades y coincidente con la testimonial de B. (fs. 484/485). Considera asimismo la existencia de otros testimonios y que el hecho que las conclusiones de los sumariantes no hayan sugerido la extinción del vínculo laboral, no es vinculante para la empleadora. Sostiene que los incumplimientos tornaron imposible la continuación del vínculo. Destaca la relevancia de la prueba confesional del actor y que desentraña la verdadera función del mismo y que debe conjugarse tal tipo de confesión con las pruebas restantes. Insiste en la virtualidad del sumario interno. Segundo agravio: impugna la inclusión del SAC en la base del cálculo para determinar la indemnización por antigüedad. Afirma que el actor circunscribió su reclamo, con lo que pese al art. 9 LCT, la sentencia no puede disponer la ampliación a su costa, afectando su derecho de defensa. El rubro SAC, a cuyo respecto sostiene que no resultó un hecho controvertido, pero por un criterio doctrinario y jurisprudencial que no comparten, su parte no tuvo oportunidad de oponer la defensa adecuada, sostiene que no existe razón para apartarse del plenario “Tulosai Alberto Pascual vs. Banco Central de la República Argentina”; sostiene entonces que el SAC no integra la base del cálculo, porque no todos los rubros lo integran, ya que como conceptos extraordinarios, por su naturaleza, no son susceptibles de ser percibidos todos los meses.

Señala jurisprudencia favorable a esta postura.

Tercer agravio: Impugna la base de cálculo de la indemnización del art. 245 LCT, que establece el fallo en la suma de $8.283,59, sin aplicar el tope que establece el art. 245 LCT a cuyo respecto señala que es una norma de orden público, cuyo tope lo suministra el Ministerio de Trabajo (fs. 1441vta.); que su parte había solicitado se aplique el CCT 396/04 del Personal del

Petróleo y Gas Privado que regulaba los contratos con personal de la Empresa al momento de la extinción del vínculo en función de la actividad principal de Key, que surge de la prueba de la causa y acreditan los testigos; que el actor figuraba fuera de convenio, que no había lugar a la inconstitucionalidad si la parte actora no tenía interés. Considera aplicable el caso Vizotti si se entendiera que el topo afecta en mayor medida el salario, ello es tomar la mejor remuneración normal y habitual al 67%, conforme con la jurisprudencia del Superior Tribunal, con lo que el monto computable debería establecerse en la suma de $5.550. Cita jurisprudencia de esta Cámara. Cuarto agravio; Sostiene que la demanda no ha prosperado por todo lo demandado, que obtuvo un éxito del 80%, con los componentes del fallo y la omisión del caso "Vizotti", por lo que aboga para que se determinen las costas en atención al resultado del proceso, considerando prudente se reflejen los verdaderos resultados obtenidos en el proceso. Reserva el caso federal.

A fs. 1445 se denuncia la apertura del concurso preventivo de la parte demandada y a fs. 1458 se libra oficio a Estudio de Abogados señalados como síndicos, respecto a la sentencia de primera instancia.

A fs. 1448/1451, la actora contesta los agravios.

Tratamiento de los agravios:

Se agravia la recurrente por el entendimiento de la sentencia que no se prueba la causal de despido, contrapone que la causa contiene suficiente material probatorio donde resulta sobrados motivos para despedir al actor y que de las pruebas testimoniales, documental y la confesional, demuestran que A. incumplió con las obligaciones de supervisor de transporte, que el testigo M. B. P. indica claramente las tareas de A. –de supervisor y no encargado de operaciones, ni gerente- y da cuenta de las irregularidades y que las mismas

coinciden con las causales del despido, declaración coincidente con la del testigo B..

La primera evaluación de la sentencia al precisar las causales del despido del actor en el 2do. párrafo de fs. 1398vta., es observar que de los términos en que fueron expuestas las causales del despido se hace referencia en forma genérica a situaciones, sobrefacturaciones, desplazamientos de vehículos, alquileres, falta de control, pero no se individualizan en forma precisa los hechos, cuáles las facturaciones, cuáles las empresas de mantenimiento proveedoras a las cuales se les hicieron las supuestas facturaciones, fecha de realización, qué vehículos fueron objeto de desplazamientos no autorizados ni necesarios y fecha de ocurrimiento, cuando se efectúa el alquiler de la grúa para 70 toneladas, quién fuera la persona encargada del tema, quién informara que era más barata la reparación de la grúa que tenía la empresa, en qué consistieron la falta de control del retiro del gasoil para fines ajenos a la empresa, quién hubo efectuado tal uso, quién otorgara el permiso y cuando ocurriera ello situando los hechos en tiempo y lugar.

Con todo lo expuesto y sin perjuicio de tal defección de las causales de despido, la sentencia examina largamente las testimoniales de la causa a partir de fs. 1399, con amplia consideración de la declaración del testigo M. B. P., Gerente Internacional de control de inventarios y activos, que fue enviado al país porque en la empresa había muchas irregularidades, señalando a A. como Supervisor de Transportes, lo envían a verificar, cayendo la auditoría en principio sobre el gerente del país, cuando se levantó la investigación en contra de este, viene a Comodoro Rivadavia para hacer el anuncio de continuar la investigación, entonces el Gerente de Operaciones C. D. renuncia y que también lo iba a hacer A., pero como no la hizo, siguió el sumario

y se llegó a la conclusión de los malos manejos del nombrado; habían órdenes de reparación de camiones pero no se estaban reparando, un camión de la empresa estaba en reparación pero nunca se reparó, había un exceso de contratación del servicio de grúa, mientras la grúa de la empresa estaba tirada en la base y todo ello era responsabilidad del Sr. A., que también expone el testigo que había exceso en el consumo de gasoil y lo vieron en el registro de facturación de órdenes de compra y el uso de las camionetas con un kilometraje muy alto, llegándole el reporte de personal que las camionetas se usaban para uso personal de vacaciones, pero ello no lo pudo comprobar el declarante, que en el caso de la grúa que se podía reparar, optaba por contratar servicios de grúas muy costosos.

Sobre tal revisión señala la sentencia que el testigo refiere que son hechos que a su criterio se comprueban con la auditoría y sumario, lo que también se expone en la comunicación de despido pero al analizar asimismo la sentencia el sumario interno, releva que en el mismo no se nombra al Sr. A. y solo se hace referencia al Sr. V. M. y en cuanto a las irregularidades en el relevamiento de los contratistas y proveedores de servicios, no se menciona en ningún momento al Sr. A., por otra parte, que se detectó que la Empresa no cuenta con un manual de procedimientos en donde se establezcan las responsabilidades y tareas inherentes a cada puesto de trabajo, políticas de gastos, niveles de autorización, controles. Asimismo, refiere el fallo la segunda parte del sumario (fs. 1403vta.), últ.párr., instruido en el ámbito de la firma K. E. S. SA, tanto en la Capital Federal, como en las bases de Neuquén y Comodoro Rivadavia, en la declaración prestada por el Sr. G., sobre los hechos donde sindican a varias personas pero no al Sr. A.. Que por escritura pública (fs. 1404) del 8/9/2006, se inicia el sumario en la

ciudad de Neuquén donde constan sucesivas declaraciones testimoniales y entre todas las declaraciones habidas, las que se refieren a Comodoro Rivadavia, unas que criterio de los declarantes no observaron irregularidades y otra, la del Sr. B., que sindica al actor como interviniente en un problema de un motor que mandaron a Neuquén y luego desapareció y distintas irregularidades que consentía, desaparición de elementos de la base.

Pero a todo lo expuesto corresponde recopilar la evaluación inicial de la sentencia de la indeterminación de las causales de despido, a cuyo respecto las declaraciones de B. y B. no mejoran determinaciones precisas y adviértase el fallo al referirse al cierre de la tercera parte del sumario, sin que los instructores "…se sindique en algo al Sr. A., y ellos solo resuelven aconsejar al Directorio la desvinculación de la firma de los Sres. V. L. M., J. L. I. y N. F. P.", que cabe observar que en tales actuaciones no obra notificación de suspensión preventiva alguna al Sr. A., como tampoco surge que se hubiera tomado tal decisión ni de lo actuado en todo el expediente que conforme lo informado y expuesto en los Vistos obrantes a fs. 541/545 –1057/1059– (fs. 1404vta.) y en definitiva un solo testigo expone su posición sobre lo que considera se hace mal en la empresa y dice que A. tenía conocimiento pero "…no obra documental alguna que avale los dichos del declarante" y reiterando que en el sumario el actor A. no fue pasible de imputación alguna, ni fue pasible de una investigación particular, no se le informaron las causas del sumario, con lo que en definitiva no se le dio el derecho de defensa (conclusiones de fs. 1406).

Adviértase en este último sentido, la afectación de tal derecho del trabajador cuando frente a las reclamaciones de A., le contestaba por la CD de fs. 221 de fecha 28/9/2006, que la suspensión preventiva era

para facilitar la investigación interna y no implicaba hasta dicho momento acusación alguna contra el nombrado; por CD de fs. 222, de fecha 6/10/2006, se le reiteraba que la suspensión del deber de ocupación con goce de haberes se debía a la continuación de la instrucción sumarial señalada con el objetivo de deslindar responsabilidades en irregularidades del sector que integraba el actor, siendo objeto de una auditoría contable y que finalizada la misma, de existir alguna responsabilidad de A., sería citado para que ejerza su derecho de defensa; por CD de fs. 223 de fecha 10/10/2006 le dicen al actor: "Nadie ha dicho hasta el presente que las irregularidades descubiertas en la Base de Comodoro Rivadavia "…sea de vuestra responsabilidad, ello recién lo sabremos con la finalización de la investigación interna… Oportunamente lo citaremos a efectuar el descargo pertinente"; en idénticos términos se expide otra C.D. el 11/10/2006, que oportunamente se lo citaría a efectuar descargo (fs. 224) hasta que a fs. 225, por CD de fs. 225, de fecha 23/10/2006, resuelven el despido de A. por su exclusiva culpa y el siguiente cerramiento: "Todos y/o cada uno de estos hechos constituyen injuria suficiente que tornan imposible la continuación del vínculo laboral, *haciendo innecesario su descargo, ya que cualquiera sea el mismo, los hechos son gravísimos e inexcusables...*".

Se ha destacado en cursiva la expresa negativa al derecho de defensa de la accionante, como demostración flagrante del impedimento de mismo y la inusitada inconducta de la empleadora que reiteradamente prometía que se lo otorgaría en el sumario de investigación que practicaba.

Recopilando los fundamentos de la sentencia, se advierte que la concepción del exponente vuelve a ser de valoración genérica, al sostener con la testimonial de B. P. que sus declaraciones son coincidentes con los

enunciados en los motivos del despido y dice irregularidades en manejo de activos, mal uso de las compras y reparaciones, excesos de servicios de reparación, pero sin precisar los hechos concretos donde radican los mismos y que le ha observado la sentencia en su primer evaluación: las causales son genéricas, sobrefacturaciones, desplazamientos de vehículos, pero sin precisar cuáles los hechos (circunstancias de tiempo y lugar), cuáles las facturaciones, el alquiler de una grúa de 70 toneladas, qué constancias concretas del retiro del gasoil para fines ajenos a la empresa. Y le observó la sentencia, cuál la prueba documental específica que sindique a título confirmatorio las causales, en tanto las conclusiones sumariales invocadas, con flagrante afectación del derecho de defensa del dependiente, no determinaron sanciones contra el actor.

Es claro que con tales observaciones de la sentencia respecto a la ausencia de prueba precisa de los hechos del despido sin demostración cabal en contrario de la recurrente, la confesión ficta que invoca no tiene relevancia de el reconocimiento de los hechos, recordando que la misma no tiene valor absoluto y su eficacia debe ser apreciada en función de los demás elementos existentes en el pleito (*cf.* Cam.Nac.Civ., Sala A, 8/5/95 – "Boragina c/ Spiropulos" – en J.A. Rep. 1998-pág.1122 n° 98). La interpretación la autoriza, a todo evento, el art. 9 L.C.T., ref. Ley 26428).

Se rechaza el primer agravio.

Segundo agravio: Entiende la recurrente que al incluir el S.A.C. en la base del cálculo para establecer la indemnización por antigüedad, no se atiene a lo reclamado y que si aplica el art. 9 L.C.T. es a costa de sus derechos e importa no aplicar la ley vigente y cita además fallos importantes que comparten su tesis.

Los argumentos de la oponente son los tradicionales, por los que se consideran que el SAC no participa de la naturaleza normal y habitual de la retribución, por lo que no puede integrar la base del cálculo indemnizatorio. Al respecto se ha expedido esta Sala con amplitud. En su oportunidad, reconociendo que en efecto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en Tribunal Plenario con fecha 19/11/2009, estableció por mayoría, que no correspondía incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario, ello en el plenario "Tulosai", donde los jueces señalan que cuando se sancionó la ley de contrato de trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual". Interpretaron en dicho cauce que con la Ley 25877, también debía excluirse el rubro cuyo carácter es anual; no se negaba la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, se distingue del nacimiento del derecho, el día a día, que asimismo es atributo de otras remuneraciones, el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs.84 y

ss.). Pero el plenario tenía un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (dicho en el vota de la Dra. Estela Ferreirós), como de falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. Rodríguez Brunengo y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aun menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado. Además también se dijo por la minoría, que la interpretación implicaba un apartamiento del principio "a favor del operario", consagrado en la L.C.T. art. 9°, pero asimismo del mandato constitucional del art. 14 bis de la Ley Cimera y del principio de progresividad del art. 75 CN inc.19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, sabido es como lo expone el Dr. Bidart Campos, que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas sino que todas tienen fuerza directamente operativa. Con ello quedó superado el caso "Tulosai", reforzado con el dictado de la Ley 26248 se favorecía la interpretación favorable al dependiente y si era el caso duda o frente a dos interpretaciones de la norma o conjunto de normas que rigieran las instituciones del derecho del trabajo, debía decidirse en el sentido más favorable al trabajador; en resumen, interpretar con el auxilio de la doctrina especializada, que con la Ley 25877 que cambió el contexto del art. 245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual "percibida" por "devengada", resultó válida para incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial

indemnizatoria, aunque sea de pago no mensual, en la medida que el mismo se devenga día a día y de ese modo integrar la calificación de remuneración mensual. Se señalaba además la cantidad de provincias que seguían este criterio, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual comprende también las remuneraciones de pago no mensual, ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por trabajar día a día, sin perjuicio que su pago sea diferido a otro momento. Se citó además el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso "Martín, Rosa L. c/ A.S.E.B.A.", Diario de Jurisprudencia Judicial del 5/1201, cuya doctrina establece: "…A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originen como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido… La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido…".

Por lo expuesto se rechaza el agravio.

Tercer agravio: Determinación de base errada de cálculo para el cómputo de las indemnizaciones del art. 245 LCT, falta de aplicación del caso "Vizotti".

Proviene la queja porque la sentencia desecha la defensa en su oportunidad de aplicar tope y si SAC de

oficio, sobre lo que señala expresaron agravios. Advierte y lo expone la propia recurrente, que la sentencia rechaza el planteo porque no acredita la aplicación del mismo.

Al respecto contrapone la recurrente que el límite lo establece el art. 245 LCT y que la actora no planteó la inconstitucionalidad de la norma, que era interés de la actora superar la limitación del art. 245 cit. y no lo hizo; a todo evento, de no considerarse el agravio se entiende que el tope afecta la integridad del salario, con lo que señala que corresponde la aplicación del caso "Vizotti" de la CSJN.

En efecto, el fallo a fs. 1408vta., 2do.párr., resuelve sobre la base que la demandada no prueba el monto del tope, razón por la que debe estarse al sueldo real del trabajador sin limitación alguna.

Pero esto no lo dice el art. 245 L.C.T., desde que contiene un principio dispositivo invariable en su segundo párrafo, que la base "…no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido… Al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo".

Es oportuno señalar que la demandada impugnó en su oportunidad a fs. 1337/1338 la prueba pericial contable de fs. 1328/1333, específicamente oponiendo los alcances del art. 245 L.C.T., notorios defectos de presentación de la pericia y petitorio de la impugnante, que no solo no contó con el ejercicio de facultad alguna en la oportunidad del art. 477 y concords. Ley XIII

N° 5 del Digesto Jurídico, sino que el rutinario decreto de tener presente la impugnación formulada para su oportunidad (fs. 1340), careció de trascendencia.

No podrá exceder, dice la ley, con lo que la aplicación imponía el conocimiento del acto público previsto en la norma –que al modo de las convenciones colectivas de trabajo y por resultar anexas no necesitan de la prueba de parte– asimismo de obligada aplicación al actor, cuando el propio fallo receptaba a fs. 1406vta. que las partes no contradecían que se trataba de personal fuera de convenio.

Precisamente se ha explicado que la reforma al art. 245 cit. traída por la Ley 25877, no ha sido meramente decorativa o intrascendente, sino que ha tenido como finalidad clara la de su aplicación a aquellos trabajadores no representados en la negociación colectiva (3er. párr., art. 245 L.C.T.).

Y si la resolución del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social –Secretaría de Trabajo– por Resolución N° 554/2007, de fecha 15/6/2007 fijó el importe de remuneraciones promedio a los acuerdos salariales homologados por la Secretaría de Trabajo, Zona Desfavorable Chubut-Santa Cruz con vigencia al 1/9/2006 en la suma de $5.626,07, es evidente que el módulo salarial de $8.283,89 con el que a ciegas el fallo se ha conducido, excede la prohibición inicial de la norma.

Por otra parte, para exceder el tope del 2do. párr. del art. 245 LCT aludido debía operar inconstitucionalidad parcial de esta norma, el caso “Vizotti”, que bien lo señala la recurrente y que la actora no la interpuso. No obstante la falta de petición por parte de la accionante, impera la premisa de derecho constitucional que el acto legislativo contrario a la Constitución deja de ser ley y resulta plenamente aplicable en materia laboral a partir del art. 14 bis

C.N., que protege al trabajador de todo abuso por ser la parte mas débil de la relación y el carácter alimentario del salario, inserto en lo que corresponde en el art. 68 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico, es claro, sin perjuicio de la pertinente declaración.

Es oportuno recordar que en el caso "Vizotti", con fecha 14/9/2004, la CSJN declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 245 LCT, por el propósito del instituto indemnizatorio destinado a reparar, se apoyó en el art. 14 bis.CN y Convenios Internacionales para sostener que el trabajador es sujeto de tutela preferente, sin poner en cuestión la validez del régimen tarifado. Con ello, conforme a su doctrina generalizada, consideró la inconstitucionalidad parcial de la norma en cuando afectara en más del 67% la retribución mensual al momento del despido o desde otra arista, redujera en más del 33% dicho monto salarial.

La aplicación de la jurisprudencia precedente reconduce el módulo indemnizatorio mensual a la suma de $5.550, monto que multiplicado por 8 –los años de antigüedad– determina el rubro en la suma de $44.400.

La incidencia en menos del rubro modifica el monto de condena, que resulta por la suma de $107.495,57, con los restantes alcances que correspondan.

Cuarto agravio: Las costas.

En razón de que la demanda no prospera en toda su extensión, entiende que no corresponde imponer todas las costas a su parte y señala un porcentaje importante que queda rechazado.

No obstante lo señalado, corresponde advertir que también prospera la demanda en suma importante y si hay un sector que no prospera, resulta en todo caso la acción que debió interponer la dependiente laboral para el reconocimiento de su derecho.

Son los principios laborales y consiguiente jurisprudencia en la materia que no deja margen para la distribución de las costas, solo cede en la distribución

en casos muy extremos, caso resuelto por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: "O., W. G. c/ O. E. A. S.A.", expte. N° 12.041-0-1988, Sent. N° 40/88, donde la demanda prospera por una suma ínfima. Pero no es el caso de autos, donde la sentencia prospera por suma ajena a esta calificación, con lo que rige el principio general de costas a la vencida. Es lo que resulta de la jurisprudencia del S.T.J. en los autos: "H., H. A. c/ F. S. S.A.", expte. N° 14364-H-1993, Sent. 35/94, donde se imponían las costas a la parte actora en el 70% y el 30% a la demandada, criterio que revoca el alto tribunal y establece que en materia de costas en el proceso laboral, estas deben imponer siempre al vencido aunque la pretensión no prospere en su totalidad. Lo expuesto, sin perjuicio que en dicho caso la actora había consentido un porcentual a su cargo.

En conclusión, es la doctrina legal también sentada por el alto tribunal de la provincia, en los autos caratulados: "C., M. A. c/ E. R. C. S.A.", expte. N° 13.309-C-1991, cuando señala que respecto a la solicitud de la demandada de distribuir las costas conforme al rechazo de acciones deducidas, han de imponerse a la vencida por aplicación del principio general contenido en el art. 68 CPCCCh, aún cuando la demanda no hubiera prosperado sino en parte. Aún más terminante resulta en el caso: "V. T., V. c/ P. E. L. B.", expte. N° 13.707-V-1992, significando que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos y a de estarse a un enfoque global de su resultado, entonces, cualquiera sea el monto en que prospera la demanda, el vencedor es quien obtiene – aunque sea en mínima proporción– el reconocimiento de su derecho, siendo razonable que no queden a su cargo los gastos realizados para lograr la justicia del caso.

Se rechaza el agravio y tiene presente la reserva del caso federal.

Por lo expuesto se confirman las costas de la primera instancia y resultando las regulaciones en porcentuales que en todo caso han de reflejar la revocación parcial del pronunciamiento, se confirman.

En la alzada, por las razones expuestas y la contestación de los agravios por la parte actora a fs. 1448/1451, corresponden asimismo las costas a la parte demandada (art. 57 Ley XIV del Digesto Jurídico).

Para regular honorarios rige la Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, los arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords., el mérito de los trabajos

profesionales y su resultado, por lo que propongo los honorarios del Dr. M. G. en 30% y los conjuntos de la Dra. C. O. y del Dr. J. M., en 28%, en cada caso de los regulados en primera instancia y con los restantes alcances en lo que corresponda.

Atento a la intervención y participación otorgada a fs. 1461/1462 en carácter de síndico, notifíquese la sentencia de conformidad.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada K. E. S. SA, fundado a fs. 1438/1443, contra la sentencia de fs. 1387/1414vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Confirmar en lo principal la sentencia dictada de fs. 1387/1414vta. y revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva en cuanto al monto de condena que se establece en la suma de $107.495,57, con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto a la condena en costas y regulación de los honorarios, con los alcances de los puntos precedentes.

4) Costas de la alzada a la parte demandada, proponiendo las regulaciones de honorarios del considerando respectivo.

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 1443 y notificar de conformidad la intervención otorgada a fs. 1462.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como surge del decisorio de fs. 1387/1414vta., desestimada la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la accionada, se acogen parcialmente las pretensiones de la actora, por lo que aquella apela a fs. 1435 a tenor del informe de fs. 1438/1443vta. al que la segunda rebate en los términos de la presentación de fs. 1448/145. Todo, conforme planilla de elevación de fs. 1463.

Que quien me precede en el sorteo de la presente, reseña brevemente el objeto de ambas presentaciones lo que evita su mera reiteración y el tratamiento de la queja presupone cumplidos los recaudos formales del art. 268 CPr/DJ, en lo que concuerdo tras detenida lectura y valoración de la misma.

Disiente la recurrente y formula su crítica en cuanto a las razones por las que se consideró que el despido ha sido incausado, estimando que ha existido, por parte de la *iudex a quo*, una errónea valoración de la prueba tomada en consideración para tal cuestión.

Partiendo del intercambio epistolar, señalado cronológicamente en los considerandos y cuyos textos obran en la causa, se llega a la comunicación de fecha 23 de octubre de 2006 remitida por la demandada al actor despidiéndolo por su exclusiva culpa, en razón de haber finalizado la auditoría contable que conforma parte del sumario interno en virtud de la que el accionante fue suspendido y da cuenta de gravísimas irregularidades en las tareas que

se le asignaran conforme el cargo que ejercía, enumerando una serie de hechos.

Que a fs. 1398vta., se hace especial referencia a la insuficiencia de aquella comunicación de despido. Veamos: analizando lo actuado en cuanto al punto recuerdo que alguna doctrina advertía, *v. gr.*, Krotoschin, que "el contrato de trabajo se rige por normas coactivas (imperativas, inderogables) y no coactivas (integrativas o complementarias, derogables por voluntad de las partes)", agregando que "hay otras normas intermedias, llamadas a veces ordenatorias, que no son coactivas ni simplemente complementarias y de cuya observancia depende el ejercicio de un derecho y su adquisición. Quiere decir, que el obligado puede libremente no observarla, pero entonces se perjudica asimismo por la pérdida de las ventajas que habría obtenido observándolas" ("Deberes de diligencia del empleador", DT, 1975-281).

Así, la norma del art. 243 LCT, es de las que para este autor- están comprendidas entre las denominadas ordenatorias, de modo tal que pueden o no ser cumplidas, pero su cumplimiento "es condición o presupuesto para que el ejercicio de un derecho sea eficiente. Por lo tanto, si la notificación del despido no expresa en forma suficientemente clara la causa de la denuncia del contrato, el derecho de extinguirlo no se ha ejercicio en forma eficiente y quien no ha cumplido adecuadamente con tal recaudo cargará con el peso de su renuencia (ver CNTrab., sala I, 2002/07/19, DT, 2002-B, 1807). Todo ello sin olvidar que Las exigencias del art. 243 de la Ley de Contrato de Trabajo no tienen en principio un fin en sí mismas, sino que la "ratio legis" no es otra que evitar la indefensión del trabajador por desconocimiento de las causas en que el despido puede fundarse pero, la rigidez formal de la norma, debe ceder cuando el actor tiene conocimiento de la verdadera causal imputada. De

conformidad a tales pautas, resulta indudable, que dicho acto refiere a una serie de imputaciones genéricas, imprecisas que indudablemente afectan la posibilidad de una adecuada defensa y si se pretende, tal como se sostiene en la explicitación de los agravios que el accionante tenía plena conocimiento de las irregularidades que se le reprochan justificantes de la ruptura del vínculo, consecuencia del sumario interno que obra en esta causa, difícilmente pueda aceptarse tal criterio cuando de su lectura no surge referencia o imputación concreta que involucre al agente despedido.

La crítica pone especial énfasis en la apreciación de las testimoniales y en su caso las que concuerdan con las causales que motivaron el despido. Refiere a la importancia de las constancias del sumario interno que en definitiva diera certeza en cuanto a las irregularidades sospechadas pese a que los sumariantes no hayan sugerido la extinción del vínculo, tal como reconoce a fs. 1439, 5° párr.

Supeditados a la suerte del sumario y frustrada tal posibilidad, tal como confiesa la recurrente, la suerte de la justificación posterior se torna frágil, aún cuando pretenda prevalerse de la confesión ficta, indiscutiblemente ocurrida en el trámite de la causa pero sin olvidar que contrariamente a lo que ocurre con la confesión expresa, la ficta no reviste el carácter de plena prueba, ya que será el juez quien la meritúe junto con los demás elementos probatorios de la causa. La confesión tácita sólo asume eficacia probatoria, en el supuesto que se encuentre avalada por otros medios de prueba, por lo tanto no hace plena prueba y los hechos beneficiados por esta presunción de certeza pueden ser desmentidos mediante prueba en contrario" (ver, *v. gr.*, Torrens Elgueta, Gonzalo, "La confesional ficta en el procedimiento laboral", LLC 2003, septiembre, 923). Y no fue así. A la legal y razonable promesa de descargo

al finalizar la investigación interna para el caso que se detectara responsabilidad alguna en cuanto a las irregularidades advertidas en cabeza del imputado, conforme lo que surge de las comunicaciones obrante sen autos, hecho, se le privo de tal derecho y deciden sin más el despido, tal actitud resulta contraria a la conducta que impone el art. 63 LCT y demostrativa de la imposibilidad de arrimar prueba fehaciente respecto de la autoria en cabeza del actor de los actos irregulares investigados. Y las dudas que pudieran generar Talea actuaciones y los dichos de los testigos mal pueden afectar al accionante de conformidad con las directivas que emanan del art. 9 LCT en su actual redacción.

En cuanto a la resistida inclusión del SAC en la base del calculo indemnizatorio del art. 245 LCT., más allá de las razones reiteradamente expuestas en cuanto al punto (ver, *v. gr.*, "Soto..." RSD N° 6/2014/L y "Valencia...", RSD N° 9/2014/L) en las que coincidía en general con los argumentos de la recurrente, priorizando los principios de economía y celeridad y sabiendo que he sostenido una postura definitivamente minoritaria, sin perjuicio de hacer reserva de la misma, evitando mayor dispendio jurisdiccional me inclino por adoptar en el caso el criterio sustentado, *v. gr.*, por STJ Entre Ríos, Sala III, "Felgueres, Eduardo Enrique c/ Clínica Modelo S.A. Cobro de Pesos - Apelación de Sentencia - Recurso de Inaplicabilidad de Ley", íd 28918 (elDial.com - AA6D97) anotado por Marta B. Brodsky de Petric en trabajo titulado "La incidencia del SAC en el módulo del Art. 245, L.C.T. Un fallo trascendente en la Provincia de Entre Ríos", citar: elDial.com - DC1693, publicado el 18/08/2011; "La remuneración computable en la indemnización por despido" por Scotti, H. Jorge, publicado en: LA LEY 16/12/2009, 10-IMP 2010-1, 53).

Conforme tal opinión, la naturaleza del sueldo anual complementario, que en el decir de la doctrina es

una remuneración suplementaria que se devenga día por día, pero que por imperativo legal -art. 122 de la LCT- se paga en dos cuotas, pero ese pago "semestral", se refiere a la liquidación o percepción del SAC, y no a su devengamiento -art. 245 LCT-. Y que se encuentre diferido en los dos períodos semestrales fijados en la LCT no es obstáculo para su inclusión en la base de cálculo de la indemnización en cuestión, desde que el art. 245 LCT -texto ordenado por Ley N° 25877- refiere a la "… la mejor retribución mensual … devengada", por lo que claramente la norma exige que sea mensual su devengamiento -adquisición del derecho a percibir el mismo por parte del trabajador- y no su percepción o exigibilidad de pago.

De ello se sigue, señalan, que el SAC debe estar incluido en la base de cálculo indemnizatorio del art. 245 LCT, toda vez que lo que aquí interesa es que su devengamiento se produce diariamente en razón de la prestación de servicios por

parte del subordinado, y de este modo, puede afirmarse que la misma integra la calificación de remuneración mensual que exige el dispositivo legal.

Esta interpretación, afirman de modo contundente, está en sintonía con el principio protectorio de rango constitucional –art. 14 bis CN-, y es el criterio adoptado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ("Nagel, Gladys N. c/ Panadería El Cañón y/o Jurio, Aníbal F.", 3/12/91; "Heimann, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.", 16/11/82; entre otros). (ver mi voto en “M.,S.V. c/ E. P. SRL s/ DEMANDA LABORAL”, expte. N° 213/2014, RSD N° 22/2014). Por lo que se desestima el agravio.

Siguiendo con las criticas restantes, se advierte la que cuestiona la falta de ajuste de los cálculos indemnizatorios conforme la doctrina “Vizotti”, ya que en su momento y consecuencia de su oportuno planteo por

la demandada se lee en los considerandos que esta no ha acreditado en autos ni la aplicación del mismo, ni el monto de él, razón por la cual debe estarse al sueldo real del trabajador sin disminución alguna (1408vta. 2° párr.) todo pese ha haberse establecido con certeza a fs. 1406/vta./1407, que se trata de un dependiente fuera de convenio. En consecuencia se incumplió con lo ordenado en la misma norma en la que se pretende legitimar tal resolución y en perjuicio de la recurrente. Así, a efectos del cotejo ordenado, como bien afirma mi colega preopinante, tomando los acuerdos homologados a la fecha de su aplicación, se advierte fácilmente que la falta de ajuste excede las previsiones de la norma en cuestión y de allí la justicia de su adecuación admitiéndose la reducción de la condena a la suma de pesos ciento siete mil cuatrocientos noventa y cinco con cincuenta y siete centavos ($107.495,57).

Pese a la recepción parcial el recurso y en razón de la naturaleza del crédito y del fuero se mantiene la condena en costas en esta instancia. Habiéndose regulado los honorarios en porcentuales, no existe incidencia sustancial que obligue a adecuarlos (art. 282 CPr/DJ) por lo que se mantienen los de primera instancia y se difiere la regulación de los de la alzada teniendo presente la reserva del llamado caso federal.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso no emite su voto.

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada K. E. S. SA, fundado

a fs. 1438/1443, contra la sentencia de fs. 1387/1414vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Confirmar en lo principal la sentencia dictada de fs. 1387/1414vta. y revocar parcialmente el punto 2 de la parte resolutiva en cuanto al monto de condena que se establece en la suma de $107.495,57, con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuanto a la condena en costas y regulación de los honorarios, con los alcances de los puntos precedentes.

4) Costas de la alzada a la parte demandada.

5) Regular los honorarios profesionales del Dr. M. G. en el treinta por ciento (30%) y los conjuntos de la Dra. C. O. y del Dr. J. M. en el veintiocho por ciento (28%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 1443 y notificar de conformidad la intervención otorgada a fs. 1462.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara