En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil dieciocho, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R. D., W. E. c/ M. SRL s/ SUMARIO (Cobro de Pesos e Indem. de Ley)", expte. nro. 631/17**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 17/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 217), 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**: ¿Son justas la sentencia recurrida de fs. 182/194 y su aclaratoria de fs. 198/199vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia que se dicta a fs. 182/194 declara la inconstitucionalidad por el carácter no remunerativo de ítems del CCT 40/89, asimismo del tope del art. 245 LCT. Rechaza el planteo de actualización monetaria y de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora respecto al art. 4 de la Ley 25561, modif. del art. 7 Ley 23928. Hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada M. SRL a pagar en 10 días a la parte actora W. E. R. D., la suma de $137.958,44, con los alcances del considerando respectivo. Impone las costas a la parte demandada y regula los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 198/199vta., aclara la sentencia respecto a los honorarios y la imposición de las costas, los que distribuye y formula nueva regulación.

Apela la parte demandada a fs. 204 por medio de apoderado y el recurso se concede a fs. 205.

A fs. 206/208vta., se agrega el memorial respectivo de la apelación precedente. En los agravios, con referencia a "1- La mora. El curso de los intereses", se agravia por la condena desde que cada suma es debida, considerando la fecha del despido. Transcribe el fundamento del fallo por el que no viabiliza la posición esgrimida por la accionada y por lo que concluye que los intereses comienzan a computarse desde que cada suma es debida.

Considera equivocado el criterio jurisdiccional y más allá de las particularidades de la materia laboral, considera aplicable no ya el principio general que establecen los arts. 509 CC anterior, sino los 768 y 888 CCyC. Sostiene que si el empleador paga la remuneración y las indemnizaciones derivadas de un despido conforme lo dispone la norma convencional y la ley, hasta que estas no sean declaradas inválidas por inconstitucionales, no hay exigibilidad, no hay licitud ni mora; que la interpelación a pagar diferencias salariales no lo transformaban en moroso previo a la decisión judicial, que, en el caso, la sentencia es constitutiva de derechos y no declarativa. Argumenta además que M. pagó las indemnizaciones debidas, siendo la sentencia la constituyente de la variante y la mora se produce para el caso de incumplimiento de la nueva exigibilidad.

En el punto 2., considera improcedente la indemnización del art. 2 de la Ley 25323, sostiene que no estaban dadas las hipótesis de la norma dada la inconstitucionalidad declarada. Vuelve a señalar que se determinaron diferencias de los rubros previstos en la norma por la declaración de la inconstitucionalidad, lo

que implica que su parte cumplía con la legislación vigente, es la razón por la que aboga su improcedencia y cita fallo de la Sala B de esta Cámara como conforme con su petición.

La parte actora contesta los agravios la fs. 211/212, sosteniendo a contrario que la mora se produce desde el despido, destacando la existencia de un rubro –reclamo por la retención indebida-, que no fue objeto de la apelación. Niega asimismo la misma argumentación del segundo agravio, estimando que la situación planteada no exime de la forma dispuesta.

Tratamiento de los agravios.

Conforme lo releva la demandada al expresar los fundamentos del fallo, este deja constancia del concepto que las diferencias reclamadas tuvieron fundamento en la declaración de inconstitucionalidad, así dice: "…sin perjuicio del fundamento de tales diferencias que llevaron al análisis de un planteo de inconstitucionalidad y a la recepción del mismo para viabilizar aquellas…", considera que con la intimación de fecha 15 de noviembre de 2015, la llevan a rechazar la posición de la demandada y viabilizar el punto de partida de los intereses desde que cada suma fue debida".

En contra sostiene la agraviada que el resarcimiento "intereses" por la obligación dineraria debe resultar de la exigibilidad conforme al art. 509 del Código anterior, o bien con los actuales 768 y 888 CCyC.

El razonamiento de la recurrente con la sola aplicación del derecho común deja sin relevancia que rigen la materia los fundamentos y particularidades del derecho laboral, que prevalecen sobre aquel, donde si reconoce la declaración de inconstitucionalidad de los acuerdos que desconocen la naturaleza salarial de los incrementos, lisa y sencillamente no puede negar la inexistencia de obligaciones pendientes y la constitución en mora con la intimación interpuesta

oportunamente por la parte actora. La tutela de la retribución trasciende al ámbito supralegal que otorga el art. 75 inc.22 de la C.N. con la reforma constitucional del año, lo que se ha denominado como el "bloque constitucional federal" y en su conjunto con el art. 14 bis de la C.N., impide la aplicación de las normas que las contraríen.

Por ello, el único carácter constitutivo de la sentencia sostenido por la recurrente no prospera, cuando la interpretación más amplia entendida por la doctrina –propia del art. 9 L.C.T.– considera que las sentencias constitutivas son solo una modalidad de las sentencias declarativas, con lo que sus efectos han de remitirse asimismo retroactivamente al momento del desconocimiento al derecho a la integridad del salario.

Precisamente, la jurisprudencia de esta Cámara, Sala B, rechaza la tesis de la demandada. La Sala se expide en los autos caratulados: "M., V. V. c/ M. S.A. s/ sumario – cobro de pesos e indem. de ley", expte. N° 553/15, voto del Dr. Hayes, con cita de doctrina, que la norma declarada inconstitucional debía considerársela como no sancionada respecto a la cuestión debatida, que no es un derecho válido con lo que deberá resolverse prescindiendo de tal norma y con lo que concluía que no sería justo que el deudor se excepcionara del pago de los intereses en razón de una norma que jamás tuvo valor. En sentido similar se expide la Dra. García Blanco, señalando que la cuestión constitucional dirime un obstáculo que deriva de la norma impugnada, no pudiendo prevalerse la demandada de su propio actuar disvalioso para obtener una ventaja que importa un abuso del derecho y por ende un enriquecimiento sin causa.

Por lo expuesto, se rechaza el agravio y confirma la decisión jurisdiccional.

Improcedencia de la indemnización del art. 2 Ley 25323:

La queja pasa por sostener que el pago no se formalice a sabiendas que debía pagar las indemnizaciones comprendidas en la norma, la indemnización por antigüedad del art. 245, el preaviso del art. 232 e integración del mes de despido del art. 233 L.C.T., reiterando conforme con el argumentación precedente, que las diferencias resultaron como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, inexistentes al momento del despido, invocando el art. 19 de la C.N.

Si bien se concluyó bajo la premisa constitucional en la inaplicabilidad de las normas que medran contra la integralidad del salario, razón del rechazo del primer agravio, atento al carácter punitivo de las sanciones indemnizatorias del presente art. 2 Ley 25323, donde la falta de pago no responde a una actitud dolosa (falta de pago a sabiendas), debe eximirse el pago del incremento indemnizatorio.

Se hace lugar al agravio y revoca parcialmente la condena indemnizatoria del art. 2 Ley 25323, en la suma de $16.359,39, la señalada a fs. 190.

Atento a la naturaleza del juicio cuya demanda prospera en lo principal y lo precedentemente señalado, las costas de la primera instancia deben confirmarse (art. 57 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico), correspondiendo asimismo las de esta alzada a la demandada, atento al resultado del recurso que prospera en lo principal (art. 69, 2da. parte Ley XIII N° 5 del Digesto aludido).

Los honorarios regulados en primera instancia, con la aclaratoria de fs. 198/199vta. se encuentran consentidos, con lo que según las escalas previstas en la ley de aranceles, la regulación en porcentajes refleja a todo evento el mérito de los trabajos profesionales y el resultado del proceso por lo que se confirman.

En esta alzada, atento a la relevancia de las cuestiones apeladas y su resultado, los arts. 5, 6, 8, 9 13 y concords. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, propongo los honorarios conjuntos de los Dres. C. S. K., F. L. L. y P. N., en 28% y los del Dr. J. J. E. en 30% de los regulados en primera instancia.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada M. SRL, fundado a fs. 206/208vta., contra la sentencia de fs. 182/184 y aclaratoria de fs. 198/199vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia respecto al monto de la condena, que se establece en la suma de $121.599,05 con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar la imposición de las costas de la primera instancia y regulación de honorarios.

4) Costas de la alzada a la parte demandada, proponiendo la regulación de honorarios de conformidad al considerando respectivo.

5) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 208vta.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 182/194, integrada con su aclaratoria de fs. 198/199 vta., es apelada por la demandada a fs. 204, conforme lo expuesto a fs. 206/208vta., que le fue rebatido por su oponente a fs. 211/212.

Que quien me precede en la votación de la presente, al tratar la cuestión que resiste la vencida y formular su opinión, ha admitido de modo implícito la procedencia formal del recurso, en lo que acuerdo tras detenida lectura de su contenido en relación a lo resuelto, aún cuando luego desestima la crítica en cuanto al punto del tiempo de la constitución en mora y acoge el segundo

agravio referido al agravamiento indemnizatorio a resultas del art. 2 de la Ley 25323.

Que a fs. 4 obra la comunicación patronal por la que se prescinde de los servicios de la accionante y se le pone a disposición la liquidación final y demás recaudos de ley. A fs. 6 obra el rechazo del cálculo indemnizatorio intimando a integrar al mismo el rubro considerado no remunerativo para lo cual alega su inconstitucionalidad, al margen de otros presuntos incumplimientos. Funda tal pretensión en la doctrina fundada por nuestra CSJN.

La intimada comunica su rechazo tal como obra a fs. 7, alegando haber cumplido conforme la normativa aplicable.

Finalmente, consentida la inconstitucionalidad alegada extrajudicialmente y reformulada con mayores argumentos en la demanda, la recurrente tal solo cuestione el tiempo de la mora. Así, tal consentimiento ha justificado el reclamo oportunamente formulado, en consecuencia, la incidencia de los intereses conforme la integración ordenada como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la naturaleza de tal ítem, corren desde que aquella fecha, esto es desde que la obligación se tornó exigible. Tal el razonamiento del fallo (fs. 192) y con abundancia de razones se decidió en circunstancias análogas y que en definitiva sostiene mi colega en su voto.

Lo dicho de ningún modo alcanza para justificar el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la Ley 25323, ya que de ningún modo se configuró la conducta que prevé la norma para justificar tal sanción y en tal sentido se ha dicho: “Finalmente, la condena al empleador a abonar la multa estipulada por el art 2 de la Ley 25323 (multa por pago insuficiente de los rubros indemnizatorios) por el simple hecho de haber cumplimentado el trabajador con la intimación sin adentrarse en el análisis que, en el presente caso, no

correspondía tomar en cuenta dichas sumas en la base de cálculo indemnizatorias si no fuera por el hecho de que un tribunal decidiera su inconstitucionalidad. Recordamos que la ley determina para este último caso: "... 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". Este extremo no fue analizado en la causa", agregando: "Respetuosamente disiento con lo resuelto por tribunal con respecto a la procedencia de este artículo en el presente caso dado que la demandada cumplió fielmente con las obligaciones laborales impuestas en tiempo y forma y recién cuando el tribunal determina la inconstitucionalidad… queda sellado el carácter remunerativo de ciertos conceptos para la presente causa…" (ver comentario en caso análogo titulado "Infundada aplicación de las multas de la Ley 25323", por Gabet, Alejandro, publicado en DT 2014 (febrero), 359, cita *on line*: AR/DOC/97/2014).

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo acoger parcialmente los agravios; no obstante, en atención a lo resuelto, se mantiene la condena en costas a la recurrente en ambas instancias y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo. Asimismo, se tiene presente la introducción de la cuestión federal.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

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 (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), 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 M. SRL, fundado a fs. 206/208vta., contra la sentencia de fs. 182/184 y aclaratoria de fs. 198/199vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia aludida respecto al monto de la condena, que se establece en la suma de ciento veintiún mil quinientos noventa y nueve pesos con cinco centavos ($121.599,05), con los restantes alcances del punto.

3) Confirmar la imposición de las costas de la primera instancia y regulación de honorarios.

4) Costas de la alzada a la parte demandada.

5) Regular los honorarios profesionales de los Dres. C. S. K., F. L. L. y P. N., conjuntamente, en un veintiocho por ciento (28%) y los del Dr. J. J. E. en un 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) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 208vta.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara