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 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. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., C. E. y otros c/ S. A. SA s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 648/17,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 1000/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 500), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, 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**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 441/458vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La jueza de grado hizo lugar a la demanda interpuesta y condenó a S. A. S.A a abonar en el plazo de 10 días de quedar firme la sentencia al Sr. C. E. T. la suma de $214.335,83), al Sr. M. M. C. la suma de $160.318,37 y al Sr. S. K. O. C. la suma de $1.500.995,35 con más intereses. Hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad respecto al carácter no remunerativo de los rubros abonados con tal calificación. Asimismo, condenó en el mismo plazo a hacer entrega a los actores del certificado de trabajo, y de la constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones correspondientes. Impuso las

costas a la demanda vencida y reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

1. Recurso:

Contra tal sentencia, obrante a fs. 441/458, se alza la parte demandada mediante recurso interpuesto a fs. 461 concedido a fs. 462.

A fs. 463/483 obran glosados los agravios de la demandada, que fueron contestados por la contraria a fs. 485/495 y vta.

2. Agravios:

El primer y segundo agravio refieren a la declaración de inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a los rubros de vianda, adicional paz social, adicional mensual bono torre, adicional base, cuota suma Resolución 311/325 ST y la vulneración al principio de seguridad jurídica que ello implica a su entender.

Señala que el art. 25 de la Ley 19549 consagra plazos de caducidad y que la Corte Nacional en el antecedente “Ruiz Daniel” se expidió al respecto, transcribe parcialmente un extracto del dictamen del Procurador. Transcribe doctrina al respecto.

Señala que la norma convencional atacada no encubre fraude laboral alguno por parte del sector empresario ni evidencia perjuicio material para el trabajador, por lo tanto, no debe proceder la declaración de inconstitucionalidad al respecto.

Recuerda que su parte sostuvo que al tachar de inconstitucionalidad el mencionado acuerdo, la actora está vulnerando la doctrina de los actos propios por lo que tal conducta contradictoria no puede ser convalidada jurisdiccionalmente. Afirma que se intenta obtener del principio de irrenunciabilidad de derechos conclusiones que devienen inaceptables, pues de seguirse, conducen al derrumbe de todo el andamiaje jurídico incluido el

estructurado en base al sistema de convenciones colectivas de trabajo.

Invoca lo decidido por la Corte suprema de Justicia en autos “Luna c/ Compañía Naviera Pérez Companc SA” del 1 de agosto de 1989, que respalda con plena legalidad y firmeza la voluntad de las partes signatarias.

Argumenta que la convención colectiva homologada por el Ministerio de Trabajo, tal como la que se encuentra en discusión en autos, o cualquier cláusula de la misma, no puede ser impugnada ante la autoridad judicial sin el trámite administrativo previo. Remite a opiniones doctrinarias respecto de la necesidad de reclamo previo a la demanda judicial.

Argumenta que las resoluciones del Ministerio de Trabajo de la Nación que homologan la serie de acuerdos arribados con la representación gremial son el fiel reflejo de un procedimiento previo que implicó negociaciones, intercambio de opiniones e informaciones entre las partes intervinientes. Cada punto fue debatido y analizado prestando debida atención a fin de evitar vulnerar derechos de los dependientes, lo que constató y certificó la autoridad nacional. De tal manera, los actos homologatorios a raíz del transcurso del tiempo desde su dictado, adquieren calidad de cosa juzgada material.

Solicita se admita el agravio y se declare en consecuencia que los conceptos en cuestión no resultan remunerativos y deje sin efecto las pretendidas diferencias salariales e indemnizatorias admitidas.

Disiente con el criterio de interpretación del Convenio N° 95 de la OIT de la magistrada de grado y expone el propio concluyendo que otorga menos protección que la legislación nacional y que el mismo no prohíbe las sumas no remunerativas, por tanto mal pudo la jueza

fundar su fallo en dicha norma correspondiendo se enmiende su desacierto

Concluye en que el fallo violenta el principio de seguridad jurídica que constituye un deber de preservar para los jueces. Solicita se admita el agravio y se revoque el fallo.

La improcedente condena a la aplicación del art. 2 de la Ley 25323. Sostiene la quejosa en su tercer agravio que la finalidad de la normativa en análisis consiste en sancionar al empleador que maliciosamente no abona las indemnizaciones debidas al extinguirse la relación laboral o inventa un despido con idéntica finalidad. Entiende que no concurren en el caso los presupuestos para que se configure: la intimación fehaciente, la mora por parte del empleador, el despido sin causa del cual resulte un crédito exigible y la intencionalidad de no pagar. Si bien existió intercambio telegráfico entre las partes, el mismo no lo fue con el alcance que la ley otorga a dicho acto. Respecto de la mora sostiene que la demandada ha cumplido oportunamente con el pago del despido incausado conforme la ley y lo establecido por las convenciones colectivas. Señala que es una consecuencia directa de la necesidad de la mora del empleador la existencia de un crédito exigible, por lo que en tanto y en cuanto no se haya este establecido por sentencia firme, no ha incurrido en incumplimiento. Agrega que resulta un presupuesto esencial para la procedencia del incremento, la intención del empleador en la omisión del pago de las indemnizaciones, lo que no se encuentra configurado en autos, ya que el actor hasta la sentencia judicial nunca tuvo derecho a percibir las indemnizaciones. Transcribe doctrina al respecto.

Agrega que el aumento dispuesto por el art. 2 de la Ley 25323 es una sanción, por lo tanto, requiere de una conducta dolosa para su aplicación, su ausencia lo

exime de toda sanción. Aduna a ello que la ley prevé la existencia de ciertos "atenuantes" en caso de que se considere la improcedencia de la sanción justamente por falta de intencionalidad maliciosa en el empleador. Concluye que no es posible la condena solicitada por la contraria toda vez que no existiendo un crédito exigible, en este caso, el incremento establecido por la ley perdería la finalidad tenida en miras (evitar los abusos por parte de los empleadores en la falta de pago de las indemnizaciones legales o en la disposición de despido fraudulentos), para convertirse en una herramienta de extorsión por parte de los trabajadores, elevando sus liquidaciones de forma arbitraria y cayendo en un claro caso de abuso del derecho en los términos del art. 1071 bis del Código Civil.

Se alza contra la procedencia por diferencias salariales e indemnizatorias. Le causa agravio que la sentencia ordene genéricamente el abono de las sumas reclamadas sin efectuar cálculo alguno, ni cómputo de los rubros liquidados, ignorando todos los cálculos efectuados en la prueba pericial contable, así como las sumas abonadas durante la relación laboral, sumas que fueron constatadas de la documentación contable y no surgen de la apreciación infundada efectuada por la actora en su escrito de inicio.

Entiende que tal lo calculado por el perito contador, haciendo aplicación del CCT que les corresponde a los actores las liquidaciones en caso de despido incausado ascenderían para M. C. a $58.736,14; C. T. $69.018,12; y S. C. $656.443,49 y lo abonado por su mandante fue $53.445,14, $62.242,03 y $656.443,49 respectivamente, por lo que no existe fundamento alguno del que resulte que a los actores se le deban las sumas que pretenden y que la sentencia improcedentemente y sin justificación haya hecho lugar.

Sostiene en caso de que deban calcularse diferencias salariales y/o indemnizaciones las mismas deberán efectuarse sobre los datos reales y corroborados en la documentación contable. Señala que la pericia contable ha determinado la mejor remuneración mensual, normal y habitual de los actores.

Solicita se haga lugar al agravio y en el hipotético caso de que existan diferencias se calculen sobre las sumas realmente percibidas.

La condena al pago de la multa establecida en el art. 80 LCT es motivo de agravio toda vez que surge de los telegramas que la empleadora puso a disposición del actor las certificaciones reclamadas, no obstante el único que concurrió a retirarla fue el Sr. T., Transcribe jurisprudencia en apoyo de su postura sosteniendo que no se configura el incumplimiento si la certificaciones fueron puestas a disposición, sosteniendo que la norma en cuestión constituye un instrumento de lucha contra la evasión fiscal, de naturaleza jurídica compulsiva, castigando solo al empleador que no dio cumplimiento con sus obligaciones, resultando por tanto improcedente hacer lugar a la indemnización regulada en tanto se haría un ejercicio abusivo del derecho.

En sexto término critica la desestimación de la aplicación de topes indemnizatorios, basada en la falta de publicación de los mismos por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su sitio web, más aun cuando hasta la parte actora considera constitucional el tope establecido por la doctrina Vizzoti.

Sostiene que el art. 14 bis de la Constitución Nacional deja librado a los criterios de oportunidad y conveniencia propios de la actividad legislativa la elección del régimen de protección contra el despido arbitrario. Clasifica los mismos.

Manifiesta que desde la adopción de nuestro sistema resarcitorio por ruptura injustificada del vínculo laboral se admitió casi invariablemente la legitimidad de la regla jurídica que establece límites a la reparación y ello al influjo del carácter específico del derecho del trabajo, en virtud del cual se adoptaba un dispositivo transaccional que establecía *a priori* la intensidad del perjuicio y el método tarifado de cobertura quedando vedado a las partes invocar uno mayor o menor porque cualquiera hubiera sido la gravedad o levedad recibía la respuesta uniforme proveniente del régimen legal.

Señala que a partir de la sanción de la Ley 24013 -Ley de Empleo-, la formulación del tope indemnizatorio varió de manera sustancial, ya que dicho plexo pauta el tope de la indemnización por despido con base en el nivel remuneratorio genérico, triplicando el promedio salarial del sector profesional, introduciendo la dinámica de incrementos que pudieran derivar de situaciones particulares de las empresas o de la actividad en que estas se nuclean, según cual fuere el grado de descentralización de la negociación colectiva.

Argumenta que esta última innovación es vital para la ponderación ulterior respecto de la constitucionalidad del mecanismo, por cuanto no será más una decisión de "política económica" la que incide en la determinación del tope indemnizatorio por despido, por el contrario, será "la autonomía de la voluntad colectiva" expresada libremente en un convenio colectivo de trabajo, el factor que determinará el componente indispensable para la determinación del tope indemnizatorio.

Entiende que el principio de separación de poderes es fundamental en el sistema republicano, no pudiendo los jueces prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley, en este caso la de Contrato de Trabajo, so

pretexto de su injusticia, en tanto corresponde con exclusividad al Poder Legislativo la reglamentación de la protección contra el despido arbitrario.

Solicita se haga lugar al agravio y se haga aplicación del tope establecido en la doctrina Vizzoti para el caso de que se adeude suma alguna a los actores en concepto de antigüedad.

Los últimos dos agravios se refieren a la tasa de interés y a la fecha a partir de la cual corren los intereses sobre las sumas declaradas como remunerativas. Afirma que los mismos deben correr desde que la declaración de inconstitucionalidad que efectúa quede firme. Sostiene que la declaración de inconstitucionalidad no solo rige para el caso concreto, sino que además no tiene efectos retroactivos y rige en consecuencia solo para el futuro por mera aplicación del básico principio del art. 7 del nuevo ordenamiento civil y comercial, siguiendo su precedente del art. 3 del Código Civil derogado. Indica que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que aquellos fallos de la misma que importen el cambio de la doctrina sobre determinada materia, no tienen efecto retroactivo, y solo rigen con base en el principio mencionado hacia delante. Transcribe jurisprudencia en apoyo de su discurso.

Entiende que según la doctrina de la Corte en el caso “Anadon” la recta aplicación de los principios en juego determinaban que la Sra. jueza *a quo*, siguiendo el precedente referido resolviera que los intereses solo se devengarán hacia delante, y no hacia atrás como lo decide de manera no arreglada a derecho.

En cuanto a la tasa, refiere que fijada por la sentenciante contraría la que tiene establecida la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así también el Excmo. Superior Tribunal de Justicia, lo que equivale a sostener que la doctrina vinculante de aquellos ha sido

desatendida por la señora jueza *a quo*, lo que habilita a dejar sin efecto lo resuelto.

Solicita se admita el recurso de apelación con costas.

Ratifica reserva del caso federal.

2. Antecedentes:

Los Sres. C. E. T., M. M. C. y S. K. O. C., promovieron demanda laboral contra S. A. S.A. Reclamaron Diferencias impagas sobre la indemnización por vacaciones no gozadas con el sueldo anual complementario proporcional, diferencia impaga sobre la integración del mes de despido con el sueldo anual complementario proporcional, diferencia impaga sobre la indemnización por el preaviso no otorgado con el sueldo anual complementario proporcional, diferencia impaga sobre la indemnización por antigüedad como consecuencia de la falta de consideración en la base de cálculo de los rubros considerados no remunerativos por los CCT 511/07 y su sucedáneo 611/2010 y del cómputo del proporcional por SAC, indemnización art. 2 de la Ley 25323, indemnización art. 80 LCT. Con más los intereses practicaron liquidación. Reclamaron también certificado de trabajo y constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones. Relataron que desde su ingreso trabajaron para la demandada desempeñándose en funciones técnico/jerárquicas y fueron despedidos sin justa causa el día 06 de diciembre del año 2011, luego de que finalizara la conciliación obligatoria decretada por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social. Solicitaron que se declare la inconstitucionalidad de las normas convencionales que asignaron naturaleza extrasalarial a rubros remunerativos y la no aplicación de tope indemnizatorio. La demandada a su turno solicitó el rechazo de la demanda.

3. Tratamiento de los agravios:

a) En razón de la íntima vinculación entre los agravios primero y segundo, los mismos serán tratados en forma conjunta.

La actora peticionó se decrete la inconstitucionalidad del CCT 611/10 y los sucesivos acuerdos paritarios en los que se hubieren pactado como sumas no remuneratorias rubros tales como vianda, adicional o bono de paz social, adicional mensual bono torre, adicional base, cuota no remunerativa resolución 311/325 ST, suma fija en el entendimiento que los mismos formaban parte del salario normal, habitual y mensual de los actores a efectos de que tales rubros sean computados para el cálculo y pago de las indemnizaciones emergentes del despido conforme lo establecido por el Convenio N° 95 de la OIT, por cuanto tales sumas constituyen la contraprestación económica brindada por la demandada por el trabajo personal ejecutado por los accionantes.

La demandada, a su turno, sostuvo que la parte actora jamás impugnó la validez de los CCT y actas acuerdos debidamente homologadas y tampoco solicitó se declare la nulidad en las actuaciones de la resolución administrativa que homologa tales acuerdos, postuló el rechazo en forma liminar de la demanda, en tanto la actora no cumplió con la previa actuación administrativa oportunamente y como consecuencia de la aplicación de la teoría de los actos propios.

En el punto, la jueza ajustó su razonamiento a la doctrina emanada de la Corte Nacional en autos “Madorrán, Marta cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ Reinstalación”, precedente que establece que las restricciones establecidas por las normas de convenio colectivo no pueden retacear derechos que dimanan de normas legales de jerarquía superior. Adunó a ello lo sentado en los autos “Perez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A. s/ Recurso de hecho”, doctrina receptada por

la CNAT y numerosos tribunales del país, teniendo en consideración que considerar que dichos aumentos no son remunerativos afecta gravemente el derecho de propiedad de los trabajadores (art. 17 CN) y a una retribución justa (art. 14 CN) y toda vez que la protección de la dignidad de la persona y del bien común son los criterios que presiden la consideración del trabajo humano, que excede del mero mercado económico y se apoyan en principios de cooperación, solidaridad y justicia normativamente comprendidos en la Constitución Nacional.

Contrariamente a lo afirmado por el recurrente, respecto a que la norma convencional atacada no perjudica al trabajador, he señalado en SD 29/2017, y aquí lo reitero, que la categorización como no remunerativos de ganancias percibidas por el trabajador, a toda luces afectas al dependiente tanto en el cálculo de sus aportes y contribuciones a la seguridad social incidiendo directamente sobre sus futuros haberes jubilatorios, como en el cálculo de las

indemnizaciones por antigüedad, preaviso y las restantes indemnizaciones agravadas que procedan por su impacto negativo.

La integración del salario con sumas otorgadas por negociaciones colectivas y calificadas como no remunerativas ha sido objeto de pronunciamiento invariable por esta Cámara en sus dos salas, declarando la inconstitucionales de tal calificación mediante la aplicación de la doctrina emanada de la Corte Nacional en autos “P., A. R. c/ D. S.A. s/ Recurso de hecho” (esta Sala B S.D. “L” Nro. 3/2012; 25/2013; 22/2016, Sala A S.D.”L” Nro. 4413/2012, 21/2014, 41/2015 entre muchas otras).

Respecto a la pretendida aplicación de la teoría de los actos propios al particular, en nada enervan el

decisorio recurrido los argumentos expuestos en tanto la misma deviene inaplicable. Ello es así porque en materia laboral la aplicación de dicha teoría se halla restringida por los principios de irrenunciabilidad y de protección a favor del trabajador que obstan a su aplicación. De otra manera, bastaría con anteponer al reclamo del trabajador un "acto propio" anterior, que contravenga sus reclamos posteriores para cercenar los derechos que pretende hacer valer.

Huelga recordar el principio de irrenunciabilidad consagrado en el artículo 12 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo por el cual existen una serie de derechos asegurados y garantizados por la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo que se encuentran fuera del marco de negociación y libertad de contratación de las partes, y cualquier pacto en contrario será nulo y sin ningún valor. En tal sentido cobra especial relevancia el concepto de salario/sueldo que brindan los arts. 103 y 103 bis LCT y toda la construcción doctrinaria y jurisprudencial en torno a los mismos.

Tampoco alcanza a conmover lo decidido la interpretación realizada por la quejosa en relación a la puesta en riesgo de la seguridad jurídica, teniendo en cuenta que toda norma integrante de nuestro ordenamiento jurídico resulta susceptible del control de constitucionalidad adoptado por nuestro Estado. Es que sin una adecuada operatividad de la técnica que importa el control de constitucionalidad, la impronta dogmática que supone la enunciación de la teoría de la supremacía constitucional solo quedaría definida como una concepción romántica del ideario racionalnormativista.

La supremacía de la Constitución supone que las estructuras infraconstitucionales que contraríen la manda del texto supremo se desplacen, declarando su

inconstitucionalidad, no obstando a ello que la regla en cuestión emane de un convenio colectivo de trabajo.

Tal criterio, además, ha sido sostenido por esta Sala en su anterior composición en S.D. "L" Nro. 3/2012 y 35/2013, pues en nuestro sistema todas las normas jurídicas, cualquiera sea su fuente, son susceptibles de esa tacha conforme lo señalara la SCJN en el recordado precedente "Madorrán".

En tal sentido, se ha señalado que las prestaciones que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo son tipificadas como remuneraciones por el legislador y sus características son definidas por el art. 103 LCT., sin embargo, a partir de la Ley 24700 pareciera difuminarse lo que es objeto de una definición clara y precisa del art. 103 bis LCT, y en el caso, esta duda razonable quedó descartada a partir de la reforma constitucional de 1994 que determina como normas supralegales los tratados internacionales -ingresan en esta categoría los tratados vigentes de la OIT-, por lo tanto, con esta fuente y lo establecido por los art. 1 y 4 del Convenio 95, no queda duda que toda contraprestación sea en dinero o en especie, que perciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración. Por lo tanto, si las normas aplicables al caso vulneran normas de jerarquía constitucional o supralegal que reconocen derechos irrenunciables porque el orden público se encuentra interesado en que su titular los conserve y ejerza, aun en contra de su voluntad, tales como los consagrados a favor de los trabajadores, el juez podrá aun de oficio declararla inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad de aquellas (ver *v. gr.* CNTrab., sala V, 13/05/2011 –"G. A. I. c/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios"-, cita: MJ-JU-M-66285-AR - MJJ66285 - MJJ66285).

En consecuencia, propongo el rechazo de los dos agravios.

b) Improcedente condena a la aplicación del art. 2 de la Ley 25323.

La demandada cuestiona que la jueza *a quo* dispusiera la procedencia de la indemnización establecida por el art. 2 de la Ley 25323. Entiende que no se da en el caso el supuesto previsto por la norma desde que no se encuentran reunidos los requisitos para su procedencia y que en todo caso corresponde la aplicación del segundo párrafo de la norma desde que abonó las indemnizaciones.

Es cierto que abonó las indemnizaciones, como también es cierto que esta Sala que integro ha decidido que tratándose de rubros cuyo carácter remuneratorio fue cuestionado, habiéndose abonado las indemnizaciones y dependiendo de tal cuestionamiento la procedencia de la diferencia, fue morigerada y hasta dejada sin efecto la sanción prevista por la norma (SD 8/12 "L", 38/2012 "L" y 35/2013 "L", entre otras).

No obstante, en el caso, no resulta de aplicación tal criterio y adelanto que el agravio no será admitido.

El art. 2 de la Ley 25323, implementó un sistema de recargo indemnizatorio que convierte en más onerosa la obligación de pagar las indemnizaciones por despido injustificado en tiempo oportuno. Se trata de una sanción por la infracción del bien jurídico protegido: el mantenimiento de la ecuación conforme a la cual la limitación del resarcimiento –por ser tarifada- debe encontrar correspondencia en el cumplimiento del beneficio prometido a cambio término (Machado, José Daniel, "Teoría y Práctica del artículo 2° de la Ley 25323", en Revista de Derecho Laboral "Contratación y Registración Laboral", Rubinzal Culzoni 2009-2 p. 397 y sgtes.)

De allí que se sancione la renuencia previa que "consecuentemente obligare" a promover el juicio.

"La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esta norma a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (*cf*. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", publicado en D.T. 2001-A, págs. 223/227; Grisolía, Julio Armando, "Régimen 29 Indemnizatorio en el contrato de trabajo", págs. 313/315, Editorial Jurídica Nova-Tesis, 2ª edición ampliada y actualizada, año 2000 y Etala, C. Alberto, "La nuevas normas de la Ley 25323", publicado en Rev. D.T., tomo 2000-B, págs. 2085/2089 cit. en STJCh 6/SRE/06).

La propia norma prevé: "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".

Es decir que el legislador confirió a los jueces, las facultad de valorar las conductas de las partes. En el caso, advierto que los actores, luego de haber sido despedidos, cobrado sus indemnizaciones finales y controlado las sumas percibidas, en los meses de febrero de 2013 (Ortiz), marzo de 2013 (Corte) y abril de 2013 (T.) intimaron a la empleadora a que abone las diferencias en la liquidación final "por no computarse para el cálculo de las indemnizaciones al total de mi salario devengado incluyendo los conceptos consignados como no remunerativos en el recibo de haberes" bajo apercibimiento de ley (art. 2 Ley 25323) (fs. 112, 116 y 120).

Por ello, habiendo tenido oportunidad de rever sus cálculos, con debido anoticiamiento de la causa de las diferencias indemnizatorias que reclama, surge nítidamente la renuencia que la norma sanciona no dándose en el caso, supuesto de excepción o morigeración alguna.

Se ha demostrado que concurren los extremos que determinan la procedencia de la indemnización prevista por el artículo 2 de la Ley 25323 (despido, falta de pago en forma íntegra las acreencias debidas al trabajador, intimación de pago fehaciente al empleador, inicio de las acciones judiciales tendientes al cobro de tales créditos).

Huelga recordar que esta Cámara invariablemente ha seguido los criterios sentados por la Corte Nacional a partir del dictado del fallo "P., A. R. c/ D. S.A." (1/9/2009), y reiterado en "G., M. N. c/ P. S.A. (19/5/2010)". Por tales razones propongo rechazar el agravio.

c) Improcedencia de diferencias salariales e indemnizatorias.

Se agravia la recurrente por cuanto la sentencia ordena genéricamente el abono de las sumas reclamadas por los actores en la demanda sin efectuar cálculo alguno omitiendo considerar la prueba pericial contable.

La queja desatiende las constancias de la causa, lo decidido por la jueza en torno a los rubros no remunerativos y confirmado en este voto y los puntos informados por el perito a su propia propuesta.

En tal sentido, advierto que la recurrente, entre los puntos de pericia propuestos, solicitó que el perito informe discriminadamente los rubros percibidos en las remuneraciones en los últimos 12 meses.

Solicitó también informe sobre rubros remunerativos y no remunerativos y de la pericia se advierte que en las sumas indicadas por el perito no fue calculada la incidencia del SAC.

Por último, destaco que en la respuesta dada al punto 7 a fs. 382 no se consideraron los rubros que fueron declarados no remunerativos, mal puede entonces fundarse el agravio en tales sumas informadas, como tampoco en la presunta liquidación efectuada conforme

los lineamientos de fallo Vizzoti, que como quedó dicho, no resulta de aplicación en el caso.

Por tales razones, resulta infundada la crítica que se efectúa con fundamento en la prueba pericial contable.

d) Improcedente condena al pago de la multa establecida en el art. 80 LCT.

Causa agravio a la demandada que la condena al pago de la multa por falta de entrega de los certificados de trabajo, toda vez que surge de los telegramas que la empleadora puso a disposición del actor las certificaciones reclamadas, no obstante el único que concurrió a retirarla fue el Sr. T.. Transcribe jurisprudencia al respecto.

En relación con ello, si bien la demandada sostuvo en el responde de la acción que la mentada certificación fue puesta a disposición de los trabajadores, lo cierto es que no obra en autos probanza de que ello haya sido así. De hecho, no existe constancia del retiro de certificado de trabajo por parte del Sr. T. tal como afirma la quejosa, sino del formulario PS 6.2 tal como se desprende de fs. 146.

Recuerdo aquí que el formulario PS 6.2 ANSES es el denominado “certificación de servicios y remuneraciones”, el que se encuentra, en rigor de verdad, contemplado en el art 12, inciso g) de la Ley 24241, es útil a los fines previsionales e implica el reconocimiento de servicios o la obtención de un beneficio previsional y queda archivado en las oficinas del organismo estatal, este difiere de la documentación reclamada por la actora al interponer la acción en tanto se persigue la condena a confeccionar y hacer entrega a los actores de certificado de trabajo y constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones con los requisitos del art. 80 LCT.

Por ello, toda vez que los actores intimaron fehacientemente a través de TCL, el Sr. Ortiz mediante CD 34276170 9, de fecha 21/02/2013 el Sr. Corte mediante CD 34275695 5, de fecha 19/03/2013 y el Sr. T. mediante CD 342755204 9 de fecha 05/04/2013, no habiendo la demandada hecho entrega de la documentación requerida, ni consignado la misma, se hallan configurados en autos los presupuestos para tener por incumplida la obligación por parte de la empleadora y viabilizar la multa prevista por el art. 80 LCT, lo que me lleva a desestimar el agravio.

e) Desestimación de la aplicación de topes indemnizatorios.

En reiteración de los argumentos esbozados al contestar demanda (fs. 169/171), considera arbitrario y lejano a derecho el razonamiento efectuado por la sentenciante en el sentido que no resulta de aplicación ningún tope indemnizatorio, basada en la falta de publicación de los mismos por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social en su sitio web, más aun cuando hasta la parte actora considera constitucional el tope establecido por la doctrina Vizzoti, solicita la aplicación de la misma para el caso que se adeude suma alguna a los actores en concepto de antigüedad.

Los argumentos expuestos por la sentenciante para desestimar la aplicación del tope indemnizatorio previsto por el art. 245 LCT, tienen consagrada recepción doctrinaria y jurisprudencial a nivel nacional y local, en el sentido que es al MTESS a quien le corresponde fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escales salariales de cada convenio colectivo de trabajo (último párrafo art. 245).

La aludida norma utiliza el verbo “fijar”, que implica la imprescindible actividad estatal por lo que

no cabe a las partes efectuar ese cálculo frente a la inactividad del Ministerio.

De tal manera, si el mencionado Ministerio omitiera fijar y publicar el tope, el crédito indemnizatorio debe ser calculado con las restantes pautas de la ley, pues no resulta pertinente la fijación de límites por parte de otra entidad (*cf*. Ojeda, Raúl Horacio, comentario art. 245, "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada", Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2011, p. 437).

De allí que la falta de fijación de topes como en el caso, conforme la prueba rendida en autos, impide su aplicación y no es dable siquiera la disminución que se pretende por la aplicación lisa y llana de la doctrina del precedente Vizzoti, en el marco de lo resuelto por otros tribunales, incluso por la Sala B de esta Cámara, porque estamos ante situaciones que no son idénticas y tampoco equiparables.

La solución a la que ha arribado la jueza se ciñe estrictamente al propio texto del artículo 245 de la LCT y por lo tanto propongo el rechazo del agravio.

f) Los intereses sobre las sumas declaradas como remunerativas.

Sostiene la recurrente que los intereses recién corren desde que la declaración de inconstitucionalidad que se efectúa quede firme. Solicita se aplique lo resuelto por el Juzgado Laboral N° 2 en autos: "C. M. A. c/ T. V. de A. SA s/ Sumario – cobro de pesos e indem. de ley. Expte N° 25/2013.

Corresponde aclarar que lo resuelto en el antecedente citado y que constituye el fundamento de la queja, fue revocado recientemente mediante sentencia definitiva de esta Sala nro. 52/2017 (6/12/2017).

Pero ya con anterioridad, esta Sala, mediante Sentencia Definitiva nro. 3/2016 "L" (24/02/2016) dictada en los autos caratulados "M., V. V. c/ M. S.A.

s/ SUMARIO Cobro de pesos e indem. de ley", expte. N° 553/2015, decidió respecto del tópico en análisis pronunciándose por el devengamiento de intereses desde que cada suma es debida.

Es que es doctrina tradicional de la Corte Suprema A. 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).

Si la mentada norma declarada inconstitucional no se aplica, no advierto razones que justifiquen el cálculo de intereses a partir de tal declaración como postula el recurrente, pues no se trata de una aplicación retroactiva de la inconstitucionalidad declarada, sino de una norma que nunca estuvo en el universo jurídico aplicable.

Y dado que se trata de diferencias salariales, el interés debe correr desde que cada suma fue debida por el empleador, es decir desde el momento en que debió abonarse la liquidación final.

No controvierte lo expuesto que, en el caso, se hubiera declarado la inconstitucionalidad de una norma porque, aún cuando esa declaración es necesariamente judicial, la decisión adoptada al respecto resulta declarativa y, por ende, de efectos retroactivos al momento en que se devengó cada suma (*cf*. CNAT, Sala IV "Loyola Oscar Alfredo y otros c/ Telefónica de A. S.A. s/ diferencias salariales" 28/12/2010 del voto del Dr. Zas y Dra. Ferreiros, cita: MJ-JU-M62784-AR - MJJ62784 - MJJ62784).

Comparto, por tanto, lo decidido por mis colegas de Sala en los antecedentes citados y propongo rechazar el agravio en este punto.

Respecto de la tasa a aplicar, advierto que la parte actora en la demanda peticionó, en materia de intereses, se fije la tasa activa que rija para las operaciones de descuento en el Banco de la Nación A. o de la Provincia del Chubut o en otra entidad financiera que mejor refleje el costo del dinero en la plaza para el periodo que va desde la mora hasta el efectivo pago de los créditos.

Sin mediar oposición de la otra parte, la sentenciante condenó a la tasa activa del Banco Nación para préstamos personales de libre destino a 60 meses.

Esta Cámara, en sus dos Salas, ha analizado la tasa de interés que corresponde aplicar en los procesos de naturaleza laboral variando el criterio que vino sosteniendo en pleno hasta el año 2016 de aplicar la tasa activa para operaciones de descuento del Banco Nación A. por no reflejar la realidad económica y social del momento, desatendiendo así la plena protección que el salario del trabajador reclama.

Es por ello, que cotejando las distintas tasas que aplican las entidades financieras, la variable de la oferta crediticia, las variaciones de la economía según los datos que surgen de los informes de INDEC y publicaciones efectuadas por IPC consultadas, se estimó adecuada la tasa “para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut S.A. por ser la que mejor mantiene la integralidad del crédito reconocido” (esta Sala S.D. 36/L/2016; 37/L/2016; 2/L/2017; 4/L/2017; 5/L/2017; 8/L/2017; 12/L/2017; 14/L/2017, Sala A, S.D. 34/L/2016, 13/L/2017 entre muchas otras), en aquellos casos en que el principio de congruencia lo permitiera.

Tales conclusiones, de las que participo, hallan justificación en el marco de la devolución a la

"razonable discreción de los jueces de la causa” de la potestad de discernir la tasa de interés aplicable que mejor se ajuste a las garantías constitucionales, conforme doctrina de la Corte Suprema Nacional a partir de la causa “Banco Sudameris” del 17/5/94 (DT 1994-B1973) en la que se resolvió que la cuestión de la tasa de interés a aplicar no era de naturaleza federal, quedando sujeto a la prudencia judicial y no generando contienda federal salvo que por aplicación de la tasa en cuestión se suscitare el caso de sentencia arbitraria. Criterio también seguido por el Superior Tribunal de Justicia Provincial en "SIFUENTES, C. c/ LA PRADERA S.A. y/u otro s/ Indem. por Acc. Trabajo" (expte. N° 15.502-S-1996), Sent. N° 8/97.

La tasa así definida salvaguarda el capital obtenido en la condena de los efectos nocivos provocados por la depreciación monetaria, ser la de plaza local y además la aplicada por el Superior Tribunal de Justicia como adecuada en caso de intereses no estipulados ni establecidos (SD Nro. 6/SRE/02; 4/SCA/11 y más recientemente 19/SRE/15).

Por ello, haré lugar al agravio, disponiendo que al capital de condena se deberá aplicar la tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco de la Chubut S.A., con las variaciones correspondientes a los diversos tramos que se hayan devengado.

4. Costas y honorarios:

La modificación propuesta no incide en la imposición de costas de la instancia de grado porque no altera la condición de vencedora de la parte actora.

Tampoco variará la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, por haber sido efectuada en términos porcentuales y de acuerdo a la escala del art. 5, 6 y etapas cumplidas conforme el art. 38, todos de la ley arancelaria vigente XIII-4 DJPCh razón por la que los confirmaré.

Las costas de esta instancia, aun mediando éxito parcial en el recurso, en atención a la naturaleza del pleito, también se imponen a la demandada vencida.

Los honorarios, por aplicación de las pautas legales previstas por el artículo 5 y las escalas específicas del 13 del régimen arancelario se establecen en el 28% de los que le correspondan en la instancia de grado a favor de los letrados de la demandada recurrente en forma conjunta y en el 25% de los que le corresponde por su actuación en la instancia de grado a los letrados de la actora en forma conjunta.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente los agravios de la demandada y modificar el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia exclusivamente en cuanto a la tasa de interés, ordenando aplicar al capital de condena, la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para préstamos personales y familiares según el considerando respectivo.

2) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios dispuesta para la primera instancia.

3) Imponer las costas de esta instancia a la parte demandada vencida.

4) Regular los honorarios de la alzada en la forma propuesta.

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

Viene en segundo orden a mi decisión el recurso interpuesto por la demandada S. A. S.A. (fs. 461) contra la Sentencia Definitiva nro. 84/2017 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción (fs. 441/458).

Habiendo sido reseñados los antecedentes del pleito, la sentencia atacada, los fundamentos del fallo y las quejas de la parte apelante, por quien me precedió en la emisión del voto, considero cumplimentada la manda procesal (art. 165 CPr) por lo cual iniciaré

directamente el tratamiento de los agravios cuyo memorial fue incorporado a fs. 463/469, contestado por la actora a fs. 485/495.

Análisis:

Entre el primer agravio que la apelante intituló, "la declaración de inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a ciertos conceptos" y el segundo "vulneración al principio de seguridad jurídica" existe un nexo jurídico en pos de atacar la misma decisión de la sentenciante de grado lo cual conlleva a que sean abordados en forma conjunta.

La reproducción de sumarios de jurisprudencia no resulta fundamentación suficiente del recurso con el alcance exigido por el Código Procesal, en tanto y en cuanto no se vincule la doctrina judicial sentada en las resoluciones invocadas, con las particularidades que presenta el subexamen, indicándose específicamente de qué modo el antecedente citado conforma una crítica concreta y razonada del decisorio recurrido. Cuando ello no ocurre, se impone concluir que los precedentes esgrimidos conforman una solución general, desentendida de la realidad del caso, y por ende, inconducente por sí para revertir lo decidido. Como ocurre en la especie que dedicó diez carillas el apelante a transcripciones, referidas a aspectos diversos de los que fueron objeto del pleito y tratamiento por parte de la jueza *a quo*, además de jurisprudencias superadas ideológicamente por los mismos cuerpos que citó el recurrente.

No obstante lo dicho, continuando con el criterio amplio de admisibilidad de los recursos, que he mantenido en concordancia con la postura de los jueces de la Sala que integro, abordo y doy respuesta a la queja de la demandada apelante.

En situaciones anteriores similares al presente caso tuve oportunidad de expedirme, y no encuentro razón

alguna para apartarme de los criterios seguidos en dichas oportunidades. He de citar una de las muchas emitidas en tal sentido, la Sentencia Definitiva nro. 55/14/L, dictada en autos “SANTANDER, G. c/ INC S.A s/ SUMARIO”, expte. 82/14, reservada en los archivos de este tribunal.

El pago de sumas no remunerativas afectó el patrimonio del actor al excluir del cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido el importe correspondiente.

Es desestimable el planteo de la recurrente de pretender aplicar al caso la ley de procedimiento administrativo; el acuerdo homologado por el Ministerio de trabajo que alcanza el carácter obligatorio para las partes otorgantes del acuerdo, y la generalidad que ello comprende no altera su revisión jurisdicción.

No debe confundirse el acto de homologación y las impugnaciones que pueda conllevar el mismo y las partes interesadas en que se cumpla dicho cometido, con los efectos del convenio respecto de los trabajadores a los cuales se aplica. En la A. el acuerdo concertado por las partes sociales a través de un convenio colectivo de trabajo adquiere con la homologación vigencia *erga omnes*. Ese efecto *erga omnes* proviene de interpretar al convenio colectivo de trabajo como una herramienta de ejecución mínima de los principios y garantías constitucionales previstos en el art. 14 bis CN.

El acto administrativo de mayor trascendencia es sin duda la homologación de aquellos, toda vez que es en virtud de esa decisión que el convenio adquiere obligatoriedad general. Según la Ley 14250 (art. 4) de la ley, según texto ordenado por la Ley 25877 es preciso que antes del dictado del acto homologatorio la autoridad deberá proceder a su examen para comprobar que no contiene cláusulas contrarias a normas de orden publico o que afecten el interés general. Si bien es

cierto que ese control reducido al de la legalidad del convenio respecto de las normas indisponibles que contenga la legislación a favor del trabajador tiene un efecto relativo, ya que en definitiva el juez que deba resolver un conflicto individual en el cual se impugne alguna disposición convencional que se considere violatoria de norma indisponible, es quien debe resolver en definitiva, lo cierto es que el efecto de la homologación crea una presunción de legalidad del contenido del convenio (ver en este sentido Revista jurídica A. La Ley, "Derecho del Trabajo – Doctrinas esenciales" –Director Juan Fernández Madrid- T.IV, págs. 234, 264, y 413, ed. La Ley - 2010).

En países como el nuestro cuyos ordenamientos jurídicos laborales descansan sobre la idea de orden público laboral, la técnica de la limitación de la autonomía de la voluntad y la norma imperativa, el ámbito natural de solución de conflictos individuales es la justicia (autor y ob. cit., pág. 390).

Como fue señalado precedentemente, en la sentencia dictada en "P. c/ D.", el supremo tribunal federal afirmó en lo pertinente que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso: el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional.

Las cláusulas convencionales, como las que regulan los rubros y los califican como asignaciones no remunerativas, son normas destinadas a regir las relaciones individuales de trabajo que vinculan a todos los trabajadores y empleadores incluidos en su ámbito de aplicación, una vez que los acuerdos que las contienen sean homologados o, en su caso, registrados

por la autoridad de aplicación (*cf*. arts. 4°, 5° y concs., Ley 14250 –t.o. Dec. 1135/2.004–; 1°, inc. c), 8 y 9, L.C.T. –t.o.–).

Por ello se ha sostenido que el carácter normativo de las mencionadas cláusulas despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica.

Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión solo podría ser opuesta a los mencionados sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien –naturalmente– no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo.

Aun cuando por vía de hipótesis se admitiera que el cambio es en conjunto más favorable para el trabajador, ello de ningún modo justificaría la validez de una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, consagratorias de derechos irrenunciables. Por las razones expuestas, corresponde declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros).

Más aún como ocurrió en la especie, en cuanto niegan a estas cláusulas su indudable naturaleza salarial, y

vulneran –además en el presente caso el derecho constitucional del actor a la protección del salario.

La juez *a quo*, en el fallo venido en crisis efectuó un detenido y lógico fundamento estructurado en lo esencial, que es el concepto de salario, la protección otorgada por la legislación vigente (art. 103 LCT) sin desprenderse de la jerarquía constitucional, y como normas supralegales los tratados internacionales suscriptos y la aplicación en la especie de lo establecido por los artículos 1 y 4 del Convenio 95, con un criterio que comparto, que no deja duda que toda contraprestación sea en dinero o en especie, que perciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración.

Simplemente a modo ilustrativo y habiendo dejado sentado mi criterio una vez más, de conformidad con lo resuelto, cito: "El convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes". Desde dicha perspectiva, al tratarse además de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1 L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no haya suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la Ley Fundamental" (del voto del Dr. Stortini. CNTRAB - Sala X - "Ríos José Albino c/ Search Organización de Seguridad SA s/ diferencias de salarios". Citar: elDial.com - AL31B0).

Por otra parte, corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros, en cuanto niegan a estos su indudable naturaleza salarial, y vulneran en el caso el derecho constitucional del actor a la protección contra el salario., en el entendimiento que resulta

inconstitucional por vulnerar el convenio 95 de la OIT, norma de jerarquía supralegal (*cf.* art. 75, inc. 22, párr. 1°, C.N.)

Siguiendo en este orden de ideas: "El art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT (texto según art. 1 de la Ley 24700). Dicho convenio dispone que "...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha sostenido desde su reunión 65° de 1995 que los beneficios sociales cualquiera sea el nombre que se les pueda dar son elementos de la remuneración en el sentido del art. 1° del Convenio 95 y por lo tanto debe recibir la protección que al salario el mismo otorga. A ello cabe agregar que el art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT es inconstitucional por violar los derechos a una retribución justa, a la protección contra el despido arbitrario y a las vacaciones pagadas (*cf.* Arts. 14 bis y 75, inc. 22, C.N. y convenio 52 de la OIT).

Entiendo que las citas efectuadas por el recurrente en cuanto a jurisprudencia que es minoritaria a nivel nacional, y no fue compartida por esta Sala, limita el memorial a una discrepancia subjetiva del apelante.

No corresponde aceptar que, por imperio de un acuerdo sindical, siendo esta mi convicción, se atribuya carácter no remunerativo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del artículo 103 bis, LCT, presenta carácter indisponible,

sin que la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo purgue un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo solo resultan operativos y vinculantes en tanto no violen el orden público laboral.

Por asentarse en una disconformidad de lo decidido toda vez que el art. 1 del Conv. nro. 95 OIT resulta claro sobre lo que comprende el concepto de salario o remuneración; ahora bien, dice el recurrente que no protege el convenio citado las indemnizaciones por despido remitiendo a los artículos 107 a 149 de la LCT. No encuentro la relación entre la remuneración con lo que desea manifestar el apelante; en los arts. 107 a 149 de dicho cuerpo legal se regulan modalidades del pago de la remuneración, protección frente a deducciones, sanciones para los casos de retenciones no depositadas, la forma de los recibos, etc. Lo que me lleva a afirmar que se trata de una manifestación que no encuentra más sustento que su propia voluntad. Por lo dicho, rechazo los agravios primero y segundo y confirmo en el ítem la sentencia de grado.

Altero el orden seguido por la apelante y seguidamente procedo a analizar el agravio cuarto, por la vinculación con lo resuelto en los considerandos precedentes, que es la liquidación efectuada por la jueza *a quo*.

Sostuvo el quejoso que no se siguieron los montos fijados en la pericial contable; el agravio no ha de prosperar toda vez que el recurrente repite los cálculos efectuados a su pedido al experto en el que se excluyeron los conceptos no remunerativos, los que fueron específicamente determinados en la sentencia una vez incorporados los mismos se efectuaron puntualmente los cálculos definitivos dando por resultado el monto de condena.

La prueba de peritos es un juicio de valor sobre cuestiones respecto de las cuales se requieren conocimientos especiales (art. 461 del Código Procesal), opinión técnica que el juez no se encuentra obligado a seguir inexorablemente, pero tampoco puede ignorar arbitrariamente; en principio, la labor judicial indica que debe ceñirse a la apreciación pericial, pero valorar su contenido de acuerdo a la competencia del experto, los principios científicos en que se funda el informe, la aplicación de las reglas de la sana crítica a sus conclusiones y fundamentos, las observaciones o impugnaciones que se hagan al dictamen y el contenido de los demás elementos de convicción que se desprendan de la causa que corroboren o controviertan aquel, *cf.* argumento del art. 481 CPr. En la especie, y como señalé, la jueza *a quo*, valoró la pericial contable de conformidad a las reglas de la sana crítica, por cuanto el perito cumplió su cometido siguiendo las propuestas de la parte, y la jueza *a quo* valoró la prueba conforme las demás circunstancias de la causa, entre ellas los montos que no habían sido requeridos al experto para el cálculo.

Carece de crítica recursiva porque la misma debió asentarse en la sentencia y no en la propuesta efectuada por el demandado para repeler la acción que dio directiva y contenido limitante al técnico para el informe.

Por ello se rechaza el cuarto agravio.

El tercer agravio: la multa del art. 2 de la Ley 25323.

Con relación al art. 2° de la Ley 25323, esta norma prevé: "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232°, 233° y 245° de la Ley N° 20.744 (t.o. en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley N° 25.013, 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, estas 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".

Son entonces dos los requisitos a los que se supedita la procedencia del incremento previsto en la norma: a) la mora por parte del empleador en el cumplimiento de sus obligaciones que diera lugar a la iniciación de acción judicial u otra instancia de carácter obligatorio, para que sea admisible la indemnización agravada; y b) el emplazamiento al pago por parte del empleado". "Con relación al art. 2° de la ley 25.323, esta norma prevé: "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232°, 233° y 245° de la Ley N° 20.744 (t.o. en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley N° 25.013, 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, estas 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.

Sabido es que "el art. 2 Ley 25323 se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y obligando al trabajador a iniciar acciones administrativas o judiciales... La norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente —lo cual

revela razonabilidad y análisis restrictivo— dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justificaran la conducta del empleador".

La ley hace depender, en última instancia, de la subjetiva e incomprobable estimación discrecional de quien la aplica, de lo cual resulta que, si todas las variables son pura y absolutamente discrecionales, alcanzando la presente incluso a la mensuración.

En síntesis, la citada norma autoriza al tribunal a evaluar la conducta de la empleadora para eximirla de abonar total o reducir la multa fijada.

"Es cierto que la norma (art. 2 de la Ley 25323) faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente –lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo- dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador (Grisolía, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", tomo II, páginas 1064 y siguientes).

Pero, para que proceda la exoneración de la sanción o su reducción, debe tratarse de casos en los que exista una controversia seria y en el caso a mi modo de ver lo fue, y seguidamente me explico.

Cuadra remarcar que el alcance dado a la norma no ha de resultar contrario a lo preceptuado en el art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo que introduce una directiva específica para la interpretación de las normas laborales destinadas a los operadores jurídicos, y que consiste en elegir el sentido más favorable al trabajador.

Debo puntualizar que la demanda fue interpuesta en julio de 2013, fecha esta que no puedo soslayar, por cuanto para dicho momento esta alzada y los juzgados inferiores habían sentado jurisprudencia desde un tiempo anterior (dos años), respecto de los conceptos no

remunerativos que integraban los salarios, criterio que fue seguido en el presente caso.

Cuando se produjeron los primeros pronunciamientos la novedad sirvió de argumento para atenuar (reducir) las multas y cuando era el único objeto litigioso –los conceptos no remunerativos y la liquidación final- ya que no existía un criterio reiterado en la jurisprudencia local, situación que ha variado y era unánime al momento de interposición de la demanda.

Ahora bien, en el caso considero no existe razón que atenúe la responsabilidad de la accionada en orden a la aplicación de la sanción, ya que por la norma (art. 2 de la Ley 25323), el demandado tuvo la oportunidad de impedir el litigio abonando las diferencias reclamadas, y no adoptando la conducta contraria de negativa hasta esta instancia.

Por estos motivos es que rechazo el agravio y confirmo lo decidido.

Se queja de la condena a la multa del art. 80 de la LCT.

En la sentencia de grado específicamente se determinó que no fueron entregados los certificados demandados por los actores, que previamente había sido intimada la empleadora.

No hay constancia en autos, lo cual se verifica en este estadio de revisión de la entrega a los actores del certificado de trabajo, por lo cual ha de rechazarse el agravio.

El tope indemnizatorio del art. 245 LCT, es motivo de queja del recurrente.

Me introduzco en el tema haciendo referencia al criterio del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, que transcribo: “En primer término he de señalar que quienes me precedieron en la emisión de sus decisiones han arribado a idénticas conclusiones finales, modificatorias de la sentencia de grado. La

modificación legal introducida que otorga facultad de no emitir el voto en caso de concordancia entre los preopinantes, y a mayor precisión el STJ de la provincia ha dicho que "la circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia pues los jueces son libres de decidir los elementos que forma la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión" (voto Dr. Torrejón sent. def. del 1-6-98), más aún, "la mayoría de los votos concordantes debe coincidir en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no necesariamente debe exigirse la existencia de fundamentos iguales, sino cada juez debe dar sus fundamentos, aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros miembros. Es que si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido, pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de fundamentos por cada miembro del tribunal. Por lo que considero que para determinar si existe mayoría, en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en argumentos distintos, lo que debe sopesarse es que estos no se excluyen jurídicamente entre sí de manera que no tengan afinidad acumulativa indispensable "(STJ causa 000A 000026 fecha 20-10-99).

La necesidad de coincidencia en la solución de cada uno de los puntos o capítulos que integran la litis, no significa sin más que sea exigible la existencia de fundamentos iguales, cada juez puede dar sus fundamentos aunque no sean los mismos o difieran de los dados por los otros porque si fuera necesaria la coincidencia de fundamentos, la exigencia de votos individuales resultaría un requisito sin sentido pues no sería otra cosa que exigir una reiteración de argumentos para

establecer si existe mayoría definitiva en aquellos supuestos en que los votos se apoyan en fundamentos distintos (STJCh, sent. nro. 88SRE/04, SD NRO. 45/SER795 SI nro. 124/SRE/06, entre otras). Efectué esta aclaración por cuanto argumentalmente desplegaré mis fundamentos.

Ahora bien, de la lectura del libelo de inicio surge que los actores reclaman las diferencias de la indemnización por antigüedad conforme lo que consideran la mejor remuneración, incorporando conceptos que habían sido excluidos por la empleadora en oportunidad de la liquidación, haciendo expresa referencia que no se había aplicado tope alguno conforme disposición del art. 245 LCT. Al contestar demanda el accionado repele este planteo señalando que se aplicó un tope que es la correspondiente a la Cuenca Austral CCT FASP (fs. 163) y especificó para el Sr. T., para M. C., no se aplicó tope alguno, y para el Sr. O. C. S., se aplicó el tope establecido en la doctrina del caso Vizzoti. Ello fue corroborado por la pericial contable a fs. 389.

Indudablemente la empleadora decidió de acuerdo a su propia voluntad la suerte de los derechos de los trabajadores a quienes debía efectuar la liquidación final en el rubro indemnización por antigüedad. Ello sin perjuicio de los rubros que la integran, tema que comparto con la decisión de la jueza *a quo* remitiéndome al criterio reiterado tal como fue citado en la sentencia.

Esta particular situación me indujo a revisar mi criterio disidente en Sentencia Definitiva nro. 6/2015, y me lleva a considerar que en la especie debe aplicarse parcialmente la doctrina de los propios actos, y respecto de los trabajadores que aplicó un tope sin fundamento jurídico que avale su postura, debo modificar, por lo cual adelanto que he de coincidir en la decisión sobre el tema con quien, por este argumento.

Con relación al trabajador que no se aplicó tope, cabe el rechazo del agravio por aplicación de la doctrina de los propios actos. Ello sin perjuicio que también le comprende el análisis que seguidamente efectúo.

Qué ocurrió en la especie: el demandado voluntariamente canceló la indemnización por antigüedad de los trabajadores (hoy actores) art. 245 LCT, sin la utilización de ningún tope o aplicando el que estimó oportuno, por la falta de publicación, toda vez que el organismo encargado por ley de establecer las bases no efectuó las publicaciones.

La CSN en el caso Vizzoti, entendió que "En consecuencia, a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley 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 este fuera menor, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos...". 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, solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable. "Este criterio desarrollado como consecuencia fáctica diversa a la presente, en que habían sido publicadas las bases conforme lo dispuesto por la ley y ella fue considerada una limitación de la indemnización abusiva. Que no es este caso, en que se careció de publicación y los trabajadores estaban enmarcado en una Convención Colectiva de Trabajo.

Siendo que ha establecido jurisprudencia que comparto que el art. 245 de la LCT deja librado a otro poder del Estado (el Ejecutivo) fijar y publicar los

topes correspondientes a cada convenio colectivo de trabajo y, por lo tanto, nos encontramos ante una esfera de actuación ajena al Poder Judicial. Por consiguiente, ante la conducta omisiva del Ministerio de Trabajo, se debe prescindir de la aplicación del tope indemnizatorio. Para más, es necesario recordar que el art. 16 de la LCT veda la posibilidad de aplicación analógica de las convenciones colectivas (del voto del Dr. Fernández Madrid, en mayoría). (CNTrab, Sala VI, expte n° 14153/00, Sent. 55271, 13/9/02, "Veron, Elpidio c/ Explotación Pesquera de la Patagonia SA s/ Diferencias de salarios": elDial.com - AL80D y eldial.com - al80d).

Porque el art. 16 LCT proscribe la aplicación extensiva o analógica de las convenciones colectivas de trabajo, se debe calcular la indemnización por despido sin aplicación de tope, respetando los principios tuitivos del derecho del trabajo, en el entendimiento que aplicar el tope del 33% esta engarzado en el mismo criterio que utilizar otro de una Convención Colectiva de Trabajo por la mera circunstancia que está publicado, o la media patagónica.

Por ello coincido con la Dra. Zanatta.

El último punto de ataque es la fecha a partir de cual comienzan a computarse los intereses de las sumas no remunerativas y la tasa dispuesta por la jueza *a quo*.

No existen argumentos para variar el criterio ni la decisión de esta Sala en Sentencia Definitiva nro. 3/2016, por lo cual los intereses se devengan desde que cada suma es debida.

En cuanto a la tasa de interés, este tribunal teniendo en consideración que “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. Astrea2000) se fijó el criterio que correspondía aplicar a los créditos laborales, precisamente por su naturaleza y por tratarse de un banco local "la tasa activa para prestamos personales y familiares del Banco Provincia del Chubut SA", que entiendo refleja la situación en nuestra ciudad de aquel que perdió su fuente de ingresos, además el actor dejó librado a la decisión del sentenciante la tasa que considerara conveniente a los fines de mantener el capital de condena.

Rechazo el agravio.

Las costas de esta instancia las impongo a la demandada apelante vencida conforme principio general de la derrota (art. 69 CPr) el éxito obtenido no modifica la condición de perdidosa, por tal motivo también se mantienen conforme fueron dispuestas en primera instancia.

Difiero la regulación de honorarios al momento del acuerdo, donde se tendrán en cuenta las pautas de la ley arancelaria.

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

Por coincidir doy, por reproducida la fórmula postulatoria de la Dra. Zanatta.

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

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

1) Admitir parcialmente los agravios de la demandada y modificar el punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 441/458vta.

exclusivamente en cuanto a la tasa de interés, ordenando aplicar al capital de condena, la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para préstamos personales y familiares.

2) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios dispuesta para la primera instancia.

3) Imponer las costas de esta instancia a la parte demandada vencida.

4) Regular los honorarios de la Dra. M. A. F. A. en el veintiocho por ciento (28%) y de los Dres. J. M. P., J. H. P., y E. J. M., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

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

MARCELO ANDRÉS NICOTERA
Secretario de Cámara