En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre 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, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., J. D. c/ S. P. A. SA s/ SUMARIO (Cobro de Pesos e Ind. de Ley)", expte. nro. 222/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 96/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 386), 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. 346/351? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La jueza de grado hizo lugar a la demanda interpuesta por el Sr. J. D. M. y en consecuencia condenó a la firma S. P. A. SA a abonar en el plazo de diez (10) días la suma de $494.985,19, que devengará intereses a la tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut, desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago, sin que se capitalicen intereses. Impuso costas a la demandada vencida. Reguló los honorarios a los profesionales intervinientes.

1. Recurso:

Contra la sentencia obrante a fs. 346/351, se alzó la parte demandada mediante recurso interpuesto a fs. 353 concedido a fs. 355.

A fs. 356/365 y vta. lucen agregados los agravios que fueron contestados por la contraria a fs. 367/372.

2. Agravios:

a) Tope. Aplicación caso Vizzoti.

Agravió a la recurrente que no se redujo la base del cálculo en el 33% conforme el plenario Vizzoti y que se incluyó el SAC en la base de cálculo.

Afirmó que quedó acreditado en autos con el contrato de trabajo, los recibos de haberes y libros de sueldo, que el actor fue contratado para ser gerente fuera de convenio.

Dijo que asimismo el Sindicato de Personal Jerárquico y Profesional del Petróleo y Gas Privado de la Patagonia Austral contestó que no se efectuaron aportes al accionante. El actor nunca cobró conceptos convencionales del CCT 611/10, aunque estuviere afiliado al sindicato.

Sostuvo que al tratarse de un contrato fuera de regulación convencional debe aplicársele el más beneficioso, el CCT 611/2010.

Cuestiona que la jueza de instancia no aplicara el tope por no tener el MTySS información respecto de las escalas salariales del CCT 611/10 y que tampoco aplicara el fallo Vizzoti, omitiendo analizar los fundamentos que la parte expuso al contestar demanda, respecto a la desigualdad e injusticia que implica la falta de limitación en relación con las actividades regladas salarialmente.

Sostuvo que esta tesitura los agravia por no derivar razonadamente del derecho vigente.

Seguidamente expresó que lo agravia que la jueza de grado no aplicara el art 245 LCT no habiendo declarado su inconstitucionalidad.

Asimismo se sintió agraviada en tanto se benefició al actor -a su entender-, desnaturalizando el objeto de la regulación plenamente constitucional, que se traduce en equilibrar la protección del trabajador contra el

despido arbitrario. Frente a la garantía de propiedad del empleador. Dijo que se crearon beneficios exclusivos para una actividad en este caso la de los trabajadores petroleros jerárquicos frente a otras actividades reguladas salarialmente, cuyos trabajadores verán reducida la base de cálculo por aplicación de la ley sin que haya fundamento legal alguno para hacer tal distinción.

Afirmó que la sentencia carece de fundamento legal y que la discrecionalidad del juzgado se alejó de las normas vigentes, plenario y de lo expresado por esta Cámara en el fallo DOLA, entre otros.

Consideró que siendo el CCT 611/2010 el más beneficioso, ante la ausencia de tope, correspondía aplicar la reducción del 33%. Argumentó que en el caso no hay diferencia entre un fuera de convenio y un convencional jerárquico sin tope del MTySS, al fuera de convenio se le debe aplicar Vizzoti y si se considera que al Gerente fuera de convenio de le debe aplicar el CCT 611/2010 más beneficioso le corresponde también la limitación de Vizzoti.

Refirió que la sentencia otorga a la actora una ventaja patrimonial, un beneficio económico, respecto del resto de los trabajadores, colocándolo en una situación ventajosa y desigual respecto del resto de los convenios que tienen escalas salariales.

Fundamentó que en ningún caso de la interpretación del art. 245 LCT se establece una excepción o deja abierta la posibilidad de que el tope no se aplique, correspondiendo apartarse de la norma solo en el caso de corresponder la declaración de inconstitucionalidad, la que no declaró la magistrada en el caso.

Sostuvo que la intención legislativa es que todos los trabajadores, aún aquellos que no estén comprendidos por convenios colectivos de trabajo, se les aplique un tope basándose en las remuneraciones del convenio y si

no están publicadas debe aplicársele la reducción del 33%.

Consideró que ello no implica suplir la actividad del Ministerio de Trabajo, sino dar una solución justa, adecuada con el objetivo de la norma, ya que de otro modo, se estaría premiando a aquellos trabajadores que no tienen regulación salarial como los que agrupa el CCT 611/10.

Citó y transcribió parcialmente precedentes de esta alzada (exptes. N° 4928/08, 2/2011 y 215/15), cuya solución entiende aplicable al caso. Solicita se haga lugar al agravio.

b) Inclusión del aguinaldo proporcional en la indemnización por antigüedad.

Se agravió en tanto la jueza *a quo* resolvió más de lo pedido en la demanda, toda vez que la accionante no reclamó la inclusión del SAC en la base de cálculo.

Consideró que si la actora no reclama tal concepto la jueza no debe dar tratamiento, ya que introduce cuestiones que no fueron materia de debate. Dijo que conforme el principio de congruencia, debido proceso y defensa en juicio, legalidad y razonabilidad la magistrada no puede apartarse de los términos en que quedó trabada la litis. No obstante, hizo referencia a que se expidió al concepto en su responde de demanda anticipándose a la posibilidad que se hubiere incluido el concepto por la actora.

Sostuvo que incluir el SAC a la base de cálculo, surge de un criterio doctrinario y jurisprudencial que su mandante no tiene el deber de conocer, menos de aplicar al momento de realizar la liquidación indemnizatoria.

Entendió que no existen razones legales para apartarse del fallo Plenario "Tulosai Alberto Pascual vs. Banco Central de la República Argentina" de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, plenario 322 en el que se sentó la doctrina que entiende que no

corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo de art. 245 de la LCT la parte proporcional del sueldo anual complementario.

Consideró injusto además que se le impusieran las costas por dar tratamiento a un reclamo no solicitado por la actora que no se encuentra regulado en la ley, cuando la exclusión del SAC surge de doctrina y jurisprudencia.

Solicitó se revoque el fallo excluyendo el SAC.

c) Resultado concepto vacaciones.

Consideró que el monto condenado resulta errado.

Efectuó los cálculos correspondientes y concluyó que si la empresa abonó $33.798,96, la diferencia a favor del actor es de $3.516,24 y no $106.23,92.

d) Certificado de trabajo art. 80 y multa.

Luego de haber transcripto la sentencia en lo pertinente al agravio, señaló que la actora no solicitó la condena a la entrega de las certificaciones laborales previstas por el art. 80 LCT, sino solamente el pago de la multa.

Expresó su agravio por cuanto el resolutorio considera necesario la consignación de la documentación cuando comprende una facultad, no una obligación legal del empleador, que puso a disposición los certificados de trabajo en dos oportunidades, extinguido el vínculo laboral y luego con motivo del reclamo epistolar. Transcribe jurisprudencia.

Dijo que la agravia la condena al pago de tres salarios porque es evidente y surge de la propia demanda el desinterés del actor en retirar los certificados de trabajo desde que no menciona qué perjuicio le genera no haberlos tenido y concretamente porque no concurre a retirarlos y luego en la demanda solo reclama la multa.

Consideró alterado el sentido de la ley por la sentencia que concede la indemnización al actor que aprovecha las disposiciones de la norma con el objeto

de incrementar sus indemnizaciones legales, pero no de obtener sus certificados.

e) Bono anual y monto condenado.

Cuestionó la recurrente la valoración de la prueba documental, en tanto a su criterio no surge acreditado en autos que el actor sea merecedor del bono anual.

Expresó que le correspondía acreditar que el actor no cumplió con las condiciones para ser merecedor de ese bono, y que en legajo solicitado por el accionante al entablar demanda existe una nota firmada por el Sr. M. que fuera gerente de la empresa que informa que el actor no cumplió con esos objetivos. Refirió al contenido del informe.

Cuestionó que la jueza se atiene solo al reclamo del actor dejando en manos de la demandada la carga de la prueba, cuando aquel no demostró en autos haber logrado los objetivos que como condición la empresa propuso para que sea acreedor del bono anual.

Fundó su cuestionamiento en que para que se otorgue el premio estímulo es necesario que el beneficiario haya trabajado durante el periodo calendario acordado de 12 meses y el actor laboró solo 5 de los doce consensuados por lo que difícilmente sea gratificado por una tarea que no desempeñó.

Se trata de adoptar un criterio que se acerque a la realidad y que concluya en una solución justa, sin vulnerar la igualdad de partes, dijo.

Afirmó que no pretende que el juez supla lo que la parte no acreditó, sino que se resuelva en función de las constancias de la causa, según las cuales el actor no trabajó por cinco meses conforme recibos, libro de sueldos y que el informe laboral relacionado con el bono anual fue desfavorable impidiendo el pago del bono.

Manifestó en cuanto a la afirmación de la jueza respecto que si su parte consideraba que no había cumplido con los objetivos podría haberlo despedido con

causa, que eso constituye una facultad y no una obligación que le asiste a su parte.

Agregó que lo que está en juego es el cumplimiento de objetivos puntuales y no generales de la relación laboral a los que se condicionó el pago del bono.

A su criterio, la jueza omitió examinar los medios probatorios documentales en su conjunto y coordinarlos con los hechos expuestos por la defensa, arribando a una sentencia donde no hay certeza sobre el logro de los objetivos que condicionan el pago del bono.

Se agravió la recurrente en cuanto al monto porque resolvió más allá de lo pedido en la demanda, y si bien la magistrada puede corregir desvíos en la liquidación, sostiene que no es el caso porque priva a su parte del derecho de defensa al resolver sobre una pauta salarial que no fue reclamada.

Explica que la actora no reclamó que el 25% en concepto de bono se aplique sobre su mejor mensual remuneración, sino los salarios percibidos por aquel el último año. Hizo alusión al principio de congruencia en el entendimiento de que el juez no puede apartarse de los términos en que quedó trabada la litis. Consideró un exceso por parte del magistrado contrario al principio de bilateralidad, el debido proceso, defensa en juicio, no siendo autorizado por el art. 68 de la ley laboral. El monto determinado no es coherente ni con el concepto ni con la base salarial acordada. Indicó que el acuerdo expresamente señala “el bono anual del 25% del sueldo anual…”, no dice el 25% sobre el sueldo anual teniendo como base la mejor remuneración mensual habitual, sino el sueldo anual. De hecho reitera que el actor demandó la suma de $135.000
no la suma condenada de $198.720. Solicita se haga lugar al agravio.

f) Intereses tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut SA.

Se quejó la recurrente en tanto entendió que la jueza condenó a pagar una tasa de interés elevada que la actora no solicitó.

Cuestionó que la jueza no fundara la sentencia respecto de los intereses, sino que los condenara directamente sin determinar ni siquiera sucintamente los fundamentos que llevaron al convencimiento de que debe aplicarse cuando ni siquiera fueron pedidos por el actor.

A su criterio, la pauta para determinarlo debió ser el “costo medio del dinero”, conforme el art. 771 del Código Civil y Comercial. Se explaya en el análisis del concepto. Dijo que la facultad de los jueces de proceder incluso de oficio a morigerar intereses elevados que ha sido reconocida a los magistrados desde siempre, receptada por la norma citada y en consecuencia solicitó se reduzcan los intereses dispuestos.

Afirmo que es función del juzgador analizar cada caso particular y cada caso consiste en la valoración comparativa de dos intereses jurídicamente protegidos con el fin de salvaguardar en la mejor forma posible ambos, interpretación que debe hacerse dentro de un contexto económico social, valorando las circunstancias sociales y ambientales que rodean al caso en determinado momento y que debe realizar cada magistrado en cada causa al momento de dictar sentencia.

Consideró que el magistrado debe ajustarse a las pretensiones y planteos de las partes y en el caso el actor percibió las indemnizaciones y lo que reclama son diferencias, señalando que la jueza omitió fundar razonablemente en derecho, valores y principios que inspiran la totalidad del orden jurídico de modo de obtener una sentencia justa, por lo que solicitó se revoque el fallo aplicando una tasa que no sea la más elevada ni la más baja conforme el criterio seguido por la Cámara de apelaciones que se encuentre entre los parámetros de razonabilidad.

Solicita se haga lugar a los agravios vertidos y se revoque la sentencia. Hace reserva del caso federal.

3. Antecedentes.

El actor interpuso demanda reclamando diferencia en la indemnización final, indemnización del art. 80 LCT y el pago del bono anual convenido en el contrato de trabajo equivalente al 25% del sueldo anual. Todo ello por la suma de $524.201,23. En ampliación de demandada, solicitó que a la suma demandada se le apliquen los intereses a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación y planteó la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 LCT.

4. Tratamiento de los agravios:

Seguiré el orden propuesto por la recurrente.

a) La sentenciante determinó no aplicar tope a los efectos del cálculo de la indemnización del art. 245 toda vez que de la prueba rendida en la causa, surge que el SPJPPyGP a fs. 223 informó que no se le efectuaron al actor los aportes y que el Ministerio de Trabajo manifiesta a través de su página web que no resulta factible fijar el tope por no contar con la información necesaria que tampoco surge de la causa.

> 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, 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, mientras que los agravios expuestos constituyen el esfuerzo del recurrente por hacer variar el criterio sostenido por la jueza *a quo* y por lo tanto propongo el rechazo del agravio.

b) La queja relativa a la inclusión del SAC para calcular la indemnización por antigüedad será rechazada.

Doy las razones.

Participo de la opinión doctrinaria y jurisprudencial que sostiene que la naturaleza del sueldo anual complementario, 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.

Sobre este punto, Machado ("Tratado...", dirigido por Ackerman, pág. 290/292) dice que desde la reforma el término "percibido" cambió por el "devengado" lo que llevaría a entender que, más allá, de que un rubro determinado se liquide en períodos distintos al mensual (SAC, habilitaciones, *bonus*, etc.), podría estar incluido en la base indemnizatoria obviamente en la expresión proporcional (1/12), siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente

De ello se sigue 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.

Conforme lo sostuviera el Dr. Fernández Madrid en su voto en el Plenario 322 "Tulosai" de la CNAT (19/11/2009), esta interpretación, además está en sintonía con el principio protectorio de rango constitucional –art. 14 bis CN-, en las Declaraciones Internacionales con incidencia en lo laboral del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, especialmente, el PIDESC y las normas receptadas desde antiguo por la Ley de Contrato de Trabajo, en orden a que en caso de duda sobre la aplicación de normas legales prevalecerá la más favorable al trabajador, art. 9 L.C.T.

Y es el criterio adoptado por las supremas cortes de las provincias de Buenos Aires, de Entre Ríos, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual devengada comprende también las remuneraciones de pago no mensual ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por

el hecho de trabajar día a día, sin perjuicio de que su pago sea diferido a otro momento.

Y agrego también el sustentado por esta Cámara que integro en sus dos Salas, (Sala B: Sent. Def. 20/2013 “L”, 11/2016 “L”, 31/2017, Sala A: 5/2011 “L” y 4/2013 “L” entre otras).

En consecuencia rechazaré el agravio.

c) Advierto que son exactos los cálculos que efectúa el recurrente en torno a la diferencia que corresponde abonar por las vacaciones proporcionales no gozadas conforme lo dispone el art. 155 inc. a) y 156 LCT.

Por ello propongo hacer lugar al agravio y corregir el error de cálculo deslizado, disponiendo que el rubro procede por la suma de $3.516,24.

d) 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, el trabajador no reclamó en la demanda las certificaciones del art. 80 LCT, sino solamente el pago de la multa. Adunó además que la empleadora puso a disposición del actor tales certificaciones.

En la sentencia expresamente señaló que la circunstancia de haber puesto a disposición del exempleado la referida certificación no es eficaz para cumplir con su obligación de entrega. De hecho, tan ineficaz resulta, que al contestar demanda adjuntó las certificaciones no entregadas oportunamente.

Las alegaciones que reiteran lo sostenido al contestar demanda, en modo alguno conmueven el decisorio en este punto.

Repárese que el empleador tiene un plazo legal de dos días hábiles, a partir de la recepción de la intimación (que por disposición reglamentaria debe ser cursada una vez transcurridos los treinta días de la extinción del vínculo) para cumplir con la entrega de esa documentación.

En el caso, quedó acreditado que el actor intimó fehacientemente a través de TCL mediante CD 639861435, de fecha 23/02/2015 recibida el 26/2/2015 (informativa del Correo Argentino obrante fs. 152/153) y 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) El bono anual y monto de condena.

Reclamó el actor el pago de un bono anual pactado en el 25% del sueldo anual "siguiendo los criterios de evaluación de la compañía y en base al cumplimiento de objetivos personales de su área y de la empresa".

La demandada argumentó que el actor no cumplió los objetivos de su área y de la empresa adecuados a su posición y que ello surge de los informes elaborados por la empresa que no autorizan el pago del bono.

Argumentó que el actor no pudo manejar conflictos inherentes a su tarea, que no encontraba soluciones prácticas a los problemas del área, obteniendo un resultado por debajo de lo esperado por SP. "No logró involucrarse con los problemas de la compañía asignados a su gestión y resolverlos".

Asimismo, señaló que durante el año 2014 el actor trabajó solo hasta el mes de abril en razón de una licencia por enfermedad que se prolongó hasta el mes de octubre de ese año.

La Dra. Pacheco, entendió que dada la procedencia del rubro en la faz contractual, era carga de la demandada acreditar que el empleado no cumplió con los objetivos personales, de su área o empresa y como tal extremo no ocurrió, admitió el reclamo.

Concuerdo con la solución dada por la sentenciante.

Es que en el proceso laboral rigen las reglas del

onus probandi, y conforme lo disponen los arts. 48 de la Ley XIV-1 DJPCh, 390 párr. 1° "in fine" y 360 párr. 1° del Código Procesal, incumbe la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido, por lo que cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión. Y el material probatorio debe ser apreciado en su conjunto, lo que permitirá advertir la concordancia o discordancia que ofrezcan los distintos elementos de prueba incorporados al proceso, y de ese modo el juzgador podrá convencerse sobre la verdad de los hechos.

En el caso, era carga de la actora acreditar el presupuesto de su pretensión: acreditó el convenio que lo vinculaba con la empleadora y lo convenido respecto al rubro.

Por su parte, a la demandada le correspondía acreditar el hecho extintivo que arguyó y no lo logró.

La prueba que ofreció tendiente a demostrar un informe unilateral de la empresa no fue producida, en atención a que el Sr. M. (quien la habría confeccionado), no concurrió a reconocer la documental y solicitó que se devuelva el exhorto librado (fs. 290/304).

Asimismo, surge que la demandada no invocó causal alguna para despedir al Sr. M., con lo cual tampoco, pudiendo hacerlo argumentó incumplimiento de sus deberes o mal desempeño de su función. Por último, el informe psicológico sobre las aptitudes del actor, para el cargo que refiere, aún no acreditado, le resulta desfavorable a la posición que asume.

En resumidas cuentas, debió acreditar la recurrente, cuáles eran los criterios de evaluación de la empresa y los objetivos personales del área que no fueron alcanzados por el empleado y sobre tal cuestión debió la demandada centrar su defensa en el punto.

Tal déficit probatorio debe entonces pesar en su contra, por aquello de que la carga de la prueba no es más que "la repartición del riesgo de la falta de prueba".

Diversa es la suerte de la queja relativa al monto por el que debe prosperar el bono anual.

Es que claramente surge de la cláusula contractual que el porcentaje debe ser calculado sobre el sueldo anual y no sobre la mejor remuneración como propuso la sentenciante. En tal sentido corresponde hacer lugar a esta parcela del agravio y disponer que el bono anual procede por la suma de $135.000 que fuera reclamada y no controvertida.

En consecuencia, propongo rechazar el agravio.

f) La tasa de interés fijada constituye la última queja.

A los fines de resolver la cuestión traída a examen, vale tener en cuenta que el actor, al ampliar su demanda, expresamente solicitó que al monto reclamado se agreguen los intereses correspondientes a la tasa de interés activa que para operaciones de descuento aplica del Banco de la Nación Argentina (fs. 27), así como también recordar el desinterés de la demandada por impugnar tal pedido.

Aclarado ello y atendiendo a los términos en que quedó trabada la litis sobre el punto en análisis, esta Cámara que integro, 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 de la Nación Argentina por no reflejar la realidad económica y social del momento, desatendiendo así la plena protección que el salario del trabajador reclama.

Y por ello 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), aunque, vale aclararlo, en aquellos casos en que el principio de congruencia lo permitiera o hubiera sido dejado librada la fijación de la misma.

El Superior Tribunal determinó que la facultad judicial de determinación de los intereses debe ejercerse "cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue" (*cf*. SD N° 19/SCA/2015 del 30/6/2015).

En función de lo expuesto y dado que la actora ha peticionado una tasa sin que mereciera contradictorio por la demandada el marco a resolver quedó de conformidad a las pretensiones deducidas en juicio (*cf*. art. 165 inc. 6 Ley XIII N° 5), resulta procedente por tanto, la modificación que pretende la demandada, pues la resolución no atendió a tales extremos.

Admito entonces esta parcela del recurso debiendo modificarse la tasa de interés y disponer que se aplicará la tasa activa para operaciones de descuento de documentos que aplica el Banco de la Nación Argentina.

3. Costas y honorarios:

En atención a como se resuelve, debe readecuarse la imposición de costas y regulación de honorarios conforme el art. 282 del CPr.

La modificación que propongo no implica modificación a la calidad de vencida de la demandada, por lo que mantendré la imposición de costas efectuadas

en la primera instancia. Asimismo, y habiéndose regulado honorarios en términos porcentuales, los mantendré.

Las costas de esta instancia las impongo a la demandada vencida.

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia los fijo en el veintisiete por ciento (27%) a favor de los letrados de la demandada y en el treinta por ciento (30%) a los letrados del actor. En ambos casos tales porcentuales deberán aplicarse sobre los que le fueron regulados por su actuación en la primera instancia, de conformidad con las pautas establecidas por la ley arancelaria vigente en sus arts. 5 y 13.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 353 por la parte demandada

2) Modificar la sentencia venida en crisis disponiendo que la indemnización por vacaciones no gozadas, asciende a la suma de $3.516,24, el bono anual a la suma de $135.000 y la tasa de interés a aplicar al capital de condena será la activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos, conforme los considerandos respectivos.

3) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios de la primera conforme el considerando respectivo.

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

5) Regular los honorarios de la alzada a favor del Dr. P. J. F. T. en el 30% y los de los Dres. C. O. y J. M. C. K., conjuntamente en el 27% en ambos casos a calcular sobre los que le fueron regulados en primera instancia con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

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

Vino a revisión a esta alzada por apelación deducida por la demandada, la Sentencia Definitiva nro.

021/2018 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción que dispuso hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. J. D. M. y en consecuencia condenar a la firma S. P. A. SA a abonar en el plazo de diez (10) días la suma de PESOS CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO CON DIECINUEVE CENTAVOS ($494.985,19.), con más los intereses. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 354,fs. 346/351).

Tratándose mi voto del segundo en orden y encontrándose ya descriptos los antecedentes y cuestiones a decidir por esta alzada, tarea efectuada por quien me precedió en emitir decisión, me eximo de reiterar en esta oportunidad por haberse cumplida la manda procesal (art. 165 CPr), y para evitar lecturas innecesarias.

Análisis:

Teniendo en cuenta que el objeto litigioso estuvo ceñido a la liquidación final practicada por la empleadora producido el distracto el 17/11/2014, los cuestionamientos en esta alzada están circunscriptos a la decisión referida a dicho tema.

La demandada en su memorial de agravios se queja de la condena por:

1. *La tasa de interés dispuesta en la sentencia*.

El demandado sostiene que la jueza *a quo* no fundó la decisión al imponer los intereses y que no se ajustó a lo peticionado por el actor, y otros argumentos que hacen a lo establecido por los arts. 9 y 10 del CCC.

El accionante a fs. 14 detalló el capital de condena y agregó con más lo que V.S. presupueste para intereses, amplió demanda peticionando expresamente que los intereses sean los que aplica el Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento (fs. 27).

Si bien he propiciado en reiteradas oportunidades que debe apoyarse y sostenerse la facultad de los jueces laborales de decidir *ultra petita* (art. 68 LO) en este

caso, que expresamente fue peticionada una tasa interés, no he de atender ese presupuesto porque significa apartarse del objeto de la pretensión, lo que inhibe esa facultad judicial. Por lo cual he de receptar el agravio y disponer que al capital de condena se aplique la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuento.

2. *Bono anual y monto condenado*,

El recurrente transcribe lo que consideró pertinente del fallo, sosteniendo que la jueza a quo no valoró la prueba porque el Sr. M. -quien fuera gerente de la empresa- informó que no cumplió los objetivos, que es un documento que forma parte del legajo del actor.

Son dos los puntos que trae aparejado este agravio, por un lado la procedencia del pago del bono y por el otro el importe que no resulta ajustado a lo peticionado.

He de coincidir con la sentenciante de primera instancia y quien emitió en primer orden su voto. El trabajador fue desvinculado de la empresa demandada sin invocación de justa causa, con lo cual ya comienza a conjugarse la variedad de principios protectorios a su respecto, entre ellos la carga de la prueba, lo cual mal puede invocar que no cumplió los objetivos previstos cuando no se utilizaron para su distracto esas argumentaciones.

Como tampoco los criterios que se utilizaron para evaluar la gestión. Lo que me lleva al rechazo del agravio en este punto, pero varia respecto del monto de condena.

El argumento del recurrente que el bono no dice la mejor remuneración mensual, sino sobre el sueldo anual se corresponde el 25%. Tal y como surge de la lectura de fs. 11 de los "términos y condiciones de contratación" punto "política de Bono Anual" es coincidente con lo dicho por el apelante que es el 25% del sueldo anual. Refrendado a fs. 14vta. por el actor

en su libelo de inicio y reclamando por tal concepto la suma de $135.000 a lo que se opuso la demandada con el único argumento de la improcedencia en ambos periodos 2013 y 2014, diciendo que no corresponde el 25% de los salarios (fs. 131), pero no objetó específicamente el calculo efectuado por el actor, sino que se limitó a las razones de procedencia.

Considero que asiste razón al apelante demandado por cuanto la jueza *a quo* justifica el monto de la condena en la mejor remuneración que fue el haber remunerativo tenido en cuenta a los fines de la indemnización del art. 245 LCT, conceptos que no son comprensivos de este rubro que se ciñe exclusivamente a los percibidos en los años que la empleadora no abonó al trabajador, por ello considero que debe modificarse el fallo y condenarse al pago de la suma reclamada en la demanda de $135.000 por bono anual. Recepto parcialmente el agravio.

3. *Multa por entrega tardía del certificado del art. 80 LCT*.

Se queja el recurrente de la multa del art. 80 LCT porque puso a disposición del trabajador la documentación, y se hizo saber, cita jurisprudencia en sostén de su postura.

Disentir no significa una crítica con lo decidido por que le fue adverso. El actor producido el distracto intimó conforme las previsiones legales reglamentarias, y la empleadora recién al contestar demanda puso efectivamente los documentos requeridos. El criterio de la jueza *a quo* es el mantenido por esta Sala y por quien suscribe, la mera mención de otras posturas doctrinarias o jurisprudencias solo constituye una discrepancia subjetiva, que lleva al rechazo del agravio.

4. *El cálculo por diferencia de vacaciones*.

Constituye materia de agravio el monto condenado por la jueza *a quo* por el concepto, efectuó el cálculo el quejoso que, confrontado con las actuaciones, observo

que asiste razón, motivo por el cual modifico la sentencia y condeno por el rubro diferencia por vacaciones $3.516,24.

5. *Inclusión SAC en la indemnización por antigüedad*.

En esta queja el recurrente cita doctrinas y jurisprudencias que mantienen una postura diversa a la de la jueza *a quo*, que es la seguida por este cuerpo que integro, la disconformidad subjetiva con aquello que no se comparte y que tuvo un resultado desfavorable, no constituye técnicamente una crítica.

En reiteradas oportunidades he sostenido lo expuesto por la sentenciante de grado y la colega que me precedió. Es propicio recordar lo dicho por la Dra. Ferreirós en el plenario Tulosai (Plenario nro. 322, "Tulosai, Alberto c/ Bco.Central de la Republica Argentina s/ Ley 25561" – CNTrab. 19/11/2009), con su clara exposición y su airosa defensa de los derechos del trabajador: "siguiendo la doctrina legal de la S.C.B.A., que funciona como tribunal de casación, he incluido siempre, como todos los jueces de esa provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario. Esto era sí, y así lo he hecho, aún antes de la reforma de la L.C.T. por la Ley 25877, que cambió la palabra "percibido" por "devengado". Cuanto más, *a posteriori* de ello, cuando el legislador nacional advirtió que había que cambiar lo que se hacía cuando se resolvía distinto.

"Existen en la provincia de Buenos Aires, de la cual no se puede decir que sea una provincia escasa de juristas de nota, fallos en ese sentido, de antigua data, entre los cuales cabe citar "Hellman, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.", L.T., 1.983, XXXI-B, 931).

"Recuerdo aun las consideraciones del maestro J. Manuel Salas, luego presidente de la S.C.B.A., y coordinador de la comisión de reforma de la ley procesal laboral, refiriéndose al tema y votando en tal sentido.

La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la L.C.T., explicitó la situación para que no quedaran dudas y reformó la ley.

”Ello significó, nada más y nada menos, que indicarle a quienes consideraban lo contrario, que estaban interpretando mal el texto legal y que se estaban apartando del principio protectorio, de rango constitucional, porque aplicaban un criterio contrario al *favor operarii*.

”Algo similar puede ocurrir con este fallo plenario, como advierto que ha ocurrido en otros, en los cuales ante la duda, se olvida que lo que debe privilegiarse es la Constitucional Nacional. Bueno es recordar que así lo ha interpretado la C.S.J.N., cuando señaló que el trabajador es sujeto de tutela especial. Llama especialmente mi atención, que se ha señalado en ocasiones, que no significa un cambio en la decisión, el reemplazo de la palabra "percibido", por "devengado". Me pregunto yo, si el legislador cambia el texto legal para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere *aggiornar* la ley, poniéndola a nivel de lo que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos. Después de todo, la L.C.T. es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del límite de la avenida General Paz.

”En ese andarivel, he señalado antes de ahora que cuando la ley hace referencia al tema que nos convoca, la télesis de la misma es brindar no solo un marco de legalidad, sino también de equidad, y cierta seguridad al trabajador que resulta, en el despido, víctima de un daño producido por un acto arbitrario, que el legislador presume *iuris et de iure*, y que no quiere tolerar porque significaría

la violación del orden jurídico "in totum".

”Ante la negativa de algunos a interpretar la ley de esta manera, el legislador, les dijo: señores no es lo percibido, no es aquello que entró en el bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aún cuando todavía no se haya efectivizado el pago.

”Es, en suma, saber diferenciar la incorporación de un derecho, al patrimonio del trabajador, de la incorporación del objeto de ese derecho que es el dinero.

”La profesora Cristina Vázquez suele señalar que en rigor de verdad el trabajador "le fía" su trabajo al empleador, que va, así, convirtiéndose en acreedor continuatorio de un acreedor de una obligación a plazo.

”Sabido es, que en las obligaciones a plazo, la prestación es debida desde su nacimiento, aunque se encuentre su exigibilidad suspendida y sujeta a un hecho futuro y cierto. En ese caso, nadie diría que la prestación no está devengada, empero, no está percibida, ni tampoco puede exigirse su pago, hasta el vencimiento del plazo. El S.A.C. que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo de pago, y por eso, debe integrar la base de cálculo del artículo 245 de la L.C.T., cuando se produce un despido arbitrario”.

Se rechaza el agravio y se confirma en el punto el fallo.

6. *Se queja el recurrente porque no se aplicó al caso el tope del precedente Vizzotti*.

La CCT 611/10 carece de publicaciones, la jueza *a quo* corrobora en su fallo la carencia de la información por parte del Mrio. de Trabajo y S.S. de la Nación, motivo por el cual decidió aplicar al caso la indemnización sin limitación alguna (fs. 126, fs. 348/349).

No desconozco la jurisprudencia que trae como fundamento en su memorial la empresa demandada, que mi decisión de aplicar el 33% como tope en las indemnizaciones del art. 245 LCT obedeció a principios de equiparación entre los trabajadores afectados a la limitación y aquellos otros que no, y basada en el hecho que no corresponde aplicar por analogía el que resulta de otra convención colectiva de trabajo que le es ajena.

Ahora bien, en la actualidad existen nuevos paradigmas que fueron receptados por el actual Código Civil y Comercial de la Nación. Atendiendo a ello y la obligación que la magistratura tiene de analizar el caso concreto para que sea decidido con justicia, y que la sentencia sea el producto de una creación y no una repetición de jurisprudencia ya dictada por otros tribunales en otros casos y que tuvieron como destinatarios a otros justiciable en otras situaciones, me lleva a analizar si la aplicación lisa y llana del precedente Vizzoti corresponde o no en autos.

En algunos casos concretos la referencia del art. 245 LCT a un tope máximo indemnizatorio, desvirtúa los principios de equidad y justicia social y hace que la finalidad resarcitoria de la norma en cuestión y la protección contra el despido arbitrario de raigambre constitucional sea burlada por una sujeción literal a aquella pauta y medida básica. Resulta necesario recordar que en el precedente Vizzoti, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial para el cálculo de la indemnización por despido -mejor remuneración mensual, normal y habitual del último año o del menor tiempo de servicios- pueda verse reducida en más de un 33% por la aplicación del tope que establece el artículo 245 de la LCT, pues esa disminución incumpliría el deber establecido en el artículo 14 bis de la CN acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes.

Sin lugar a dudas la doctrina que emana del fallo redunda en beneficio del trabajador en un todo de acuerdo con la tutela preferencial otorgada por las leyes. El art. 245 establece: "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", pero hay que tener presente que el Ministerio no crea el tope, sino que debe fijar el importe mediante un cálculo y que el objetivo perseguido por el legislador es garantizar la movilidad de los topes al ritmo establecido por la negociación colectiva (CNTrab., Sala IV, 27/03/2006, "Culasso, S.O. c/ Nuevo Banco Bisel S.A. s/ despido").

No obstante, este objetivo muchas veces no se cumple y se produce la demora en la fijación y publicación del tope resultante de la nueva escala salarial acordada en el convenio colectivo o en un acuerdo salarial posterior a su celebración, y al momento de resolver la cuestión relativa a la indemnización nos encontramos en ausencia de tope. Entonces se plantea el problema de cómo esta debe ser calculada y abonada al exdependiente. Así de la norma resulta que la aplicación del tope está ceñida a que la mejor remuneración mensual del trabajador exceda su importe, para ser aplicado.

En uno de estos supuestos -en el precedente "Vizzoti"- la Corte decidió que si la diferencia entre mayor remuneración determinada como base y el tope no excede el 33% de aquella este debe ser aplicado, pues si esto sucediera el tope resultaría desplazado, para aplicar el criterio adoptado, a efectos de garantizar la protección de las leyes, y que estas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor.

Ahora bien, en autos, no solo no constan los topes a los que la norma refiere, sino que tampoco se cuenta

con la escala salarial vigente al momento del despido del trabajador, que es la referencia temporal adoptada expresamente por la norma legal, resultando imposible suplir la tarea del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social.

Es que la ausencia de la información imprescindible para realizar la comparación entre la mejor remuneración y el tope, obsta establecer su procedencia.

En estas condiciones, con las reflexiones efectuadas y partiendo de la base de que la doctrina Vizzoti se aplica en beneficio del trabajador -para el caso que por aplicación del tope la indemnización se vea disminuida en forma tal que no cumpla con la finalidad prevista en la norma-; es que considero que deviene inaplicable en forma automática como se pretende, toda vez que se carece de la certeza que el trabajador no resultará perjudicado por la aplicación abstracta de tal precedente, en tanto no es posible determinar si correspondía previamente o no aplicar tope alguno para el cálculo de la indemnización.

En síntesis considero que una norma adjetiva no puede ir en contra de una norma sustantiva (artículo 28 de la Constitución Nacional), que el juez no puede apartarse del paradigma normativo dominante por vía de interpretación.

Al respecto, cabe considerar, que si analizamos los fenómenos históricos, veremos cómo las situaciones socioeconómicas fueron llevando a distintas organizaciones jurídicas (distintos paradigmas). En una mínima reflexión histórica puede decir que de un constitucionalismo clásico, pasamos luego a un constitucionalismo social, para llegar al paradigma dominante de nuestros días: el del constitucionalismo de los derechos humanos fundamentales.

Con independencia de que podamos analizarla teóricamente, se trata de un dato de la realidad, cuando uno de los paradigmas entraba en crisis,

comenzaba a pergeñarse el nuevo. La crisis siempre es social (basta pensar qué motivos llevaron a los cambios de los paradigmas), puramente fáctica.

Eso precisamente es lo que ha venido sucediendo con las últimas evoluciones, paradigmas normativos de constitucionalismo social y de derechos humanos fundamentales. Motivo por el cual he decidido no aplicar al caso un tope o reducción de la indemnización por antigüedad, y confirmar la sentencia venida en crisis.

Las costas de primera instancia las mantengo conforme fueron dispuestas por la sentenciante de grado porque la modificación introducida en esta sentencia de Cámara no modifica el principio general de la derrota previsto en el art. 69 del ritual. En el mismo sentido, confirmo la regulación de los honorarios en los porcentajes fijados por la jueza *a quo* para los profesionales actuantes en ese estadio.

En la alzada, las costas las impongo igualmente a la demandada vencida y recepto la propuesta de la camarista prevotante respecto de la regulación de los trabajos profesionales en esta alzada por ajustarse a las prescripciones legales.

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

Doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Dra. Zanatta por coincidir.

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

1) Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto a fs. 353 por la parte demandada.

2) Modificar la sentencia venida en crisis de fs. 346/351, disponiendo que la indemnización por vacaciones no gozadas asciende a la suma de tres mil quinientos dieciséis pesos con veinticuatro centavos ($3.516,24), el bono anual, a la suma de ciento treinta y cinco mil pesos ($135.000) y la tasa de interés a aplicar al capital de condena será la activa del Banco de la Nación Argentina para operaciones de descuento de documentos.

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

4) Imponer las costas de la alzada a la parte demandada vencida.

5) Regular los honorarios de la alzada a favor del Dr. P. J. F. T. en el treinta por ciento (30%) y los de los Dres. C. O. y J. M. C. K., conjuntamente, en el veintisiete por ciento (27%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

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