En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre 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. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., E. c/ R., M. D. s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 473/18**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2385/14), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 411), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 332/355? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento en virtud del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 366, agravios fs. 381/395). Corrido el traslado de rigor, fue contestado por la actora (fs. 397/402). I.

Antecedentes:

En breve síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que la actora Sra. E. G. promovió formal demanda contra el Sr. M. D. R. tendiente a que sea este condenado a abonar los importes resultantes de los siguientes créditos laborales: a) Diferencia salarial por la falta

de pago del adicional retroactivo por los meses de enero, febrero y marzo de 2013 del CCT 225/75; b) Diferencia impaga sobre el sueldo anual complementario proporcional al egreso; c) Diferencia impaga sobre la indemnización por vacaciones no gozadas con el sueldo anual complementario incluido; d) Indemnización por el preaviso no otorgado con el sueldo anual complementario incluido; e) Indemnización por antigüedad; f) Indemnización del art 2° de la Ley 25323; g) Indemnización del art 80° LCT y; h) Declaración de conducta temeraria y maliciosa en los términos del art 9 de la Ley 25013 y 275 LCT por falta de pago de las indemnizaciones emergentes del despido de la actora. Solicitó asimismo se lo condene al cumplimiento de la obligación de confeccionar (hacer) y entregar (dar) un certificado de trabajo en el que conste en forma correcta su categoría profesional, calificación profesional, total de remuneraciones devengadas y los aportes y contribuciones realizados a los organismos de la seguridad social y sindicales, así como también requirió un instrumento que constituya constancia documentada del ingreso de aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social y sindicales conforme lo establecido por el art. 80° de la LCT confeccionados en los términos y con los alcances de la norma citada. Asimismo, también solicitó que se condene al demandado a la confección y entrega de la certificación prev1sional regulada por el art. 12 inciso g) de la ley. Pidió que, en función del objeto de la acción, la sentencia establezca el plazo de entrega de tales instrumentos, bajo apercibimiento de fijar astreintes por cada día de mora. Solicitó se decrete la inconstitucionalidad de las normas del derecho colectivo (CCT 225/75 y acuerdos paritarios) que establecieron adicionales no remunerativos. Practicó liquidación

provisoria en que individualizó los montos de los créditos reclamados, a los que pidió se aplique la tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina en igual sentido que lo determinado por la Cámara Nacional del Trabajo a través del Acta 2601 del 21 de mayo de 2014, ya que conforme lo analizó la Excma. Cámara Nacional del Trabajo la tasa activa no llega a compensar la depreciación del signo monetario por efecto de la inflación, ello desde que cada uno de los créditos reclamados resultó exigible y hasta su efectivo pago. Con costas. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. A su turno, contestó la acción impetrada en su contra el demandado. Cumpliendo el imperativo procesal, negó hechos. Desconoció documental. Ofreció su prueba. Reservó el caso federal. Pidió, por fin, se rechace la acción, con costas. Producida que fue la prueba, pasaron los autos para resolver.

El fallo de primera instancia hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad impetrado con respecto al carácter no remunerativo de los adicionales percibidos por la actora, abonados a ella con tal calificación. Hizo lugar a la demanda, y en consecuencia, condenó al Sr. M. D. R. a abonar a la Sra. E. G., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la sentencia, la suma de pesos doscientos catorce mil novecientos cincuenta y cinco con cincuenta y un centavos ($214.955,51), con más la sanción establecida en el art. 132 bis LCT, sumas a incrementarse por intereses, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Condenó asimismo al demandado a entregar a la actora, en idéntico plazo, el certificado de trabajo, la constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social y sindicales y la certificación de servicios y remuneraciones Formulario PS 6.2 ANSES,

ello de acuerdo a los alcances que en definitiva se resuelven en el presente juicio y en un todo de acuerdo a lo prescripto en el art. 80 LCT, Ley 24576 y art. 12 inc. g de la Ley 24241. Impuso las costas a la parte demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio de la instancia de grado se alzó la parte demandada. Criticó el fallo en razón de lo resuelto en torno: 1) a la inconstitucionalidad de los adicionales no remuneratorios negociados en el marco del convenio colectivo de trabajo CCT 225/75; 2) a la inclusión del SAC en la indemnización; 3) a la multa Ley 25323. Improcedencia de la analogía en sanciones. Falta de previsión normativa; 4) a la constancia documentada de aportes. Certificado de trabajo. Consignación administrativa; 5) a los honorarios profesionales. Razón para litigar. Costas por su orden; 6) a la multa del art. 132 bis; y 7) a la tasa de interés.

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento traído a mi análisis, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Aclarado ello, y en orden al primer agravio vinculado la declaración de inconstitucionalidad de los

rubros denominados “no remunerativos”, nutrida y coincidente es la jurisprudencia sentada por la Sala que integro respecto de su procedencia. Es que, tengo ya dicho unánimemente que debe ponderarse en la especie que la tutela del salario se haya consagrada en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna (principio protectorio), así como en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a XIV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), el Pacto Internación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 6° y 7°), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (a 5°, inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. l°.d), recordando asimismo que la preocupación de la comunidad internacional en la materia se remonta al propio acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo y se expresa en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados en el seno de esa institución.

He sostenido que comparto el pensamiento por el que se sostiene que la tutela que emana de aquel principio rector y de las normas internacionales mencionadas perdería buena parte de su sentido y efectividad si no expresara una conceptualización del salario que permitiera su adecuada identificación. En efecto, los artículos 6° y 7° del PIDESC proporcionan pautas decisivas para esclarecer dicho concepto al señalar que el derecho a trabajar comprende la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo y calificar como "salario" o "remuneración" la prestación debida por el empleador cuando ese trabajo es prestado en relación de dependencia.

En tal contexto, y como lo refiriera ya nuestro más alto tribunal en los autos “Pérez c/ Disco”, resulta inadmisible colocar fuera de la conceptualización de "salario" prestaciones que han constituido una "ganancia" para el trabajador, y que solo encontró motivo o resultó consecuencia del contrato de trabajo. Es preciso reconocer, agrega, que "toda ganancia que obtiene el trabajador del empleador con motivo o consecuencia del empleo resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

Es claro que, frente a tales definiciones, la noción de remuneración que se aplique en manera alguna podría entenderse de alcances menores a la acuñada por el artículo 1° del Convenio 95 de la OIT, razón que junto con demás fundamentos del fallo citado, hiciera que aquel concluyera declarando la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c, de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según Ley 24.700).

En el voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay se señaló, además, que el artículo 103 bis, inciso c, de la LCT afecta los principios constitucionales de retribución justa en correlación con el de protección contra el despido arbitrario, al excluir indebidamente de la base de cálculo de la indemnización por despido conceptos que se encuentran dentro de la noción de salario recogida en las normas internacionales ratificadas por el país. De esta manera se afecta la razonable proporción que debe guardar la indemnización por despido arbitrario con uno de los elementos de su cálculo como es la contraprestación salarial que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Así, en el caso de autos, la quejosa cuestiona que en la sentencia de grado se haya dispuesto decretar la

inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios celebrados en el marco del CCT 225/75.

En tal contexto, y respecto de la mentada inconstitucionalidad, he de recordar que en la senda que marcara el tribunal cimero y a la que en breve me refiriera en los párrafos precedentes, ya ha tenido oportunidad de expedirse la Sala que integro en los autos "Tobar, Roberto c/ Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia s/ laboral", expte. N° 377/2011 Sent. Def. N° 03/12L", "Tieso, Carlos Alberto c/ Skanska SA s/ Sumario - Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley", expte. N° 137/2013, Sent. Def. 35/2013L, "Zabala, Jesús Ignacio c/ Service Costanera SRL s/ Sumario - Cobro de Pesos e indem. de Ley", expte. N° 527/2013 Sent. Def. 78/2013L, entre otros; sentando un criterio favorable, cuyos argumentos me eximo en la circunstancia de reiterar a través de la transcripción expresa, so pena de embarcarme en repeticiones innecesarias, mas con los que coincido.

Aduno a ello que llama la atención que el recurrente pretenda desvirtuar la normativa antes citada como así también la frondosa jurisprudencia sentada sobre el particular, inclusive la de esta alzada, argumentando que en su lugar debe aplicarse lo dispuesto en un convenio colectivo (CCT 225/75), lo que sin lugar a dudas carece de todo fundamento jurídico. Es más, en numerosos fallos en que se ha decretado la inconstitucionalidad de acuerdos paritarios, es claro que los mismos establecían el carácter no remuneratorio de los adicionales que otorgaban al trabajador, luego no se aprecia cuál es la diferencia con el presente como para que la argumentación posea algún sentido que lleve a modificar el criterio que unánimemente hemos sostenido. Rechazo el agravio.

Ya en el segundo agravio, el cuestionamiento apunta a la inclusión del SAC en la indemnización. En orden con la mencionada incorporación para la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, he tenido ya oportunidad de expedirme en casos anteriores (a título de ejemplo "V. G. A. C/ S. S.C.C. s/ Sumario – Cobro de pesos e indemnizaciones de ley", expte. N° 655/2015, entre varios otros) y entonces dije que no escapa a mi conocimiento que se ha discutido bastamente si es que corresponde o no. En tal contexto, autorizada doctrina se ha inclinado tanto por la afirmativa como por la negativa, y lo propio ha sucedido con la jurisprudencia. En lo personal, en alguna sentencia he sostenido que no corresponde se compute como mejor remuneración aquella que contiene las vacaciones por ejemplo, que de común se corresponde con los meses normales en que son otorgadas al trabajador. Es más, en esa oportunidad he citado jurisprudencia que al negar su procedencia lo hace también respecto del sueldo anual complementario. La discusión, en claro, no pasa por la normalidad y la habitualidad, sino por el carácter mensual o mensualidad. Hay quienes sostienen que el hecho de que el SAC no se abone mensualmente le impide cumplir aquél calificativo, otros entienden que el derecho a su cobro se devenga día a día, un derecho a esa retribución que se genera diariamente, luego constituye un crédito que tiene el trabajador, el que cobrará semestralmente, mas que no por eso carece del requisito. Estos últimos afirman que el cambio operado por la Ley 25877, que introdujo en el art. 245 el término "devengado" en lugar de "percibido" se asienta en la respuesta del legislador a la postura doctrinaria y jurisprudencial por la que se venía reconociendo la inclusión del concepto. Al cruce salen los defensores de la corriente opuesta, según los cuales, si el SAC

debiera ser tomado en cuenta para el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, en la reforma directamente se hubiera quitado el término “mensual”.

En la solución, considero ejemplares los conceptos que en apretado resumen me permito transcribir: “La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la LCT, 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 Constitución Nacional.

”Bueno es recordar que así lo ha interpretado la CSJN, 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 LCT es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del limite 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 al bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aun 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 SAC 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 LCT, cuando se produce un despido arbitrario” (CNTrab. Sala VII, del excelente voto de la Dra. Estela Milagros Ferreirós en autos "Maidana J. Carlos c/ Banco Central de la Republica Argentina s/ diferencias de salarios", causa 23.684/2006, SD 42874, 19/08/2010). Afirmo, sin hesitación, que tales conceptos son los que mejor coinciden con mi postura sobre la cuestión, la que

asimismo ha venido manteniendo invariablemente la Sala que integro. Se rechaza el agravio.

En el análisis ahora del tercer agravio y la multa del art. 2° de la Ley 25323. Sostiene el apelante que no se verifica en autos la conducta que determina la procedencia de la sanción.

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

Establece el citado artículo: "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, 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".

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

Recuerdo que el objetivo perseguido por la norma "es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo" (Grisolía, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", t. II, pág. 1105).

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

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

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

La doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene solamente efectos interpartes. La

declaración de inconstitucionalidad implica, en el derecho argentino, la no aplicación de la norma en el caso concreto. Por ello, Bianchi afirma que "la declaración de inconstitucionalidad en realidad constituye una declaración de inaplicabilidad" (BIANCHI, Alberto, B., "Control de constitucionalidad. Las acciones de clase", Ábaco, Buenos Aires, t. I, p. 343).

En segundo lugar, tengo dicho ya en anteriores fallos que cabe al trabajador, en efecto, intimar fehacientemente al empleador al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, mas ello a mi entender no significa que deba intimarlo a que lo haga bajo apercibimiento de requerir el pago de las multas que la legislación laboral prevé para el caso en que no lo hiciera en tiempo y forma. Tales agravantes surgen naturalmente frente a la inconducta o incumplimiento en el pago, la intimación fehaciente no se vincula con ellas, sino que lo que se intima es el pago de la indemnización. Es lógico que si mantengo ese criterio que refleja cierta amplitud, cuanto más hallo procedente la multa cuando, como en el caso, el empleado intimó, es decir dio cumplimiento con la carga que la ley le impone, siendo además concreto sobre su pretensión.

Se ha expresado: "Ahora, el artículo 2 de la Ley 25323, tiende a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que busca indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y por la Ley 24013. Esto es que pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de sus créditos, sin tener que padecer la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial. Luego,

considero que la reparación debe ser integral, y no limitada, pues los mismos perjuicios le ocasiona al actor, tener que reclamar por una diferencia salarial, que por el total de la indemnización. Ya que no habiendo obtenido una respuesta satisfactoria a sus intimaciones, tuvo que iniciar la presente acción (de la misma manera en que lo hubiera iniciado por el todo), a fin de cobrar las sumas reclamadas. En consecuencia, corresponde confirmar el agravamiento en cuestión" (CNac. Apel. Trabajo, Sala III, autos "Saraza, V. Hugo c/ Siat S.A. y otro s/ despido").

Entonces, resulta que aquí el trabajador intimó en debida forma (cartas documento obrantes a fs. 47, 51, 53 y 55, informe Correo Argentino fs. 189/190), y el empleador no pagó, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2014 –hace ya 4 años-, por lo que huelga aclarar que el litigio no solo no se evitó, sino que sin lugar a dudas la conducta dilatoria del empleador generó gastos y pérdidas de tiempo, razón por la que no me cabe duda alguna de que si la multa que está prevista en la norma ha de aplicarse, pues debe hacérselo en caso como el presente. En consecuencia rechazaré el agravio.

Respecto ahora del cuarto agravio y la multa del art. 80 LCT, dijo el apelante que la documental que incluye la norma citada fue puesta a disposición de la empleada, y ante su incomparecencia fue consignada ante la autoridad administrativa.

Cabe entonces resolver respecto del cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma en cabeza del empleador, las que la señora juez de grado entendió no satisfechas y que originaran la condena, verbigracia la indemnización prevista. Tal decisión es la que constituye el objeto de la crítica.

Destaco que el art. 80 LCT dispone que "La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual.

"El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando este lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.

"Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de estos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

"Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente (párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N° 25345 B.O. 17/11/2000)".

Luego, está claro que la obligación impuesta al empleador subsiste en todo caso, más la indemnización

allí prevista se torna procedente en tanto el trabajador haya dado cabal cumplimiento a la intimación que le es exigida para tal fin, la que aquí efectivamente se cumplió (fs. 63/64)

Dicho ello, se colige del texto de la norma que, producido el distracto, el empleador debe entregar al trabajador un certificado de trabajo (párr. 3ro.), ello sin necesidad de que el mismo le sea solicitado y, ante el requerimiento del trabajador, constancia documentada del ingreso de los fondos a los organismos de seguridad social y sindicales.

El primero debe contener: a) el tiempo de prestación de servicios, b) la naturaleza de estos, c) la constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. No se requiere, en cambio, que incluya la constancia de retenciones en concepto de aportes sindicales o contribuciones destinados a entidades sindicales y, d) la calificación profesional obtenida por el trabajador en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere realizado o no, acciones regulares de capacitación (constancia que debe figurar en el comprobante, de acuerdo con lo dispuesto por el sexto artículo sin número del capítulo VIII "De la formación profesional" del Título II de la Ley de contrato de trabajo, incorporado por la Ley 24576).

La información que surja del mismo debe corresponder a la realidad de los hechos por lo que no será defectuoso el que denote el incumplimiento de obligaciones relativas al ingreso de aportes o contribuciones, pero lo será el que contenga una información falsa o el que no cumpla los requisitos normativos exigidos por la norma.

Ahora bien, sin dejar de tener en cuenta que el certificado de trabajo debe encontrarse acompañado por

la constancia documentada de aportes y contribuciones, desde que la certificación de servicios y remuneraciones (formulario PS6.2) no se encuentra dentro de la documentación comprendida en el art. 80 LCT, tal como reiteradamente lo he sostenido en anteriores pronunciamientos, cabe señalar que lo que aquí interesa es que el demandado fundó su defensa – en primer término –en el hecho de haber "puesto a disposición" de la trabajadora la documental correspondiente.

Sin embargo, también me he expedido ya en orden a que tal proceder no configura el cumplimiento de la manda legal. Es decir, no se libera de la obligación el principal por el sólo hecho de invocar aquella puesta disposición, sino que corresponde sea entregada efectivamente al empleado. Si éste no concurre a retirarla, pues deberá aquél consignarla en debida forma.

Es que la cancelación requiere la entrega de los certificados, ya que lo que la ley quiere es que el trabajador tenga el objeto debido. La puesta a disposición, es solo una expresión. El art. 80 LCT no solo protege al trabajador, sino que sanciona al empleador incumplidor de un deber tan delicado como el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social, y en el cuarto apartado, recalca, "si el empleador no hiciera entrega".

Así, bien puede afirmarse que la redacción del art. 80 LCT es clara y no autoriza a apartarse de su interpretación literal. Todos sus incisos constituyen al empleador como obligado a entregar al trabajador las certificaciones allí determinadas. Si admitiéramos como válida la excusa del empleador de "que puso a disposición" del dependiente las certificaciones, y este último no concurrió a buscarlas, se caería en el absurdo de transferirle a éste la carga de la prueba,

obligándolo a demostrar que se presentó a recibirlas y le fueron negadas, para efectivizar la sanción, lo que constituye un absurdo.

Ahora bien, no se me escapa que luego argumentó el demandado haber consignado la documental ante la autoridad administrativa con fecha 25 de octubre de 2013, acompañando la nota respectiva (fs. 97). Sin perjuicio de que junto a la misma no fue adjuntada la documental que dijo consignar entonces, debe ponderarse que aquella fue desconocida por el actor, y que no se produjo prueba tendiente a demostrar su autenticidad, por tanto la cuestión vinculada a la mentada consignación concluye en la mera afirmación de la parte accionada. Rechazo el agravio.

En el quinto agravio, el recurrente cuestiona la imposición de las costas, solicitando se las fijen en el orden causado. Subsidiariamente se queja por los honorarios profesionales regulados.

Tengo dicho unánimemente en anteriores votos que, desde antiguo, la legislación de forma ha recogido el principio general contenido en la máxima latina *per citationem perpetuatur iurisdictio*, vale decir, que aquel que se vea compelido a transitar el *iter* del proceso judicial no resulte perjudicado. Claro está, el mentado principio debe interpretarse aplicable al litigante que tiene razón, y en este aspecto, es el vencedor quien debería salir indemne del pleito. Esto se ha traducido procesalmente en la imposición de las costas del juicio a la parte que hubiere resultado vencida.

En relación con ello, la jurisprudencia ha evolucionado interpretando el artículo 69 del Código Procesal Civil y Comercial en aquella inteligencia por la que "las costas deben imponerse a la parte que con su proceder dio motivo al pedido resarcitorio, de

acuerdo con una apreciación global de la controversia y con independencia que las reclamaciones del perjudicado hayan progresado parcialmente respecto de la totalidad de los rubros o montos pretendidos, sin que quepa sujetarse en esta materia a rigurosos cálculos aritméticos" (Sala D, 15-2-2005, "Grosso de Cipontino, Delia y otros c/ Disco S.A. s/ ordinario", criterio sustentado en la jurisprudencia de CNCOM Sala C, 14-II1991, *in re* "Enrique R. Zenni y Cía. S.A. c/ Madefor S.R.L. y otro s/ ordinario"; 11-II-1992, *in re* "Martín, Oscar C. c/ Toyoparts S.A. s/ sumario"; 23-III-1994, *in re* "Levi, Raúl Jacobo c/ Garage Mauri Automotores s/ordinario"; 29-III-1994, *in re* "Alba de Pereira, Victorina c/ Morán, Enrique Alberto s/ daños y perjuicios"; 2-II-1999, *in re* "Pérez, Esther Encarnación c/ Empresa Ciudad de San Fernando S.A. y otro s/sumario", entre otros).

Ahora bien, en materia laboral rige el principio protectorio del artículo 14 bis de la Constitución Nacional, además del principio de gratuidad procesal garantizado expresamente en el primer párrafo del artículo 20 de la Ley 20744: "El trabajador o sus derechohabientes gozarán del beneficio de la gratuidad en los procedimientos judiciales o administrativos derivados de la aplicación de esta ley, estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo".

Este principio de gratuidad, de común y a mi juicio, ha sido mal interpretado desde que en diversas circunstancias se ha considerado que al trabajador no han de imponérsele las costas del proceso. Y lo reitero, tal visión respecto de la norma es errónea desde mi perspectiva.

Es que, el espíritu del legislador ha sido otorgar la garantía al trabajador de que podrá ejercer su derecho a plantear reclamos y acciones sin incurrir en

costos económicos que puedan presumirse, en general, fuera de su alcance o que operarían como un obstáculo para su accionar. Es decir, el trabajador dependiente normalmente solo posee el capital de su capacidad laborativa para obtener salarios, de allí que si se ve obligado a reclamar porque aquellos le son adeudados o bien porque ha sido injustamente despedido, no habrá de encontrarse en la mejor situación para realizar gastos en el planteo de tales reclamaciones. Dicho de otro modo, la idea es que el empleado no tenga limitación derivada de costo alguno para acceder a la jurisdicción.

Ahora bien, como ha sido sostenido por autorizada doctrina, "aunque el beneficio es generalizado, los alcances de la exención que consagra la norma no son ilimitados. En efecto, el beneficio de gratuidad comprende únicamente el pago de sellados, tasas, impuestos judiciales y todo otro gasto que deba ser sufragado al inicio o durante la tramitación del proceso. En cambio, la responsabilidad por las costas judiciales y honorarios de su propia asistencia letrada, deberá ser afrontada por el trabajador cuando resulte vencido en el pleito, porque el objetivo del artículo 20 de la Ley 20744 se limita a garantizar el derecho a litigar sin que limitaciones económicas obstaculicen el ejercicio de los reclamos" (Maza, M. Ángel, en "Ley de Contrato de Trabajo" comentada y concordada, Ojeda, Raúl H.. coordinador. T. 1, pág. 239).

Es claro entonces que, en dicha línea arquitectónica propia de un derecho laboral protectorio, debe protegerse al trabajador como parte más sensible de la relación laboral, más ello no justifica, a mi entender, una indemnidad tal que consagre un derecho absoluto al dependiente tal que

pueda eximirlo de las costas del proceso, desde ya en el caso en que resultara lógica su procedencia.

En tal inteligencia, comparto el criterio jurisprudencial que, sin dejar de lado la máxima que tiene al trabajador como parte más débil, sostiene que las costas le deben ser impuestas en el supuesto en que la demanda no prospere. Para el caso en que sí lo haga, habrá que estar a los rubros que efectivamente le han sido reconocidos en el decisorio, no en una relación o proporción aritmética, sino en estricta vinculación a la procedencia de las pretensiones que fueran articuladas y en las que, definitivamente, haya resultado vencedor. Entonces, para que se me interprete, si existe en la demanda una pretensión claramente inconducente, ostensible en tal sentido, recalcitrantemente improcedente, y por tanto rechazada, pues bien, que cargue con la responsabilidad quien se ha aventurado en dicha senda.

Ya he expresado mi criterio al respecto en otras oportunidades y en tal sentido digo que no descarto la proporcionalidad en los casos que mencionara en el párrafo anterior. Pero de igual modo, no comparto el argumento de que aquella proporción en la condena en costas sea aplicable cuando la demanda laboral prospera por un monto distinto al reclamado en la demanda, ello desde que mayor o menor que sea aquel no hay dudas que el trabajador debió instar la acción judicial para hacerse de su crédito laboral.

Con relación al cuestionamiento sobre los honorarios profesionales, que compone en forma subsidiaria el agravio, la solución es aportada por la remisión a la Ley XIII N° 4 del DJP. En atención con la letra de la misma, advierto que los honorarios regulados se encuentran enmarcados dentro de los límites en que los que se encuentra facultado el juzgador, quien los

ha fijado precisamente con tal fundamento. Se rechaza el agravio.

En el marco del sexto agravio, la crítica se vincula con la multa prevista en el art. 132 bis LCT. So pena de resultar reiterativo, recuerdo que la norma individualizada contempla el caso en que el empleador hubiera retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados.

Destaco, en lo preliminar, que hay dos cuestiones primigenias a tener en cuenta, cuales son que el empleador efectivamente haya retenido al trabajador los aportes, y de ser así, que el primero demuestre que los ha ingresado en debida forma a los organismos pertinentes. Luego, la prueba del primer extremo estará a cargo del empleado, mientras que del segundo a cargo el principal demandado. Así, "Para acceder al resarcimiento previsto por el art. 132 bis de la LCT (art. 43 de la Ley 25345) resulta imprescindible que el trabajador acredite que el principal le hubiera retenido aportes con destino a los organismos de la seguridad social. Es recién cuando se haya admitido o acreditado tal circunstancia, que pesa sobre el empleador demostrar el oportuno ingreso de los fondos a las agencias

respectivas” (CNAT, Sala X, “Sa, Edgardo c/ Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina s/ Despido”, expte. 13679/01, Sent. N° 11429 del 13/2/2003).

Del mismo modo, recuerdo que “La situación prevista en el art. 132 bis LCT solo se configura cuando el empleador descuenta los aportes previsionales y no los ingresa, vale decir, cuando retiene y usufructúa créditos ajenos, violando las obligaciones que se le han impuesto como agente de retención” (CNAT, Sala IV, “Barbieri, D. Omar c/ Alaned SA s/ Despido”, expte. N° 35.881, Sent. Def. N° 94340 del 30/09/2009; en idéntico sentido Sala IV, “Núñez, Edith del Carmen c/ Lavadero ANCA SA y otro s/ Despido”, expte. N° 24809/09, Sent. Def. N° 96702 del 31/10/2012). Bien cuando se hace referencia a los mentados aportes debe tenerse claro que “La sanción que refiere el art 132 bis LCT es respecto de la retención de aportes en el sentido estricto de la palabra, es decir, cotizaciones a cargo del trabajador, en cambio ninguna sanción se prevé en la mencionada norma para el empleador que no ingrese las contribuciones a su cargo” (CNAT, Sala IV, “Moure, Gabriel Eduardo s/ Sanitor SRL s/ Despido”, expte. N° 32109/08, Sent. Def. N° 95545 del 30/06/2011).

Lo que se ha referenciado en el párrafo anterior no es menor, desde que la experiencia dicta que hay quienes confunden los términos aportes con contribuciones, siendo que las primeras se corresponden con la porción del salario que se le retiene al trabajador con destino al sistema previsional (jubilación, INSSJP y obra social), mientras que las segundas están representadas por un importe calculado como un porcentaje sobre el salario bruto de los empleados, representan un costo para el empleador y se

destinan a los distintos subsistemas de la seguridad social.

En el caso de autos, la actora demostró efectivamente que los aportes le eran descontados a través de los recibos de haberes acompañados (fs. 6/29). Acompañó y en carácter de la intimación requerida por el art. 1° del Dec. N° 146/01 despachó las misivas correspondientes (ver fs. 59 y 61). Aduno a ello, la respuesta de la Unión Tranviarios Automotor obrante a fs. 317, en que se informa que no existe constancia de que los aportes hayan sido integrados, por lo que la sanción resulta procedente. Rechazo el agravio.

En el séptimo agravio, se critica la tasa de interés fijada en el fallo en crisis, a aplicar sobre el capital de condena.

Tengo dicho ya en numerosos votos que el tema en debate ha sido motivo de lógica preocupación en esta alzada, y así las permanentes modificaciones de criterio en los juzgados de origen han conducido a la Sala que integro a analizar con minucioso detalle los datos de la realidad a efectos de sentar un criterio que resulte superador y que, en definitiva, se constituya en aquél que habremos de aplicar en los casos en que se ventilen cuestiones vinculadas a las tasas de interés en los procesos de naturaleza laboral, sin perjuicio ello de que la sinuosa marcha de la economía nacional imponga en un futuro la revisión de lo que se ha decidido. De resultas entonces de dicha tarea, y por representar la tasa que más se ajusta a la realidad actual, en concordancia con los fundamentos que antes vertiera, se ha dispuesto que deberá aplicarse al monto de capital de condena la tasa de interés activa para préstamos personales y familiares que aplica el Banco del Chubut SA.

Destaco a esa hora que si bien la tasa de mención no fue solicitada en la demanda, y el juez se encuentra

limitado para disponer a una tasa distinta en la sentencia, en el caso particular dicho principio debe ceder en tanto la existencia de la requerida no se verifica en la actualidad. Entonces, teniendo presente ello, y toda vez que la que ha sido aplicada se corresponde con el criterio fijado por esta Sala, se torna estéril la crítica vertida por el apelante. Rechazo el agravio.

Resueltos los agravios, resta hacerlo respecto de las costas de esta alzada, las que impondré a la parte apelante vencida por el principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al acuerdo la siguiente fórmula:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmando el fallo de la instancia de grado en todas sus partes.

2) Imponer las costas de la alzada a la apelante vencida (art. 69 CPCCCh).

3) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo.

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

Viene en segundo orden a mi decisión el recurso interpuesto por el demandado M. D. R. (fs. 366) contra la Sentencia Definitiva nro. 26/2018 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción (fs. 332/355).

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. 381/395 y contestado por la actora a fs. 397/402.

Análisis:
Primer agravio:
Inconstitucionalidad de los adicionales no remunerativos negociados en el marco del convenio colectivo de trabajo CCT 225/75.

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 unas de las muchas sentencias emitidas en tal sentido, que se encuentran en los registros del tribunal, Sentencia Definitiva nro. 55/14/L, dictada en autos "SANTANDER, G. c/ INC S.A s/ SUMARIO", expte. 82/14, Sentencia Definitiva 05/2018/L, en autos "TOUYAA, Carlos Eduardo y OTROS c/ SCHLUMBERGER ARGENTINA S.A. s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. N° 648/2017.

Es que 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 Argentina 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), 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 público 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 Argentina La Ley, "Derecho del Trabajo Doctrinas esenciales" -Director J. 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 “Pérez c/ Disco”, 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 hayan 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)... 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 un discrepancia subjetiva.

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 clara 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.

2.- Inclusión del SAC en la indemnización:

Sostiene el quejoso que la norma del art. 245 de la LCT es clara al hablar de la mejor remuneración, es evidente que excluye promedios -dice- y al hablar de normalidad y habitualidad también es patente que excluye lo que no se produce en forma continua. Discrepa con el criterio expuesto en la sentencia de grado, en el entendimiento que la norma establece que la base de cálculo es la remuneración mensual devengada, y no aquellas que no tengan esas características, las anuales.

Es dable destacar que el art. 245 LCT establece las pautas indispensables para calcular cuál es la indemnización por antigüedad que corresponde a un trabajador despedido sin justa causa, indemnización que se acumulará a la sustitutiva del preaviso cuando no se hubiera cumplido con el deber de preavisar. Esta norma toma como base para determinar la indemnización por antigüedad "la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor". La "habitualidad" implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que "habitual" significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repite, o reitera. A su vez, lo "normal "es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remuneratoria es un término que puede ser conceptualizado en virtud de su opuesto: lo "anormal",

que sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional. La mejor remuneración mensual que el artículo 245 de la LCT tomó como base para determinar la indemnización por antigüedad, es aquella que ha significado un mayor ingreso para el trabajador y se halla condicionada por la "normalidad y habitualidad" de su percepción.

El SAC debe estar incluido en la base de cálculo indemnizatorio del art. 245 de la 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. Criterio este que he mantenido reiteradamente, incluyendo en el cálculo de la indemnización por antigüedad el SAC, rechazo el agravio.

3. Multa Ley 25323. Improcedencia de la analogía en sanciones. Falta de previsión normativa:

Considera que la multa no resulta aplicable toda vez que está condicionada a la falta de pago de las indemnizaciones allí previstas y no a su pago insuficiente. Encuentra justificada la conducta asumida, en los términos del último párrafo del art. 2 de la Ley 25323 en tanto la obligación del empleador surge de la inconstitucionalidad dictada en autos.

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° 20744 (t.o. en 1976) y los artículos 6

y 7 de la Ley N° 25013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, 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 cumplimientos 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".

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.

No puedo soslayar, entonces que la relación culminó por el despido indirecto justificado del trabajador, lo que llega firme a esta instancia y que la trabajadora intimó al pago de la indemnización final que hasta el momento no fue abonada.

Por ello 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 otra parte este cuerpo que integro, en su anterior composición y en la actual, ha mantenido el criterio de inconstitucionalidad, respecto de las sumas no remunerativas, por lo que no puede considerarse una modificación no conocida para atenuar la sanción.

4. La constancia documentada de aportes. Certificado de trabajo. Consignación administrativa:

Manifiesta el recurrente que la documentación fue puesta a disposición de la actora, por lo que no puede

imputársele omisión ni mucho menos negligencia. Dice que el no retiro por la accionante no puede entenderse como que no fue confeccionada en tiempo y forma oportunos; como así tampoco que no reviste las características que imponen las normas vigentes a la época.

Argumenta además que la documentación colectada en estos actuados da cuenta del integro pago de aportes, contribuciones y cargas gremiales y sindicales incluido el seguro de retiro complementario La Estrella, por lo que la sanción impuesta es arbitraria y habrá de revocarse.

la sentencia ordenó al demandado a entregar, en el plazo de diez (10) días de quedar firme, el certificado de trabajo, la constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social y sindicales y la certificación de servicios y remuneraciones Formulario PS 6.2 ANSES, ello de acuerdo a los alcances que en definitiva se resuelven en el presente juicio y en un todo de acuerdo a lo prescripto en el art. 80 LCT, Ley 24576 y art. 12 inc. g de la Ley 24241.

El recurrente cuestiona la condena en el entendimiento que se acreditó primero que la documentación fue consignada en sede administrativa, lo que en autos no ocurrió, y segundo en tanto en fecha posterior a la sentencia de grado se introduce documental cuya improcedencia escapa a cualquier embate recursivo. Por cuanto una vez que se ha llamado autos para sentencia queda cerrada toda posibilidad de discusión, es decir, que no se puede traer al proceso ningún planteo cualquiera sea su naturaleza. También el impedimento legal se refiere a toda apreciación o producción de prueba como la agregación de cualquier tipo de escrito que las partes intenten ingresar al expediente.

Recordemos que en relación con la prueba, ya las partes tuvieron la oportunidad de expedirse en torno a ella a través del alegato, quedando finiquitada toda otra valoración sobre aquella, por lo que tampoco corresponde que se produzca otra (Elena Highton, "Código Procesal Civil…", t.8, pág. 739, ed. Hammurabi).

5. Los honorarios profesionales. Razón para litigar. Costas por su orden:

Entiende que aún en el supuesto de confirmación parcial de la sentencia de grado resultaría equitativo y adecuado a derecho la imposición de costas por su orden.

Explica que la demanda aun cumpliendo con la ley es condenada a pagar y tal circunstancia no se toma en cuenta a los fines de distribuir las costas, toda vez que se tuvo razones fundadas para litigar aún en la inteligencia de un resultado adverso como el que deriva de la decisión en crisis. Considera que no entenderlo así importaría cercenar el constitucional derecho de acceso a la justicia y una obligación de allanamiento ante cuestiones más que dudosas como la *sublite*.

En la especie considero que la presente situación amerita la revisión del principio general de la derrota en cuanto a la excepcionalidad y la distribución porcentual por lo que rechazo el agravio.

Por último, cuestiona la regulación de honorarios profesionales por altos. Sin perjuicio de la extemporaneidad del planteo, revisada la misma en orden a lo dispuesto por los arts. 5, 6, 7 de la Ley XIII nro. 4, la disposición de la jueza de grado se encuentra enmarcada en la norma sin que se vea conmovida por la apelación, por lo cual la confirmo.

6. La multa del art. 132 bis:

Afirma que la decisión de grado que admite la multa carece de causa y deviene arbitraria en tanto ha sido colectada en autos la documentación que acredita que los aportes y contribuciones patronales han sido debidas y suficientemente integrados.

Sostiene para el caso en que se confirme la decisión, que participando la sanción contenida en el art. 132 bis de la naturaleza jurídica de las astreintes, los jueces están llamados a morigerar y rebajarlas tal cual las facultades que les conceden los arts. 2 de la Ley 25323 o el 16 de la Ley 24013.

"El artículo 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (*cf.* Ley 25345) prevé la aplicación de sanciones conminatorias a favor, del trabajador en caso de existir retenciones en su remuneración en concepto de aportes con destino a los organismos que dicha norma indica no depositadas por el empleador al momento de la extinción del vínculo.

No acreditado en autos el cumplimiento de los depósitos, se impone nítida la procedencia de la sanción conminatoria establecida.

Ello así, pues dicha sanción no ha sido establecida exclusivamente en interés del trabajador afectado, sino también de los organismos a los que deben integrarse los aportes y, en definitiva, de la comunidad toda, expresión del principio cardinal de la solidaridad social que impera en materia de seguridad social.

El artículo 132 bis ha sido incorporado a la Ley de Contrato de Trabajo por la Ley 25345, de Prevención de la Evasión Fiscal, lo que demuestra que la cuestión excede, aunque contemple, el interés individual del trabajador afectado, habida cuenta de que, en definitiva, una de las finalidades principales que persigue la norma -al colocar a la omisión del depósito de los aportes retenidos como condición de la sanción

conminatoria allí reglada- es, precisamente, eliminar la evasión de los fondos destinados a financiar el sistema de la seguridad social

Concluyendo la decisión ha de mantenerse por cuanto la alzada no puede admitir la introducción de prueba una vez precluida la etapa procesal oportuna y expedirse sobre cuestiones no propuestas al magistrado de grado. Se rechaza el agravio.

7. La tasa de interés:

Se agravia por la fijación de la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA. Señala que el actor pidió una diferente.

La actora solicitó la tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación argentina.

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. Astrea-2000); 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 préstamos personales y familiares del Banco del Chubut SA", que entiendo refleja la situación en nuestra ciudad de aquel que perdió su fuente de ingresos.

Que en un momento determinado el Juzgado Laboral de la jurisdicción dispuso para los créditos laborales la tasa peticionada aplicando analógicamente normas del

derecho civil y siguiendo los lineamientos de un plenario de la Cámara Nacional del Trabajo, que esta alzada revocó en cada oportunidad que tuvo en ambos cuerpos que la integran y que es criterio la tasa dispuesta por la sentencia, lo cual me lleva a rechazar el agravio coincidiendo con lo dicho por el Sr. camarista que me precedió.

Rechazo el agravio.

8. Las costas de la alzada las impongo a la demandada apelante vencida conforme principio general de la derrota (art. 69 CPr), 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 del Dr. Hayes

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

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

2) Confirmar la sentencia de fs. 332/355 en todas sus partes.

3) Imponer las costas de la alzada a la apelante vencida.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y al Dr. V. M. C. A. 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 impuesto al valor agregado si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

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

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara