----En la ciudad de Trelew, a los días de mayo del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Aldo L. De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“M., N. E. c/ A. S.A. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. N° 545 – Año 2018 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y S.: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 307.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo: ----------
Vienen estos actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo de los recursos de apelación planteados por la parte actora a fs. 279 y por la parte demandada a fs. 281 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 273/278 vta. ----------Por la sentencia apelada se resuelve hacer lugar a la demanda promovida por la Sra. N. E. M.. Declara la inconstitucionalidad del tope salarial establecido en el segundo párrafo del art. 245 de la L.C.T.. Y, condena a la empleadora demandada en autos, “A. S.A.” a que, en el plazo que fija, le abone la suma de $ 643.529 con más los intereses calculados según lo establecido en el considerando IV. Todo ello con costas.----------
------A fs. 282, la parte demandada apela los honorarios profesionales regulados a los letrados intervinientes y a los peritos. ----------
------A fs. 285/287 vta., luce agregado el escrito de expresión de agravios de la parte demandada.----------
------A fs. 288/295 obra agregado el escrito de expresión de agravios de la parte actora.
------Por providencia de fs. 296, se ordenó el respectivo traslado de las expresiones de agravios a la parte contraria, sin que ninguno fuera evacuado. ----------
-----I.- Los agravios formulados por las partes son los siguientes, a saber:----------
----A) Agravios de la parte demandada: ----------
----1) **Vacaciones no gozadas:** Refiere que se admite a favor de la actora el importe de $ 21.449,36 con imputación al concepto de vacaciones no gozadas, con más el importe de $ 1.187,45 por sueldo anual complementario calculado sobre el primero, Indica que no se tuvo en cuenta que conforme surge del recibo de sueldo que instrumenta el pago de la liquidación abonada al rescindirse el contrato, el que fue corroborado –dice- por la pericial contable, su parte abonó tales conceptos. Agrega que en la prueba confesional la parte actora se negó a reconocer el mencionado recibo sin que en la sentencia se tratara tal negativa debiendo haberla tenido –postula- por confesa sobre el hecho afirmado en la posición primera. Expresa que, sin perjuicio de ello, en el informe pericial contable, a fs. 193 vta., surge que su parte abonó mediante depósito bancario en la cuenta sueldo de la actora el importe de $ 19.083,12 con imputación a vacaciones no gozadas y $ 1.589,62 en concepto de SAC. Sostiene que bajo tales constancias, en base al cálculo pericial, la suma que corresponde abonar por el rubro vacaciones no gozadas

es la diferencia entre lo percibido y lo determinado por el perito contador, alcanzando ello la suma de $ 2.366,24 y $ 197,83 por SAC. ----------2) **Condena al pago de la indemnización establecida por el art. 80 de la L.C.T.**: Refiere que si bien se dijo que la intimación de la actora fue prematura no se demostró la recepción por ésta de las constancias laborales en atención al resultado de la prueba caligráfica. Cita doctrina relativa a la intimación previa requerida por el decreto 146/2001. Indica que notificada la actora el día 11/10/2016 de su despido (informe de OCA de fs. 231), la intimación que ese mismo día cursó no se ajustó a la citada norma para originar el derecho a la percepción de la referida indemnización. A ello agrega que la prueba pericial caligráfica fue realizada debido a que se sostuvo al responder a la demanda que la actora fue la firmante de la nota de fs. 59, por la cual se dejó constancia de la recepción en su domicilio de las constancias laborales. Al respecto advierte que su parte no reparó en que de la declaración de la firma inserta en la nota y del DNI X que se consigna la recepción la llevó a cabo M. J.. Así admite que efectivamente la actora no recibió personalmente las constancias laborales remitidas por envío postal a su domicilio pero ello, manifiesta, no es dirimente sino que la recepción en su domicilio no fue negada en su presentación de fs. 76, momento en el que debió desconocer la firma inserta en la nota de fs. 59. Alude a que la remisión al domicilio de la actora fue corroborado por la declaración de los testigos M. S. A. y S. A., en sus respuestas a la tercera pregunta. Sostiene que admitiéndose este derecho al cobro de la indemnización del art. 80 de la L.C.T. se genera un pago indebido (sin causa) a cargo de su parte, por lo que postula que corresponde que sea revocado el fallo apelado. Deja planteado el caso federal.----------B) Agravios de la parte actora:----------3).- **Arbitrariedad por falta de aplicación de la norma específica respecto del tope salarial. Incorrecta interpretación del art. 245 y el precedente "Vizzotti c. Amsa":** Expresa que yerra el juzgador de grado en la aplicación de la Resolución del Ministerio de Trabajo de la Nación indicada por la parte demandada, por ser antigua y carente de vigencia en la actualidad. Sostiene que se encuentra modificada dicha resolución tal como lo manifestara a fs. 208, causándole un perjuicio por reducir su indemnización por antigüedad en aproximadamente un 40%, como así también el resto de los créditos por la incorrecta aplicación del tope. Cuestiona también la declaración de inconstitucionalidad del tope indemnizatorio establecido por el convenio aplicable al caso y la Resolución N° 1903/10 del MTSS, aún sin reproche del interesado, para tomar a partir de ello la mejor remuneración percibida por la actora (febrero de 2016), Por lo que aplicando el fallo "Vizzotti" determinó la suma de $ 30.703,63. Indica que el error en el que incurrió el sentenciante consistió en la aplicación de un tope que se encuentra fuera de vigencia. Señala que su representada posee como remuneración máxima la del mes de febrero del año 2016 que asciende a la suma de $ 40.048,66. Advierte que, conforme lo indicara a fs. 208, el tope indemnizatorio asciende a la suma de $ 50.461,55. Observa que de tal manera su parte no se encuentra alcanzada por el referido tope salarial y no

debe verse disminuida la base de cálculo a los fines indemnizatorios. Apunta que el promedio de las remuneraciones que corresponde es de $ 16.820,55 y no la indicada por la demandada de $ 13.211,49. De allí, expone, que por aplicación de las pautas fijadas por el art. 245, la multiplicación por tres de dicho importe supera el valor base de cálculo por lo cual su aplicación, expresa, es incorrecta debiéndose calcular los valores sin limitación ni tope alguno. Manifiesta que readecuadas las pautas de la sentencia una vez acogido el presente agravio, se deberán recalcular todos los créditos puesto que el Sr. Juez a quo, decidió “topear” (sic) todas las indemnizaciones sin distinción de ninguna naturaleza. Concluye diciendo que, en definitiva, la remuneración de su parte no se encuentra sujeta al tope contemplado por el art. 245 de la L.C.T., ello por ser inferior al monto que se establece por resolución obrante en el Expte. N° 91.030/15 del MTSS y, en consecuencia, no se debe aplicar el precedente “Vizzotti” y calcular sus indemnizaciones sin limitación alguna. ----------

------Subsidiariamente plantea que, aún omitiendo la aplicación del tope vigente al momento de la desvinculación, el Sr. Juez a quo yerra también respecto de la aplicación del art. 245 de la L.C.T., y la correcta aplicación del fallo “Vizzotti”. Sostiene que se desconoce que el tope implica un piso respecto de la base de cálculo para la indemnización por antigüedad, cuando éste supera tres veces el valor indicado por resolución ministerial, de manera que, cuando lo supera, sin que el mismo se convierta en confiscatorio, se aplica el tope que resulta de multiplicar por tres el valor dado por la resolución. Así señala que yerra el Sr. Juez a quo cuando toma como base de cálculo la suma de $ 30.703,63, cuando el erróneo tope indicado por la demandada es de $ 13.211,49 –el que tampoco es el que corresponde-, porque de la multiplicación de dicho tope resulta la suma de $39.634,47, valor que, en el peor de los casos –dice-, debió ser utilizado por el a quo para determinar las indemnizaciones adeudada a su parte. Refiere al fallo “Vizzoti” indicando que la Corte sostuvo que no resulta razonable, justo ni equitativo que la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT, pueda verse reducida en más de un 33%, considerándolo confiscatorio si se supera dicho porcentual. Por lo tanto, expresa, al momento de fijar el tope se debe comprobar que al menos el cálculo se haga con el 67% de la remuneración del trabajador a fin de que ése no se vea perjudicado siempre que la reducción implique confiscatoriedad ya superado el tope salarial. Apunta que si el salario del dependiente no superase el tope indemnizatorio que marca el Ministerio de Trabajo, no es necesario –manifiesta- aplicar ningún tope y simplemente se debe multiplicar el sueldo por los años de servicio. Termina sosteniendo que la aplicación del precedente “Vizzoti” fue en perjuicio del trabajador en tanto vio reducida la base de cálculo por debajo del tope indemnizatorio aplicable.----------

------4) **Incorrecta aplicación del tope salarial como base de cálculo de todos los créditos:** Expresa que yerra el juzgador de grado al aplicar a todos los créditos involucrados en autos el tope salarial incorrectamente fijado. Postula que los créditos no enunciados en la norma no se encuentran alcanzados por el mecanismo por el cual se

fija un tope salarial. Especifica que los créditos que poseen una naturaleza diferente a la indemnización por antigüedad no se encuentran alcanzados por el tope no correspondiendo su aplicación extensiva. Apunta que en este proceso equivocado de incluir a todo crédito reclamado el referido tope incorrecto reduce no solo créditos indemnizatorios sino salarios y multas. Señala que para la multa por falta de entrega del certificado de trabajo se establece un parámetro diferente de cálculo. Cita y transcribe el art. 45 de la ley 25.345, para sostener que para la determinación de la multa que prevé no se aplica el tope salarial.----------

-----5) **De los días trabajados. Integración del mes de despido. Vacaciones proporcionales. S.A.C. sobre vacaciones:** Expresa que el Sr. Juez a quo utiliza la aplicación de la base de cálculo para su determinación con tope salarial para los días trabajados y demás rubros incluidos en el título de forma errada y arbitraria, por ser créditos derivados del salario y no una indemnización que derive de la aplicación del art. 245 de la L.C.T. ----------

----6) **Del preaviso y S.A.C. sobre preaviso:** Repite que se utiliza la aplicación de la base de cálculo para su determinación con aplicación del tope salarial. Advierte que le corresponde a su parte dos meses de sueldo por su antigüedad (16 años). Manifiesta que su parte tiene presente la teoría de la normalidad próxima para las actividades de remuneraciones variables no obstante, dice, el error radica en la aplicación del tope para su cálculo.----------

-----7) **Incorrecto rechazo de la multa del art. 2 de la ley 25.323:** Asegura que yerra el juzgador de la primera instancia al rechazar la multa prevista por el artículo y ley citados por considerar que no le corresponde por ser un trabajador comprendido en un estatuto especial. Cita jurisprudencia en el sentido que los trabajadores amparados por estatutos particulares deben estar comprendidos en la norma porque éste apunta al cumplimiento efectivo y oportuno de la reparación por el despido arbitrario no existiendo razón para excluir al trabajador marítimo.----------

-----8) **Anatocismo. Tasa de interés:** Afirma que se equivoca el Sr. Juez a quo en omitir aplicar el art. 770 del Código Civil y Comercial. Alude a que esta Cámara de Apelaciones estableció que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Cita, individualiza y transcribe fallos de la Sala A y B de esta Cámara de Apelaciones en apoyo de su posición a los que remito por razones de brevedad. Asimismo, cuestiona la tasa de interés fijada por Sr. Juez a quo, por no ser la más alta que el Banco del Chubut S.A. cuenta para sus operaciones. Indica que la más alta es la tasa activa por operaciones generales vencidas y no la de las operaciones ordinarias de descuento. Finalmente plantea caso federal.----

-------II.- ANÁLISIS Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN: ----------

------En los límites que han sido fijados por el contenido de los agravios que precedentemente se han reseñado, por razones lógicas ingresaré en primer lugar al examen de los planteados por la parte demandada para hacerlo luego, en caso de

corresponder, con los vertidos por la parte actora. Ello sin perjuicio que, cuando por su conexidad, continencia o identidad así lo permita, se los examinarán en conjunto. ----------B).-; 3).- **Arbitrariedad por falta de aplicación de la norma específica respecto del tope salarial. Incorrecta interpretación del art. 245 y el precedente "Vizzotti c. Amsa":** Es menester comenzar por advertir que Sr. Juez a quo, en su argumentación relativa al tópico involucrado en este agravio, se atuvo a lo dictaminado por el perito contador que dictaminara en autos, Cdro. Ricardo Gustavo Tirone (Ver: pericia obrante a fs. 183/193 y vta.). ----------De tal manera, expuso que tomaría como base del cálculo para el rubro antigüedad *"…la mejor remuneración percibida por la actora correspondiente al del mes de febrero de 2016, la cual con la aplicación del fallo Vizzoti se determina en la suma de Pesos Treinta Mil Setecientos Tres con Sesenta y Tres Centavos ($ 30.703,63)* ***de acuerdo al cálculo efectuado por el perito interviniente en autos*** *y que no mereció objeciones de las partes…"* (Sic)(Ver: considerando de fs. 277 vta.)(Lo resaltado me pertenece).----------Al respecto, si nos remitimos a la lectura del dictamen pericial contable se observa que el experto señaló sin mayor precisión ni individualización de la fuente de información de la cual se valiera para expedirse en el sentido en que lo hiciera lo siguiente: *"…En lo que respecta al Tope Indemnizatorio, cuyo último valor publicado a la fecha de egreso del actor, ascendía a $ 13.211,49, corresponde la aplicación del criterio del Fallo Vizzoti, Carlos c/ AMSA S.A. s/ Despido…"* (Sic)(Ver: informe pericial, fs. 192). ----------A partir de tal señalamiento, en el detalle de las planillas y cálculos correspondientes se observa que computando el mejor salario mensual bruto percibido por la actora, correspondiente al mes de febrero de 2016, de $ 45.826,31 -el cual sería la base de cálculo de la indemnización por antigüedad de no superar el tope indemnizatorio aludido por el Art. 245 de la LCT-, calculado el porcentaje máximo de no afectación por el referido tope -sin individualizar (67%) del crédito laboral, arroja el monto base que informara el perito y que asumiera el juzgador como aplicable al caso bajo examen, previa declaración de inconstitucionalidad que pronuncia de la Resolución 1903/10 del MTEySS, la cual recién el juez de grado individualiza al referir a la aplicación al supuesto de la doctrina fijada en el precedente "Vizzoti" (Ver: considerando de fs. 277 vta.).----------Según el segundo párrafo del artículo 245 de la LCT, la base indemnizatoria no podrá exceder el equivalente a tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, <u>al momento del despido</u>, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.----------Lo subrayado resulta ser un dato sumamente trascendente y a recordar en este análisis, por cuanto es la fecha que fija cuál será el tope de aplicación en la especie. Por lo cual es válida recordar desde ahora que el despido directo de la que fuera pasible la actora, Sra. M. data del 06/10/2016.----------Asimismo, sabido es que al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social

(MTESS) le corresponde fijar y publicar el promedio resultante, junto con las escalas salariales de cada convenio colectivo de trabajo. El verbo “fijar” implica que es imprescindible la actividad estatal,, por lo que no cabe a las partes efectuar ese cálculo ante la inactividad del Ministerio indicado. Si se omitiera fijar y publicar el tope, el crédito indemnizatorio debe calcularse con las restantes pautas de la ley, pues no resultaría válido fijar límites que no se establezcan según el mecanismo legal, esto es, mediante la intervención de la autoridad de aplicación (Conf.: Fernandez Madrid Juan Carlos, en “Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y anotada”, Ed. La Ley, año 2009, T III, pág. 2090/2092).----------

------Téngase presente que si la autoridad administrativa hubiera fijado y publicado uno pero luego se atrasa en la actualización una vez negociada una nueva escala salarial, se deberá liquidar provisoriamente la indemnización en base a la suma del tope publicado y luego, cuando se fije y publique el actualizado que rija para la fecha en que se produjo el despido, se deberá reajustar lo pagado en base a la nueva escala.----------

-----Es más, se ha dicho que, pese a que su “fijación” depende del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, la fecha de aplicación es retroactiva a la fecha en que se firmó el acuerdo salarial o, en caso de acordarse así, también puede ser utilizado a extinciones aún anteriores a esa firma. Vale decir que la fecha de publicación es irrelevante en el punto, ya que lo que se debe vincular es la fecha del despido con la fecha del acuerdo salarial, que es el que le marca la pauta de aplicabilidad al nuevo tope establecido (Conf.: Ojeda, Raúl H., en “Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y concordada”, Ed. Rubinzal Culzoni, 2ª ed. Actualizada, año 2011, Raúl Horacio Ojeda coordinador-, T. III, pág. 437/438; id., Ackerman Mario E. – Sforsini María Isabel, en “Ley de Contrato de Trabajo comentada”, Ed. Rubinzal Culzoni, año 2016, T. III, pág. 214/216; ver igualmente la cita doctrinal de la nota nº 215). ----------

-----En tal marco interpretativo cabe precisar que por Resolución Nº 271-E/2017 de la Secretaría de Trabajo -delegación Trelew- del MTEySS, la cual fuera emitida en el Expte. Nº 235-91.030/15 del registro de dicho Ministerio, se homologó el acuerdo celebrado por el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación de Chubut y la Cámara A. Patagónica de Industrias Pesqueras (CAPIP), ordenando remitir lo actuado a la Dirección Nacional de Regulaciones del Trabajo para que determine si resulta pertinente elaborar el cálculo de la base promedio y tope indemnizatorio de conformidad con lo establecido en el art. 245 de la LCT y sus modificatorias (B.O., Nº 33.604, del 12/04/2017).----------

------En consonancia con esto último, con fecha 13/06/2017, la Dirección Nacional de Regulaciones del Trabajo dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, emitió la Disposición E 181/2017, por la que fija el importe promedio de las remuneraciones del que surge el tope indemnizatorio contemplado por el art. 245 de la LCT correspondiente al acuerdo homologado por la referida Resolución 271-E/2017 (B.O. del 24/07/2017).----------

-----Esta disposición E-181/2017 de la DNRT del MTEySS que se cita, estableció como tope indemnizatorio para los trabajadores comprendidos en el CCT 372/04 de la provincia del Chubut, para los despido ocurridos en el lapso comprendido entre el 01/06/2016 al 01/04/2016, de $ 38.187,78. Y para los despidos ocurridos después del 01/04/2016, la suma de $ 50.461,65.----------

------De la composición de todo lo expuesto hasta aquí queda en evidencia que tanto el perito contador como el juzgador de grado que hace suyo lo informado por él, incurrieron en una equivocación al computar el tope indemnizatorio vigente a la fecha de producirse el despido directo de la trabajadora actora en este proceso (06/10/2016), puesto que computando la mejor remuneración de ésta, correspondiente al mes de febrero de 2016 ($ 45.826,31), la misma no alcanza a superar siquiera al tope indemnizatorio que rige el caso ($ 50.461,65). ----------

-------En consecuencia, le asiste la razón a la parte actora impugnante en su planteo impugnativo, por lo que corresponde revocar parcialmente el fallo apelado en relación al tópico, para dejar sin efecto el punto II del fallo apelado, y para elevar el monto del capital de condena por el importe que resulte de realizar el computo correcto del rubro indemnización por despido sin causa. Así lo dejo propuesto al acuerdo que se decida. ----------

------Ante ello, se deberá realizar un nuevo cálculo del rubro “indemnización por antigüedad”, tomando como base de cálculo la mejor remuneración percibida por la actora -febrero/16-, esto es, la suma de $ 45.826,31. De ello resulta que, multiplicada la indicada base de cálculo por la cantidad de años de antigüedad (16 años), se obtiene la suma de **Pesos Setecientos Treinta y Tres Mil Doscientos Veinte con Noventa y Seis ($ 733.220,96)**. ----------

----4).- **Incorrecta aplicación del tope salarial como base de cálculo de todos los créditos:** Corresponde que comience por recordar que el juzgador de primera instancia al realizar la liquidación final se atuvo estrictamente a los cálculos indicados en el informe pericial contable. ----------

-----A la par, cabe advertir que de la visualización de dicho dictamen técnico resulta extremadamente difícil identificar cuál fue la base de cálculo utilizada para los rubros que la integran, con excepción de la que empleara para el cálculo de la indemnización por despido ($ 30.703,63 x 16= $ 491.258,08), que como se viene de concluir en el tratamiento del agravio anterior es incorrecta. ----------

-----Por otro lado, si fuera que hubiera empleado el mismo módulo de cálculo, es decir, el importe resultante del tope, habría incurrido en un yerro desde que éste solo se encuentra contemplado como mecanismo de determinación de lde la indemnización por antigüedad regulado en el art. 245 de la L.C.T. ----------

------De todas formas, sin perjuicio de los infructuosos esfuerzos realizados para identificar cuál fue el monto base utilizado por el experto contable para realizar los cálculos relativos a los rubros restantes, esto es, los correspondientes al preaviso omitido y el S.A.C. proporcional (dos meses), integración del mes de despido (25 días),

vacaciones no gozadas y el S.A.C. proporcional (21,42 días)(Ver: liquidación practicada al responder al punto F de la pericia -fs. 191 vta.-), no se logró identificarlo. Empero, lo cierto es que, en ningún caso, se corresponden con los correctos.----------

------Es que, en todos los casos, para salarios variables como los que de común se devengan en la actividad de la pesca, el concepto de remuneración “normal próxima” es el que corresponde utilizar a los efectos de contar con la base de cálculo respectiva, la que se obtiene con el promedio de los últimos salarios del semestre (Conf.: mi voto más reciente en tal sentido, en S.D.L. Nº 57/18, CAT).----------

------Dicho cálculo matemático se debe realizar computando el salario bruto semestral promedio, del que se obtiene la suma de **$ 14.791,77**.----------

------Este importe será, entonces, la base de cálculo con la cual se deberá cotejar la pertinencia de los demás cuestionamientos realizados en relación a cada uno de los distintos rubros de la cuenta liquidatoria realizada con el fin de componer el monto total del capital de condena.----------

------Empero, de lo dicho emana que no respondiendo el contenido del presente agravio a lo acontecido en la especie, al menos no se pudo verificar la veracidad del núcleo sustancial sobre el cual se apoya el dicente agravio bajo examen -esto es, que se utilizó el tope indemnizatorio para el cálculo de créditos distintos a la indemnización por antigüedad-, vacío de contenido crítico ha quedado. ----------

------Es por ello que propiciaré al acuerdo que se tenga por desierto parcialmente el recurso en esta porción de la impugnación deducida (conf.: arts. 268 y 269 del C.P.C.C., de aplicación en la especie por vía del art. 73 de la Ley XIV Nº 1). Así lo voto. ----A),- 1).- ; B).- 5).-; y, 6).- **Vacaciones no gozadas – días trabajados – integración del mes de despido – vacaciones proporcionales – S.A.C. proporcionales – preaviso – S.A.C. sobre preaviso:** En relación a las vacaciones no gozadas y el S.A.C. proporcional, la parte demandada plantea que fueron abonadas en la liquidación final y corroborado dicho pago con la pericial contable. Indica que el importe abonado por tal concepto es de $ 19.083,12 y de $ 1.589,62 por S.A.C. proporcional. De ello, postula que debe descontarse de lo determinado por el perito contador lo percibido por la actora. ----------

------De su lado, la parte actora sostiene lo ya expuesto en el agravio anterior, esto es, que se utilizó como base de cálculo el mismo importe que surge de aplicar el tope indemnizatorio derivado de lo previsto en el art. 245 de la LCT.----------

---Respecto a este rubro indemnizatorio advierto de que, efectivamente, se constató con la pericial contable que se liquidó y transfirió en la cuenta del Bco G. y B. A. de titularidad de la actora las sumas denunciadas por la demandada recurrente por un total de $ 20.672,74 (Ver: respuesta al punto de pericia contable 4º, fs. 193 vta.).----------

----Paralelamente se observa que el mismo perito contable, al responder al punto de pericia individualizado con la letra F), en el cual procede a practicar la liquidación final, incluye entre los rubros correspondientes a dicho ítems las sumas parciales de $ 21.449,35 y $ 1.787,45 (esto es, un total de $ 23.236,80). ----------

----Como el Sr. Juez a quo sin realizar ningún tipo de corroboración se estuvo a los cálculos que realizara el experto contable en su dictamen, no advirtió que en dicha liquidación no computó lo ya abonado en concepto de vacaciones y el S.A.C. proporcional sobre dicho crédito. Ello explica, pero no justifica, que terminara incluyendo en la condena el importe liquidado en la pericia contable omitiendo deducir lo ya percibido por la trabajadora con imputación a dicho crédito.----------

------Asimismo, por otro lado, cabe reparar que de computar el monto base antes determinado por aplicación de la tesitura que atiende a la "normalidad próxima" ($ 14.791,77), en tanto le asiste la razón a la parte actora en cuanto que no corresponde utilizar la base económica de cálculo resultante de aplicar el tope indemnizatorio contemplado en el art. 245 de la L.C.T., se produciría como resultado que se obtenga una importe inferior al reconocido en sentencia con afectación del principio de la prohibición de la "reformatio in pejus", siendo que, a su vez, la parte demandada limitó su impugnación a requerir que se reste los importes abonados sobre las sumas que fueron admitidas sin descontar lo percibido.----------

------Lo mismo sucede con el preaviso omitido y el S.A.C. proporcional sobre el mismo (dos meses) y la integración del mes de despido (25 días).----------

------En consecuencia, procede admitir esta porción del agravio formulado por la parte demandada, para reducir el monto de capital de condena resultante de restar, en concepto de vacaciones no gozadas y el proporcional del S.A.C. respectivo, la sumas ya abonadas a la actora.----------

------De manera tal que, los importes pendientes de pago por tales conceptos son, respectivamente: **$ 2.366,23 –por 21,42 días de vacaciones no gozadas- y de $ 197,83 –S.A.C. proporcional-**. Así lo dejo propuesto al acuerdo que se decida.----------

-------B).-; 7).- **Incorrecto rechazo de la multa del art. 2 de la ley 25.323:** El Sr. Juez a quo expuso para desestimar el agravamiento indemnizatorio previsto en la norma citada en el epígrafe lo siguiente, a saber: *"…respecto a la multa prevista por el artículo 2 de la ley 25323, he señalado en otros pronunciamientos que la misma no resulta procedente cuando el trabajador se halla comprendido en un estatuto especial como el presente caso,…"* (Sic)(Ver: considerando de fs. 277 vta.). ----------

------Es más, el juzgador cita un fallo de la Sala A de ésta Cámara de Apelaciones en el que, ciertamente, se estableció la improcedencia de tal agravamiento indemnizatorio en razón de encontrarse el trabajador comprendido en un estatuto especial (Ver: sala A, c. Nº 451/12, S.D.L. Nº 10/2013, CAT).----------

------Ahora bien, como puede avizorarse de lo transcripto con apoyo en jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones, el núcleo fundante de la decisión propuesta sobre el punto centra o se focaliza en la idea de que cuando se trata de un trabajador comprendido en un estatuto especial no se aplica el agravamiento indemnizatorio contemplado por el art. 2 de la ley 25.323. Sin embargo, hete aquí, que en la especie no se da tal presupuesto

fáctico, toda vez que la actora no se encuentra comprendida en ningún estatuto particular.----------

----Resulta evidente que no puede confundirse entre un trabajador que se desempeña en una actividad reglada convencionalmente (CCT Nº 372/04) -que aunque obvio es decirlo se encuentran comprendidos en el régimen general en todo aquello que no fuera "mejorado" en su beneficio convencionalmente-, con aquellos trabajadores que realizan actividades que se encuentran regidas por estatutos particulares, sean éstos, anteriores o posteriores a la L.C.T., abiertos o cerrados y compatibles o no con el régimen general, lo cual puede dar lugar a otras consideraciones a fin de pronunciarse por su aplicación en cada caso (Ver: Castagnino Laura Cristina, en "La extinción del contrato de trabajo y los estatutos especiales. Sus compatibilidades y diferencias", en Revista de Derecho Laboral "Contratación laboral y despido -II-", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2018 – 2, pág. 269 y s.s; igualmente ver: Machado J. Daniel, en "Teoría y práctica del artículo 2º de la ley 25.323", en Revista de Derecho Laboral "Contratación y registración laboral", Ed. Rubinzal Culzoni, T. 2009 – 2, pág. 397 y s.s., en particular el punto 7º "La cuestión de los estatutos especiales", pág. 410/412).----------

------Y, en relación a la cita del antecedente jurisprudencial realizada en apoyo de su postulación impuesto me encuentro de poner de resalto que es un dato incontrastable que este tópico relativo a la aplicación o no del agravamiento indemnizatorio contemplado en la norma de marras a trabajadores de actividades sujetas a la regulación de estatutos particulares, ha sido motivo de diversos y encontrados posicionamientos jurisprudenciales que, inclusive, se manifiestan en los propios antecedentes de este cuerpo. Para así aseverarlo, traigo a colación que la misma Sala A, de ésta Cámara de Apelaciones por S.D.L., Nº 16/2009, con votos emitidos por los Sres. Magistrados Dres. Ferrari y López Mesa –en ese orden- sostuvieron respecto a este particular tema lo siguiente, a saber: *"…como ya he tenido oportunidad de sostenerlo con anterioridad, el contenido de esta norma abarca por extensión los rubros indemnizatorios establecidos en los arts. 9 y 12 del C.C.T. 370/71, por cuanto ellos no son sino los equivalentes específicos para trabajador marítimo de las indemnizaciones por antigüedad y preaviso omitido legislados en los arts. 245 y 232 L.C.T. respectivamente…"* (Sic)(Del voto del Dr. Ferrari); y, en igual sentido se posicionó el Dr. López Mesa quien refiriendo a los propios precedentes anteriores adhirió a tal posicionamiento.----------

----Luego, en el antecedente citado en la sentencia aún cuando nada se dice al respecto, evidentemente que se incurrió en un cambio de posicionamiento respecto al punto controversial de marras, al menos por parte del Dr. López Mesa, quien como primer votante expresó sobre el mentado agravamiento en relación a trabajadores cuya actividad se encuentre regulada por un estatuto especial, lo siguiente: *"…se ha señalado acertadamente, el art. 2º ley 24323 es taxativo a la hora de expresar los rubros que se incrementan, y éstos son los arts. 232, 233 ley 20744 o los arts. 6 y 7 ley 25323. Por lo cual, si el trabajador se encuentra comprendido en un estatuto especial cabe rechazar*

su reclamo de pago de la indemnización contemplada en el art. 2 ley 23.323…" (Sic)(Las omisiones y equívocos son fieles al texto que se ha transcripto). Dicha tesitura fue acompañada por el Dr. Velázquez, como segundo votante.----------

-----Solo a título "obiter dicta" observo que el agravamiento de la indemnización que prevé el art. 2º de la ley 25.323, encuentra como sustento moral y técnico jurídico al sistema resarcitorio de tarifa, el inmediato cumplimiento de pago de la indemnización. Ello, en tanto el objetivo perseguido por la norma es, que la indemnización -que tiene en miras cubrir la necesidad alimentaria (especialmente intensa ante la inminencia del desempleo), debe serle liquidada de manera inmediata y sin dilación al trabajador ante el despido injustificado. En tal direccionamiento, cualquiera fueran las normas –sean generales o especiales- que contemplen las indemnizaciones por el despido sin causa, no es lo dirimente para determinar si el agravamiento que contempla la mencionada norma procede o no.----------

------En efecto, el agravamiento de la indemnización que la norma prevé está generado por la dilación en el pago de las que correspondan por despido injustificado. Es decir que la sanción se vincula con la conducta morosa del principal que, fehacientemente intimado, no abona en término las indemnizaciones derivadas del despido obligando al trabajador a iniciar acciones judiciales o instancias previas obligatorias para percibirlas, con la consiguiente pérdida de tiempo y esfuerzo.----------

------De manera tal que, el empleador que decide despedir injustificadamente a su dependiente, debe asumir las previsiones necesarias para abonar inmediatamente las indemnizaciones correspondientes salvo causa justificada que podrán ser oportunamente apreciadas por los juzgadores conociendo que, en caso contrario, deberá soportar las consecuencias de su demora con el consiguiente agravamiento del 50% de la misma. De manera que el carácter penalizador de la norma impone que se imponga ante el presupuesto que contempla, esto es, haber motivado la necesidad de instar el órgano jurisdiccional del Estado con el fin de obtener la satisfacción del crédito indemnizatorio correspondiente al despido injustificado (Conf. Ruiz, Alvaro Daniel, "Los alcances de la Ley 25.323: algunas definiciones necesarias", en D.T., 2000-B-2271; id. Tosca, Martín, "Consideraciones preliminares sobre los incrementos indemnizatorios introducidos por la Ley 25.323", en D.T., 2000-B-2120; ídem, Pose, Carlos, "Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por la Ley 25.323", en D.T., 2000-B-2303; ídem, Alejandro, Sergio Joaquín, "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimiento del empleador", en D.T., 2000-B-2308; ídem, Etala, Carlos A., "Las nuevas normas de la ley 25.323", en D.T., 2000-B-2085; ídem, Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25.323", en D.T., 2001-A-223; ídem, Elffman, Mario y Teuly, Florencia, en "Las indemnizaciones laborales de la Ley 25.323", en D.T., 2001-A-233).----------

------Por lo expuesto, corresponde que proponga al acuerdo que se admita el presente agravio; y, en consecuencia, propiciar la revocación parcial del fallo apelado para elevar

el monto del capital de condena en la suma equivalente a la suma de **Pesos trescientos noventa y nueve mil novecientos cincuenta y cinco con noventa y siete centavos ($ 399.955,97)**. Así lo voto.----------

------A).-; 2).- **Condena al pago de la indemnización establecida por el art. 80 de la LCT:** En lo que estimo transcendente para dar contenido crítico al agravio bajo examen, la parte demandada recurrente señala que a pesar que el juzgador de grado advirtió que la intimación que le cursara la actora para que haga entrega del certificado laboral fue realizada prematuramente, termina admitiendo la indemnización especial contemplada en la norma de cita. ----------

------De la lectura de la parte pertinente de lo considerado por el judicante, se constata que efectivamente el a quo no soslayó que la intimación efectuada por la actora resultó prematura (Ver: considerando de fs. 277 vta.). ----------

----Rememoro que el art. 45 de la Ley 25.345 agregó un último párrafo al art. 80 de la L.C.T., en el cual se prevé una sanción para el empleador que dentro del plazo que se estipula no hiciera entrega del certificado de trabajo al cual alude la misma norma. Dicho párrafo agregado establece textualmente que *"…Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en el apartado 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 éste último equivalente…"* (Sic)(el énfasis me pertenece).----------

Asimismo, el decreto reglamentario N° 146/01 de la mencionada ley, en su art. 3° reglamentó al citado art. 45 de la ley 25.345, agregando un plazo de gracia a favor del empleador para que de cumplimiento a esa obligación de hacer, estipulando que *"****el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta,*** *cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias****…dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido****, por cualquier causa, el contrato de trabajo"* (Sic)(el énfasis también me pertenece). ----------

------Es decir, de la lectura de ambas normas cabe interpretar que el requerimiento fehaciente del trabajador a su empleador es una condición *sine qua non* para que proceda la multa prevista ante el incumplimiento de la obligación de entrega de la documentación laboral pertinente, y que, tal requerimiento sólo podrá ser realizado válidamente luego de transcurrido el plazo de gracia de 30 días corridos, el que indudablemente es establecido en favor de la patronal, el que se computa desde que se extinguió el vínculo laboral. Recién fenecido el mismo podrá intimarse válidamente a la patronal; y, una vez vencido el plazo de dos días hábiles -sin que se cumpla con la obligación de entregar el certificado de trabajo respectivo-, se devenga la sanción de multa prevista para tal contingencia. ----------

-----Se ha dicho que la extensión del plazo prevista por la reglamentación al art. 45 de la Ley 25.345, encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador –por

cuanto puede incluir la necesidad de regularizar el vínculo debiéndose recordar que para estos fines se prevé un plazo idéntico en la Ley de empleo-, antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aún cuando la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación. ----------

------Ahora bien, en lo que interesa al tratamiento y resolución del presente agravio lo cierto y concreto es que el Sr. Juez a quo, al dictar la sentencia a pesar de considerar lo dispuesto por la norma de aplicación en la especie para elucidar sobre la procedencia o improcedencia de la pretensión actoral bajo análisis la omitió aplicar adrede.----------

------Esto es, a pesar que todas las demás argumentaciones que expone la demandada recurrente no alcanzan a poner en verdadera crisis el eje directriz que diera fundamento a la conclusión a la cual arribara el juzgador de la anterior instancia para admitir la indemnización especial de marras, en tanto que se relacionan a circunstancia fácticas ajenas a dicho presupuesto reglamentario, pero que fueron constatadas por prueba aportada al proceso (pericial caligráfica ante el desconocimiento de la firma de la constancia de recepción del despacho postal), considero que igualmente le asiste la razón a la parte demandada apelante; y, por ende, corresponde revocar parcialmente el fallo para dejar sin efecto la porción de la condena que incluye la cuantía fijada en concepto de indemnización especial por incumplimiento de la obligación de entrega de la documentación laboral en los términos regulados por el art. 80 de la LCT.----------

------Anoto, por otra parte, que es doctrina establecida por el Superior Tribunal de Justicia de la provincia que la indemnización contemplada en el último párrafo del art. 80 de la L.C.T., queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de los certificados mencionados en el mismo artículo. Señalando que, para que esta intimación cobre virtualidad jurídica debe hacerse extrajudicialmente ante el incumplimiento del empleador de extender los certificados de trabajo al tiempo de la extinción de la relación laboral por cualquier causa que fuera; y formularse en términos precisos y claros. Y, concluyendo que *"…Por ello, la intimación extrajudicial cumplida en forma deficiente, no cumplida; o formulada en sede administrativa no tiene virtualidad de ser suplida por el reclamo que en tal sentido se efectúe en sede judicial en ocasión de la interposición de la demanda o con el requerimiento que en tal sentido orden el Juzgador al despachar la demanda. En estas condiciones no es posible ingresar a la aplicación de la indemnización establecida en la Ley de Evasión Fiscal…"* (Sic)(Conf.: S.T.J.Ch. in re: "Flores, Nancy c/ Pesquera San Isidro S.A. s/ Cobro de Pesos-Laboral" Expte. N° 20.394-F 2006, S.R.E. 15/2006) (Ver: Sala B, S.D.L. N° N° 66/07; S.D.L. N° 23/08; S.D.L. N° 90/09; S.D.L. N° 98/09; S.D.L. N° 27/10, entre otras). ----------

-----Por todo lo dicho, pues, corresponderá revocar parcialmente el fallo apelado para restar del monto del capital de condena la suma de **Pesos noventa y dos mil ciento diez con ochenta y nueve centavos ($ 92.110,89)**. Así lo voto. ----------

------B).-; 8).- **Anatocismo. Tasa de interés:** Pretende la parte actora recurrente que se aplique de oficio y sin previa petición expresa la capitalización de los intereses. Tal

pretensión debió ser formulada al interponer la demanda (20/10/2016 -fs. 36/41-), o bien, al ampliar la demanda, tal como lo hiciera la actora mediante escrito presentado posteriormente (21/10/2016 -fs. 44 y vta.-).----------

---Desde ya adelanto mi opinión, en cuanto que esta pretensión resulta palmariamente inadmisible.----------

---Ello habida cuenta que advierto “ab initio” que tal pretensión resulta indudablemente novedosa en este litigio, desde que recién es introducida en la alzada a propósito de intentar sostener el recurso de apelación deducido en contra de la sentencia dictada en el anterior grado, postulándose que supuestamente se habría omitido establecer la capitalización de los intereses previstas como uno de los supuestos taxativos de excepción a la prohibición legal que, como regla, se mantiene en el art. 770 del Código Civil y Comercial de la Nación.----------

---Desde esta perspectiva advierto que la apelación abre una instancia de revisión ante la alzada y que, como tal, su objeto centra en lo decidido en la anterior instancia a la luz de los elementos de juicio introducidos en ella -y, además, en la medida que se la habilita hacerlo según fuera o no motivo de agravios-. De manera tal que, resulta imposible que pudiera dar materia de un verdadero agravio aquello que no fue oportunamente planteado y controvertido entre las partes en la etapa introductoria del proceso, esto es, con la demanda y su contestación. Ello, desde que el juez se encuentra impedido de pronunciarse respecto de aquello que no integró la materia sujeta a litigo y sobre la cual debía ceñir su deber de expedirse so riesgo de incurrir en el vicio procesal de congruencia (tornaría en un pronunciamiento “extra petita”) (Conf: arts. 34, inc. 4º, 165, inc. 6º del C.P.C.C.).----------

----Lo dicho explica y da sentido a los límites con los que cuenta el Tribunal revisor que se encuentran contemplados en los arts. 274 y 280 del Código del rito, también, so riesgo de incurrir en el mismo vicio de incongruencia antes apuntado (Conf.: Loutayf Ranea Roberto, en “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Ed. Astrea, 2ª ed., actualizada y ampliada, año 2009, T. 1, Capitulo XI, pag. 179 y s.s.).----------

-----Por lo demás, alcanza con observar que las demás referencias que realiza el recurrente, inclusive con cita jurisprudencial en su apoyo, relativa a la aplicación de las normas en el tiempo, resultan ajenas al caso. Es que basta con advertir que no cabe duda alguna que el citado art. 770 del Código Civil y Comercial ya regía al tiempo de producirse el despido directo de la que fuera pasible la actora, sino también, principalmente, al tiempo de interponer la demanda. Fue en dicho momento en el que la actora ya se encontraba perfectamente habilitada para introducir la concreta pretensión de anatocismo que, ahora, de manera extemporánea por tardía, pretende incorporar bajo el ropaje de un pretendido agravio.----------

-------En suma, propondré al acuerdo que por tales razones se desestime, en tal porción, el agravio examinado. Así lo voto. ----------

------En relación a la tasa de interés activa que manda a computar el fallo apelado, se

cuestiona que sea haya fijado la que cobra el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento y no la que fija y cobra dicha entidad bancaria para sus operaciones generales vencidas -que-indica- es mayor-. ----------

-----Tengo dicho mucho antes de ahora que los intereses que se fijan en la condena son en concepto de indemnización por la mora del deudor en el pago de la obligación dineraria la que datará, en las obligaciones de fuente contractual, desde el incumplimiento, y en las de fuente aquiliana, desde que aconteció el evento dañoso. Los intereses cualquiera sea su especie son frutos civiles de un capital y su cuantía ha de establecerse de acuerdo a una tasa o porcentaje que se calcula con referencia a un capital determinado que tornó indisponible para el acreedor durante el tiempo que dura la mora “debitoris” (Arts. 505; 508, 519, 520, 622, 1068, 1069 del Cód. Civil y en analógica aplicación del art. 565 del Código de Comercio; id., arts. 768 y 771 del Código Civil y Comercial de la Nación).----------

-----Se ha dicho igualmente que no se trata de reconocerle al acreedor los réditos que habría podido obtener si contando a tiempo con su capital, hubiera decidido efectuar una inversión bancaria a plazo fijo, retribuida con intereses a tasa pasiva, lo cual significaría indemnizarle un hipotético lucro cesante. La cuestión radica, en cambio, en resarcir el daño emergente que le infiriera el tener que recurrir al mercado financiero para procurarse de dicho capital teniendo que abonar por ello intereses liquidados a tasa activa como contraprestación del crédito que hubo de obtener de terceros para suplir el dinero que el deudor no el entregara en tiempo propio. Aclaro que la justificación no está en la necesidad, sino en la facultad del acreedor de procurarse la satisfacción de la obligación dineraria incumplida por el deudor por un tercero (Art. 505, inc. 2do. del Cód. Civil) (Conf. Barbero Ariel Emilio, “El interés moratorio en las obligaciones civiles”, L.L. 1996-C-1165).----------

-----Por otro lado, resulta indisputable que la situación de un acreedor judicial no es la de un simple inversor que deposita su dinero en un banco privándose voluntariamente de un capital para recibir un beneficio expresado por una tasa pasiva. El acreedor judicial no es libre de prestar su dinero, sino que éste fue ya retenido por su deudor. Si su voluntad hubiere sido, no invertir en un banco el capital, sino utilizarlo, debió acudir a un tercero para que se lo proveyera oblando una tasa activa o bien usar otra suma que tuviere para otro destino en una suerte de autopréstamo, resultando igualmente restringida su libertad por efecto de la mora del deudor. En todos los supuestos al deudor, en definitiva, de fijarse una tasa pasiva o, incluso, una tasa activa que no sea la más alta de las que fija y cobra el Banco del Chubut S.A., por su mora en el incumplimiento de su obligación dineraria, se lo beneficiaría y simultáneamente se la añadiría un nuevo perjuicio a su acreedor. ----------

------La atribución de ciertas consecuencias al incumplidor concierne a la teoría de la relación de causalidad en su sentido de adecuación, puesto que se trata de la extensión del resarcimiento (hasta qué grado de conexión de las derivaciones dañosas con el

incumplimiento responde el deudor). Es que la imputación de las consecuencias del incumplimiento obligacional atañe a la teoría del daño, desde que es uno de los elementos integrantes del perjuicio patrimonial (el acreedor puede haber sufrido pérdidas, frustración de ganancias o ambas cosas), que el deudor está precisado de reparar cuando deriva de su incumplimiento con relación causal adecuada (Doct. Arts. 730, 768, 1716, 1726, 1727, 1738, 1740, 1747, 1748 y concordantes del Código Civil y Comercial de la Nación).----------

------La inmediatez de las consecuencias es antes que todo lógica y, por lo tanto, ocurre "según el curso natural y ordinario de las cosas" que es la que toma como pauta el art. 1727 del Código Civil y Comercial (antes del mismo modo el art. 901 del C.C.). Por lo tanto nada obsta a considerar que el daño emergente (la tasa activa) sea una consecuencia inmediata del incumplimiento. La regla fluye del 1728 del Código Civil y Comercial (antes del mismo modo, el art. 904 del C. C.), que atribuye responsabilidad al deudor por las consecuencias mediatas previstas y previsibles (Conf. Alterini, Atilio "La Corte Suprema y la tasa del interés: ¿De un quietus a un mobilis?", L.L. 1994-C-1994). -

------La idea que se propugna, además de propiciar el logro de la reparación "integral" del daño contemplada normativamente (Conf: art. 1738,1740, 1747 y 1748 del C.C. y C.), es aquella que aspira a que el incumplimiento no debe beneficiar al deudor. El sistema debe desalentar la morosidad y la litigiosidad. Al deudor debe convenirle no litigar. Y la aplicación de una tasa de interés que no cumpla con dicho fin disuasivo promueve todo lo contrario, desde el mismo momento en que puede generar que se especule con que sea más ventajoso económicamente litigar que cumplir oportunamente con la obligación debida sabiendo que en última instancia se deberá pagar una tasa de interés menor o, incluso, más beneficiosa que la que deba abonar si concurre al financiamiento bancario. Si le resulta conveniente, o inclusive, si "le sale los mismo" que tomar un crédito bancario para satisfacer la deuda y evitar el juicio pagando lo que debe, es más que probable que sea más propenso a incumplir para diferir en el tiempo la satisfacción de lo debido a su acreedor trasladando de tal modo a éste las consecuencias disvaliosas derivadas de su incumplimiento. ----------

------Desde otro punto de vista, cabe ejemplificar, solo como hipótesis genérica de comparación, lo siguiente: piénsese en la posibilidad de que el tomador de un crédito, quien accede voluntariamente a la operatoria bancaria respectiva pactando libremente las condiciones de la misma (plazos, tasa de interés activa, etc.), y luego deja de cumplirlas para provocar, por medio del proceso judicial, el cambio de la tasa de interés pactada –obviamente activa-, la que puede ser eventualmente menor a la tasa activa más alta de la cartera informada, me pregunto ¿no es ello un incentivo a litigar?.----------

------Es en este marco de análisis que resulta ilustrativo el voto emitido por el Dr. Alberti en los autos caratulados "G. A. S.A. de S. vs. T., J. y otros", que allende que contiene un reflexión realizada en un período en el que se discutía jurisprudencialmente si correspondía imponer para el incumplimiento de las obligaciones -sean de fuente

contractual o extra-contractual- la tasa pasiva o activa, igualmente sirve para comprender qué es lo que se viene disputando en la especie. El magistrado citado expresó: "…*Es imposible suponer que pueda subsistir como sociedad económicamente organizada una en la cual los jueces impongan conscientemente a los malos pagadores abonar un interés inferior al que pagan los buenos deudores de todos los bancos del país. No es congruente que la compensación del incumplimiento sea inferior a los que pagan los deudores durante el período de cumplimiento tempestivo de sus deudas...Si el interés que todos los tribunales impusieran a todos los deudores incumplidores fuera el más bajo de la plaza, nadie pagaría sus deudas, porque los tribunales establecerían durante el juicio una tasa reducida respecto de la corriente..."* (Conf. CNCom., Sala D, Rev. E.D. diario del 24/9/93) (Ver con igual criterio Barbero, Ariel Emilio, "El interés moratorio en las obligaciones civiles", en L.L. 1996-C-1165; id., Bacigalupo, J. María, "Tasas de interés que se deberían aplicar en la justicia", en L.L. 1996-B-1138). ----------

-------En suma, entonces, tengo para mi que corresponde la fijación de la tasa activa más elevada del mercado, cual es la que fija y cobra el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, por cumplir mucho más eficazmente esta finalidad disuasoria del incumplimiento obligacional y desde que es una consecuencia inmediata y necesaria de la mora del deudor (Ver Ariel Emilio Barbero, "Intereses monetarios", Ed. Astrea, 1ra. reimpresión, año 2000, págs. 79 y sgtes.). ----------

----Por lo cual, propongo al acuerdo la admisión parcial del agravio examinado y, en consecuencia, corresponderá modificar el punto III de la parte resolutiva del fallo apelado para establecer que al monto del capital de condena se le deberá aplicar la tasa activa correspondiente a las operaciones general vencidas que aplica e informa el Banco del Chubut S.A., desde que cada suma es debida y hasta el día del efectivo pago. Así lo voto. ----------

----III.- <u>Apelación de honorarios</u>: La parte demandada apela -por altos- todos los honorarios profesionales fijados en el pronunciamiento de primera instancia.----------

-----Atento al resultado al que se arriba del análisis de cada uno de los agravios que han formulado ambas partes, corresponderá emitir una nueva resolución lo que impondrá adecuar tanto las costa como los honorarios devengados en la anterior instancia conforme lo previsto por el art. 282 del C.P.C.C.----------

-----En consecuencia, el recurso deducido ha quedado vacío de contenido debiéndome remitir a lo que se establezca por adecuación a esta nueva resolución. Así lo voto.-------

-----IV.- <u>Conclusión</u>: ----------

-----Por todo lo razonado y concluido corresponderá pues, proponer al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia apelada, para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del tope salarial establecido en el segundo párrafo del art. 245 de la L.C.T.; y, para elevar el monto del capital de condena a la suma total de **Pesos Un Millón Ciento Noventa y Tres Mil Trescientos Treinta y Siete con Treinta y Cuatro**

Centavos ($ 1.193.337,34), con más los intereses que fija y cobra el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, a calcular desde que cada suma es debida y hasta el día de su efectivo pago. ----------

---Atento a este nuevo resolutorio corresponderá adecuar las costa de la anterior instancia del siguiente modo: el 90% a cargo de la parte demandada y el 10% restante a la parte actora, por resultar tales guarismos ajustados a los vencimientos parciales y mutuos logrados finalmente por ellas en este proceso (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV N| 1; y, arts. 72 y 282 del C.P.C.C.).----------

---Asimismo, contemplando que en esta alzada la parte demandada, de dos agravios que planteara, prosperaron ambos (el referido a la omisión de computar el pago de las vacaciones y sueldo anual proporcional y el referido a la condena a pago de la indemnización especial del art. 80 de la L.C.T.); y, que de los cinco agravios planteados por la actora prosperaron dos (aplicación del tope indemnizatorio correcto del art. 245 de la L.C.T.; y, el relativo al rechazo del agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323), y parcialmente otro (el vinculado a la tasa activa a aplicar sobre el monto de condena), desestimándose los restantes (los relativos a la supuesta aplicación del tope indemnizatorio como base de cálculos de los demás créditos de la cuenta liquidatoria final y parcialmente la pretensión extemporánea de aplicación oficiosa del anatocismo), se delinea que en esta segunda instancia se produjo igualmente un vencimiento parcial y mutuo de las partes recurrentes lo cual conduce a que se distribuyan en ella prudencialmente las costas según dichos éxitos y derrotas.----------

-----De la composición de la reseña de resultados obtenidos por cada parte recurrente, entonces, estimo que corresponde imponer las costas de alzada en un 70% a la parte actora y el 30% restante a la parte demandada, por resultar tales porcentuales, a mi juicio, ajustados a los vencimientos mutuos obtenidos por ellas en esta segunda instancia (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV N° 1; y, art. 282 del C.P.C.C.).----------

-----Por la última norma citada corresponderá, asimismo, que se adecuen a este nuevo pronunciamiento los honorarios profesionales devengados en la anterior instancia. En atención a lo cual, apreciadas las tareas cumplidas por cada uno de los letrados intervinientes en el anterior grado por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos del siguiente modo, a saber: al Dr. A. M. B., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 18,2%; y, al Dr. L. A. N., letrado apoderado de la parte demandada, en la suma equivalente al 15,4%. No considero que sea procedente adecuar los honorarios de los peritos intervinientes, y lo digo en atención a que también fueron apelados por altos, en tanto éstos se ajustan a los parámetros cuantitativos y cualitativos contemplados tanto en la ley del arancel como en el Código del rito y no incide el resultado del proceso para su ponderación. En ambos casos tales porcentuales a calcular sobre el monto del capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 18, 38, 46 y conc. de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23.349 y 23.871). ----------

-------Los honorarios de segunda instancia, apreciadas las tareas profesionales cumplidas por ante esta alzada, bajo idénticas pautas cualitativas, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo: al Dr. A. M. B., en la suma equivalente al 5,10%; y, al Dr. L. A. N., en la suma equivalente al 4,62%. Dichos porcentuales, igualmente, a calcular sobre el monto del capital de condena que sea liquidado en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 13, 46 y conc. de la Ley XIII Nº 4; y, leyes 23349 y 23.871).----------

------De tal manera, finalizo el tratamiento de esta primer cuestión pronunciándome en ella PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto manifestó: ----------

------Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 273/278 y vta., así como los agravios que contra la misma expresaran la demandada a fs. 285/287 vta., y la actora a fs. 288/295 vta., me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad. En consecuencia me adentraré directamente en el análisis de los agravios.----------

------I.- Seguiré el orden de tratamiento de las quejas que efectuara el colega preopinante, lo cual, por lo demás, responde a las reglas de la lógica. ----------

-----1) Corresponde en primer lugar examinar el agravio de la actora relativo a la aplicación de la norma relativa al tope salarial, y lo que se considera la incorrecta aplicación del art. 245 de la LCT y del precedente “Vizzoti” (ver fs. 288 vta./290 vta.). Al respecto el juez de grado, aplicó el citado precedente de la Corte Suprema de la Nación, y señaló que en el presente resulta evidente la desproporción existente entre la mejor remuneración de la actora correspondiente al mes de febrero de 2016, y el tope salarial fijado por el CCT 372/04, lo cual rebasa los límites de razonabilidad, por lo que concluyó en la no aplicación del tope de $ 13.211,49, y tomó como base de cálculo la suma de $ 30.703,63, que representa el 67% de la mejor remuneración de $ 45.826,31 (ver sentencia a fs. 277/vta.). Para ello se atuvo a la pericia contable que ilustrara sobre los valores indicados y la aplicación del fallo “Vizzoti” (ver fs. 192). ----------

------En el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 23/17, del 26/04/17, señalé que es conocida la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la citada causa “Vizzoti, Carlos Alberto c/ Amsa S.A. s/ despido”, del 14/09/04 (DT, 2004-B, 1211). En los párrafos más relevantes, dijo el máximo tribunal *“Que...dadas las características del régimen en debate, no todo apartamiento por parte de éste de los aspectos de la realidad a los que remite, justificaría el reproche constitucional. Si es válido como principio, de acuerdo con lo ya expresado, que la indemnización por despido sin justa causa pueda ser regulada por ley con carácter tarifado, i.e., sin admitir prueba de los daños en más o en menos, también lo será, con análogos alcances, que aquélla someta la evaluación de los elementos determinantes de la reparación a ciertos límites cuantitativos. Para resolver la contienda, es cuestión, entonces, de establecer un criterio que, sin desconocer el margen de apreciación del legislador...señale los límites que*

impone a todo ello la Constitución Nacional mediante las exigencias de su art. 14 bis...Máxime cuando su art. 28 enuncia el principio de supremacía de aquélla, al disponer, claramente, que "los principios, garantías y derechos" reconocidos constitucionalmente, "no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio" (considerando 8)*...Que sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (considerando 10) *...en consecuencia, a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo...pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos...Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje...Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes, y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 de la Constitución Nacional"* (considerando 11).----------

------A la luz de la doctrina que emana del fallo, que este Cuerpo ha aplicado en antecedentes relativos a la actividad pesquera (conf. esta Sala "B", SDL N° 48/08, del 03/07/08; SDL N° 19/17, del 29/03/17), es que corresponde efectuar el "test" de constitucionalidad que, en la especie, está dado, por el parámetro de base remuneratoria que se desprende de la interpretación que la Corte Federal hiciera del art. 245 de la LCT en el citado precedente "Vizzoti". Y aquí el punto dirimente, de acuerdo al agravio de la actora, es que el tope considerado de $ 13.211,49 no es el aplicable en la especie sino que el mismo asciende a $ 50.461,55, por lo que la mejor remuneración a considerar de $ 45.826,31 no lo supera (ver fs. 289).----------

------Como lo destaca el Dr. Lucero, el 2do. párrafo del art. 245 de la LCT, dispone que *"Dicha base no podrá exceder el equivalente de TRES (3) veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador, al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. AL MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL le corresponde fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo".* Es así que el tope que establece la citada norma es el promedio de las remuneraciones básicas del conjunto de categorías en cada convenio, excluyendo la antigüedad. Su cómputo y publicación es de incumbencia del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, lo cual constituye un acto formal del cual depende la invocación del tope. Al

publicarse se establece la fecha de entrada en vigencia, lo cual es determinante para definir cuál es el aplicable a cada despido en particular. Pero si con posterioridad a la fecha del despido y al pago de la indemnización se publicase un nuevo tope indicando una fecha de vigencia anterior y que comprenda la época del despido, el trabajador conserva el derecho a reclamar las diferencias que en virtud del mismo pudieran corresponderle. Es lo que se desprende de FALLOS: 323:1766, en que la CSJN en la causa “Genez, Hilario c/ Parmalat A. S.A.” (del 27/06/2000) especificó que el Ministerio de Trabajo no “crea” el índice sino que simplemente lo publica, por cuanto la demora del organismo *“no constituye razón válida para determinar el crédito indemnizatorio sobre la base de escalas salariales carentes de vigencia a la fecha del cese”* (conf. Machado, J. Daniel, en Ackerman-Sforsini: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016, T° III, pág. 214). ----------

------A la luz de lo expuesto asiste razón al planteo de la actora apelante, dado que la Resolución 271-E/2017 de la Secretaría de Trabajo homologó el acuerdo celebrado entre el Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación de Chubut y la Cámara A. Patagónica de Industrias Pesqueras (CAPIP) (art. 1), y establece en su art. 3 que una vez notificadas las partes signatarias, *“…deberán remitirse las actuaciones a la Dirección Nacional de Regulaciones de Trabajo para que determine si resulta pertinente elaborar el cálculo de la base promedio y tope indemnizatorio, de conformidad con los establecido en el Artículo 245 de la Ley N° 20.744 (t.o. 1974) y sus modificatorias…”.*En base a dicha normativa es que la Dirección Nacional de Regulaciones del Trabajo, dictó la Disposición 181-E/2017 y fijó el citado importe promedio a partir del 01/04/16 (el despido se produjo el 06/10/16) en $ 16.820,55, ascendiendo el tope indemnizatorio a $ 50.461,65. ----------

-------Como se puede apreciar el tope indemnizatorio es superior a la base de cálculo de la mejor remuneración de la actora que asciende a $ 45.826,31. En consecuencia, corresponde acoger el agravio, y establecer el monto de la indemnización por antigüedad del art. 245 de la LCT en $ 733.220,96.----------

-------2) Seguidamente la actora se agravia de la incorrecta aplicación del tope salarial como base de cálculo de todos los créditos reclamados (ver fs. 290 vta./292). Cabe considerar que el “a quo” se atuvo a los cálculos indicados en la pericia contable (ver liquidaciones en la sentencia a fs. 278 y en la pericia a fs. 191 vta.). Más allá de compartir lo expuesto por el colega preopinante en cuanto a que no resulta claro cuál fue la base de cálculo tomada en cuenta por el perito para los demás rubros, lo cierto es que el tope indemnizatorio se prevé expresamente para la indemnización por antigüedad contemplada en el art. 245 de la LCT.----------

------En el caso de autos al tratarse de salarios variables, el concepto de remuneración normal próxima corresponde que derive del promedio de los salarios del último semestre, por lo que concuerdo con el colega preopinante al respecto, siendo la postura adoptada por el suscripto en diversos precedentes de esta Sala “B” (Exptes. N° 156/2012; y N° 588/2010). Es así que la base de cálculo a considerar resulta de $ 14.791,77, no obstante

lo cual en la porción del agravio que se refiere a la incorrecta aplicación del tope salarial, al no resultar clara la base de cálculo considerada, y no explicitándose ello en la queja, comparto la postulación de deserción parcial por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y 269 del CPCC).----------

-----3) En cuanto a las vacaciones no gozadas y el S.A.C. proporcional, se agravia la demandada por considerar que no se tuvo en cuenta que dicho rubro fue abonado con el pago de la liquidación final, lo que fue corroborado con la pericia contable. Agrega que surge de dicha prueba que abonó el importe de $ 19.083,12 imputados a vacaciones no gozadas y $ 1.589,62 con concepto de SAC, por lo que sólo deben abonarse las diferencias que ascienden a $ 2.366,24 y $ 197,83 respectivamente (ver fs. 285 “in fine”/286, dos primeros párrafos). Por su parte la actora adujo que el juzgador utilizó la misma base de cálculo usada para determinar la indemnización por antigüedad del art. 245 de la LCT (ver fs. 291 vta. “in fine”/292, 1er. párrafo). ----------

--------El perito contador informa que la liquidación final habría sido depositada en una cuenta del Banco de G. y B. A. S.A. por un total, por los conceptos cuestionados, de $ 20.672,74 (ver fs. 193 vta., pto. 4). El experto había liquidado tales rubros en la suma de $ 21.449,36 y $ 1.781,45 respectivamente (ver cuadro a fs. 191 vta., pto. F). Si bien el juzgador descontó de la liquidación final la suma abonada de $ 20.673, no lo hizo de manera específica por los rubros indicados (ver liquidación en la sentencia a fs. 278). Por lo demás, si nos atenemos a la base de cálculo del promedio mensual del último semestre, esto es, la suma de $ 14.791,77 se aprecia que los valores a considerar, tanto por los conceptos en cuestión: vacaciones no gozadas, sac proporcional, y los restantes que reclama la actora -días trabajados, integración del mes de despido, preaviso y sac sobre preaviso (ver fs. 291 vta., pto. ii, y 292, pto. iii), los mismos arrojarían un resultado más perjudicial a sus intereses, dado que el juzgador tomó para los mismos la suma mensual de $ 15.157,04 (ver liquidación a fs. 278).----------

-----Es así que en virtud del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus* no corresponde acoger lo solicitado por la actora, y dado que la demandada limitó su reclamo a descontar los importes pagados, corresponde hacer lugar al agravio de la misma, por lo que los importes pendientes de pago por vacaciones no gozadas y sac proporcional ascienden a $ 2.366,23 y $ 197,83 respectivamente. ----------

-----4) La accionante se queja asimismo de lo que considera una incorrecta desestimación de la multa prescripta en el art. 2 de la ley 25323, para lo cual cita el plenario “Gauna” y jurisprudencia de esta Sala (ver fs. 292/293, pto. 3). El sentenciante de origen argumentó, sobre este ítem, que en otros pronunciamientos sostuvo que el mismo no resulta procedente cuando el trabajador se halla comprendido en un estatuto especial como en el presente caso, a cuyo fin cita un fallo de la Sala “A” de esta Cámara (ver sentencia a fs. 277 vta., comienzo de la segunda mitad de la foja).----------

--------En el antecedente de este Cuerpo que se menciona (SDL N° 23/17, del 26/04/17), sobre este punto consideré que la cuestión planteada ameritaba el análisis del art. 2 de

la LCT. Bajo dicho marco recordé el antecedente de esta Sala “B”, SDL N° 16/06 en cuanto a que la vigencia de la LCT está condicionada a que la aplicación de sus disposiciones resulten compatibles con la naturaleza y modalidades de la actividad de que se trate y con el específico régimen jurídico a que se halle sujeto (art. 2), o sea que sus mejoras son aplicables a la “gente de mar” en la medida que se ajusten a las características del trabajo marítimo y al régimen normativo especial (del voto del Dr. Vergara). En comentario al referido art. 2 de la LCT, se ha sostenido, que desde la perspectiva de Vázquez Vialard, cuando el estatuto no contempla la institución regulada en la LCT, en la medida que ésta sobrepase el juicio de compatibilidad (la omisión del régimen específico no responde al deliberado propósito del legislador) procederá la aplicación de las disposiciones de aquélla; en ese caso la LCT actúa una función subsidiaria: cubre un vacío normativo sin contrariar la naturaleza y modalidades de la actividad ni el específico régimen jurídico al que se halle sujeta (conf. Izquierdo, Roberto, en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, T° I, pág. 162).----------

------En el sentido que se viene delineando cabe traer a colación lo dispuesto en el precedente judicial que cita la quejosa. En efecto, el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, in re: “Gauna, Edgardo Dionisio c/ Explotación Pesquera de la Patagonia S.A.”, del 09/05/11 (cita en la LL online: AR/JUR/15512/2011), determinó como doctrina que *“El recargo previsto en el artículo 2 de la Ley 25.323 se aplica a las indemnizaciones previstas para los trabajadores marítimos, sujetos de relaciones reguladas por el Libro III del Código de Comercio y por la ley 20.094”.* Más allá de lo reñido de la votación en el citado fallo plenario, haré referencia a algunos de los votos que se pronunciaron por la respuesta afirmativa cuyos argumentos encuentro sólidos para zanjar la cuestión que se presenta. Así la Dra. Ferreirós destacó que *“A mi modo de ver el art. 2 de la Ley 25.323 debe interpretarse en sentido amplio y cuando se señala los artículos que infraconstitucionalmente detallan esa protección, debe entenderse que se refiere a todos los supuestos de reparación (sea cual fuere el sistema elegido) por violación al derecho al puesto de trabajo y a su continuidad, que están consagrados en la Constitución Nacional. Luego, entiendo que los trabajadores amparados por estatutos particulares, deben quedar aprehendidos en la norma que hace referencia a los artículos de la ley de contrato de trabajo. Y ello, aún cuando su protección sea cuantitativamente superior a quienes se desempeñan en el marco de la ley de contrato de trabajo. Porque es “mayor protección” considerar la especificidad de sus funciones y la ley 25.323 apunta al cumplimiento efectivo y oportuno de la reparación por el despido arbitrario…No hay razón entonces para excluir de la norma a los trabajadores marítimos. La Ley 25.323 es una ley de carácter general aplicable a todos los trabajadores en relación de dependencia y no se encuentra controvertida con ningún disposición del estatuto particular”.* Por su parte el Dr. Fernández Madrid concluyó su voto indicando que *“…no podría colocarse a un trabajador comprendido en el Código de Comercio y Ley 20.094*

que ha sido despedido y no se le han abonado las indemnizaciones correspondientes previa intimación, en peores condiciones que cualquier otro trabajador amparado por la ley general". Finalmente, y a fin de no extenderme en estas citas, la Dra. Craig consideró que *"…la aplicación de una normativa específica para los trabajadores marítimos no puede implicar una desigualdad frente al despido respecto de otros regidos por la Ley de Contrato de Trabajo. La interpretación de la normativa no puede soslayar cuál ha sido el espíritu del legislador que fue sancionar al obligado que se muestra renuente a cumplir la ley".*----------

----A la luz de lo expuesto no encuentro incompatibilidad alguna en la aplicación de la norma en cuestión al caso en estudio, es más, tal como se desprende de los argumentos brindados en los votos citados, en caso de no reconocerse la indemnización pedida se crearía una situación de desigualdad respecto de los trabajadores marítimos, o como en este caso regidos por el CCT 372/04. Dicho esto cabe recordar que la norma del art. 2 de la ley 25323 establece en su primer párrafo: *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6 y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%".*----------

-----Como se ve el objetivo de esta indemnización agravada no es el de resarcir los daños que produce el distracto en sí, sino que está orientada a reparar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de los rubros indemnizatorios que la LCT impone como consecuencia del despido. La ley pone de resalto el carácter alimentario de los créditos laborales y que los mismos sean satisfechos en forma inmediata sin que el trabajador padezca la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso, sea administrativo o judicial. Al leer la norma queda claro que las condiciones de procedencia para que se condene al empleador al pago de la multa estipulada son dos: a) que el accionante hubiera intimado a su empleador para que le abone las indemnizaciones derivadas del distracto; b) que ante la conducta reticente de este último, el trabajador deba iniciar las actuaciones administrativas o judiciales tendientes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente. Por otro lado, teniendo en cuenta que la norma se refiere a la falta de pago de las indemnizaciones derivadas de los arts. 245, 233 y 232 (o las que en el futuro las reemplacen) indudablemente se está refiriendo a los despidos sin causa. Aquí se entiende que no hace falta hacer distinción a si el mismo fue directo o indirecto pues para ambos rige la reparación de los artículos de la LCT en cuestión. Y cuando la ley indica que el empleador debe ser fehacientemente intimado, se refiere al emplazamiento que el trabajador debe hacer contemporáneamente al despido para que ponga a su disposición las indemnizaciones derivadas del distracto (conf. Salpeter, Pablo y Pepe, Carlos: "Indemnizaciones tarifadas y agravadas", en Ackerman-Sudera: "Extinción de la

relación laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 637/639).----------

------La norma no establece un plazo dentro del cual el trabajador debe cumplir con la intimación, sólo exige que la misma se cumpla de manera extrajudicial, lo que revela una diferencia sustantiva con el plazo de treinta días expresamente previsto en el art. 3 del decreto 146/01 reglamentario del art. 45 de la ley 25345. Es más se ha dicho que cuando la ley indica que el empleador debe ser fehacientemente intimado, se refiere al emplazamiento que el trabajador debe hacer contemporáneamente al despido para que ponga a su disposición las indemnizaciones derivadas del despido, por lo que la demanda no puede constituirse válidamente en el requerimiento que al efecto exige el artículo 2 de la ley 25323, acto que necesariamente debe preceder al reclamo jurisdiccional (conf. CNAT, Sala VIII, 7/3/03, in re: "Migdal, Damián c/ Sempre S.A. y otro s/despido, SD 31.100, expte. 12.515/2002, cit. en Salpeter y Pepe, op. cit., pág. 639).---

------En la especie, la intimación en cuestión se encuentra cumplimentada con la misiva obrante a fs. 03. Es que, de acuerdo a lo expuesto en la cita doctrinaria del párrafo anterior, el emplazamiento del trabajador puede ser contemporáneo al distracto, en cuyo caso es claro que se refiere al despido indirecto. Sin embargo en la especie el despido fue directo comunicándose el 06/10/16 (ver comunicación de fs. 02 y 53), por lo que la intimación de la actora del 14/10/12, en respuesta al despido directo no resulta prematura. Es que, respecto de la temporaneidad, sólo se exige que la intimación ocurra previo a acudir a la instancia administrativa de conciliación laboral obligatoria ante el SECLO y antes de cualquier reclamo administrativo judicial (conf. CNAT, Sala X, in re: "Roble, G. c/ Sistemas Médicos Integrados S.A.", 28/11/03; entre otros, citados en Toselli, Carlos Alberto y Solá Torino, Victorino: "Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del distracto", Alveroni Ediciones, 2009, pág. 611).----------

------A la luz de lo expuesto, encuentro acertado el argumento de la actora, por lo que corresponde acoger el agravio. Es así que habré de tomar el 50% de lo reconocido en virtud de la indemnización por integración del mes de despido ($ 15.157,04 % 2 = $ 7.578,52), de la indemnización sustitutiva de preaviso ($ 36.376,90 % 2 = $ 18.188,45), y de la indemnización por antigüedad ($ 733.220,96 % 2 = $ 366.610,48), todo lo cual asciende a $ 399.955,97.----------

-----5) La demandada objeta la condena al pago de la indemnización establecida en el art. 80 de la LCT, por cuanto la actora no respetó el plazo de treinta días establecido en el decreto 146/01 para intimar al empleador (ver fs.286/287). El juez de grado advirtió que la intimación de la actora resultaba prematura en atención a la fecha de distracto (ver fs. 03), mas consideró que el certificado de trabajo no fue entregado en el plazo de ley, por lo que hizo lugar a la indemnización (ver sentencia a fs. 277 vta. "in fine").--------

-----El art. 3 del decreto 146/01, que reglamenta el art. 45 de la ley 25345, que a su vez modifica el art. 80 de la LCT reza: *"El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en*

los aps. 2 y 3 del art. 80 de la LCT 20744 (t.o. por decreto 390/76) y sus modif., dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo". Es decir que es un requisito de procedencia del pago de la "indemnización" prevista por el párrafo agregado al art. 80 por la ley 25343, que el trabajador cumpla con la carga de intimar a su empleador respetando los plazos que surgen del texto legal y del decreto 146/01 (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro, op. cit., Tº II, pág. 1033). En el antecedente del supremo tribunal provincial STJCH, SD, Nº 15/S.R.E./06 del 19/10/06, se efectuó una reseña de los precedentes tanto a nivel provincial como de las Salas de la Cámara Nacional del Trabajo, acerca de la necesidad de la intimación extrajudicial previa a fin de que proceda la indemnización del art. 80 de la LCT. Como síntesis de tal reseña se sostuvo que la obligación formal impuesta por el art. 45 de la ley 25345 y su decreto reglamentario consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales previstos en el art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria ni por la instancia administrativa (del voto del Dr. Pasutti). En el mismo sentido, el segundo votante concluyó que la procedencia de la indemnización de estudio opera cuando el trabajador -ante el incumplimiento de extenderle los certificados de trabajo- intime no sólo en el tiempo al que hace referencia el decreto reglamentario sino que se efectivice por vía extrajudicial de modo fehaciente y en términos precisos que no conduzcan a confusión respecto al rubro que se pretende reclamar (del voto del Dr. Caneo).----------

------En consecuencia de lo expuesto, cabe concluir que es doctrina legal del Superior Tribunal de la provincia, sentada por vía casatoria, la exigencia de la intimación extrajudicial previa a la demanda a los fines de que proceda la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, en el plazo de treinta días con posterioridad al distracto. En la especie, el contrato se extinguió con el despido directo del 06/10/16 (ver fs. 02 y 53), por lo que la misiva de la actora del 14/10/16 (ver fs. 03) resultó prematura, dado que la misma debía efectuarse con posterioridad al 06/11/16, respecto de lo cual no existe constancia alguna.----------

-----A la luz de lo expuesto, asiste razón a la demandada, por lo que procede acoger este agravio, debiéndose excluir la multa reconocida por la suma de $ 92.110,89 (ver liquidación en sentencia a fs. 278). ----------

-----6) La actora se agravia de que el juez de origen no aplicara el criterio de ambas salas de esta Cámara en cuanto omitió la aplicación del art. 770 del C. Civil y Comercial (ver fs. 293/204, pto. 4). Sobre este aspecto he sostenido en numerosos antecedentes que, efectivamente, el art. 770, inc. b del C. Civil y Comercial establece como excepción a la prohibición del anatocismo -esto es la deuda de intereses sobre intereses-, el supuesto de que *"la obligación se demande judicialmente; en este caso, la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda".* He de reconocer que autorizada doctrina considera que esta norma se aplica a los juicios en trámite (conf. Kemelmajer

de Carlucci, Aída: “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, pág. 148). Con todo no he de compartir la cita doctrinaria apuntada en el sentido de que la nueva norma se aplica a todos los juicios en trámite, sino que considero que la fecha de corte está dada justamente por la fecha de notificación de la demanda, que es el supuesto fáctico previsto para permitir el anatocismo. Esta postura que vengo sosteniendo reiteradamente (ver el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 84/16, del 07/11/16; entre muchos otros), coincide con la opinión doctrinaria que sostiene que la aplicación inmediata del inciso b del artículo 770 sobre capitalización de intereses apareja algunas dudas. Así se sostiene que el empleo de la nueva norma a juicios en trámite es claramente procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015; pero si esa notificación ocurrió vigente el artículo 623 del viejo Código Civil, se plantea el interrogante sobre si es posible aplicar la nueva norma retrotrayendo la capitalización a la notificación de la demanda (que pudo ocurrir varios años antes) o se trata de una situación ya consumida bajo la vigencia de la ley anterior (conf. Loustaunau, Eduardo: “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses”, en “Revista de Derecho Laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2016-1, “El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-II”, pág. 359). ----------

------Ahora bien, en la especie, la demanda fue incoada el 20/10/16 (ver cargo de fs. 41), fecha en la cual ya había entrado en vigencia el C. Civil y Comercial. Esta circunstancia indicaría que debiera acogerse sin más el agravio, sin embargo ante los argumentos brindados por el Dr. Lucero cabe preguntarse si dicha capitalización debió ser peticionada en la demanda, dado que en la especie se promovió la demanda con posterioridad a la entrada en vigencia del C. Civil y Comercial. La respuesta negativa es la brindada por la Sala “A” de este Cuerpo. En efecto, en el precedente de dicha Sala, SDL N° 43/16, del 27/06/16, entre otros, los Dres. Velázquez y López Mesa, concluyeron que el reconocimiento de la capitalización de intereses sin petición de la actora, no infringe el principio de congruencia, en tanto se demandó concretamente el pago de los mismos, y dicho reclamo lleva ínsito el de aplicación de la totalidad del régimen legal que disciplina el instituto de tales accesorios.----------

------El anatocismo consiste en la capitalización de los intereses, práctica que en principio se encuentra prohibida, salvo las excepciones autorizadas por la ley. Cuando es de fuente convencional se encuentra fuertemente limitado, ya que la periodicidad para practicarlo es de seis meses, como mínimo (conf. art. 770, inc. a del C.C.C.). En cuanto a la interpretación de la norma del art. 770 citado, se sostiene que el anatocismo, que consiste en la capitalización del interés, que pasa también a devengar intereses, es una práctica que, si bien impuesta por las necesidades del tráfico en ciertas circunstancias, produce el efecto de acrecentar en forma notable la deuda de dar dinero, es así que el interés se convierte en capital. Por ello se comprende el disfavor con que esta figura ha

sido tratada por la ley. Importa uno de los medios más refinados de usura. Tal es, según se ha dicho, la verdadera causa de prohibición de su uso, esto es, el riesgo de que constituya en manos de los acreedores un medio para sorprender a los deudores o para extorsionarlos con anterioridad a la entrega del dinero. De todas maneras, también es válido y, en muchos casos, necesario, ya que la propia realidad económica impone esa solución, pues en materia bancaria rige por lo general dicho principio para las operaciones pasivas, razón por la cual no puede aplicarse un criterio distinto para las de carácter activo. La dinámica del tráfico, el funcionamiento del sistema financiero, los parámetros actuales para determinar el costo del dinero y su rentabilidad, operarían como factores decisivos para admitir la validez de los pactos anticipados de capitalización de intereses (conf. Ossola, Federico Alejandro, en Lorenzetti, Ricardo L. (Director): “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Rubinzal-Culzoni, T° V, 2015, págs. 146/148).----------

------Es así que la regla es que no se deben intereses de los intereses. Pero el art. 770 precitado establece cuatro excepciones. La que aquí interesa es la del inc. b) ya transcripto. Esta excepción reconoce como antecedente al art. 569 del C. de Comercio derogado (relativo al mutuo comercial), en el que se disponía: *“Los intereses vencidos pueden producir intereses, por demanda judicial o por una convención especial. En el caso de demanda, es necesario que los intereses se adeuden a lo menos por un año”.* En el actual código unificado existe la posibilidad de aplicar el anatocismo desde la fecha de la notificación de la demanda (en todos los otros casos se encuentra vedado, por aplicación del principio general), y no es requisito que los intereses se adeuden por algún período determinado. Es así que si bien en términos generales se mantiene la solución del artículo 623 del código civil derogado, se producen cambios trascendentes. Por una parte se limita notablemente, la facultad de pactar el anatocismo, desde que la capitalización únicamente puede practicarse en lapsos de seis meses (conf. art. 770, inc. a). Asimismo, como importante novedad, se permite ahora practicar tal capitalización al momento de notificarse la demanda, originariamente prevista sólo para el mutuo comercial (art. 770, inc. b). El tercer caso replica la solución del art. 623 del código derogado, para incorporar finalmente, la referencia a otras leyes especiales (conf. Ossola, op. cit., ídem, págs. 148/149). ----------

----El Dr. Lucero, ha expuesto, en diversos antecedentes, meditados y extensos argumentos en pos del rechazo de la aplicación de la capitalización, en tanto la actora no peticionara la misma, ya sea en la demanda o, en su caso, antes de la traba de la litis. Arguyó que si no se efectuara la petición expresa, se violaría el principio de congruencia, a lo que cabría agregar el constitucional de defensa en juicio, ya que la parte demandada no pudo responder a dicha solicitud. En cuanto a la violación a los principios de defensa en juicio y de congruencia, escuetamente diré que la cuestión a dilucidar radica en si, vigente la nueva norma al momento de interponerse la demanda o antes de la traba de la litis, el actor debe requerir expresamente la aplicación de la

misma, y de esa manera que se capitalicen los intereses -tal como lo fundamentó con respetables y agudos fundamentos el Dr. Lucero- o si ello no es necesario, bastando con que se reclamen intereses, tal como lo decidiera la Sala “A” de esta Cámara, por cuanto al pedirse intereses se debe aplicar el régimen legal vigente respecto de los mismos. ----------

------Habré de coincidir con esta última postura, por cuanto, en virtud del principio *iura novit curia,* considero que si se han reclamado intereses, la petición de los mismos impone la aplicación del régimen legal relativo a ellos, dentro del cual es claro que se encuentra el citado art. 770, que en su inc. b) permite el anatocismo en caso de demanda judicial, sin necesidad de que además se peticione expresamente la aplicación de esta norma. Agrego que la demandada, al contestar la acción donde se reclaman intereses, tampoco se encontraría sorprendida o con su derecho de defensa disminuido, por cuanto la norma citada integra la materia de intereses, en todo caso, si considerara que no debe aplicarse la capitalización o en la especie lo considerara irrazonable o violatorio de algún derecho constitucional, bien podría invocar el art. 771 del C. Civil y Comercial, o llegado el caso, plantear la inconstitucionalidad de la norma. ----------

------Sólo para reafirmar la postura que sostengo, habré de añadir que si se requiriese la petición expresa de la capitalización a los fines de aplicar el art. 770, también debería exigírsela para los otros restantes incisos del mismo artículo. A tal fin destaco que debe repararse que el inc. c) replica parcialmente el art. 623 del viejo C. Civil, y durante la vigencia de esta norma bastaba con reclamar intereses, para que luego en la etapa de ejecución de sentencia se liquidara la capitalización prevista.----------

------En síntesis de todo lo expuesto, y dado que la actora sí reclamó intereses (ver fs. 36, pto. II), es que habré de acoger el agravio, y ordenar la capitalización de intereses desde la fecha de notificación de la demanda, esto es, el 02/12/16 (ver fs. 74). ----------

------7) La actora plantea como último agravio que se establezca la tasa de interés que utiliza el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones generales vencidas en lugar de la fijada en el decisorio que es la utilizada por el mismo en sus operaciones ordinarias de descuento (ver sentencia a fs. 278, anteúltimo párrafo del considerando). Alega normas de raigambre constitucional relativas a la tutela del trabajador y a la protección contra el despido arbitrario, la causal de despido que se invocó, y que si bien la tasa pedida no actualiza el capital, cumpliría en mayor medida dicha finalidad. Efectúa una comparación de ambas tasas, computando un 12,05% más la tasa que solicita en el período de dos años (ver fs. 294 vta./295, tres primeros párrafos).----------

------Me he expedido con anterioridad en un decisorio de esta Sala, SDC Nº 06/12 del 28/03/12, entre otros, respecto a la procedencia de la tasa activa. En dicha oportunidad, con remisión a otro precedente de este Cuerpo (conf. CANE, Sala “B”, SDC Nº 18/09 del 28/04/09) señalé que el Superior Tribunal de Justicia provincial en algunos pronunciamientos ha aceptado la tasa pasiva cuando el reclamante continuó percibiendo su salario y su haber jubilatorio, no necesitando recurrir a crédito alguno e imponiéndole

por ello que, de pretender la tasa activa, probara haber acudido a un crédito bancario (conf. STJCH, in re: “Beltrán c/ Siprosalud”, Expte. Nº 16.563-B-1998, S. 29/SER/99). Sin embargo en otros decisorios ha reiterado que cuando se observa que el demandante no cuenta con recursos propios se infiere su necesidad de acudir a préstamos bancarios o de sus familiares, por lo que la tasa activa procede en su aplicación, por lo que, en este caso, se impone a la demandada la acreditación que el reclamante se encuentre en una situación que le haga innecesario recurrir al crédito (conf. STJCH, in re: “H. c/ Prov. del Chubut”, Expte. Nº 17.959-H-2000, S. 24/SRE/2001).----------

----Esta Cámara ha sostenido la aplicación de la tasa activa, especialmente a partir de la SDL 194/94 (conf. CANE, SDL 13/96; 45/96; 50/96; 58/96; Sala “A” en SDC 03/98, SDL 31/98; entre otros). Se argumentó que la situación del acreedor judicial no es por cierto la misma que la de un inversor bancario, ya que éste deposita por su voluntad una suma de dinero en una institución bancaria, por lo que acepta privarse de su capital para recibir un beneficio que se expresa con la tasa pasiva. Pero el acreedor judicial no es libre de usar su dinero por cuanto el mismo le está siendo retenido por su deudor. Es así que aceptar que el deudor moroso pague la tasa pasiva viene a equivaler a una suerte de facultad expropiatoria sobre su acreedor, por un precio similar al que el titular del crédito hubiera obtenido si voluntariamente se hubiera privado de utilizar su dinero al depositarlo en un banco. Pero sin compensarle la evidente pérdida de su libertad económica por encontrarse imposibilitado durante la mora de decidir por sí mismo el destino de su dinero, debido a la retención que por ella le está efectuando el deudor de la obligación de dicho capital. Por tal razón es presumible, sin necesidad de prueba concreta de haber accedido a un crédito bancario, que a partir de la mora el acreedor debió someterse para poder utilizar el capital del que se vio privado, a las tasas del mercado, o utilizar otro capital destinado primariamente a otros fines, o acudir a fuentes de financiación no bancarias con tasas también harto presumiblemente superiores a las del mercado. Por lo tanto el modo más equitativo y racional es indemnizarle su daño por la mora con el pago por el deudor de la tasa activa sobre el capital adeudado.----------

-----Amén de los argumentos que este Cuerpo sostuviera, de acuerdo a lo arriba expresado, cabe precisar que la tasa pasiva se trata de una pauta de la que los jueces podrán disponer a los fines previstos por el art. 622 del C. Civil, pero de ninguna manera se trata de una tasa legal de uso obligatorio. A lo que cabe añadir que en fallo plenario la Cámara Nacional en lo Civil ha decidido la aplicación de la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación A. (conf. CN. Civ., en pleno, in re: “Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios, del 20/04/09, elDial-AA518A).----------

-------En cuanto a la fecha de inicio del cómputo de los intereses, añadí en la oportunidad citada, que el capital por el detrimento existencial se correlaciona con su entidad -así sea con la relativa mediatez tantas veces enfatizada- mientras que los intereses resarcen por la tardanza en el pago. Por tal motivo no influye en la cuantía del capital la adición de

intereses, los cuales obedecen a un daño moratorio, que es distinto y posterior. La prolongación temporal sin resarcimiento no es eficaz para aminorar el capital; ni siquiera a título indirecto, es decir, con motivo de que la suma total aumenta al abarcar intereses moratorios. Así se han expuesto como pautas rectoras que: a) la cuantía por el perjuicio espiritual presupone valorar su gravedad intrínseca, b) aquélla no se encuentra condicionada por sumar intereses moratorios, c) el resarcimiento de éstos procede siempre que haya injustificada dilación en afrontar una obligación indemnizatoria exigible: los intereses se devengan desde la causación del perjuicio moral, d) el mayor o menor monto a título de intereses no disminuye el adeudado por el daño principal (conf. Zavala de González, Matilde: “Tratado de daños a las personas. Resarcimiento del daño moral”, Ed. Astrea, 2009, pág. 380). Es que debe tenerse en cuenta que los intereses moratorios se encuentran destinados a reparar el menoscabo acarreado por el resarcimiento tardío, ya que postergar el cumplimiento de la prestación indemnizatoria genera un perjuicio más, representado por pérdida de productividad potencial del capital indemnizatorio, al que la víctima tenía derecho a partir de la fecha misma en que aquél se causó (conf. Zavala de González, op. cit., pág. 447). Y en ese mismo orden de ideas se ha razonado que el valor del capital indemnizatorio sirve de base para calcular los intereses, pues éstos se fijan en una tasa proporcional. En cambio la permanencia en el tiempo de aquel valor o su eventual modificación cuantitativa (por diversas razones: aumento intrínseco en la condena del monto estimado en la demanda, su elevación numeraria a fin de mantener intangible dicho capital, etc.) de ningún modo determinan el *dies a quo* de los intereses. Es que una cosa es cuándo se determina el valor sustancial del capital resarcitorio, y otra diferente el momento en que los intereses se devengan. Este último asunto se independiza del primero, pues siempre abarca todo el lapso de tardanza en el cumplimiento de la deuda (al margen de que la tasa pueda variar cuando según deciden algunos tribunales, se fija en porcentaje elevado para subsanar la depreciación monetaria) (conf. Zavala de González, op. cit., pág. 455). En sentido concordante se sostuvo que la fijación de la indemnización por daño moral a valores actuales -los vigentes a la fecha de la sentencia- no se contrapone con la obligación de la demandada de pagar intereses moratorios desde que cayó en mora, por cuanto ésta opera automáticamente desde la producción del perjuicio (conf. CN. Civ.Com.Fed., Sala III, 17/6/08, “Responsabilidad Civil y S.”, 2008-IX-52 y siguientes). Es que nada tiene que ver la fecha a la cual se estima la cuantía por el daño principal, y el arranque de los intereses moratorios. Éstos se subordinan a la exigibilidad de la obligación resarcitoria, la cual por regla se constata automáticamente a partir del perjuicio; y ello es así cualquiera sea la fecha en que se liquide la indemnización básica. De lo contrario, se distorsionaría una justa reparación: el obligado vendría a beneficiarse con las rentas de un capital que retuvo indebidamente, y se alentaría la morosidad al privarla de efectos resarcitorios (conf. Zavala de González, op. cit., págs. 456/457).----------A lo argumentado agregaré que es cierto que la doctrina plenaria del antecedente

Samudio de Martínez rige salvo que su aplicación en el período transcurrido hasta el dictado de la sentencia implique una alteración del contenido económico del capital de condena que configure un enriquecimiento indebido. De allí que cuando el capital está dado a valores actuales, no corresponde aplicar una tasa que no sólo retribuye el uso del capital, sino que intenta recomponer el mismo. Y si el capital está fijado a valores actuales, no hay nada que recomponer. Debe recordarse que si bien es cierto que cuando la depreciación monetaria es grande, muchas tasas tienen una proporción incierta y cambiante para compensarla, y se argumenta que es prácticamente imposible determinar si en algún período el interés es mayor porque se prevé mayor inflación, o si en cambio el alto precio del dinero se origina en una mayor demanda de créditos, o porque hay menos depósitos, es arbitrario determinar qué porción del interés cubre mes a mes la expectativa inflacionaria, si es que la cubre. Lo cierto es que, por un lado, debe asegurarse la integridad del capital indemnizatorio, manteniendo su poder adquisitivo con la mayor proximidad posible respecto de la fecha de cumplimiento, y por el otro hacerse efectiva la responsabilidad por mora. Y esto último no sucede cuando, cualquiera que sea la tasa escogida -pasiva o activa- ella no es positiva respecto de la inflación. Ni siquiera está garantizado por la instrumentación de una tasa activa, pues a veces puede fluctuar por debajo de la depreciación de la moneda, con motivo de reglas de mercado atinentes a la disponibilidad de dinero, su oferta y demanda, normativas sobre encaje bancario, y otras variables de orden económico y financiero (conf. Zavala de González, op. cit., págs. 471/472; Barbero: “Interés moratorio: se vuelve a la buena senda. Plenario de la Cámara Civil de la Capital, LL, 4/5/09).----------

------Si bien en la especie el cuestionamiento de la quejosa no radica en optar por la tasa activa en lugar de la pasiva, sino entre una activa más gravosa que la determinada en el decisorio, encuentro que muchos de los argumentos expuestos resultan aplicables. Es que cabe considerar que la norma de la facultad judicial para establecer la tasa de interés contenida en el art. 622 del C. Civil, se ha perpetuado en el art. 767 del C. Civil y Comercial. A su vez el art. 771 de este código faculta a los jueces a reducir los intereses cuando la tasa fijada o el resultado que provoque la capitalización de intereses excede, sin justificación y desproporcionadamente, el costo medio del dinero para deudores y operaciones similares en el lugar donde se contrajo la obligación. En la especie, la diferencia de porcentuales entre las tasas comparadas por la apelante no resulta desproporcionada. Si a ello se le agrega, en base a lo expuesto más arriba, que se trata de una tasa que se aplica sobre valores que no son actualizados a la fecha del decisorio, ya que se toman las remuneraciones correspondientes a los meses del período reclamado que llega hasta octubre de 2016, teniendo en cuenta que el índice del costo de vida ascendió al 47% anual aproximadamente durante 2018, la tasa reclamada no aparece como desproporcionadamente superior.----------

--------En consecuencia es que habré de acoger esta queja, por lo que se habrá de modificar la tasa de interés establecida para establecer la tasa que percibe el Banco del

Chubut S.A. en sus operaciones generales vencidas.----------

------8) Dado que se revoca parcialmente la sentencia, y que corresponderá readecuar la imposición de costas y honorarios, deviene abstracto el examen de la apelación de los emolumentos deducida a fs. 282. ----------

------II.- En virtud de las razones expuestas, corresponde revocar parcialmente la sentencia impugnada, a los efectos de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del tope salarial previsto en el art. 245, 2do. párrafo de la LCT, y elevar el monto de condena a la suma de **pesos un millón ciento noventa y tres mil trescientos treinta y siete con treinta y cuatro centavos ($ 1.193.337,34)**, con más los intereses a la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones generales vencidas, con capitalización de los mismos desde la fecha de notificación de la demanda; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

------Atento a la revocación parcial de la sentencia, corresponde readecuar la imposición de las costas y regulación de honorarios de grado (conf. art. 282 del CPCC, según remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1). En cuanto a las costas, la demanda prospera en todos sus aspectos, salvo en lo que respecta a la indemnización del art. 80 de la LCT, por lo que concuerdo en distribuirlas en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora, porcentajes que reflejan adecuadamente el vencimiento parcial y mutuo entre las partes (conf. art. 72 del CPCC). Con relación a los honorarios, atento el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas ante la Alzada, así como la relevancia de las pericias en la resolución del litigio, se regulan los emolumentos del letrado apoderado del actor, Dr. A. B., en un 18,2%; los del letrado apoderado de la demandada, Dr. L. A. N., en un 15,4%; manteniendo los de los peritos por resultar adecuados a las tareas realizadas; en todos los casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 5, 6, 8, 18, 38, 46 y 60 de la ley XIII N° 4), con más el IVA pertinente (conf. leyes 23349 y 23871).----------

-------En cuanto a las costas de esta sede, atento a que prosperan los agravios de la actora, excepto los relativos a la incorrecta aplicación del tope salarial a los cálculos diversos a la indemnización por antigüedad, y de manera especial el relativo a la indemnización del art. 80 de la LCT que se rechaza; y que se hace lugar a los agravios de la demandada, postulo distribuirlas en un 70% a la actora y en un 30% a la demandada (conf. art. 72 del CPCC).----------

------Con relación a los honorarios por las tareas efectuadas en esta sede, y teniendo en cuenta las mismas pautas consideradas para los emolumentos de grado, propongo regular los honorarios del letrado apoderado de la actora, Dr. A. B., en un 5,10%; y los del letrado apoderado de la demandada, Dr. L. A. N., en un 4,62%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, y con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 13 y 46 del arancel; y leyes 23349 y 23871).----------

----En virtud de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

-------**A ESTA MISMA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------
------1. Toca al suscripto dirimir la disidencia habida entre los colegas que me precedieron en la votación respecto al cuarto agravio formulado por la actora en lo que se refiere a la omisión en que incurriera el juzgador al no aplicar la capitalización de intereses dispuesta por el art. 770 del C.C. y C., remitiéndome por razones de economía procesal al relato de los hechos e individualización de los agravios que efectuaran.----------
------En tal sentido, el Dr. Lucero entiende que la excepción a la prohibición del anatocismo establecida en la normativa antes citada no resulta aplicable ya que la capitalización de intereses requiere que sea expresamente peticionada y ese no es el caso de autos, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C. impide su revisión ante el riesgo de incurrir en el vicio de incongruencia. Por su parte, el Dr. De Cunto se inclina por la procedencia de dicha capitalización al considerar que el art 770, inciso b) del C.C. y C. se aplica a los juicios en trámite siempre que la notificación de la demanda sea posterior al 1 de agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, por lo que en virtud del principio *iura novit curia* si se reclamaron intereses tal petición impone la aplicación del régimen legal relativo a ellos, dentro del cual se encuentra la norma antes citada. ----------
------Al respecto, conforme a la regla "*iura novit curia*" los jueces tienen no sólo la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos litigiosos y dirimirlos según el derecho vigente, calificando autónomamente la realidad de hecho y subsumiéndola en las normas jurídicas que la rigen. El principio según el cual la jurisdicción del órgano "ad quem" se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla "iura novit curia", es decir, que ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes. En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano "ad quem" no está limitado en su razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el "a quo". Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y por el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1986, T. II-C, pág. 73, y 1988, T. III, págs. 420/421, y cita de fallos, respectivamente). ----------
------Con ese alcance, no hay violación del principio de congruencia pues el dato fáctico que hace a la materia de los intereses está introducido en demanda. Así, las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación substancial en litis y determinar la norma jurídica que rige, principio que se expresa con la fórmula *iura novit curia* (Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", EDIAR, 2da. ed., 1957, T. II, págs. 245 y 246). Agrego que el juez tiene la atribución y el deber de emitir su pronunciamiento sobre la hipótesis fáctica planteada, sin estar constreñido por la definición técnica aportada por los litigantes. No obstante, aunque el magistrado puede variar la denominación jurídica de la situación de hecho, no debe modificar intrínsecamente ninguno de los elementos constitutivos del litigio, como la causa o el objeto. Una solución contraria implicaría introducir en el proceso una acción o una defensa distinta de las incorporadas por las partes, infringiendo el principio de congruencia. El primer principio (*iura novit curia*) se emplaza primordialmente en el terreno jurídico; y el segundo (congruencia) en el fáctico, pero, como no existe una separación tajante entre "cuestiones de derecho" y "cuestiones de hecho", se presenta una zona gris entre la libertad del juez para calificar la acción y la restricción que impide sustituir una acción por otra (Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", Editorial Hammurabi, 1997, T. 3, par. 27 a, págs. 240/241). -----
-----En tales condiciones, pongo de relieve que la actora en su escrito de demanda requirió la aplicación de intereses (ver escrito de inicio, p. II, fs. 36) y ante dicha pretensión no cabe más que aplicar el régimen legal previsto en esa materia y ello incluye

los supuestos de excepción a la prohibición del anatocismo previstos en el art. 770 del C.C. y C., y en el caso lo dispuesto en el inciso b) al establecer que sí se deben intereses sobre intereses cuando la obligación se demande judicialmente. Entender tal como lo postula el Dr. Lucero que la parte debió al promover demanda requerir la capitalización de intereses con fundamento en el supuesto previsto por el art. 770, inciso b, del C.C. y C., conduciría al extremo de que también debería postularse en demanda la excepción prevista en el inciso c), esto es, que debería requerirse en el escrito inicial no sólo intereses sino además para el caso de que la obligación se liquide judicialmente la capitalización desde que el juez manda pagar la suma resultante y el deudor es moroso en hacerlo. ----------

------Por eso, si se reclaman intereses corresponde aplicar el régimen legal de tales accesorios, incluyendo los supuestos de excepción a la prohibición del anatocismo previstos en el art. 770 del C.C. y C., y en el caso el nuevo supuesto legal contemplado por el inciso b) de dicha norma que tiene su antecedente en el art. 569 del derogado

Código de Comercio. ----------

---Este también es el criterio de la sala “A” de esta Cámara de Apelaciones en c. 226/2016, S.D.L. 43/16 del 27/06/16, al señalar que: “No columbro violación del principio de congruencia por haber el juzgador de grado dispuesto la capitalización de los intereses sin petición en tal sentido de la actora, toda vez que ella demandó concretamente el pago de los intereses (fs. 25 cap. VII, pto. D), reclamo éste que lleva ínsito el de aplicación de la totalidad del régimen legal que disciplina el instituto de dichos accesorios resarcitorios del daño moratorio, inclusive del art. 770 inc. “b” del Cód. Civ. y Com” (del voto del Dr. Velázquez); “Sentado ello, cabe indicar en otro plano que no se evidencia una violación evidente del principio de congruencia, conforme expone el apelante, derivada del hecho que el a quo dispusiera la capitalización de intereses sin petición de la accionante. Ello, ya que al demandar la actora el pago de intereses (cfr. fs. 25), tal reclamo global comprende en su seno el de aplicación de la totalidad del régimen legal que regla la aplicación de tales accesorios, hallándose entre tales normas el art. 770 CCC (cfr. respecto del régimen de anatocismo establecido por el nuevo CCC, mi voto en fallo de esta Sala del 23/2/2016, in re “B., A. L. c/ L. S. A.R.T. S.A. s/ Accidente de Trabajo (Sistémico)” (Expte. N° 651 – Año 2015 CAT)” (del voto del Dr. López Mesa).-

--------En tales condiciones, señalo que a la fecha de la promoción de la demanda (cargo de fs. 41, 20/10/16, y por ende al momento de su notificación, ya se encontraba en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (ver ley 26.994 y ley 27.077). ----------

-------Y en tal sentido, tanto el Dr. De Cunto como el suscripto expusimos en reiterados pronunciamientos, entre otros, c. 233/16, S.D.L. 13/17, c. 199/17, S.D.L. 39/17, que corresponde considerar como fecha de corte para establecer el ordenamiento legal aplicable a los fines de determinar la procedencia de la capitalización de intereses la fecha de la notificación de la demanda ya que ese es el dato fáctico previsto por el art. 770, inciso b, del C.C. y C. Así, con referencia al inciso b) del art. 770 del C.C. y C. se precisa que el empleo de la nueva norma a juicios en trámite es claramente procedente cuando la notificación de la demanda es posterior al 1° de agosto de 2015 (Loustaunau, Eduardo, “Cumplimiento de obligaciones laborales a la luz del nuevo código civil y

comercial. Mora y carga de la prueba. Intereses", en Revista de Derecho Laboral, 2016 – 1, "El Código Civil y Comercial de la Nación y el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social – II", Rubinzal – Culzoni Editores, pág. 359). En igual sentido se señala que: "La teoría general de las obligaciones presenta novedades que son de aplicación inmediata por ser consecuencias no agotadas de relaciones existentes. Por ejemplo: … c) También se aplica a los juicios en trámite el nuevo supuesto de anatocismo autorizado (art. 770, inc. b) (acumulación desde la fecha de notificación de la demanda); la imputación y repetición de los intereses pagados en exceso (art. 771)" (Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del código civil y comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal – Culzoni Editores, 2015, págs. 147/148).----------

---------Por tales razones, al compartir el criterio del Dr. De Cunto también propongo hacer lugar al cuarto agravio de la actora al requerir la capitalización de intereses omitida en el fallo de la anterior instancia. ----------

----2. En consecuencia, propicio al Acuerdo incluir la capitalización de los intereses desde la fecha de la notificación de demanda. ----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

------**A LA S. CUESTIÓN**, el Dr. Lucero dijo:----------

-----La resolución que corresponde dictar es la siguiente, a saber: 1) REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado, para dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del tope salarial establecido en el segundo párrafo del art. 245 de la L.C.T.; y, para elevar el monto del capital de condena a la suma total de **Pesos Un Millón Ciento Noventa y Tres Mil Trescientos Treinta y Siete con Treinta y Cuatro Centavos ($ 1.193.337,34)**, con más los intereses que fija y cobra el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas, a calcular desde que cada suma es debida y hasta el día de su efectivo pago. 2) ADECUAR a este nuevo resolutorio, la atribución de las costas de primera instancia, imponiéndolas en un 90% a la parte demandada y el 10% restante a la parte actora. 3) IMPONER las costas de segunda instancia en un 70% a cargo de la parte actora y en el 30% restante a la parte demandada. 4) FIJAR por adecuación a este nuevo resolutorio, los honorarios profesionales de primera instancia, del siguiente modo, a saber: al Dr. A. M. B., en la suma equivalente al 18,2%; y, al Dr. L. A. N., en la suma equivalente al 15,4%. Ambos porcentuales a calcular sobre el monto del capital de condena a liquidar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. pertinente. 5) REGULAR los honorarios de segunda instancia, del siguiente modo, a saber: al Dr. A. M. B., en la suma equivalente al 5,10%; y, al Dr. L. A. N., en la suma equivalente al 4,62%. Ambos porcentuales a computar igualmente sobre el monto del capital de condena a liquidar en la etapa de ejecución de la sentencia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

---------ASI LO VOTO. ----------

--------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo: ----------

-------El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente: I.- Revocar parcialmente la sentencia impugnada, a los efectos de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del tope salarial previsto en el art. 245, 2do. párrafo de la LCT, y elevar el monto de condena a la suma de **pesos un millón ciento noventa y tres mil trescientos treinta y siete con treinta y cuatro centavos ($ 1.193.337,34)**, con más los intereses a la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones generales vencidas, con capitalización de los mismos desde la fecha de notificación de la demanda; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

-----II.- Imponer, por readecuación, las costas de primera instancia en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora. ----------

-----III.- Determinar, por readecuación, los honorarios por las tareas realizadas en la instancia anterior de la siguiente manera: los del Dr. A. B., en un 18,2%; los del Dr. L. A. N., en un 15,4%; en todos los casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente.----------

-----IV.- Imponer las costas de esta sede en un 70% a la actora y en un 30% a la demandada (conf. art. 72 del CPCC).----------

-----V.- Regular los honorarios por las tareas efectuadas en esta sede, al Dr. A. B., en un 5,10%; y al Dr. L. A. N., en un 4,62%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, y con más el IVA.----------

-------Así lo voto. ----------

------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

-----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación.----------

---Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew, por mayoría; RESUELVE:----------

-------REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia impugnada, a los efectos de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del tope salarial previsto en el art. 245, 2do. párrafo de la LCT, y elevar el monto de condena a la suma de **pesos un millón ciento noventa y tres mil trescientos treinta y siete con treinta y cuatro centavos ($ 1.193.337,34)**, con más los intereses a la tasa que percibe el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones generales vencidas, con capitalización de los mismos desde la fecha de notificación de la demanda; confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----IMPONER, por readecuación, las costas de primera instancia en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora. ----------

---DETERMINAR, por readecuación, los honorarios por las tareas realizadas en la

instancia anterior de la siguiente manera: los del Dr. A. B., en un 18,2%; los del Dr. L. A. N., en un 15,4%; en todos los casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente. ----IMPONER las costas de esta sede en un 70% a la actora y en un 30% a la demandada (conf. art. 72 del CPCC).-----REGULAR los honorarios por las tareas efectuadas en esta sede, al Dr. A. B., en un 5,10%; y al Dr. L. A. N., en un 4,62%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, y con más el IVA.----------
----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO LUIS DE CUNTO
JUEZ CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

RAÚL ADRIÁN VERGARA
JUEZA DE CÁMARA

EN MINORÍA PARCIAL

----**REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2019 – SDL – CONSTE**.- ----------

UBALDO RENÉ AGUILERA

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA

SECRETARIO DE CÁMARA