En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"D. P., C. R. c/ P. A. E. LLC S. A. s/ S.. - Cobro de Pesos e Indem. de Ley"**, **expte. nro. 137/19**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 599/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 694), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 611/642vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Mediante Sentencia Definitiva nro. 151/2019, la jueza de primera instancia hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora con respecto al carácter de no remunerativo de los rubros percibidos normal y habitualmente por el actor, ello de acuerdo a lo decidido en el Considerando II. Asimismo, hizo lugar a la demanda y, en consecuencia, condenó a P. A. E. LLC S. A. a abonar, en el plazo 10 días de quedar firme la sentencia, al Sr. C. R. Di P., la S.a de $1.330.025,83, la cual se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando II, debiendo tenerse

presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Luego, la magistrada condenó a la demandada a entregar al actor, en el plazo 10 días de quedar firme la presente, el certificado de trabajo y la constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones, de acuerdo a lo prescripto en el art. 80 de la LCT y Ley 24576 y conforme lo dispuesto en el Considerando II. Determinó las costas y reguló los honorarios profesionales.

2. A fs. 644 la demandada apela la sentencia, fundando sus agravios a fs. 647/672vta. La actora contesta el memorial de su contraparte a fs.674/688vta.

3. El recurso. Fundamentos:

Como primer agravio, la demandada se queja por la determinación de indemnización sin tope, considerando que contradice el criterio jurisprudencial aS.ido por el máximo tribunal provincial.

Reprocha que la jueza de grado calcula las diferencias en la indemnización por antigüedad sin aplicar ningún tope ni el criterio jurisprudencial del fallo “VIZZOTI”. Que ello violenta lo dispuesto en el art. 245 LCT, por el solo hecho de encuadrarse el actor en el convenio colectivo de trabajo de los empleados jerárquicos. Que el criterio de la sentencia atacada ya fue descalificado por el Excmo. Tribunal Superior de la provincia mediante la Sentencia n° 1/SRE/2019 dictada en la causa "A., D. S. c/ P. A. E. LLC SUC. ARG. s/ S. - Cobro de Pesos e Indem. de Ley" (expte. N° X.), que tramitara en esta circunscripción judicial. Que por el CCT 611/10 les resulta aplicable el tercer párrafo del art. 245 LCT, es decir, el tope del convenio del establecimiento, en este caso, el CCT 605/10. Entiende que la doctrina sentada en "VIZZOTI" importa sostener

que aún puestos en el caso de no existir convenio, el empleador se libera del pago de la indemnización por despido abonando el 67% de la mejor remuneración.

En segundo lugar se agravia por lo que considera una aprobación mecánica de la liquidación de la demanda efectuada por la sentenciante. Entiende que al remitirse a la liquidación de la demanda obrante a fs. 219/vta. incurre en desaciertos graves. Entiende que la sentencia incumple lo prescripto por el art. 3 del CCyC en cuanto impone "resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada" que coincide en lo sustancial con el art. 165 inc. 5 del CPCyC, permitiéndome sostener ello porque no existió análisis serio y detenido de las defensas esgrimidas al contestar la demanda ni de las constancias probatorias del expediente, que sean conducentes para la justa resolución de la causa. Cita como otro error del decisorio la consideración como mejor remuneración mensual, normal y habitual la indicada en la demanda ($35.925,95, correspondiente a octubre/2011); confronta esto con la prueba pericial contable de fs. 513/519 porque allí diría que se abonó en esa oportunidad la S.a de $5.000 bajo el rubro "RES. 435/MTSS art. 1".

Agrega que el rubro en cuestión se trata de un pago único, y por ende excepcional, que no puede ser considerada para el cálculo de la indemnización por antigüedad en virtud de no cumplir con las básicas exigencias del art. 245 LCT. Concluye que la mejor remuneración a aplicar es la de $33.163,44 menos $5.000, o sea $28.163. Cita doctrina y aplica una fórmula aritmética que se puede transcribir así: a) $13.554,21 (tope) x 18 años (antigüedad) = $243.975,78 y b) $28.163 (MRMNH) * 67% = $18.869*18 (antigüedad) = $339.642. El

resultado, según la demandada, es una diferencia a favor del actor de $52.245.

Sintetiza que no hay razón entonces para que la sentencia en crisis condene a su representada a abonar en concepto de diferencia impaga sobre indemnización por antigüedad la por demás onerosa S.a de $359.270,47, porque la actora solo tendría derecho a la indicada precedentemente. Solicita se revoque el punto de la sentencia, reduciendo el monto de condena a la S.a de $52.245.

En su tercer agravio refiere a la indemnización por omisión de preaviso. Entiende que la sentencia convalida automáticamente lo que surge de la demanda, donde se pretende multiplicar la cantidad de meses que corresponda con arreglo al art. 231 LCT por lo que se considera la mejor remuneración, y que tal proceder resulta absolutamente desarreglado a derecho porque no existe norma alguna que establezca que dicha indemnización es igual a la mejor remuneración del peR.do, y en especial el art. 232 LCT no respalda en absoluto la pretensión de los actores que así lo pretendieron hacer. Agrega que lo que se intenta indemnizar al trabajador es la falta de aviso en tiempo oportuno de la rescisión unilateral del contrato y posicionar al trabajador en la misma situación en la que estaría de haber continuado trabajando. Considera improcedente lo resuelto en primera instancia.

En cuarto lugar, se agravia por la condena según la Ley n° 25323, diciendo que el actor en ningún momento solicitó la regularización de su empleo a ninguno de sus dos empleadores (D. y A.-P.). Que tampoco cuestiona en modo alguno la forma en la que fue registrado por D., y solo reprocha que su antigüedad real no fue respetada al momento de abonársele la indemnización por su

despido, alegando que existió intermediación fraudulenta, sostiene que por el contrario el actor no señaló nada durante las dos vinculaciones laborales que mantuvo. Que la situación que reclamaba el actor y que aquí reprocha, fue aceptada por el fallo de (la intermediación) y condenó a su parte por aplicación del art. 29 LCT. pero en claro exceso jurisdiccional. Reitera que conceder una indemnización que como la prevista en el art. Io de la Ley 25323 deviene inaplicable, porque D. registró a DI P. y en base a ello no se configura el supuesto que aquel dispositivo atrapa, cual es el caso del trabajador en "negro". Como quinto agravio ataca la condena a multa prevista en el artículo 80 de la LCT, diciendo que es ritualista y se aparta de la doctrina legal imperante en la Provincia porque obra a fs. 420/429 la respuesta de la AFIP que acompañó las constancias de todos los ingresos efectuados por mi mandante respecto del actor, lo que equivale a sostener que absolutamente ninguna "constancia" debe entregar mi parte al accionante.

Afirma que no existe evasión fiscal de parte de P., y tan es así que la prueba informativa a la AFIP demuestra el cumplimiento de las obligaciones de abonar los aportes y contribuciones con destino a la seguridad social correspondientes al actor.

En sexto lugar controvierte la condena por el art. 2 de la Ley 25323 porque entiende que su parte abonó las indemnizaciones de la actora en forma correcta, en lo que refiere a la prevista en el art. 245 LCT aplicando el tope indemnizatorio previsto para el CCT 605/10.

Como séptimo agravio reprocha los intereses sobre las S.as declaradas como remunerativas entiende que los intereses recién corren desde que la declaración de inconstitucionalidad que efectúa quede firme. Que la

declaración de inconstitucionalidad no solo rige para cada caso en concreto, sino que además no tiene efectos retroactivos y rige en consecuencia sólo para el futuro por mera aplicación del básico principio que el art. 7 del nuevo ordenamiento civil y comercial en la materia consagra, siguiendo su precedente cual es el art. 3 del Código Civil derogado.

Por último, como octavo agravio ataca la tasa de interés aplicada porque contraría la que tiene establecida la Corte Suprema de Justicia de la Nación como así también el Excmo. Superior Tribunal de Justicia.

Ratifica reserva del caso federal. Tratamiento de los agravios de la parte demandada.

El primer agravio queda centrado en el texto del fallo que por las consideraciones precedentes y no emerger de lo actuado que respecto del CCT 611/10 hubiera fijado tope indemnizatorio, “son ellas razones por las cuales corresponde tener por no configurado en el caso el tope a aplicar y en consecuencia, concluir que cabe liquidar el rubro indemnización por antigüedad sobre el monto total de la mejor remuneración normal y habitual devengada por la trabajadora...”.

Impugna entonces la apelante que no aplique ningún tope, incluso el criterio jurisprudencial del caso “Vizzoti”, sostiene que ello constituye violación de lo dispuesto en el art. 245 LCT, por el hecho de encuadrarse en el convenio colectivo de trabajo de los empleados jerárquicos.

Opone la recurrente, que tal criterio, aplicado por el Juzgado Laboral nro. 2 y ambas salas de esta Cámara,

se encuentra desautorizado por el Excmo. S.T.J., sentencia n° 1/SRE/2019, causa "A., D. S. c/ Pan A. E. LLC Suc. Arg. s/ S.. - Cobro de Pesos de Indem. de Ley (expte. n° 24629-2017, de esta circunscripción; que en esta causa se debate idéntico planteo respecto a empleados jerárquicos comprendidos en el CCT 611/10, a los que debe aplicarse el tercer párrafo del art. 245 LCT, con ello el tope del convenio del establecimiento, el CCT 605/10. Transcribe el voto que emite el Dr. Vivas, enfocado en que esta Sala incurre en una arbitraria interpretación contraria a derecho, apartándose de la disposición legal del art. 245 LCT reformado por Ley 24013, traducido en no aplicar tope indemnizatorio alguno.

Que tal criterio, la jurisprudencia del alto tribunal se instala con el voto del Sr. ministro votante, en considerarlo inadmisible. A tales efectos estudia la evolución histórica de la norma cuyo decantamiento en el art. 245 LCT, 3er. párrafo, alcanza a los trabajadores no amparados por convenios colectivos, a quienes les será aplicable el tope que corresponda al convenio de la actividad inherente del establecimiento donde preste servicio o al acuerdo más favorable, en la eventualidad que hubiere más de uno, que sigue para ello entre otros, la interpretación de la CSJN en la causa "N., H. A. c. A. C. A.", fecha 7/02/09, del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo – La Ley Online AR/JUE/10879/2006. Sin perjuicio de la mayor extensión de los fundamentos del fallo, se leen las conclusiones a lo largo de su desarrollo, que con el dictado de la Ley 24013 que modificó el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, restableciendo el tope movible, el que ya no iba a estar vinculado al monto del salario mínimo vital y móvil,

sino al promedio de salarios de convenio y que de la reseña se advierte que a lo largo del tiempo, salvo el breve interregno entre los años 1989 y 1991, la legislación nacional siempre adoptó el modelo de indemnización por antigüedad tarifada y topeada; que en el caso "N.", la CSJN resolvió el reclamo de un trabajador que en su condición gerencial no estaba incluido en las categorías del convenio de la actividad inherente al principal y a cuyo tope de indemnización no era posible acudir en razón de no haber sido fijado por la autoridad competente dada la inexistencia de escalas salarias homologadas y que haciendo suyas las paL.s del procurador general, ello "no constituye óbice que impida preservar el propósito legislativo de establecer un límite a las indemnizaciones en concepto de despido" y conforme con el art. 245, párr. 3ro., LCT, "...hizo hincapié en la natural gravitación del tope sobre los empleados superiores". Finalmente, que el "...razonamiento puntualiza el inequívoco propósito del legislador de imponer un límite a las indemnizaciones por despido, por medio de la aplicación de topes objetivos, límite del que no está excluido el personal jerárquico o gerencial, en circunstancias como las que se dan en este expediente, la solución legal debió encontrarse en el párrafo 3° del art. 245 LCT".

Frente a lo expuesto, la parte actora contestante de los agravios a partir de fs. 674vta. descalifica de inicio el fallo "A...." que se ha dejado expuesto, por arbitrario y apartarse de los precedentes de la CSJN, cuando precisamente son los que sigue el alto tribunal provincial -cuyo desarrollo no sigue la oponente- donde demuestra que con orden a la previsión del art. 245, 3er. párr., de la L.C.T., el objeto de la ley es imponer límites a las indemnizaciones por despido, que no

excluyen al personal jerárquico o gerencial. El grave error que se asigna al fallo del STJ por lo tanto carece de demostración, pues no sigue al mismo sus contenidos. Por ejemplo, cuando con cita de doctrina se refiere a que la jurisprudencia no es fuente de derecho y alude al sistema vigente, la soberanía de los jueces para resolver, ello es, la jurisprudencia no es obligatoria, también es lógico reconocer los principios de la seguridad jurídica que importan la autoridad moral de los fallos determinantes del derecho vigente. Tales pautas resultan incluso seguidas por el Superior Tribunal de Justicia en el caso de referencia "A.". Lo señala el ministro de segundo voto Dr. Panizzi, observando que la cuestión planteada había tenido el debido tratamiento en la CSJN, y reconociendo que si no hay texto expreso que imponga el seguimiento obligatorio de los fallos de los máximos tribunales, pues resuelven casos concretos sometidos a su competencia, sin argumentos nuevos que justifiquen modificar la posición sentada, el acatamiento de una jurisprudencia firme evita el dispendio jurisdiccional y sortea el problema de mantener en vilo a las partes, que necesitan que el comportamiento judicial resulte previsible (*cf*. STJCh, SD N° 07/SRE/16 y 01/SRE/17).

Se rechaza entonces en los mismos cauces toda la argumentación de la inexistencia de los precedentes señalados por el máximo tribunal provincial como congruentes, con el argumento que aquí se trata de un trabajador "incluido" en el CCT 611/10, que se le aplique el tope de los trabajadores también incluidos en el CCT 605/10, como cuestión vedada por el art. 245 LCT y que no responden a los antecedentes relevantes de la CSJN como "N.", "Vizzoti" y "Duchowny". Adviértase que precisamente el criterio invocado de la SC Bs.As.,

que en la hipótesis como la de autos debe fijarse la indemnización del art. 245 LCT sin tope máximo, fue revocada por la CSJN y dejada sin efecto con fecha 7/1/2006 Autos: "N., H. A. c/ A. C. A. – Recurso de hecho".

Con tales antecedentes, la tesis de la actora contiene una interpretación errónea. Lo señala la corte de nuestra provincia. Refiriéndose al CCT 611/10 del Sindicato de Personal Jerárquico y Profesional del Petróleo y Gas Privado y la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos, expresa que las partes colectivas no lograron o no quisieron acordar escalas salariales colectivas generales para el personal comprendido en el acuerdo, de ahí que no sea razonable afirmar lisa y llanamente que se trata de personal convencionado, sin efectuar ninguna salvedad o ponderación de esta particular cualidad de tal convención.

Por ello, la tesis que se trata de personal convencionado o "incluido" en el CCT 611/10, como la señala la recurrente, no lo es en la determinación de las S.as que resulten del promedio de todas las remuneraciones, desde que este convenio no las determina. Mal puede sostenerse en consecuencia por esta última particularidad que es convenio más beneficioso, pues no posee escalas salariales para establecerlo y que admita en consecuencia la modalidad de determinación de indemnizaciones sin tope, que la ley no prevé. Por el contrario, ha establecido en cualesquiera de las hipótesis del art. 245 LCT, la fijación de topes para el cálculo indemnizatorio, a cuyo respecto es sabido, no importa en principio una desnaturalización del derecho establecido en el art. 14 bis de la Constitución

nacional (*cf.* CSJN, caso "Ulman c/ Vasa", sentencia de fecha 11/9/1984 – TySS 1984, pág. 966).

Por todo lo expuesto se declara procedente el primer agravio que se deja tratado, declarando que correspondía la aplicación del CCT. 605/10, aplicable al establecimiento.

Segundo agravio: La aprobación mecánica de la liquidación de la demanda y las únicas diferencias en la liquidación por antigüedad.

Luego de concluir la sentencia equivocadamente a fs. 634vta., que no correspondía la fijación de topes indemnizatorios, zanja los cuestionamientos a la liquidación por los rubros liquidados y su discusión en forma integral, que no emerge de la liquidación practicada por la actora errores que lleven a modificar "lo allí esgrimido".

La propia demandada señala que los errores se irán puntualizando, con lo que la crítica anticipada queda sujeta a los resultados de los agravios.

En consecuencia lo concretado en este segundo agravio, luego de señalar el promedio de las retribuciones Res. ST 180/2011 del MTESS de la Nación, en $13.554,21, objeta que la mejor remuneración normal y habitual considerada por la sentencia es la del mes de octubre/2011, en la S.a de $35.925,95 –que contempla el SAC dice en forma indebida-, pero donde además impugna tenga incluida la S.a de $5.000, que respondió a un pago único no remunerativo, que devenía del acuerdo del Sindicato de Personal Jerárquico y Profesional del Petróleo y Gas Privado de la Patagonia Austral y la Cámara de Exploración y Producción de Hidrocarburos. Correspondía al último pago del mes de noviembre/2011, la S.a de $ 25.000 por única vez, dividido en cuatro pagos, con inicio abril/2011.

La demandada controvierte a fs. 679 y sig., sin perjuicio de otras defensas, salvando en principio que la demandada reconoce en todo caso el salario adoptado del mes de oct/2011, a cuyo respecto desconoció la S.a de $35.925,95, que correspondía la S.a de $28.596,68, al que le aplicó el 67% de Vizzoti y pagó conforme a la antigüedad reconocida.

El confronte de las posturas lleva a examinar los alcances de la trama litigiosa. A fs. 282, n° 220, señala que la mejor remuneración normal, mensual y habitual que se consideró fue del mes de octubre de 2011, pero que no asciende a la S.a de $35.925,95, sino que la misma fue de $28.586,68, en razón que no correspondía considerar conceptos no remunerativos y sin aportes.

La demandada no solo no determina los montos no remunerativos, sino que tampoco alega sobre el de $5.000 y que no responda al carácter de mensual, normal y habitual. Solo lo hace en esta alzada que individualiza como que corresponde al rubro “res. 435 mtss art. 1” de la constancia de fs. 515, cuestionamiento en consecuencia improponible, incluso poniendo a esta Sala para constatar. Tal defensa nunca opuesta a la contraparte en la instancia pertinente así lo requería, que admita el ejercicio del principio de defensa y su consideración por la juzgadora (art. 268 Ley XIII n° 5 del Digesto Jurídico).

En lo demás del agravio, desde que el promedio de las remuneraciones previstas en el CCT 605/11 es de $13.554,21 (Resol. MTE y SS), que comporta una reducción de la remuneración de la actora ($35.925,95) que excede el 33%, caso de confiscatoriedad no admitido por el derecho vigente (CSJN, caso “Vizzoti”), la quita solo alcanza hasta el monto salarial de $24.070,38 ($35.925,95 – 33% = $24.070,38).

Con ello, el monto indemnizatorio por antigüedad comporta la S.a de $433.266,84 ($24.070,38 x 18 = $433.266,84).

El monto indemnizatorio por antigüedad menos lo abonado por la empleadora, $287.396,68, deja un débito de $145.870,16 pendiente de pago por la demandada.

El agravio prospera parcialmente, resultando procedente este último monto en concepto del art. 245 L.C.T.

B. Indemnización por preaviso omitido e integración mes de despido.

La recurrente critica por entender un modo de convalidación automática de lo demandado y sostiene que este se encuentra desarreglado a derecho por lo que se considera la mejor remuneración y en especial el art. 232 LCT, porque lo que se intenta indemnizar al trabajador es la falta de aviso en tiempo oportuno de la rescisión unilateral y por ende posicionar al trabajador en la misma situación en la que estaría de haber continuado trabajando, que en consecuencia lo que correspondía debía ser "…ajustado a derecho el criterio empleado por la patronal de establecer el promedio de las remuneraciones para obtener el monto promedio de las remuneraciones para obtener el monto del preaviso omitido, pues no surge del art. 232 de la LCT que deba tomarse la mejor remuneración del último año, y la fórmula empleada es la que permite llegar, con mayor aproximación posible, al salario que el trabajador hubiera percibido laborando normalmente" (cita fallo de la Cám. del Trabajo de Córdoba, fs. 659).

La crítica no se ajusta a derecho respecto a una convalidación automática porque en esta parte de los cuestionamientos, la sentencia trata entre otras, las

diferencias por integración de despido y montos reclamados por la actora, las diferencias por integración del mes de despido con más SAC, diferencias por indemnización sustitutiva de preaviso con la incidencia del SAC, a cuyo respecto mediaba de por medio la reclamación de los rubros no remunerativos. Manifiesta la sentencia a fs. 628vta., que los recibos de haberes obrantes en la causa (reserva Nro. 4560) presentados por la parte actora, no fueron incluidos por la demandada en el desconocimiento especial de fs. 302 y que la accionada no cumplió con la exhibición de la documentación que al efecto se le requiriera.

La base conceptual de la alegante, un llamado ajustado a derecho del criterio patronal para establecer el promedio, deja sin explicación técnica dicha premisa que, así ocurra en la presente causa, permita comprobar el criterio de la patronal para, aplicando el monto promedio de las remuneraciones y confronte con los pretendidos. Además, los cuestionamientos no resultaron interpuestos al contestar la demanda, pero fundamentalmente, era obligación de la demandada como empleadora probar sus afirmaciones. La documentación cuya exhibición se intimara observada por la sentencia, fue en la apertura a prueba a fs. 318 bajo apercibimiento de ley. Se refería a la mencionada a fs. 220, entre otras, la totalidad de los recibos de haberes originales pertenecientes al actor, que incumpliera la demandada. Con tal falta, quedaron reconocidos los montos por los rubros que se tratan peticionados por la actora. La concepción es propia de la carga del art. 43 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico: “En los juicios donde se controvierta el monto por cobro de salario, sueldo u otras formas de remuneración en dinero o en especie,

la prueba contraria a la reclamación corresponderá a la parte patronal demandada".

Pero con todo, debe destacarse la jurisprudencia que rechaza la premediación de las retribuciones salariales. Se cita la de la CNT, Sala II, 06/6/00 – "Reynoso c/ Siembra AFJP S.A.", BJ 221/10, que recepta que el art. 245 LCT no alude a promedio alguno, respecto al salario tomado como base de cálculo para la indemnización, sino que solo se refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual, por lo que no obstante el desequilibrio de los haberes del accionante, no puede aceptarse la tesis del "promedio" atendiendo al carácter variable de las comisiones que integran el módulo salarial, debiendo considerarse la mejor remuneración en términos absolutos -*cf*. causa del 31/8/93, "Constantino c/ Sidra La Victoria S.A."- citado en la "Ley de Contrato de Trabajo", Alfredo J. Ruprecht, pág. 873, ed. Zavalía, año 2014. La CNT, Sala IV, en fallo de fecha 13/7/11, autos "Maidana c/Orígenes AFJP S.A.", BJ 312/14. La misma doctrina interpretativa surge de lo transcripto por el autor y ob. citada precedentemente en pág. 874: Si el trabajador percibía normal y habitualmente comisiones, estas deben ser consideradas para calcular la indemnización por antigüedad, pero no promediadas, sino que debe estarse lisa y llanamente al mes en que el haber resultó más elevado, por cuando si la ley exige que se escoja la "mejor" remuneración, parece obvio que no corresponde efectuar promedio alguno. En el caso de trabajadores remunerados a comisión, debe tomarse en cuenta el mes en que las comisiones han sido mayores, sin considerar si dicho monto ha sido o no extraordinario en relación al promedio de los restantes meses.

A todo evento, no puede soslayarse que el CCT 605/10, respondía a una modalidad reiterativa, renovado en conjunto con otros Convenios Colectivos de Trabajo, por acuerdo y "acuerdo puente" entre la Federación A. Sindical de Petróleo y Gas Privados y Biocombustibles, y los Sindicatos de Petroleros Privados y Jerárquicos (publicación: autor Di Lucente, Mauro S.: "Petroleros Privados: CCT 605/2010, 643/2012 y 644/2012. Petroleros Jerárquicos: CCT 611/2010, 637/2011 y 641/2011. Acta Acuerdo de aplicación nacional", ERREPAR – LQS – N° 105 – febrero/2015 – pág.27), con lo que la denominación de los rubros como no remuneratorios, extraordinarios y de pago único, no pudieron superar los mismos principios constitucionales de protección salarial por los que se rechaza el carácter no remuneratorio, como calificar los montos para la base salarial conforme con el primer párrafo del art. 245 L.C.T.

Por todo lo expuesto, se rechazan los agravios.

Tercer agravio: La incorporación del SAC a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Opone la recurrente que el SAC no es un haber mensual que deba ser incluido en la base para liquidar la indemnización por antigüedad y el hecho que se devengue diariamente evidencia que no se trata de un haber mensual. Invoca el Plenario Tulosai y la jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Trelew, como doctrina pacífica.

Los argumentos de la oponente son los tradicionales por los que se consideran que el SAC no participa de la naturaleza normal y habitual de la retribución, por lo que no puede integrar la base del cálculo indemnizatorio. Al respecto se ha expedido esta Sala con amplitud. El suscripto en la causa "Valencia" mencionada precedentemente se refirió al plenario

invocado por la apelante, que en efecto, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en Tribunal Plenario con fecha 19/11/2009, estableció asimismo por mayoría, que no correspondía incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario.

Se trata del plenario "Tulosai", donde los jueces señalan que cuando se sancionó la ley de contrato de trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual". Interpretaron en dicho cauce que con la Ley 25877, también debía excluirse el rubro cuyo carácter es anual; no se negaba la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, se distingue del nacimiento del derecho, el día a día, que asimismo es atributo de otras remuneraciones, el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs. 84 y ss.).

Pero el plenario tenía un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por

ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (dicho en el voto de la Dra. Estela Ferreirós), como de falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. Rodríguez Brunengo y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aún menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado. Además, también se dijo por la minoría, que la interpretación implicaba un apartamiento del principio "a favor del operario", consagrado en la L.C.T. art. 9°. Con ello quedó superado el caso "Tulosai", reforzado con el dictado de la Ley 26248 se favorecía la interpretación favorable al dependiente y si era el caso de duda o frente a dos interpretaciones de la norma o conjunto de normas que rigieran las instituciones del derecho del trabajo, debía decidirse en el sentido más favorable al trabajador; en reS.en, interpretar con el auxilio de la doctrina especializada, que con la Ley 25877 que cambió el contexto del art. 245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual "percibida" por "devengada", resultó válida para incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial indemnizatoria, aunque sea de pago no mensual, en la medida que el mismo se devenga día a día y de ese modo integrar la calificación de remuneración mensual. Se señalaba además la cantidad de provincias que seguían este criterio, La Pampa, Córdoba, R. Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual comprende también

las remuneraciones de pago no mensual, ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por trabajar día a día, sin perjuicio que su pago sea diferido a otro momento.

Esta Sala no ha compartido por otra parte, de conformidad con lo expuesto, la doctrina del fallo de la Circunscripción de Trelew. El agravio, por lo tanto, queda rechazado.

Cuarto agravio: La condena a la indemnización del art. 1° Ley 25323.

La recurrente comienza oponiendo que el actor en ningún momento solicitó la regularización de su empleo a ninguno de sus dos empleadores (D. y A.-P.), lo que demuestra un actuar contradictorio, que no cuestiona la forma en que fue inscripto por D.. Que este registró a Di P. y en base a ello no se configura el supuesto de la norma; sostiene con base en el art. 7 de la Ley de Empleo, que establece las condiciones del contrato de trabajo cuando se considere registrado (incs.a. y b), y que cuando no cumplieren con tales requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán como no registradas.

Que existen entonces relaciones laborales registradas y no registradas y desde que la accionante no ha señalado que el segundo supuesto se haya configurado, concluye que el caso no se encuentra previsto en la ley de empleo ni en ninguna otra norma. Trae jurisprudencia que aunque se resuelva por aplicación del art. 29 LCT si el contrato de trabajo estuvo registrado por la E. intermediaria, no se encuentran reunidos los requisitos fácticos para resultar procedente el reclamo fundado en el art. 1 Ley 25232. También trae jurisprudencia sobre la exigencia de la intimación en razón de los arts. 8 y 15 de la LNE

y otra que viabiliza la indemnización del art. 1 Ley 25323, porque la inscripción del trabajador por la E. intermediaria no libera al empleador directo de su obligación de regularizar el vínculo.

Las alegaciones precedentes se formulan sin seguimiento de las consideraciones de la sentencia que se extienden de fs. 615vta. y ss., Consid. I, de las que resulta que Pan A. E. LLC Suc. A. aS.ió la transferencia y personal de A. A. Oil C., conforme con los arts. 15, 29 y 225 L.C.T. y con lo que comprendía al actor C. R. Di P. como empleados directo de A. Arg. Oil C. y el derecho la antigüedad a partir del 23 de noviembre de 1993.

Por lo demás argumentado y que se ha dejado expuesto, la tesis es errónea, ya que no se trata de la aplicación del art. 1 Ley 25323 a un empleo no registrado (relación art. 7 LNE, inc.a – libros laborales; inc.b) art. 18 inc.b misma normativa), sino de la correspondiente de dicho art. 1 a uno registrado pero en forma deficiente, previsto en el art. 9 LNE – consignación de fecha de ingreso posterior a la real (el supuesto es perfectamente asible por esta normativa, conforme lo señala el doctrina C. A. Etala – "Las nuevas normas de la Ley 25323", pág. 2085 y ss. en D.T. 2000-B.). Por todo lo expuesto se rechaza el agravio.

Quinto agravio: La condena de la multa del art. 80 LCT.

Se agravia por la multa a la que accede la sentencia en razón del art. 80 LCT, a pesar de la prueba informativa de la AFIP (fs. 420/429), que da cuenta del cumplimiento de los aportes, pero el fallo se desentiende de la línea argumental en el sentido que el motivo de la sanción es la antievasión. Impugna además la condena a entregar las constancias documentadas de

los aportes y contribuciones a la Seguridad Social, descalificada por la jurisprudencia de la provincia en el caso “L. R.”, jurisprudencia que estima se enrola en la de otros fallos que cita, dada la pérdida de la utilidad práctica cuando se puede obtener la información directamente del Organismo oficial. Invoca asimismo el fallo de esta Sala en expte. n° 437/12 y Sala B expte. n° 393/13. Critica la decisión de la Sra. jueza ajena a las orientaciones que entiende por parte de la jurisprudencia como que además prescinde de los elementos de prueba que descalifican el decisorio, ya que están demostrados los ingresos efectuados por su mandante. Subsidiariamente peticiona que el cálculo se formule sobre la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

La parte demandada pone todo el acento de su defensa en función del cumplimiento de las contribuciones a la seguridad social del art. 80 L.C.T. (fs. 420/429), que su parte concretó los aportes de ley a favor de la parte accionante y que constituye la razón de la norma para impedir la evasión.

Para esta parte de la defensa de la recurrente, surge en efecto que rindió la prueba informativa de la Administración de Ingresos Públicos de fs. 420/429 y fs. 449/457, que dan cuenta de los aportes a la Seguridad Social, aclarando el ente recaudador que la comprobación se formaliza en función de la cantidad de empleados declarados sin especificar la identidad de estos.

Esta parte respecto a la sola alegación de una parte de las previsiones del art. 80 L.C.T., se ajusta a la incidencia en la norma por la tecnología informativa y recogida por la jurisprudencia, que sí se encuentran cumplimentadas los aportes y contribuciones a la seguridad social, a cuyos datos se puede acceder

ingresando a la página web de los Organismos Oficiales, u obtener las certificaciones pertinentes, con lo que no corresponde la condena a la entrega de las constancias de aportes y contribuciones.

Precisamente, es el marco en que se desenvuelven tales tópicos en la jurisprudencia invocada por la demandada apelante (causas "L. R.…" del Excmo. S.T.J. y "P. P.…" y "Parra…" de esta Cámara).

Pero ninguna de las causas invocadas desdibujan otro aspecto de la obligación del art. 80 L.C.T., la entrega del certificado de trabajo que prevé la norma como obligación del empleador cuando se extinguiere el contrato de trabajo por cualquier causa, con las previsiones de la norma y el agregado del artículo s/n por la Ley N° 24578.

En la causa del Excmo. S.T.J. "L. R., H. M. c/ P. I. SRL s/ demanda laboral (Dif. Hab. e indem)", expte. N° 21884, el voto del Sr. ministro que se invoca, expresa que se colige que el certificado de trabajo no contiene información referida a la constancia de remuneraciones percibidas por el actor, pero que no puede soslayar que tal extremo surge de los datos volcados por el formulario P.S.6.2 acompañado por el mismo empleador, en el que certificaba con precisión que hizo los aportes y retenciones de la seguridad social y sindicales.

A propósito de esta última obligación, quede en claro que la recurrente ninguna alusión formula respecto a la condena por la documentación de las constancias sindicales. Por otra parte, en las causas invocadas de esta Cámara, si bien desestiman y revocan la decisión de entregar las constancias documentales de aportes y contribuciones a la seguridad social, confirman la sentencia que declaraba incumplida la entrega del

certificado de trabajo y la imposición de la multa respectiva.

En los presentes actuados, contra lo afirmado por la apelante en la crítica al decisorio, no produce la demandada ningún material probatorio respecto a la confección del certificado de trabajo con los recaudos pertinentes de la ley.

La demandada expidió telegrama de despido con fecha 31/12/2011 (fs. 86, doc. reserv. n° 4560 de origen), recepcionado el 1/11/2011 por la actora y frente a la intimación de esta por falta de entrega del certificado de trabajo formulada al mes y 24 días de producido el despido (fs. 84, teleg. Ley 23789), la empleadora solo se limitó a responder que la "Certificación art. 80 LCT está a su disposición (CD de fs. 87, doc. reserv. aludida).

La demandada no prueba la expedición del certificado de trabajo al producir la extinción de la relación laboral conforme al segundo párrafo del art. 80 L.C.T., tampoco aporta que contara con el documento a los dos días hábiles del requerimiento cartular por la parte actora.

Era obligación de hacer de la empleadora y solo pudo ser cumplida *intuitu personae*: "No puede considerarse cumplida la intimación a acompañar las certificaciones del art. 80 de la LCT, con la notificación de su puesta a disposición, pues la empleadora siempre tiene el recurso legal de la consignación. Por lo tanto, resulta irrelevante la circunstancia de que la demandada los hubiera puesto a su disposición, o bien, los acompañara recién al contestar la demanda, pues la entrega de los certificados de trabajo al dependiente en oportunidad de la extinción de la relación laboral, es una

obligación a su cargo que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación. No hay razones, pues para considerar que el cumplimiento de esta obligación dependa –en lo que se refiere a su aspecto temporal– de que el trabajador concurra a la sede de la E. a retirar los certificados, sino que corresponde entender que, en caso de que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlos judicialmente" (*cf*. Fallos CNT, Sala V, 28/2/11, "P. c/ P.T. S.A.", BJ 308/3 y CNT, Sala III, 30/12/11, "Ojeda y otros c/ Kartonsec S.A. y otros", EJ317/6, en obra y autor citado Alfredo J. Ruprecht, págs. 358 y 360).

Por todo lo expuesto el agravio prospera parcialmente, revocando en cuanto condena a la entrega de las constancias de los aportes a los organismos de la seguridad social, en tanto lo subsidiario no prospera por desestimado en el agravio pertinente.

Sexto agravio: la condena por la aplicación de la Ley 25323.

Impugna la recurrente la condena en función del art. 2 de la Ley 25323, poniendo de relieve que la actora abonó en forma correcta lo referido al art. 245 LCT y aplicación del tope indemnizatorio previsto en el C.C.T. 605/10, convalidado por la jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia y la previsión de la propia norma que autoriza la reducción y hasta la eliminación del recargo por causas justificadas.
Cita la jurisprudencia de la Sala B y sus fundamentos.

La pretensión tiene la controversia de la parte actora a fs. 656, rechazando tal postulación y que la empleadora hubiera abonado correctamente las indemnizaciones, rechazando intimaciones e ignorando la verdadera fecha de ingreso y que por otra parte la sentencia ponderó la naturaleza del despido. Niega

similitud de la causa comparable con la citada de la Sala B de esta Cámara y que en todo caso liquidó a sabiendas una S.a muy inferior a la devengada.

Las posturas no son las que definen el caso planteado, sino que atendiendo a la naturaleza punitiva del incremento por falta de pago de las indemnizaciones por antigüedad, sustitutiva de preaviso e integración mes de despido del art. 2 Ley 25323, el hecho de autos es el pago insuficiente de tales indemnizaciones, con lo que resulta la falta de adecuación de la conducta a la previsión normativa.

Resulta aplicable en el caso la doctrina jurisprudencial que señala que si bien la actora tuvo que recurrir a la justicia para percibir los adeudos pendientes, el supuesto no se asimila al caso del empleador que abonó una indemnización, aunque fuera insuficiente (C.N.Trab., Sala V, "Gambarte, José c/ Fundación C. Hindú", expte. N° 17.831/02, Sent. Def. n° 66.708 del 29/3/03).

Por lo expuesto se hace lugar al agravio y rechaza la indemnización liquidada a fs. 219vta. por la S.a de $186.105,29.

Séptimo agravio: los intereses sobre las S.as declaradas.

Impugna la recurrente la imposición de intereses sobre las S.as no remunerativas sin distinción con los rubros salariales denominados remunerativos, propugnando el criterio expuesto en la causa "C., M. A. c/ T. V. de A. SA s/ S.. – cobro de pesos e indem. de ley", expte. n° 25/2013, donde se establece que los intereses que corren desde la declaración de inconstitucionalidad quede firma. Sostiene que la declaración de inconstitucionalidad es del caso concreto y no tiene efecto retroactivo, ni puede alterarse un

derecho adquirido, el derecho de propiedad. Cita fallos de la CSJN sobre la seguridad jurídica y que ninguna duda puede existir en el sentido de la recta aplicación de los principios en juego, fallado a su juicio correctamente por la Sra. jueza del Juzgado Laboral 2 de la Circunscripción.

En subsidio peticiona que los intereses se apliquen conforme a la sentencia de esta Sala en el caso "S. E. c/ W. I. d. A. S.A. s/ S. – cobro de pesos e indemnizaciones de ley", expte. N° 625/17.

En principio debe señalarse que si es premisa del derecho constitucional que el acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley, como del derecho laboral proteger al trabajador contra todo abuso por ser la parte más débil de la relación y por el carácter alimentario del salario, también pudieron ser comprendidos los convenios colectivos de trabajo, dados los principios que se señalan. Resultan en consecuencia inadmisibles los fundamentos del recurso en torno a los derechos adquiridos.

Por otra parte, la invocación del criterio del Juzgado Laboral N° 2, de suyo reconoce la recurrente ha sido revocado.

La tesis de la parte demandada apelante no es admisible, ya que como se dijera oportunamente ante planteos similares, desconoce el principio constitucional señalado y las propias premisas del derecho laboral, de rotunda aplicación en el derecho laboral conforme al art. 14 bis C.N., que aseguran al trabajador la protección de la retribución por su carácter alimentario y considera inaplicables las normas que la agreden. Por ello, la jurisprudencia de esta Sala en los autos "R. c/ M.", expte. X "L. c/ F. E. e Hijos

S.A.”, expte. n° X, donde se señala que los fundamentos y particularidades del derecho laboral prevalecen sobre el derecho común, donde si se reconoce con la declaración de inconstitucionalidad la naturaleza salarial de los incrementos, no puede negarse la inexistencia de obligaciones pendientes y la constitución en mora con la intimación interpuesta oportunamente por la parte actora. La tutela de la retribución asciende al ámbito supralegal que otorga el art. 75 inc. 22 de la C.N. con la reforma constitucional del año 1994, creándose lo que se ha denominado el “bloque constitucional federal” y en su conjunto con el art. 14 bis C.N., impide la aplicación de normas que la contraríen.

Por ello, el carácter constitutivo de la sentencia conlleva a la interpretación más amplia entendida por la doctrina –propio del art. 9 L.C.T.– cuando considera que las sentencias de ese carácter son solo una modalidad de las sentencias declarativas, con lo que sus efectos han de remitirse asimismo retroactivamente al momento del desconocimiento de la integridad del salario.

La pretensión no prospera y en cuanto a la aplicación en subsidio del criterio del precedente señalado, los intereses a partir de la interposición de la acción, no se adecua a los presentes, desde que la sentencia establece el punto de partida de cada obligación, los intereses a partir de la mora (art. 509 C.C.).

Octavo agravio: la tasa de interés.

Sostiene la recurrente que la tasa activa para préstamos personales del B. del Chubut S.A. que dispone la sentencia, contraría la del máximo tribunal de la Nación como la del S.T.J. de esta provincia, citando

fallos respectivos de cada tribunal. El primero en competencia originaria de la CSJN, considerando al evaluar la inconstitucionalidad de una norma, que la tasa pasiva del B.N.A. adoptada por la Corte satisfacen adecuadamente el menoscabo patrimonial sufrido por el acreedor, aplicado asimismo en los casos de retención de deuda sindical; por el segundo una jurisprudencia del Excmo. S.T.J. en causa contencioso administrativa y aplicación de la tasa activa para las operaciones de descuentos de documentos del B. del Chubut S.A.Los sustentos de la argumentación interpuesta por la apelante no se corresponde con el ámbito del derecho laboral en que se desenvuelve la presente causa.

Debe reiterarse por otra parte lo expuesto en los autos "P., R. G. c/ A. S.A. y otra s/ demanda laboral (indem.)", expte. n° 63 año 2017, que en la presente materia la tasa pasiva quedó sin aplicación en el ámbito provincial a partir de los autos "S., C. c/ La Pradera S.A. y/u otro s/ Indem. por Acc. Trabajo", expte. n° 15.502-S-1996 del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, como por la propia CSJN en los autos "B. S. c/ B. S.A. el 17/6/94 (D.T. 1994-B-1973), sujeta la cuestión a la razonable discreción de los jueces sin lesionar garantías constitucionales.

Es preciso señalar en todo caso que en los autos caratulados "T., M. I. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ demanda laboral (Indem. de ley)", expte. n° 22.639 – T – 2012, del Excmo. S.T.J., zanjó el Tribunal Superior votos dispares de esta Sala (tasa pasiva - tasa activa), sentando jurisprudencia que correspondía la tasa activa para préstamos personales del B. del Chubut S.A., como la más adecuada a las circunstancias económicas. Precisamente la doctrina del alto tribunal señalaba que en principio debía verse la

trama litigiosa resultante, que en el caso, no habiendo conformidad de las partes quedan las cuestiones abiertas al ejercicio de la facultad judicial conforme al CCyC y la jurisprudencia vigente. Precisamente la que deriva del S.T.J., pero que no es la sostenida por la demandada, sino las encuadradas a partir del art. 768 CCyC, considerando como tasa más favorable la destinada a los préstamos personales y en tanto el B. Central de la República A. no estableció a su respecto la reglamentación aplicable, remite a la vigente en el B. Oficial de la plaza local, la establecida por el S.T.J. la activa para préstamos personales del B. del Chubut (S.T.J. caso "Gómez Lozano"- S.D. N° 6/SCA/02).

Por lo expuesto, se rechaza el agravio.

Costas:

Prosperando los agravios parcialmente, el carácter de vencida en juicio de la parte demandada no varía (art. 57 Ley XIV n° 1 del Digesto Jurídico y doctrina en materia laboral del Excmo. Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: "C., M. A. c/ E. R. C. S.A.", expte. n° 13.309-C-1991 y "Vera T., Victoriana c/ P. de E. L. B.", expte. n° 13.707-V-1992, significando que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos y ha de estarse a un enfoque global de su resultado, entonces, cualquiera sea el monto en que prospera la demanda, el vencedor es quien obtiene –aunque sea en mínima proporción– el reconocimiento de su derecho, siendo razonable que no queden a su cargo los gastos realizados para lograr la justicia del caso.

En esta alzada, por las motivaciones expuestas, corresponden asimismo las costas a la demandada recurrente, por lo que propongo los honorarios conjuntos

de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., en 30% y los correspondientes al Dr. I. F. A. en el 25%, uno y otro de los regulados en primera instancia.

Se tendrá presente la ratificación del caso federal de fs. 672vta.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada Pan A. E. LLC S. A., fundado a fs. 647/672vta., contra la sentencia de fs. 611/642vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el monto del punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, el que se establece y condena por la de $930.520,49 y restantes alcances.

3) Revocar parcialmente el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuando condena a la entrega de la constancia documentada de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

4) Confirmar las costas y regulación de los honorarios de la sentencia aludida.

5) Costas de la alzada a la parte demandada, proponiendo las regulaciones respectivas.

6) Tener presente la ratificación del caso federal de fs. 672vta.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios:

El primer votante ha referenciado, en forma detallada, el alcance del fallo dictado, los datos del recurso y el contenido de los agravios proponiendo además el acogimiento parcial del primer agravio y el rechazo de los restantes. Poco puedo agregar a tan meduloso examen de las cuestiones sometidas a revisión;

de modo tal que solo he de dar los motivos en los que fundo mi adhesión a la solución propuesta.

2. Tratamiento de los agravios:

Los agravios de la parte demandada serán tratados en el orden en que han sido expuestos en el memorial, que es además el orden seguido por el colega preopinante.

- *Los topes indemnizatorios*:

El recurrente cuestiona la decisión de la jueza de grado en cuanto no aplica tope alguno a la base de cálculo de la indemnización por despido sin causa.

La cuestión se ha planteado únicamente en esta circunscripción judicial, ya que se trata de trabajadores petroleros jerárquicos de la cuenca del Golfo San J. amparados por el Convenio Colectivo n° 611/10 y la norma colectiva no prevé los topes.

El criterio que las dos salas de esta Cámara adoptaron respecto a la inaplicabilidad de los topes ha sido descalificado por el Superior Tribunal de Justicia en los precedentes citados por el recurrente en los que casó un pronunciamiento de esta Sala (Sentencia definitiva n° 1/2019) y otro de la Sala B (Sentencia Definitiva n° 2/2019). Además, si bien en otro posterior (Sentencia Interlocutoria n° 41-RE del 5/5/2019) confirmó un fallo de esta Sala que involucraba el tema bajo examen, aclaró que ello no implicaba apartarse de la doctrina fijada en los casos anteriores, sino que la solución se consagraba en función de las particulares circunstancias procesales específicas de ese caso.

En este contexto, más allá del criterio que he sostenido en los anteriores pronunciamientos, carece de todo sentido insistir en la postura revisada por el máximo órgano provincial en tanto

ello importaría un dispendio jurisdiccional y a la postre dilataría el cobro de las acreencias del trabajador que sigue siendo sujeto de tutela preferente.

En este orden de ideas, estimo pertinente invocar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia acerca de la fuerza vinculante de sus fallos que obviamente es aplicable en lo local respecto a los del Superior Tribunal de Justicia. Así sostuvo: "… no es ocioso recordar que si bien la Corte Suprema solo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas (Fallos: 25:364). De esa doctrina, y de la de Fallos: 212:51, 160 y 307:1094, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores -inclusive, los Superiores Tribunales locales- que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Máximo Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional" (CSJN, 23/06/2009, "Laboratorios Raffo SA c/ Municipalidad de Córdoba", el Dial - AA5421).

Con base en estas consideraciones he de ajustar la cuestión de los topes a lo resuelto por el Superior Tribunal y, en consecuencia, en el caso considero que corresponde aplicar el tope del 33%, es decir la doctrina Vizzotti puesto que la aplicación de cualquier otro tope implicaría la pulverización de la indemnización por despido arbitrario, conforme lo ha demostrado numéricamente el colega preopinante al dar tratamiento al primer y segundo agravio.

Por las razones dadas, hago parcialmente lugar al agravio en los términos expresados.

- *La mecánica aprobación de la liquidación*:

La crítica por la inclusión en el cálculo indemnizatorio de la S.a no remunerativa no puede ser convalidada, puesto que la cuestión no fue planteada en la instancia de grado. Sabido es que el límite del poder de actuación de la alzada lo constituye el tema propuesto o los temas propuestos por las partes en los escritos de constitución del proceso, como lo prevé el artículo 280 del CPCCCh. En el caso bajo examen, al cotejar los alcances de la pretensión inicial y el contenido del agravio, tal límite aparece transgredido con la incorporación de nuevos planteos que importan la alteración de la relación procesal.

Por ello es inadmisible este tramo del agravio, sin perjuicio de la revisión de la liquidación conforme lo resuelto respecto de los topes y en un todo de acuerdo con los cálculos matemáticos realizados por el primer votante.

- *La indemnización por preaviso e integración mes de despido*:

El recurrente cuestiona los montos fijados en concepto de indemnización por preaviso e integración del mes de despido propugnando para su cálculo la utilización del sistema de promedio atento a la variabilidad de las remuneraciones.

El criterio propuesto no puede prosperar por las razones de fondo y de forma que seguidamente señalo.

En primer lugar, el artículo 232 de la LCT dispone que en supuestos como el de autos en los que se ha omitido el deber de preavisar, se deberá abonar "una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que le correspondería al trabajador durante los plazos

señalados en el art. 231". El artículo 233 del citado ordenamiento preceptúa que en caso de que la ruptura del vínculo se produzca en fecha que no coincida con el último día del mes, "la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una S.a igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que el despido se produjera".

Las transcripciones efectuadas demuestran que se ha adoptado para el cálculo de la indemnización por preaviso y para la integración del mes de despido el criterio del mejor salario normal y habitual que debió percibir el trabajador durante el lapso indicado. Es decir, el criterio de la normalidad próxima (*cf*. CNAT, Sala VIII, 15/09/04, SD 32.083, "M. L. M. c/ Cía. de Radio com Móviles s/ despido"; ídem Sala IV, 16/03/2016 "V. F. M. c/ BTS S.A. y otros s/ despido", elDial.com - AA972D).

La directriz legal reseñada supone e intenta poner a la persona trabajadora en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que habría percibido durante el lapso del preaviso omitido.

Estos argumentos por sí solos autorizan el rechazo del recurso pero además corresponde señalar que la magistrada, conforme lo ha precisado en su decisión, a los efectos de determinar el monto por el rubro reclamado ha valorado los recibos de haberes agregados por el trabajador al demandar y la falta de exhibición de la documentación laboral que le fuera requerida. Este último extremo obsta a la revisión pretendida puesto que conforme se ha puntualizado en el voto precedente, demuestra el incumplimiento de la carga de la empleadora

de aportar prueba contraria a la reclamación salarial (*cf*. art. 43 de la Ley XIV N° 1).

Por lo expuesto, propongo el rechazo del agravio.

- *La incorporación del SAC a la base de cálculo*:

El recurrente solicita se excluya de la base indemnizatoria la S.a correspondiente al sueldo anual complementario. Funda su pretensión en fallos de las salas de Trabajo de Capital federal y en la doctrina del fallo plenario N° 322 de cámaras nacionales del Trabajo dictado en la causa "T., A. P. c/ B. Central de la República A. s/ LEY 25561" del 19/11/2009.

Esta cuestión ha merecido tratamiento por parte de este tribunal en múltiples precedentes (a modo de ejemplo cito entre otras las siguientes sentencias definitivas laborales N° 5/11/L del 31/5/11; 6/11/L del 3/6/11, 24/11/L del 15/11/11; 4/13/L del 5/2/13; 09/14/L del 14/03/14; 21/14/L del 8/9/14; 22/14/L de 9/12/14; 23/14/L del 10/9/14; 24/14 L del 25/9/14, entre otras); de modo tal que la inclusión del sueldo anual complementario en la base del cálculo indemnizatorio constituye un criterio consolidado.

Ese criterio se funda en las siguientes razones:

a) La naturaleza del sueldo anual complementario que es la de un salario diferido. En consecuencia, más allá de la modalidad que se adopte para su pago, es claro que se devenga en la medida que el trabajador preste servicios. Además y obviamente, participa de las cualidades de normalidad y habitualidad que la ley exige para determinar la base indemnizatoria.

b) La actual redacción del artículo 245 de la LCT que ha sustituido la paL. percibido por devengada. Es decir que entre las tres posibilidades de dar contenido al concepto de mejor remuneración mensual, normal y habitual a la que se refiere la norma existen se optó

por la de devengada con independencia de la modalidad de liquidación.

c) La calidad del trabajador como sujeto de tutela preferente (art. 14 bis CN y PISDEC entre otros Tratados de Derechos Humanos incorporados a la CNA por el artículo 75, inc. 22) y el derecho al trabajo como un derecho humano básico obliga a interpretar las normas infraconstitucionales de conformidad con la Constitución y con los tratados I.es de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas a través de la protección más amplia.

d) La regla de la norma más favorable para el trabajador que consagra el artículo 9 de la LCT.

Asimismo, es dable remarcar que esta no es una interpretación aislada, sino que ha sido sostenida por varios superiores tribunales locales, verbigracia, Entre R.s, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, R. Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero y San Luis; como bien lo destaca el Dr. Fernández Madrid, en el plenario invocado por el recurrente, integrando la postura minoritaria a la que se S.an la Dra. Ferreirós y los Dres. Balestrini, Rodríguez Brunengo, Stortini y Corach.

Por las razones expuestas propongo el rechazo del agravio.

- *La multa del artículo 1 de la Ley 253233*:

Los renovados argumentos, expuestos al expresar agravios, respecto a la improcedencia de la multa del artículo 1 de la ley, aun superando toda observación formal, no han de tener andamiaje.

El encuadre del caso dentro de las previsiones del articulo 29 de la LCT –no impugnado por el recurrente- habilita la procedencia de la multa de del articulo 1

de la Ley 25323. Ello por cuanto es indiscutible que la demandada no registró al actor como su empleado por el peR.do de la intermediación y por lo tanto la situación queda aprehendida por la norma de marras que dispone que la indemnización por antigüedad se incrementará al doble no solo cuando no esté registrada sino también cuando se trate de una relación laboral deficientemente registrada (*cf*. CNAT, Sala VII, 26/10/2007, en autos "J. W. H. c/ OSDE Organización de Servicios Directos E.rios y otro s/ Despido"; ídem, 23/10/2018 en "R.D., G.E. c/ S.E.A. Servicios E.rios A.s S.A. y otro s/ Despido").

En definitiva, si bien en el caso esa simulación fraudulenta concluyó antes de la rescisión del contrato, el hecho de que la demandada haya aS.ido el carácter de empleadora y que haya reconocido los efectos de la antigüedad ya cumplida no pude sanear el fraude incurrido, en tanto no se registró la verdadera fecha de ingreso del trabajador (*cf*. CNAT Sala VI, 19/10/07 "C., W. c/ Cosméticos Avon SA y otro s/ despido"; ídem, Sala IX, 23/5/07 "P, A. c/ Adecco A. SA y otro s/ despido", en similar sentido Sala X, 29/4/2011, en autos "A, M. C. c/ H. P. A. S.R.L. y otro s/ despido").

Con base en estas razones, que aduno a las dadas por el colega preopinante, es que propicio el rechazo del agravio.

- *La multa del artículo 80 LCT*:

La procedencia de la multa del artículo 80 LCT es indubitable dado que la demandada, debidamente intimada por el trabajador a cumplir con las obligaciones que la norma citada pone a su cargo, no demostró la entrega del certificado de trabajo; la mera alegación de la puesta a disposición es irrelevante en tal orden de ideas.

Por lo tanto, verificado en el caso el incumplimiento de la mentada obligación, conforme detalle de las constancias de la causa efectuada por quien me precede en la obligación, corresponde el rechazo del agravio en lo sustancial, es decir en cuanto pretende la revocación de la condena a pagar la multa que nos ocupa.

Ahora bien, distinta solución he de propugnar respecto a la condena a entregar la constancia documentada de aportes y contribuciones.

Es que, como he sostenido en anteriores pronunciamientos, tal manda comporta un exceso de rigor formal. En efecto, obra a fs. 420/429 el detalle de la situación previsional del trabajador que da cuenta del ingreso de todos y cada uno de los aportes de la seguridad social y de los aportes a la obra social. Así las cosas la finalidad tuitiva de la norma respecto al debido contralor que debe ejercerse sobre la totalidad del tiempo de la relación laboral, está cumplida.

En este contexto, carece de sentido alguno obligar a la empleadora a cumplir con la entrega de la constancia documentada de aportes y contribuciones y, por lo tanto, propicio el rechazo del agravio.

- *La multa del artículo 2 de la Ley 25323*:

La decisión que propugnamos en orden a las diferencias indemnizatorias en función de la aplicación de los topes de la ley se proyecta indudablemente en el tópico bajo tratamiento. Es que, la solución que en definitiva consagra el Superior Tribunal de Justicia demuestra que la conducta de la empleadora se ajustó a las previsiones normativas vigentes al momento del distracto. Y aun cuando existieron otras diferencias indemnizatorias originadas por otros rubros, tampoco

alanzan para la aplicación de la multa del artículo 2 de la Ley 25323.

Ello por cuanto, como he señalado en anteriores pronunciamientos, la omisión del empleador aparece como objetivamente razonable atendiendo al modo en que fueron resueltos los planteos (*cf*. Sentencia Definitiva n° 75/06 y 13/2013/L).

- *La fecha de cómputo de los intereses*:

Los argumentos de la recurrente respecto al momento del cómputo de los intereses para las diferencias indemnizatorias y salariales generadas por la exclusión de las S.las no remunerativas no pueden prosperar.

La declaración respecto a las normas colectivas reseñadas que fueran objeto del examen de constitucionalidad tiene como lógica consecuencia que se resuelva el caso prescindiendo de ellas; es decir como si no existieran (CSJN, Fallos, 202:184, 264:364) y consecuentemente con efectos retroactivos.

Ergo, si la declaración de inconstitucionalidad implica, en nuestro ordenamiento, una declaración de inaplicabilidad (*cf*. Bianchi, A., B., "Control de constitucionalidad", t. I, 2ª. ed., Bs.As., 2002, p. 343), solo cabe concluir que los intereses son debidos desde que las indemnizaciones resultaron exigibles conforme lo prevé la ley laboral (arts.128 y 255 bis LCT).

Por estas razones propicio el rechazo del agravio.

- *La tasa de interés*:

La revisión de la tasa de interés que la jueza ordenó es inaudible por diversos motivos.

En primer lugar, desde el punto de vista formal, destaco que al promover la demanda se solicitó la aplicación de la tasa activa que mejor refleje el costo

del dinero en plaza -fs. 206vta.-. Esta pretensión no fue observada por la contraria al contestar la demanda. Huelga señalar que la negativa –punto 13 de fs. 249 vta.- es írrita en tal sentido porque no se trata de un hecho de la causa sino de una consecuencia jurídica.

En este contexto procesal el agravio resulta inadmisible en tanto es fruto de una reflexión tardía.

Sin perjuicio de ello, a todo evento señalo que la pretensión es, asimismo, improcedente, ya que la elección dentro del elenco de tasas activas ha sido efectuada en el marco de facultades que le son propias y se ajusta al criterio jurisprudencial vigente en nuestra provincia.

En orden al primer extremo, como ya he precisado la selección de la tasa de ajusta a la trama litigiosa y constituye el ejercicio de una facultad exclusiva de la magistratura.

Luego, el apartamiento de los criterios jurisprudenciales no se verifica. La cita que invoca como precedente de nuestro máximo tribunal no se corresponde con la naturaleza de la relación debatida.

En ese orden de ideas, corresponde recordar –una vez más- que el Superior Tribunal de Justicia ha sostenido: "A partir del 1° de octubre del año 2002 -*in re* "Gómez Lozano" (S.D. n° 6/SCA/02)- se modificó la doctrina legal del cuerpo en materia de intereses no estipulados ni establecidos, y estimó que cuando la parte actora no especifica en el libelo inicial la tasa de interés conforme la cual deberá ser liquidada la acreencia cuyo cobro persigue por ante esta jurisdicción, cabía imponer la más adecuada a las circunstancias económicas, estimándose tal la tasa activa para préstamos personales del B. del Chubut SA.

”En el caso, la naturaleza de la relación -que lo era de empleo público- y en causas de esta naturaleza, la mencionada ha sido ininterrumpidamente aplicada (S.D. N° 4/SCA/11)”. Es decir, nuestro máximo tribunal ha considerado que la tasa más adecuada a las circunstancias económicas del colectivo de trabajadoras y trabajadores de nuestra provincia cuando reclaman sus acreencias es la correspondiente a préstamos personales.

En este contexto la decisión de la magistrada no solo no se aparta del criterio sentado por el tribunal cimero sino que además se ajusta al mismo.

3. Costas y honorarios:

Las costas de esta instancia deben ser impuestas a la demandada vencida en lo sustancial por aplicación del principio general de la derrota.

Los honorarios de esta instancia corresponde sean fijados de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 del mismo ordenamiento. Con base en las previsiones legales citadas es que adhiero a la cuantificación propuesta por el primer votante.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Por las razones dadas, considero que corresponde dictar el pronunciamiento que ha propuesto al acuerdo el Dr. Nahuelanca.

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

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada Pan A. E. LLC S. A.,

fundado a fs. 647/672vta., contra la sentencia de fs. 611/642vta., con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el monto del punto 2 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, el que se establece y condena por la S.a de novecientos treinta mil quinientos veinte pesos con cuarenta y nueve centavos ($930.520,49) y restantes alcances.

3) Revocar parcialmente el punto 3 de la parte resolutiva de la sentencia aludida, en cuando condena a la entrega de la constancia documentada de los aportes y contribuciones a la seguridad social.

4) Confirmar las costas y regulación de los honorarios de la sentencia aludida.

5) Costas de la alzada a la parte demandada.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia a los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y los correspondientes al Dr. I. F. A. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Tener presente la ratificación del caso federal de fs. 672vta.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

INDIANA L. MARINI Secretaria de Cámara