En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y de la señora jueza de Cámara Dra. M. Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"F., D. c/ P. A. E. LLC SUCURSAL ARGENTINA s/ SUMARIO (Cobro de Pesos e Indem. de Ley)", Expte. nro. 101/19**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (Expte. nro. 2409/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 402), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. M. Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 305/322vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Vino a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes a fs. 323 y a fs. 325 contra la Sentencia Definitiva nro. 150/18 obrante a fs. 305/322 y vta. del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción. La jueza de grado hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora

con respecto al carácter de no remunerativo de los rubros percibidos por el actor. Hizo lugar a la demanda y condenó en consecuencia a P. A. E. LLC Sucursal Argentina, a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, al Sr. D. F., la suma de pesos un millón ciento ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y cinco con noventa y nueve centavos ($1.184.145,99) con más los intereses a la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Asimismo, condenó a la demandada a entregar al actor, en el plazo de diez (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, correspondientes, en un todo de acuerdo a lo prescripto en el art. 80 de la LCT y Ley 24576.
Impuso las costas a la demandada vencida.

Agravios de la actora (fs. 327/328 y vta.):

Se agravia la actora en tanto la sentencia no dispone la capitalización de intereses desde la notificación de la demanda.

Luego de transcribir el artículo 770 del Código Civil y comercial señala que es una norma de orden público que impone el modo en que deben calcularse los intereses luego de notificar la demanda y ello debió ser tenido en cuenta por la jueza de grado al dictar la sentencia por cuanto la demanda fue ampliada el 30 de marzo de 2016 y notificada el 1 de junio de 2016, cuando el Código ya tenía plena vigencia.

Postula la aplicación de capitalización al menos cada seis meses desde la notificación de la demanda y se haga lugar al agravio dado que la jueza de grado omitió dar tratamiento al instituto.

Agravios de la demandada (fs. 335/365 y vta.):

Primer agravio. La constitucionalidad de los rubros no remunerativos abonados por la demandada.

En primer término cuestiona que la sentenciante omitiera valorar que no correspondía considerar como base de cálculo los conceptos no remunerativos y sin aportes que pretendía el actor, por cuanto aquellos no asumen la condición de mensuales, normales y habituales que establece el art. 245 LCT conforme lo sostuviera en el escrito de contestación de demanda.

Aduce que vulnera su derecho de defensa que no se diera tratamiento a lo expuesto por tratarse de cuestiones conducentes para la solución del caso.

Considera que al sostenerse que el incremento salarial y adicionales de convenio en cuestión integraban la remuneración normal y habitual del actor, se ha practicado un análisis superficial de la materia debatida, habida cuenta que al trabarse la relación procesal se suministraron contundentes argumentos que, de haber sido atendidos, hubiesen determinado una solución distinta a la que injustamente ha quedado plasmada en autos. Remite los puntos 99 y 102 del escrito de contestación de demanda (fs 115), en cuanto a la invocación de los precedentes "L. J. C. y otros c/ C. N. P. C. S.A.”, 1/8/89, TySS 1989-1086) y "B. R., c/ SOC. COOP. POPULAR LTDA DE COMODORO RIVADAVIA s/

LABORAL" (expte n° 11/2004), señalando que tanto esto último como lo resuelto por la Corte nacional en el precedente referenciado, "bendicen la eficacia de la voluntad colectiva de empleados y empleadores, plasmada en el caso en el convenio de Octubre de 2008".

Afirma que la sentencia no sólo desatiende los precedentes citados, sino que también desconoce en definitiva que la negociación colectiva tiene raigambre constitucional en virtud de lo prescripto en el art. 14 bis de la Constitución nacional, desnaturalizando el efecto *erga omnes* de todo convenio homologado que el propio Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut reivindicó en autos "E., E. y Otros c/ C. W. A. S.A. y/o P. R. C. S.A. s/ Cobro de Haberes e Indem. de Ley" (expte. N° 21.994-E- 2010), número: 009 - Protocolo de Sentencia: Definitiva - Año: 2011). Se explaya en cuanto al tema mediante transcripciones jurisprudenciales.

A su criterio las conclusiones de la Sentencia no pueden ser convalidadas por cuanto con pretendido fundamento en el principio de irrenunciabilidad se termina resolviendo en forma contraria a derecho, ya que en estricta verdad lo pactos colectivos de trabajo se aplican a todos (empleadores y trabajadores), incluso a los disidentes, y se termina evadiendo el efecto "erga omnes" propio de aquellos en lugar de resolverse que correspondía que el actor —disciplinadamente-, transitara el camino común y legal de observancia a lo que su asociación profesional de trabajadores pactó en

su nombre, en pleno y legítimo ejercicio de su propia representación que el legislador le confirió.

Solicita que se enmiende la omisión jurisdiccional en tanto no se analizó la cuestión admitiendo este agravio, declarando en consecuencia que los conceptos en cuestión no resultan remunerativos y de deje sin efecto las pretendidas diferencias indemnizatorias admitidas.

Segundo agravio. La vulneración al principio de seguridad jurídica.

Afirma la recurrente que la sentencia de autos hace tabla rasa con la voluntad de las partes y la homologación estatal de aquella, vulnerando el principio de seguridad jurídica.

Cita el precedente "UNIÓN OBRERA METALÚRGICA c. ESTADO NACIONAL -MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL", con fecha 03/04/1996 (LA LEY 1996-B, 350 - DT 1996-A, 1211 - LA LEY 1996-D, 252, Fallos:319:371, cita *on line* AR/JUR/2165/1996), en cuanto a las vías de impugnación de un convenio colectivo del trabajo mediante el pertinente recurso administrativo.

Explica que la primera cuestión que se infiere del precedente es que si un acto administrativo no se recurre deviene firme e irrevisable a pedido del interesado debido a la caducidad operada.

Sostiene que la sentencia se aparta de la pacífica jurisprudencia nacional que no ha aceptado cuestionamientos a acuerdos colectivos negociados y firmados en el marco de la Ley 14250, respecto de los cuales se hubiera dictado la resolución homologatoria

correspondiente por parte de la autoridad administrativa, si este acto administrativo no fue objetado en tiempo y forma. Transcribe jurisprudencia en cuanto al punto.

Afirma que el fallo, en nombre de los convenios de la OIT parece estar legitimado para dejar sin efecto acuerdos concertados en el marco de la Ley 14250 debidamente homologados, soslayándose que también juegan en el caso otros principios de raigambre constitucional como lo son los emergentes de la preclusión y cosa juzgada.

Discrepa con la interpretación, del Convenio OIT 95 brindando la propia, concluyendo que otorga menos protección que la legislación nacional y principalmente que aquel no prohíbe las sumas no remunerativas. A partir de tal premisa sostiene que mal pudo pretender la señora jueza *a quo* fundar su decisorio en esa norma, correspondiendo a su criterio que se enmiende el desacierto jurisdiccional incurrido.

Tercer agravio. La condición no remuneratoria de las viandas.

Puntualmente se agravia de la naturaleza remuneratoria otorgada a la vianda, en tanto sostiene que en definitiva se tergiversa la única y exclusiva causa que determinó el concepto, que es satisfacer la necesidad alimentaria del trabajador petrolero, y que debido al lugar de desempeño de tareas —yacimientos petrolíferos- hace mayoritariamente imposible su entrega en especie, justificando en tal circunstancia

que se haya previsto la posibilidad de sustituirla mediante la entrega de determinada suma no remunerativa.

Argumenta que las "viandas" no solo no resultan ser compensatorias de la puesta a disposición del trabajo personal, sino que además tiene carácter no remunerativo porque así lo han dispuesto los sucesivos acuerdos colectivos, debidamente homologados.

Señala que el art. 106 LCT expresamente autoriza a los convenios colectivos a dar carácter no remunerativo a los viáticos.

Dice que las viandas constituyen una obligación alimentaria de las empresas, que para el supuesto de no poder cumplirla se sustituye con la entrega de una suma de dinero, que atento a la específica y especial circunstancia justifica la naturaleza jurídica asignada por las partes signatarias de la convención colectiva de trabajo con respaldo además en lo consagrado en el art. 106 LCT.

Sostiene con base en ello que resulta absurda y contrario al principio de la primacía de la realidad todo intento de pretender que la vianda ha sido concebida como medio de mejoramiento de la contraprestación al asalariado de naturaleza remunerativa.

Dice que si a quien desarrolla las actividades en el campo, como era el caso del actor, se les otorga el concepto en cuestión, este tiene por finalidad propiciarle la posibilidad de que lejos de su casa puedan satisfacer sus necesidades alimenticias básicas.

Hace alusión a la denominada teoría de la penetración, que supone la aplicación del principio de la realidad económica a los fines de establecer lo entrañablemente fáctico y su relación con la materia imponible, sosteniendo que la causa que justifica la provisión de la vianda o su sustitución en dinero es absolutamente ajena a la noción de salario, y de allí que resulta manifiestamente improcedente la conclusión de la sentencia de considerarlas en la base de cálculo de las indemnizaciones reclamadas, solicitando por ende se revoque el pronunciamiento también en este punto.

A lo dicho agrega que el fallo transgrede además la Ley 26176 que determina que las viandas están exentas del impuesto a las ganancias, reconociéndose así por ley el carácter no remunerativo de las mismas, lo que impone a su criterio la revisión también en este punto de lo injustamente decidido.

Cuarto agravio. La indemnización por antigüedad se calculó sin tope.

Le genera agravio que la señora jueza *a quo* calcula las diferencias en la indemnización por antigüedad adicionando el SAC y, sin aplicar ningún tope ni el criterio jurisprudencial de "VIZZOTI".

Sostiene que calcular la indemnización por antigüedad sin tope, por encuadrarse el actor en el convenio colectivo de jerárquicos, viola lo dispuesto en el art. 245 LCT.

Cita el precedente "BOUILLIN" que en aplicación de la doctrina sentada en "VIZZOTI" dispuso que el

empleador se libera del pago de la indemnización por despido abonando el 67% de la mejor remuneración.

Sostuvo que este es el criterio que esta alzada siguió en, por ejemplo, el precedente "ALZAGA, JUSTO ERNESTO c/ PRIDE I. SRL S/ DEMANDA LABORAL (Indemnizaciones de ley)" (expte. n° 4829/2008), al dictar la Sentencia Definitiva 28/13, y la CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. SALA VII en autos "Scherer, Rodolfo C. v. Total Austral S.A.", 30/5/2012" (cita Online: AP/JUR/1620/2012).

A su criterio lo decidido importa avanzar indebidamente sobre un "acto institucional", excediéndose ilegalmente en las facultades de los jueces. Afirma además que la sentencia encierra un clarísimo acto discriminatorio, porque coloca en una situación preferencial al actor respecto de cualquier otro trabajador -se encuentre o no comprendido en un Convenio Colectivo de Trabajo-, toda vez que respecto de todos ellos la aplicación de un tope es indiscutible, mientras que para el accionante no lo es a criterio de la señora jueza *a quo*.

Alude a la interpretación finalista del aludido artículo 245 LCT que determina que siempre que exista un convenio colectivo de trabajo que le sea aplicable a un trabajador, a este le es oponible y aplicable el sistema de topes convencionales en materia de indemnizaciones por despido, caso contrario no se explicaría el tercer párrafo de la norma que resuelve los casos de los trabajadores excluidos de un convenio, siendo la solución legal que el tope a emplearse en esos

supuestos será el correspondiente al convenio aplicable al "establecimiento", y si fueran más de uno, resultaría aplicable el más favorable.

Señala que el más alto tribunal nacional como intérprete última de la Constitución y de las leyes nos recuerda dos básicos postulados referidos al art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo: I) La existencia de un inequívoco propósito del legislador" de establecer un límite a las indemnizaciones por despido, recurriendo para ello a los "topes"; II) La falta de fijación de los "topes" "no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye razón válida para determinar el crédito de la actora con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión", haciendo alusión a los fallos “Mercado C/ Frigorífico La Imperial SA”, “Vergara c Mediconex SA”, “Genova c Televisión. Luego de transcribir jurisprudencia nacional en el mismo sentido concluye que, la lectura de esos pronunciamientos demuestra que es una constante en todos, incluidos "LANFRANCHI", "ZEN" y "BENÍTEZ QUIROGA", la remisión a lo resuelto por la Corte Nacional en "GÉNOVA", confirmándose así que el planteo de la demanda resulta improcedente, y así debe V.S. determinarlo.

Quinto agravio. planteo subsidiario. La aprobación mecánica de la liquidación de la demanda.

Subsidiariamente señala que la magistrada de grado al remitirse mecánicamente a la liquidación de fs. 96vta. convalida los errores que fueran indicados en la

contestación de demanda (fs. 123/126), lo que le constituye innegable agravio.

Señala que al utilizar la remuneración de octubre 2012 para el cálculo de la indemnización por antigüedad, se contemplan rubros que no asumen la condición de mensuales, normales y habituales como lo exige el art. 245 LCT, tal como se sostuvo al contestarse la demanda (fs. 123/125vta).

Dice que el recibo obrante a fs. 17/18 correspondiente al mes de octubre/12 permite apreciar que allí, por ejemplo, se abonó el rubro "suplemento adicional asistencia perfecta", que sabido es surge del art. 22 del CCT 611/10, de donde se desprende que se trata de un concepto trimestral y no mensual, conforme puede corroborarse en el CCT obrante a fs. 225, y esa simple circunstancia habilitan su exclusión de la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Indica también que en ese periodo se abonó el concepto Aj. var s/ sueldo por $2.403,00, Aj. Res. ST 1478/12 por $9.618,00 y Aj. art. 1 inc. b res. 1122/09 por $396,21, rubros que en los recibos obrantes a fs. 8/37 fueron abonados en esa sola oportunidad, de manera tal que no cumplen con la exigencia legal de "habitualidad", lo que impone el deber de excluirlos de la base de cálculo del art. 245 LCT, al igual que del resto de los rubros (preaviso omitido e integración mes de despido).

Dice que idéntica conclusión corresponde sostener respecto al rubro aj. hs. viaje y vian/ay.alim que figura en el recibo de fs. 19, por un monto de $1979,50,

porque durante el último año de la relación laboral solo fue percibido en dos oportunidades, el mes en cuestión, octubre/12 y enero del mismo año cuando percibió $577,00 (fs. 36), no reuniendo así la condición de habitualidad que exige el art. 245 LCT toda vez que para que aquella surja es necesario que se devenguen en forma reiterada e persistente, lo que no acontece en estos casos.

Argumenta que se trata en estricto derecho de rubros excepcionales abonados solo una y dos veces durante el último año, extremo que fue advertido al contestar la demanda.

Dice que de igual manera la liquidación en cuestión incorpora a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad el bono abonado al actor en enero de 2013, a pesar de reconocerse expresamente en la demanda que se trata de un concepto anual y no mensual (fs. 96 "... en el que la demandada pagó el bono anual ..."), no satisfaciendo así la básica exigencia del art. 245 LCT En función de todo ello, solicita se admita el agravio, utilizando el criterio de "VIZZOTI", o en su defecto, excluyendo de la base de cálculo a los conceptos aludidos.

En relación a la indemnización por omisión de preaviso, sostiene que en forma contraria a derecho 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. Expresa que no existe norma alguna que establezca que dicha indemnización es igual a la mejor remuneración del

período, y en especial el art. 232 LCT no respalda en absoluto la pretensión de los actores que así lo pretendieron hacer.

Argumenta que lo que se intenta indemnizar al trabajador es la falta de aviso en tiempo oportuno de la rescisión unilateral del contrato y por ende posicionar al trabajador en la misma situación en que estaría de haber continuado trabajando.

Considera a tales fines que el modo más equitativo de estimar lo que hubiese percibido el trabajador durante el preaviso es el principio de normalidad próxima, metodología que la jurisprudencia respalda monolíticamente. Transcribe jurisprudencia.

Le resulta conforme lo expuesto manifiestamente improcedente lo resuelto en primera instancia de hacer lugar a la pretensión del actor de perseguir el cobro de la indemnización por omisión de preaviso en base a lo que consideran la mejor remuneración normal y habitual, sosteniendo que igual criterio corresponde aplicar respecto a la integración mes de despido.

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

Se agravia a continuación por la inclusión del SAC en el entendimiento que no es un haber mensual, y de allí que considera que su inclusión importa apartarse arbitrariamente de la norma prevista en el art. 245.

Refiere que el hecho que el SAC se devengue diariamente deja en evidencia que no se trata de un haber mensual, que es el requisito previsto por el legislador para calcular la indemnización por antigüedad. Si algo es diario nunca puede ser al mismo tiempo mensual, bajo pena de incurrir en insalvable contradicción lógica, como en definitiva aconteció con el fallo de autos.

Dice que la conclusión de la sentencia se encuentra desautorizada por la doctrina plenaria que ha decidido que "No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la parte proporcional del sueldo anual complementario" (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en pleno, "TULOSAI, A. Pascual c. BANCO CENTRAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA", 19/11/2009, LA LEY 2010-A, 108, DT 2009 (diciembre), 381, IMP 2010-1, 58, AR/J1JR/43858/2009). En el mismo sentido trae a colación jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones de Trelew-Sala A.

Séptimo agravio. La condena de la multa del art. 80 LCT.

Cuestiona la condena sosteniendo que, con relación a las remuneraciones, no es cierto que la documentación no contiene el detalle de las percibidas, por cuanto surge de la certificación de servicios y remuneraciones obrante a fs. 42/49 que allí se consignaron todas las remuneraciones percibidas por el actor durante el

período trabajado, quedando satisfecho de ese modo el recaudo legal establecido en el art. 80 LCT.

En cuanto a la calificación profesional -dice- tampoco asiste razón a la señora jueza *a quo* por cuanto la consignada en la documental obrante a fs. 49 "administrativo A — Categoría H-Personal de áreas de producción de petróleo y gas en continente y costa afuera" como el puesto desempeñado "técnico en ciencias físicas y químicas y en ingeniería" coincide plenamente con la indicada en el escrito de demanda.

A lo dicho aduna que la propia sentencia no precisa tampoco una calificación profesional del actor distinta de la consignada, como hubiese correspondido en una decisión ajustada a derecho, limitándose por el contrario a afirmaciones genéricas e imprecisas que no constituyen una derivación razonada del derecho vigente al decir de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Manifiesta que otro desacierto del fallo consiste en considerar que "no obra elemento alguno que acredite la entrega de un instrumento que constituya constancia documentada del ingreso de aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social y sindicales", en tanto a partir de la condena a la entrega de "constancias documentadas" se incurre en una interpretación ritual del art. 80 LCT que ha sido ya descalificada por el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut en el precedente "L. R.".

Dice que la condena es ritualista y se aparta de la doctrina legal imperante en la provincia en la

materia por cuanto obra a fs. 171/190 la respuesta de la AFIP que acompañó las constancias de todos los ingresos efectuados respecto del actor, lo que equivale a sostener que absolutamente ninguna "constancia" debe al accionante. Expone que es el criterio seguido por la Sala A de V.E por ejemplo en los autos "P. P., José J. c/ WEATHERFORD I. DE ARGENTINA SA s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de hab. e indem.)" (Expte. n° 437/12), en donde se ha revocado la condena que ordena la entrega de las constancias de ingreso de los aportes y contribuciones, cuando como aquí acontece, las constancias de la causa acreditan debidamente su existencia. En el mismo sentido cita el precedente de la Sala B autos "PARRA, Gustavo Américo c/ LUFKIN ARGENTINA SA s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de hab. e indem.)" (expte. n° 393/13), Sentencia Definitiva registrada bajo el N° 63/2013 de fecha 13/09/13.

Arguye que quedó acreditado en la causa que el certificado de trabajo fue entregado en tiempo y forma por lo que cabe concluir que la señora jueza *a quo* admitió la pretensión de la actora sin estar a las constancias de la causa que dan cuenta del cumplimiento de sus obligaciones laborales derivadas de la extinción del vínculo laboral.

Afirma que se resolvió en forma desarreglada a derecho y soslayando las constancias del expediente, lo que constituye nuevo agravio a los intereses de mi representada.

Fundamenta que el texto de la norma en cuestión es sumamente claro en el sentido que la única conducta del

empleador que se sanciona es la de no hacer entrega de la constancia o del certificado previsto en el mismo artículo, circunstancia que no es el caso de autos, ya que se cumplimentó aquella en tiempo y forma y ello se desprende de las propias constancias del expediente que la señora jueza *a quo* a la hora de resolver no valoró en debida forma.

Señala que desde el momento mismo que la norma del art. 80 LCT no sanciona la entrega defectuosa o imperfecta de los certificados, sino únicamente la omisión de entregarlos, la sentencia en crisis al apartarse de ello resulta desarreglada a derecho porque vulnera lo establecido en la norma citada.

Achaca a la jueza de la instancia de grado una errada interpretación de la norma intentando encontrar algún fundamento para admitir la multa, aduciendo que en definitiva lo que está haciendo es desvirtuarla, ya que traslada la sanción allí establecida a un supuesto totalmente extraño a la misma aduciendo pretendidos errores o defectos que en modo alguno son ciertos, lo que demuestra que se trata de un decisorio carente de fundamento jurídico que debe ser revocado.

Refiere al criterio restrictivo que debe asumirse en cuanto a la aplicación de cualquier tipo de sanción el cual entiende violentado.

Transcribe el voto del Dr. Hayes en los autos "D. M., O. D. c/ A. G. SRL s/ SUMARIO - Cobro de pesos e Indem. de ley", expte. n° 607/13, cuyo criterio entiende resulta de aplicación al caso en tanto a su entender no pudo válidamente condenar la sentenciante a abonar tan

cuantiosa multa por tan insignificantes "falencias" descriptas en el fallo, que en estricta verdad no son ciertas.

Alude a la finalidad de prevención de la evasión fiscal de la ley reiterando que todos los aportes fueron realizados.

Advierte que se está persiguiendo un indebido lucro que en autos mediante la pretensión en cuestión, y que pese a todo lo señalado fue arbitrariamente admitida.

Encuentra el abuso de derecho evidenciado, en tanto las constancias de la causa demuestran que no existe trasgresión a la finalidad perseguida por el art. 80 LCT, toda vez que los aportes del actor fueron realizados.

A su juicio la condena a abonar la multa del art. 80 LCT (que la parte actora estipuló provisoriamente en $208.706,73) debe ser revocada en virtud de que la documentación laboral fue entregada en tiempo y forma; no existe evasión fiscal de parte de PAE, 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; no se cumplen los recaudos legales para la procedencia de la multa: falta de entrega una vez efectuada la intimación.

Octavo agravio. La condena por aplicación de la Ley 25323.

Achaca una desvirtuación de la norma en la que la sentencia funda la condena.

Dice que el incremento de las indemnizaciones tiene en la Ley de Contrato de Trabajo, mecanismos prestablecidos, como lo es, por ejemplo, el art. 245 de la misma, lo que equivale a sostener que asistimos a una indebida aplicación del art. 2 de la Ley 25323 que deberá ser declarada al admitirse este agravio.

Se remite al primer agravio concretado en este memorial, en referencia a que, según los argumentos dados, ninguna suma de dinero se adeuda a la parte actora en concepto de multa art. 2 Ley 25323.

Explica que en este caso el incremento establecido por la Ley 25323 perdería la finalidad tenida en miras por el legislador (evitar los abusos por parte de los empleadores en la falta de pago de las indemnizaciones legales o en la disposición de despido fraudulentos) para convertirse en una herramienta de cuasi extorsión por parte de los trabajadores, elevando sus liquidaciones de forma arbitraria y cayendo en una claro caso de abuso de derecho en los términos del artículo 10 del Código Civil y Comercial Argentino.

Sostiene que tampoco debe perderse de vista, como lo ha hecho la sentencia, que existen ciertos "atenuantes" que demuestran la improcedencia de la indemnización agravada y que justamente demuestran la intencionalidad.

Cita el criterio expuesto en el precedente "V. C. A. c/ A. S.A. s/ SUMARIO-COBRO DE PESOS E INDEMNIZACIONES DE LEY", Expte. n° 86/2010, que tramitara ante el Juzgado Laboral N° 2 de esta ciudad y ante la Sala B de esta Excma. Cámara de Apelaciones, se

efectuaron muy lúcidas consideraciones al momento de desestimar la pretensión del actor referida a la indemnización consagrada en la norma mencionada.

Noveno agravio. Los intereses sobre las sumas declaradas como remunerativas.

Cuestiona el recurrente que la sentenciante se apartara del correcto criterio que plasmara el Juzgado Laboral N° 2 en la sentencia definitiva recaída el 11/09/2017 en la causa "C. M. A. c/ T. V. D. A. SA s/ SUMARIO - COBRO DE PESOS E INDEM. DE LEY" (expte. n° 25/2013), donde con relación a las sumas que declara como remunerativas impone que los intereses recién corren desde que la declaración de inconstitucionalidad que efectúa quede firme.

Dice que la acertada postura entonces observada encuentra respaldo en el hecho que la declaración de inconstitucionalidad no solo rige para cada caso en concreto, sino que además no tiene efectos retroactivos y rige en consecuencia solo 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.

Luego de transcribir jurisprudencia al respecto, concluye que la aplicación retroactiva de criterios jurisprudenciales surgidos de fallos posteriores, encuentra resistencia en la propia jurisprudencia de nuestro más alto tribunal, y asimismo en pacífica jurisprudencia de nuestros tribunales. Hace alusión al fallo "ANADÓN".

En forma subsidiaria postula la aplicación del criterio impuesto en autos "S. c W. I. Argentina SA s/ cobro de pesos", expte N° 625/2017, SD 06/2018, Sala A.

Décimo agravio: La tasa de interés.

Se agravia, por último, de la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut S.A. que se condena en autos, en tanto contraría la que tiene establecida la Corte Suprema de la Nación Argentina y también el Superior Tribunal de Justicia.

Denuncia que la tasa de interés utilizada en el fallo no concuerda con la que emana de los precedentes del más alto tribunal nacional y provincial, transgrediéndose de esa forma la doctrina legal derivada de este último, y legitimando la revisión que por este medio se peticiona para que sea aquella fielmente observada.

Ratifica reserva del caso federal.

Contestación de agravios la actora;

En respuesta al primer agravio sostiene que los precedentes citados por la contraria, cuya falta de atención achaca a la jueza de grado, han sido dejados de lado por la Corte desde el año 2004.

Expresa que la pretensión de colocar los convenios colectivos fuera del control judicial y con una naturaleza casi inexpugnable omite considerar que las normas de derecho colectivo también están sujetas al control de constitucionalidad que los jueces están obligados a realizar.

Transcribe jurisprudencia en el sentido contrario a lo sostenido por la demandada recurrente.

En relación a la vulneración al principio de la seguridad jurídica sostiene que el precedente "Unión Metalúrgica" en el que la demandada basa su criterio no se encuentra vigente, y que el cimero tribunal en su plenitud ratifica la legitimación activa de los trabajadores y la competencia y jurisdicción de los tribunales para interpretar y verificar el ajuste de legalidad y constitucionalidad de los convenios colectivos de trabajo y acuerdos paritarios.

Respecto a la condición no remuneratoria de las viandas sostiene que surge de los recibos de haberes que el actor percibía en forma normal y habitual una cantidad importante de adicionales como no remunerativos, los cuales constituían una parte de su ganancia de libre disponibilidad producto de su trabajo personal y esa ganancia dineraria conforme lo establece el art. 103 LCT y en especial el art. 1 del Convenio 95 de la OIT era parte de su salario.

Califica de falsa la afirmación de la demandada en cuanto a que la sentencia transgrede la Ley 26176, pues dicha ley excluye como exención objetiva del impuesto a las ganancias algunos conceptos de la retribución del CCT petrolero entre ellas las viandas.

En cuanto a la queja por la falta de aplicación del tope al cálculo de la indemnización por antigüedad aclara que el precedente "Bouillin", del cual la contraria extrae partes y las transcribe no resulta de aplicación en tanto la plataforma fáctica era diferente, tratándose en el caso citado de un trabajador no incluido en CCT que revestía la calidad de directivo

importante de la empresa. Sostiene que el fallo en los presentes autos fue dictado conforme los precedentes jurisprudenciales nacionales y provinciales en la materia y a la letra del art. 245. Transcribe jurisprudencia.

En respuesta al quinto agravio sostiene que la demandada en el libelo de responde de la demanda no dedicó ni un capítulo o expresión en relación con la liquidación practicada ni sobre su método de cálculo, el cual por otra parte es la resultante de documentación indubitada de las partes.

Al planteo subsidiario responde que lo expuesto constituye una extemporánea defensa de la accionada sobre la que no existió ninguna actividad probatoria.

En relación a la queja por la incorporación del SAC a la base de cálculo para la indemnización por antigüedad dice que existe jurisprudencia superadora del fallo "Tulosai" que fue atacado por sus irregularidades, la cual transcribe.

En contestación al agravio octavo expresa que el formulario de AFIP 984 acompañado por la actora y la demandada incluye al actor en el convenio colectivo n° 396/04 que es el de los trabajadores petroleros de base a la categoría administrativa A categoría H y nada tiene que ver con el convenio colectivo de trabajo N° 611/10 que justamente no contiene categorías.

Afirma que asiste razón a la jueza en cuanto a la ausencia de requisitos en el certificado de trabajo y señala las capacitaciones efectuadas por el actor, las

cuales surgen de la documentación acompañada en el responde.

Sostiene la inaplicabilidad del precedente labra Rojas en autos explayándose respecto de las razones.

Responde al cuestionamiento a la condena de la Ley 25323 que no se colige que la demanda entendió que obraba conforme a derecho al pagar una indemnización del orden al 50% de la devengada diciendo que cumplía con la ley o eventualmente en el fallo Vizzoti, cuando en verdad no lo hizo y a sabiendas liquidó una suma muy inferior.

En atención a la pretendida modificación de la fecha de cómputo para los intereses sobre sumas declaradas remunerativas, dice que la demandada pretende que se otorgue carácter constitutivo a la declaración de inconstitucionalidad, lo que constituye un absurdo y derivaría en una decisión injusta y esencialmente arbitraria licuado por los efectos de la inflación.

Por último, se opone a la modificación de la tasa de interés impuesta en tanto es la que viene aplicando pacíficamente esta alzada.

Análisis:

Iniciaré el tratamiento de las cuestiones a decirse por esta alzada por las quejas de la parte demandada, quien se agravia de la decisión de grado en prácticamente la totalidad de lo resuelto.

Por la vinculación jurídica existente entre los temas abordaré conjuntamente, el primer agravio, la constitucionalidad de los rubros no remunerativos; el segundo agravio, la vulneración al principio de seguridad jurídica; tercer agravio, la condición no

remuneratoria de las viandas; cuarto agravio, la indemnización por antigüedad se calculó sin tope; quinto agravio, planteo subsidiario, la aprobación mecánica de la liquidación de la demanda, y sexto agravio, la incorporación del SAC a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Dejaré de lado las apreciaciones peyorativas respecto de la juzgadora de grado y las citas jurisprudenciales que son ajenas al caso y siguiendo al Superior Tribunal de Justicia de la Pcia. del Chubut en autos "S., E. R. y O. c/ Frigorífico S. S.A.", expte.16.009/S/97, que en idéntico sentido sostuvo: "los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones y argumentos. Basta con que se hagan cargo de aquellos que sean conducentes a la decisión del litigio" (ídem autos 12.823-F-90).

Con relación a la constitucionalidad de los rubros salariales no remunerativos, el apelante en su queja hace hincapié en la homologación administrativa.

Este tema ha sido tratado en forma reiterada y constante por este cuerpo que integro (“T., R. c/ S. A. I. Y E. DE LA P. s/ LABORAL”, expte. 377/2011, Sent. Definitiva nro. 03/1/20121; “T. C. c/ S. SA s/ SUMARIO”, expte. 137/2013, Sent. Definitiva nro. 35/2013, “C.,.. c/ S.…”, expte. 41/2017, Sentencia Definitiva nro. 22/1/2017.

En particular, dijo mi entonces colega Dra. Reynoso, en autos “T.…”: “Nada impide en nuestro ordenamiento jurídico la declaración judicial de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la

cláusula de un convenio colectivo de trabajo violatoria de los derechos del trabajador amparados por normas de jerarquía constitucional y supralegal, en el marco de un proceso incoado por aquel contra el empleador. "Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución nacional, art. 75.23; "Vizzoti", cit., p. 3688). Estos principios, debe puntualizarse en la presente causa, son aplicables, *mutatis mutandis*, a la reglamentación derivada del régimen de convenciones colectivas. La Constitución nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva" (*cf*. Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1488. XXXVI, 3/05/07, "Madorrán, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas"). "En la sentencia dictada en "P. c/ D." el Supremo Tribunal Federal afirmó en lo pertinente que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso, el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional.

El carácter normativo de las mencionadas cláusulas (cuya inconstitucionalidad se pide) despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación

constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica.

"Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión solo podría ser opuesta a los mencionados sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien -naturalmente- no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo. Del mismo modo que en el marco de un proceso judicial entre un trabajador y su empleador puede ser aplicada una norma legal más favorable al trabajador que una cláusula convencional (*cf*. arts. 8 y 9, L.C.T. -t.o. y 7, párr. 1, Ley 14250 -t.o. Dec. 1135/2004-), aunque no haya sido cuestionado en sede administrativa y/o judicial el acto administrativo que dispone la homologación, o en su caso, el registro pertinente, con mayor razón puede ser declarada la inconstitucionalidad o inconvencionalidad

de la mencionada cláusula, máxime cuando la misma vulnera normas de jerarquía constitucional o supralegal que consagran derechos irrenunciables".

En la causa "R. c/ S. S.A.", Sentencia Definitiva nº 17.088 del 27/11/2009), se sostuvo: "el convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes" o, en palabras del recordado Justo López, eficacia de "Ley profesional" (a diferencia de la "Ley formal" dictada por el Poder Legislativo). Desde dicha perspectiva, al tratarse de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1° L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), considero que es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando en su aplicación al caso vulnera específicamente derechos o garantías de la ley fundamental y por tanto el órgano judicial está facultado (y obligado) a desplazarla para juzgar la contienda. Repárese, además, en que el control de constitucionalidad está basado en el principio constitucional de "razonabilidad" (lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad) que precisamente rige para los tres poderes del Estado y por ende puede llegar al grado de inconstitucionalidad tanto una norma legal como la proveniente de los sujetos intervinientes en la negociación colectiva que arriban a un convenio homologado por el Ministerio de Trabajo" (voto del Dr. Oscar Zas en autos "G. A. I. c/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios", Cámara Nacional de

Apelaciones del Trabajo, V-may-2011: MJ-JU-M-66285-AR - MJJ66285 - MJJ66285).

Como surge de lo expuesto con cita doctrinaria y jurisprudencial, la cuestión, reitero, no resulta sencilla, no obstante entiendo con quienes lograron mayoría en autos: “Romero, Vicente Soledad y otros c/ La Madrileña S.A. s/ demanda Laboral)”, SD 13/2012, que los acuerdos devienen inconstitucionales.

Por ello y sin que emerja una argumentación que haga variar lo expuesto, en el entendimiento que la declaración de inconstitucionalidad de los acuerdos en cuanto establecen el pago de sumas no remunerativas, sobre el tema, la jueza *a quo*, en el fallo venido en crisis efectuó un detenido y lógico fundamento estructurado en lo esencial, que es el concepto de salario (fs. 308/316), la protección otorgada por la legislación vigente (art. 103 LCT) sin desprenderse de la jerarquía constitucional, y como normas supralegales los tratados internacionales suscriptos y la aplicación en la especie de lo establecido por los artículos 1 y 4 del Convenio 95, con un criterio que comparto, que no deja duda que toda contraprestación sea en dinero o en especie, que perciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración.

Simplemente a modo ilustrativo y habiendo dejado sentado mi criterio de conformidad con lo resuelto, amplío diciendo que el convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes". Desde dicha perspectiva, al tratarse además de una de las fuentes que regulan la

relación laboral individual (art. 1 L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la ley fundamental.

Además de mi criterio escuetamente transcripto, señalo que es coincidente con el sostenido por este cuerpo que integro, y ha sido mayoría, que en reiterados pronunciamientos confirmó similares decisiones de la instancia de grado. Por otra parte corresponde declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros, en cuanto niegan a estos su indudable naturaleza salarial, y vulneran en el caso el derecho constitucional del actor a la protección contra el salario. Resulta inconstitucional por vulnerar el convenio 95 de la OIT, norma de jerarquía supralegal (*cf*. art. 75, inc. 22, párr. 1°, C.N.) Por lo que se confirma el fallo.

Abordando el tema del cálculo de la base indemnizatoria por antigüedad, sostengo que lo que debe tener carácter de normal y habitual son los rubros y no los montos, y que a los fines de calcular la indemnización prevista por el art. 245 LCT deben tomarse los rubros que conformen la mejor (no el promedio) remuneración (solo rubros remunerativos), mensual (devengados mensualmente), normal (no excepcionales) y habitual (que se repiten) (*cf*. Vázquez Vialard, ob. cit., T° III, págs. 431/433). El art. 245 LCT establece

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

En cuanto a la integración del SAC en la base del cálculo para la indemnización por antigüedad, también esta Cámara de Apelaciones de manera constante y de vieja data ha mantenido ese criterio en sentencias definitivas nros. 43/12, 24/15, 17/16, 32/18, 46/18 entre muchos otras obrantes en el archivo de este

tribunal, en que se hizo expresa referencia a la reforma de la L.C.T. por la Ley 25877, que cambió la palabra "percibido" por "devengado". El S.A.C. que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo de pago, y por eso, debe integrar la base de cálculo del artículo 245 de la L.C.T., cuando se produce un despido arbitrario. En consecuencia, un análisis de la nueva redacción de la norma, efectuado a la luz de la interpretación que invariablemente he sostenido sobre la naturaleza jurídica del sueldo anual complementario o "aguinaldo", en cuanto a que este concepto que se percibe en dos períodos anuales taxativamente enunciados por la ley, debe entenderse devengado día a día por el trabajador, me llevan a concluir que corresponde su inclusión en la base salarial a la que alude el art. 245 de la L.C.T., toda vez que, más allá de la periodicidad fijada para su pago o para el momento a partir del cual se tornan exigibles, lo cierto es que, en el marco de diseño legal aplicable, el derecho al mismo se origina diariamente, y de allí que su expresión proporcional debe ser abonada a la extinción del vínculo con imputación al momento de dejar el servicio por cualquier causa (*cf*. art. 122 de la L.C.T.).

No se agota el tema de la mejor remuneración para el cálculo de la base de la mejor remuneración, a fs. 349/374 el quejoso dice que no corresponde el art. 22 de la CCT 611/10, el planteo no prospera conforme dije en Expte. nro. 138/2019 "R.… c/ S. A. s/ SUMARIO", que

fue considerada normal habitual siguiendo los lineamientos expuestos respecto de la inclusión del SAC.

Con relación al premio por presentismo, la doctrina ha dicho que para determinar la MRMNyH "Deberá tomarse a los fines de calcular la indemnización prevista en el artículo 245 de la LCT, las sumas que conformen la mejor (no el promedio) remuneración (solo rubros remunerativos) mensual (devengados o "ganados" mensualmente), normal (significación representativa, ordinaria al caso, no excepcional) y habitual (rubros que se repiten establemente, aunque no necesariamente en todos los ejercicios). A modo ejemplificativo, la jurisprudencia entendió que debían incorporarse a la base indemnizatoria, los siguientes rubros: el "plus por asistencia y puntualidad" y los incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual.

De ello y de la lectura del art. 21 "Las empresas abonarán al trabajador un adicional por presentismo y puntualidad de $…. mensuales, el que se hará efectivo en la liquidación posterior al cierre de cada mes y en la misma oportunidad en que se deba abonar la remuneración mensual.

"Será condición para percibir este adicional que el trabajador haya cumplido su prestación laboral durante todo el mes calendario sin falta alguna, con puntualidad perfecta y con prestación efectiva y diligente de tareas…. Artículo 22°: SUPLEMENTO ADICIONAL POR ASISTENCIA Y PUNTUALIDAD PERFECTA. Las empresas abonarán a los trabajadores un suplemento adicional por-

asistencia y puntualidad perfecta trimestral. Para percibir este adicional el trabajador deberá haber percibido el 100% del adicional de presentismo del Art. 21° en todos los meses que integran el período contemplado para la liquidación del trimestre. De esta manera el trabajador que reúna los requisitos señalados en el párrafo anterior percibirá en el primer período …" (sic).

Concluyo que procede por integrar la base de cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual el premio por presentismo y el consecuente previsto en el art. 22 de dicha convención colectiva, ya que se genera mensualmente, y este último percibe trimestralmente, pero no se altera el concepto dado por la situación fáctica de devengarse mensualmente, por ello está comprendido en lo dispuesto en el art. 245 LCT. Lo que lleva al rechazo del planteo.

Por último, en lo que concierne al monto base de cálculo para liquidar la indemnización por antigüedad, resta el planteo del recurrente que en el recibo de fs. 19 existe un ajuste de $1979,50 que fue percibido solo en dos oportunidades octubre/12 y enero del mismo año en dos veces (fs. 36), que carece de los presupuestos de habitualidad.

A fs. 77vta./78 el actor Ing. F. dijo que el pago y cancelación del aumento del sueldo normal conforme la Resolución ST 1478/2012 se efectuaría en forma fraccionada, amplía demanda (fs. 101) reiterando los conceptos.

Como detalla el accionante al contestar los agravios, la demandada no se opuso en la instancia procesal oportuna, al reclamo, lo que basta para el rechazo del planteo, toda vez que la contestación de la demanda no puede limitarse a una mera negativa de los hechos, ni siquiera cuando hubiere sido realizada en forma pormenorizada y concreta. Es deber de la demandada colaborar en la formación de la 'cuestión litigiosa' y dar una versión propia de los hechos que controvierta el relato de la contraria, trayendo su ausencia como consecuencia la aceptación de los planteos de la accionante.

Sin perjuicio del rechazo, dejo sentada mi postura sobre el punto, que emerge de la lectura de la Res. ST nro. 1478/2012 en la que surge que (haciendo mención del antecedente Res. 12/12) se fijaron valores para los haberes normales y habituales remunerativos. Bajo estos términos, la circunstancia de que el actor Ing. F. haya percibido en dos oportunidades el aumento de salario no enerva el concepto de remuneración normal, y de habitualidad sin que le reste tal carácter la circunstancia de haberse dispuesto el pago fraccionado de dicho aumento en la remuneración, por lo tanto, integra la base del cálculo, rechazo el planteo.

Concluyendo con las quejas, resta expedirme sobre el tope de la base de la indemnización por antigüedad, al que se opuso el actor, y peticiona el demandado. Recientemente en autos "R.… c/S. A. I. SRL s/ SUMARIO", expte. 138/19, tuve oportunidad, de expedirme a la luz de la reciente jurisprudencia del STJ de nuestra

provincia que en Sentencia Definitiva 1/SRE/2019 en autos A., D. S. c/ P. A. E. LLC SUC ARG s/ sumario", Expte. 24.629/17, dejó sentada la necesidad de aplicar un tope a las indemnizaciones por antigüedad, me remito a lo dicho por los Sres. ministros, sin perjuicio de dejar sentado mi criterio.

Tendré presente lo dicho por la jurisprudencia: "Las sentencias de la CSJN solo deciden en los procesos concretos que le son sometidos y no resultan obligatorias para casos análogos, pero los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas. La previsibilidad, coherencia y uniformidad de la jurisprudencia contribuye a la seguridad jurídica, a la vez que efectiviza el principio cardinal de economía procesal" (0.0505051 - "BDP S.A. vs. Martina, Marcelo Oscar s. Ejecutivo - Recurso de casación", TSJ, Córdoba, 18/02/2013, Rubinzal Online, B-30-10, RC J 7895/13).

Me siento obligada a aplicar en el presente caso el criterio de nuestro STJ, A., citado particularmente tratándose de un pleito laboral, que fuera iniciado en el año 2016, o sea que a la fecha luego de tres años de pleito carece de sentencia definitiva firme, cobra particular trascendencia y significación el principio de economía procesal.

Aclaro mi criterio volcado en sentencias definitivas nros. 6/L/15 y 7/1/18. No compartí la aplicación de un convenio colectivo diverso al que correspondía a los trabajadores involucrados, pero sí que ante la ausencia de publicación del tope por parte

de la autoridad administrativa -imposición legal-, o por el fundamento que fuera, la ausencia de esa publicación, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, solo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable. Seguí el criterio que implica el cumplimiento del principio "iura novit curia" la decisión del tribunal aplica lo establecido en el art. 245 de la LCT (ver Ojeda, R. "Jurisprudencia Laboral Nacional y de la SCJ de la Pcia. de Buenos Aires", t. III, págs. 338/339, ed. Rubinzal Culzoni-2014). Parto de la idea que existiendo un convenio colectivo que regía la actividad legal a la base salarial debe aplicarse aun de oficio, dado que su cumplimiento implica la facultad *iura novit curia*, pero dicha facultad no puede extenderse a otra convención que no corresponda cuando como en la especie existió. "Si se conoce o está identificado el CCT de aplicación, la indemnización del art. 245 LCT, debe calcularse limitando de oficio el término salarial de la ecuación resarcitoria" (autor y obra citada, pág. 350).

El principio de congruencia no se ve afectado, toda vez que en el libelo inicial, sin perjuicio oponerse al tope, la accionante subsidiariamente admitió la posibilidad de aplicar el precedente de la CSJN "Vizzoti…"; al contestar demanda la accionada sostuvo que es posible aplicar un tope aunque no hizo referencia especifica, mientras que la sentenciante eliminó el concepto y no impuso tope alguno.

Por estos motivos recepto el agravio en el punto en cuanto a la aplicación del tope sobre la base de cálculo o MRMNH.

Por todo lo expuesto, corresponde aplicar el tope del 33%, o sea la indemnización se reduce al 67%.

Séptimo agravio: la condena de la multa del art. 80 LCT.

El recurrente efectúa citas para sostener su disconformidad, además de calificar a la sentencia de arbitraria por carecer de fundamentación. Surge de las intimaciones cursadas por el actor, en dos oportunidades -presupuesto inicial para la procedencia del rubro- reclamando ante las deficiencias del instrumento entregado, a lo cual la inferior advirtió en el fallo y de lo que nada dice el recurrente.

De la documentación incorporada –reservada bajo el nro. 70/2019 de esta alzada- surge que el certificado de trabajo de fs. 49, no reúne los requisitos exigidos por el art. 80 LCT, lo que se respalda con las constancias de fs. 51 a 72, el planteo del actor a fs. 105vta. Que los argumentos sobre la entrega de la documentación fiscal, no enerva lo decidido. Por lo que rechazo el agravio.

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

En el marco de un conflicto laboral, la Ley 25323 en su breve texto resulta clara en la intencionalidad tuitiva, es evitar al trabajador afectado una mayor espera para el cobro de lo debido, ya que habiéndose quedado sin trabajo (su única fuente de ingresos), debe

recurrir para su mantenimiento y el de su familia a la indemnización, la demora en su pago o insuficiencia dado el carácter alimentario genera un daño mayor y en el caso injustificado. Circunscribe el apelante sus argumentaciones a criterios de esta alzada desde hace aproximadamente 10 años en que la situación era diversa. El criterio de declarar los rubros no remunerativos inconstitucionales, ha sido sostenido de manera constante y reiterada desde época anterior al fallo citado por el apelante, porque los argumentos eximentes de aquella oportunidad, a este momento carecen de aplicación analógica cuando el despido del Sr. D. F. se produjo el 1 de marzo de 2013 y la primera sentencia de ambas declarando la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos fue del año 2007, lo que me lleva a la conclusión de que a la fecha del distracto la jurisprudencia local ya debía haber sido conocida y el argumento eximente invocado resulta inconducente. Por otra parte litigó fundadamente reclamando entre otros rubros el certificado de trabajo. Por ello rechazo el agravio.

Noveno agravio: los intereses sobre las sumas declaradas remunerativas.

En cuanto del plazo que comienzan a computarse los intereses, en el caso “Cuevas” que es mencionado por la demandada recurrente, los criterios del mismo fueron revocados por sentencia Definitiva nro. 52/17 y consecuentemente se expidió esta Sala en sentencias nros. 3/16, 5/18 y 10/18 que comienzan a correr a partir de que cada suma es debida. Si bien no resulta necesaria

la reiteración de los argumentos de dichas sentencias definitivas firmes, a los fines de dar un argumento final a la cuestión, señalo que se alineó la postura con el criterio de la CSJN que sostuvo que la inconstitucionalidad implica en el derecho argentino la no aplicación de la norma en el caso concreto, es una declaración de no aplicabilidad, por ello los cálculos no proceden a partir de esa declaración de inconstitucionalidad porque se trata de una de una norma que nunca existió en el mundo jurídico. Y dado que se trata de diferencias salariales el interés debe correr desde que cada suma es debida por el empleador (en el caso, el demandado).

No hago lugar al agravio.

A título ilustrativo, he de exponer lo dicho por el STJ de nuestra provincia, en Sentencia Definitiva nro. 41/2019, que la cita de un camarista en disidencia no resulta suficiente para sostener un agravio ni refleja el criterio del tribunal.

Resta decidir sobre la apelación de la actora y la demandada sobre la tasa de interés, dispuesta por la jueza *a quo* quien dispuso la activa para préstamos personales del Banco del Chubut SA.

La parte actora apeló la sentencia invocando lo que entiende es de orden público, la aplicación del art. 770 inc.b) del CCyC que dispone la capitalización de intereses y la empresa demandada cuestiona los impuestos por excesivos.

Con fundamento en pacifica doctrina y jurisprudencia, se ha dicho que el tribunal de alzada

no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia porque el principio de congruencia que limitó la sentencia en aquella, limitará del mismo modo la de esta instancia. Aunque este principio reconoce algunas excepciones, por ejemplo hechos nuevos, la regla general que consagra la norma aludida es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, la cual no configura un nuevo juicio en el que, como tal, sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a que fueron objeto de debate en la instancia precedente. Por lo tanto el tribunal de alzada solo puede emitir pronunciamiento con respecto a aquellas cuestiones involucradas en la pretensión del actor y en la oposición del demandado" (LLC 1997-1061 cita Sent. Def. 50/2002, Sala A de esta Cámara de Apelaciones).

Por lo cual considero que atento a las constancias de autos fs.5vta. se peticionó el monto con la aplicación de la tasa activa del Banco Nación Argentina para operaciones de descuentos, que al contestar demanda a fs. 115/145 nada dijo respecto de la tasa peticionada.

"La Corte nacional ha otorgado "carácter constitucional al principio de congruencia, en lo que hace a los límites de la jurisdicción de las cámaras dado por el alcance de los recursos concedidos (CSJN LL1995-B-316). "Los tribunales de apelación no pueden fallar sobre punto o capítulos no propuestos a decisión del juez de primera instancia" (SCJBA), cita Fenochietto, C. "Cód. Proc…", t.2, Astrea).

Acordar un interés diverso al peticionado y fallar como hizo la jueza *a quo* implica una transgresión al derecho de defensa garantizado constitucionalmente, por ello y toda vez que el actor peticionó a fs. 5/vta. se aplique la tasa activa nominal anual para préstamos libre destino y/o la de descuento del Banco Nación Argentina y tratándose de un pleito laboral estimo que corresponde al capital de condena aplicar la tasa activa para préstamos personales del Banco de la Nación Argentina.

Por lo cual rechazo el agravio de la actora por entender que los intereses de la forma que pretende en el agravio no fueron planteados oportunamente, y recepto la queja de la demandada.

Sintetizando a modo de conclusión digo: hago lugar a los agravios de la demandada exclusivamente en cuanto a la aplicación al caso del precedente de la CSJN "Vizzoti…" y la tasa de interés que dispongo para el capital en condena se aplique la tasa activa para préstamos personales del Banco de la Nación Argentina.

Respecto de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), se descontara el 33% aplicando el tope, conforme lo decidido y tomando como base la mejor remuneración que es la correspondiente al mes de octubre de 2012 (fs. 82), como fuera solicitado a fs. 10/12/13, fs. 17/18.

Cumpliendo con lo preceptuado por el art. 282 del ritual, dispongo las costas de ambas instancias sean a cargo de la demandada toda vez que el éxito parcial obtenido ha sido respecto del criterio seguido por el

tribunal y se reduce a una cuestión aritmética respecto de los demás rubros reclamados por el accionante que progresaron.

Honorarios de los profesionales actuantes en primera instancia: Dres. J. H. P., J. M. P. y E. J. M. se regulan en el 21% del monto de la sentencia; Dra. M. A. F. A., Dres. I. F. de las C. y Dr. F. F. A. se regulan en el 17% del monto del juicio

Para la labor en segunda instancia regulo para los Dres. J. H. P., J. M. P. y E. J. M. el 25% de lo regulado en primera instancia y para el Dr. I. F. de las C. el 25%, también de lo regulado en la instancia de grado.

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

Propongo para el acuerdo:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y receptar parcialmente los agravios de la demandada. Modificar la sentencia venida en crisis, aplicando el tope del 33% a la indemnización de antigüedad, y la tasa activa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales.

2) Costas de ambas instancias a la demandada, conforme considerandos respectivos.

3) Regulo los honorarios de los profesionales actuantes en ambas instancias conforme el considerando pertinente.

A la primera cuestión el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 323, agravios fs.

327/328) y la parte demandada (fs. 325, agravios fs. 335/365). Corrido los traslados de ley, fueron contestados por las partes (fs. 332/334 y fs. 367/380).
I. Antecedentes:

En acotada síntesis, y en lo que aquí interesa, diré que el actor Sr. D. F. promovió formal demanda laboral contra la firma P. A. E. LLC Suc. ARG., tendiente a que sea ésta condenada a abonar los siguientes créditos de naturaleza laboral: integración del mes de despido con más la inclusión del sueldo anual complementario proporcional, diferencia no pagada en relación con la indemnización sustitutiva del preaviso con la incidencia del sueldo anual complementario, diferencia devengada y no abonada con relación a la segunda cuota del aguinaldo de 2011 y en el aguinaldo completo correspondiente a 2012, diferencia no pagada en relación con la indemnización por vacaciones no gozadas con la incidencia del sueldo anual complementario proporcional del año 2012, diferencia devengada a favor del actor en el pago de las vacaciones correspondientes a los años 2011 y 2012, diferencia no abonada en relación con el sueldo anual complementario proporcional al egreso y correspondiente a primer semestre de 2012, diferencia no abonada en relación con la indemnización por antigüedad, indemnización del art. 2° de la ley 25.323 e indemnización del art. 80 LCT. Pidió se declare la inconstitucionalidad en relación con los rubros denominados no remunerativos y subsidiariamente de la ley de convertibilidad. Pidió que los intereses se calculen a la tasa de interés nominal

anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina o en su defecto a la tasa activa para operaciones de descuento que rija también en el citado Banco de la Nación Argentina, por el período que va desde que cada uno de los créditos reclamados resultó exigible y hasta que el efectivo pago ocurra. Requirió se condene a la firma demandada a confeccionar y entregar al actor el certificado de trabajo en que conste su categoría profesional y calificación profesional, el total de la remuneraciones devengadas, los aportes y contribuciones realizados a los organismos de seguridad social y sindicales, y los cursos de capacitación realizados, como también un instrumento que constituya constancia documentada del ingreso de los aportes y contribuciones con destino a los organismos de la seguridad social y sindicales, conforme art. 80 LCT. Pidió se establezca en el fallo el plazo de entrega, bajo apercibimiento de fijación de astreintes, estimándolos en $1.000 diarios. Amplió demanda. Practicó liquidación provisoria, en la que discriminó los rubros reclamados y que arrojó un monto de pesos un millón ciento ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y cinco con noventa y nueve ctvs. ($ 1.184.145,99.-). Ofreció prueba. Hizo reserva del caso federal. Todo con costas y costos a la demandada. A su turno, contestó la acción impetrada en su contra esta última. Cumpliendo el imperativo procesal, negó hechos. Desconoció documental. Brindó su versión de los hechos y el derecho. Ofreció su prueba. Reservó el caso federal. Pidió, por fin, se rechace la acción, con costas.

Producida que fue la prueba, pasaron los autos para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora con respecto al carácter no remunerativo de los rubros percibidos por actor. Hizo lugar a la demanda, y en consecuencia, condenó a P. A. E. LLC Suc. Argentina, a abonar al Sr. D. F., en el plazo de diez (10) días de quedar firme la misma, la suma de pesos un millón ciento ochenta y cuatro mil ciento cuarenta y cinco con noventa y nueve centavos ($1.184.145,99), a incrementarse por intereses según considerando respectivo, debiendo tenerse presente en la oportunidad lo dispuesto por el art. 277 LCT. Condenó a la demandada a entregar al actor, en idéntico plazo, el certificado de trabajo y la constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones, correspondientes al mismo, ello de acuerdo a los alcances que en definitiva fueron resueltos en el juicio, en un todo de acuerdo a lo prescripto en el art. 80 de la LCT y ley 24.576. Impuso las costas a la demandada vencida. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios:

Contra el decisorio se alzaron la parte actora y la parte demandada. La primera cuestionó, en único agravio, que no se ordenara en la sentencia la capitalización de los intereses desde la notificación de la demanda. Por su parte, al demandada, en extensa impugnación, tituló sus agravios del siguiente modo: la

constitucionalidad de los rubros no remunerativos abonados por la demandada, la vulneración al principio de seguridad jurídica, la condición no remuneratoria de las viandas, la indemnización por antigüedad se calculó sin tope, la aprobación mecánica de la liquidación de la demanda, la condena de la multa del art. 80 LCT, la condena por aplicación de la Ley 25.323, los intereses sobre las suma declaradas como remunerativas y, por último, la tasa de interés fijada.

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

Ya en la faena, anticipo que atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen la queja de los apelantes, y que es desarrollado en el voto de mi estimada colega preopinante, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo sólo dilatarían la extensión

de mi juzgamiento, atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal.

Bien, aclarado ello y en la solución, destaco que independientemente del modo en que ha sido planteada la queja por parte del demandado apelante – cuyo recurso por una cuestión de método abordaré en primer lugar –, y con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de agravios en el marco de la impugnación formulada, habré de analizar los tres primeros agravios así como el sexto en forma conjunta, lo que se encuentra justificado por la identidad y conexidad que guardan entre sí, y en atención a los principios de celeridad procesal y seguridad jurídica (LS 320- 217; 349-39; 347-193; 347209; 345-154; 347-197 entre otros), ello toda vez que apuntan a la determinación del salario del trabajador.

Pongo de resalto que estas cuestiones han sido objeto ya de sucesivo tratamiento en el marco de anteriores votos (a título de ejemplo "V. G. A. C/ S. S.C.C. s/ Sumario – Cobro de pesos e indemnizaciones de ley" Expte. N° 655/2015, entre varios otros), en los que han sido expresados por parte del letrado actuante idénticos argumentos, por lo que he de reiterar los conceptos que vertiera en aquellos. Entonces, respecto del agravio que apunta a la inclusión del SAC en la indemnización tengo dicho que, en orden con la mencionada incorporación para la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, que no escapa a mi conocimiento que se ha discutido vastamente si es que corresponde o no. En tal contexto, autorizada

doctrina se ha inclinado tanto por la afirmativa como por la negativa, y lo propio ha sucedido con la jurisprudencia. En lo personal, en alguna sentencia he sostenido que no corresponde se compute como mejor remuneración aquella que contiene las vacaciones por ejemplo, que de común se corresponde con los meses normales en que son otorgadas al trabajador. Es más, en esa oportunidad he citado jurisprudencia que al negar su procedencia lo hace también respecto del sueldo anual complementario. La discusión, en claro, no pasa por la normalidad y la habitualidad, sino por el carácter mensual o mensualidad. Hay quienes sostienen que, el hecho de que el SAC no se abone mensualmente, le impide cumplir aquél calificativo, otros entienden que el derecho a su cobro se devenga día a día, un derecho a esa retribución que se genera diariamente, luego constituye un crédito que tiene el trabajador, el que cobrará semestralmente más que no por eso carece del requisito. Estos últimos afirman que el cambio operado por la Ley 25.877, que introdujo en el art. 245 el término "devengado" en lugar de "percibido" se asienta en la respuesta del legislador a la postura doctrinaria y jurisprudencial por la que se venía reconociendo la inclusión del concepto. Al cruce salen los defensores de la corriente opuesta, según los cuales, si el SAC debiera ser tomado en cuenta para el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, en la reforma directamente se hubiera quitado el término "mensual".

Sobre ese piso de marcha, considero ejemplares los conceptos que en apretado resumen me permito

transcribir: “La historia, también en el derecho, posee su importancia; así lo considero, porque luego, como adelanté el legislador reformador de la LCT, explicitó la situación para que no quedaran dudas y reformó la ley. Ello significó, nada más y nada menos, que indicarle a quienes consideraban lo contrario, que estaban interpretando mal el texto legal y que se estaban apartando del principio protectorio, de rango constitucional, porque aplicaban un criterio contrario al *favor operarii*. Algo similar puede ocurrir con este fallo plenario, como advierto que ha ocurrido en otros, en los cuales ante la duda, se olvida que lo que debe privilegiarse es la constitución nacional.

Bueno es recordar que así lo ha interpretado la CSJN, cuando señaló que el trabajador es sujeto de tutela especial. Llama especialmente mi atención, que se ha señalado en ocasiones, que no significa un cambio en la decisión, el reemplazo de la palabra "percibido", por "devengado". Me pregunto yo, si el legislador, cambia el texto legal, para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere “aggiornar” la ley, poniéndola a nivel de lo que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos. Después de todo la LCT es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del limite de la Avenida General Paz.

En ese andarivel, he señalado antes de ahora que cuando la ley hace referencia al tema que nos convoca, la télesis de la misma es brindar no sólo un marco de

legalidad, sino también de equidad, y cierta seguridad al trabajador que resulta, en el despido, víctima de un daño producido por un acto arbitrario, que el legislador presume *iuris et de iure*, y que no quiere tolerar, porque significaría la violación del orden jurídico " in Totum". Ante la negativa de algunos a interpretar la ley de esta manera, el legislador, les dijo: señores no es lo percibido, no es aquello que entró al bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aun cuando todavía no se haya efectivizado el pago. Es, en suma, saber diferenciar la incorporación de un derecho, al patrimonio del trabajador, de la incorporación del objeto de ese derecho que es el dinero. La profesora Cristina Vázquez, suele señalar que en rigor de verdad el trabajador "le fía" su trabajo al empleador, que va, así, convirtiéndose en acreedor continuatorio de un acreedor de una obligación a plazo.

Sabido es, que en las obligaciones a plazo, la prestación es debida desde su nacimiento, aunque se encuentre su exigibilidad suspendida y sujeta a un hecho futuro y cierto. En ese caso, nadie diría que la prestación no está devengada, empero, no está percibida, ni tampoco puede exigirse su pago, hasta el vencimiento del plazo.

El SAC que reviste naturaleza salarial, más allá de que sea una obligación accesoria, debe considerarse devengado en cada unidad de tiempo de pago, y por eso, debe integrar la base de cálculo del artículo 245 de la LCT, cuando se produce un despido arbitrario.” (CNTrab. Sala VII, del excelente voto de la Dra. Estela Milagros

Ferreirós en autos "Maidana J. C. c/ Banco Central de la Republica Argentina s/ diferencias de salarios" Causa 23.684/2006, SD 42874, 19/08/2010).

Afirmo, sin hesitación, que tales conceptos son los que mejor coinciden con mi postura sobre la cuestión, la que asimismo ha venido manteniendo invariablemente la Sala que integro.

Respecto de lo decidido en relación con el acuerdo paritario, también habré de reiterar lo que he sostenido en anteriores fallos, y que evidencia mi postura. Sobre el particular, debe ponderarse que la tutela del salario se haya consagrada en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna (principio protectorio), así como en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a XIV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), el Pacto Internación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 6° y 7°), la Convención I. sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (a 5°, inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. l°.d), recordando asimismo que la preocupación de la comunidad internacional en la materia se remonta al propio acto de creación de la Organización I. del Trabajo y se expresa en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados en el seno de esa institución.

Comparto el pensamiento por el que se sostiene que la tutela que emana de aquél principio rector y de las

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

Así, y como lo refiriera ya nuestra más alto Tribunal en los autos "P. c/ D.", resulta inadmisible colocar fuera de la conceptualización de "salario" prestaciones que han constituido una "ganancia" para el trabajador, y que sólo encontró motivo o resultó consecuencia del contrato de trabajo. Es preciso reconocer, agrega, que "toda ganancia que obtiene el trabajador del empleador con motivo o consecuencia del empleo resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

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

En el voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay se señaló, además, que el

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

Así, no puede correr distinta suerte el cuestionamiento formulado en relación con rubros que se ha dado en denominar de común como "no remunerativos", independientemente de que aquellos resulten de un determinado acuerdo paritario.

En tal contexto, y respecto de lo decidido, he de recordar que en el camino que señalara el Tribunal cimero, y a la que en breve me refiriera en los párrafos precedentes, ya ha tenido oportunidad de expedirse la Sala que integro en los autos "T., R. c/ S. A. I. y E. de la Patagonia s/ laboral "Expte. N° 377/2011 Sent. Def. N° 03/12L", "T., C. A. c/ S. SA s/ Sumario- Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley" Expte. N° 137/2013 Sent. Def. 35/2013L, "Z., J. I. c/ S. C. SRL s/ Sumario- Cobro de Pesos e indem. De Ley" Expte. N° 527/2013 Sent. Def. 78/2013L, y más recientemente "G., M. L. c/ INC SA s/ Sumario (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)" Expte. N° 400/2014 Sent. Def. 52/14; sentando un

criterio favorable. Lo expresado me conduce a propiciar el rechazo de los agravios tratados.

Respecto del cuarto agravio y la imposición de topes indemnizatorios de acuerdo con las disposiciones del art. 245 LCT, ya ha tenido oportunidad de expedirse nuestro Superior Tribunal en los autos "M. D., D. R. c/S. A. I. S.A. s/ Sumario- Cobro de pesos e Indemn. de Ley" Expte. N° 24634/2017, entre otros, en los que habiéndose liquidado una indemnización sin tope, como en el caso, se dispuso el reajuste de la pretensión del actor al monto que se corresponde con aquella afectación máxima, en un todo de acuerdo con el espíritu que sentara la doctrina del caso "Vizzoti" de la CSJN. Destaco, en tal sentido, que la recta interpretación del precedente citado conduce a concluir que lo que se hizo allí fue resguardar el derecho del trabajador frente al pago insuficiente del monto indemnizatorio por antigüedad que le correspondía, ello en tanto la empleadora – por aplicación de topes – pretendía abonarle una suma que resultaba confiscatoria, violatoria de su derecho de propiedad, estableciéndose entonces un máximo porcentaje a efectos de que aquello no ocurra.

Es decir, en el citado fallo "M. D.", la Corte provincial resolvió asegurando no sólo el respeto por el principio protectorio, sino el derecho constitucional del trabajador, ello frente al pago insuficiente efectuado por la empleadora. Es decir, su lectura no debe llevar a confusión, dado que si bien se ajustó el monto que esta Alzada otorgó en la instancia de apelación, a la vez se resguardó el derecho del

dependiente frente a una indemnización abonada por la empleadora, la que se encontraba por debajo de lo que por derecho le correspondía. Para aclararlo más aún, lo que se hizo en "Vizzoti", y es replicado en "M. D.", no constituye de modo alguno una restricción al trabajador, sino una restricción al empleador, cuando por vía de una incorrecta indemnización intenta afectar el derecho del primero.

Sin perjuicio de lo expuesto, no puede negarse que el Superior Tribunal de Justicia ha fijado una posición clara en orden a la aplicación del tope indemnizatorio en aquellos casos en que los CCT pudieran no establecerlo, como lo es en el caso del 611/10 que nos ocupa. Ahora bien, en razón de la solución a la que se arribara párrafos arriba, también resulta una realidad incontrastable que el empleador no tuvo en cuenta a la hora de liquidar la indemnización del dependiente la correcta composición del salario en la que deben ser incluidos – al menos – los rubros de naturaleza no remunerativa, como así también debe ser integrado el SAC, lo que válidamente lleva a concluir que ha abonado la indemnización en forma deficiente.

Entonces, a la luz de lo obrado por el máximo Tribunal de la provincia en el precedente "M. D.", lo que aquí corresponde es determinar si en razón del mejor salario mensual, normal y habitual del trabajador y la indemnización que el fuera abonada se ha violentado la garantía que emana del fallo "Vizzoti".

Así, debe tenerse presente que la mejor remuneración fue calculada por el actor en la suma de

$81.100 (fs. 82. vta). Dicho monto – componente de la liquidación practicada por el accionante - fue objeto de análisis en el marco de la sentencia impugnada (fs. 309), circunstancia en que se valoró la falta de cumplimiento por parte de la demandada en exhibir la documental que le fuera requerida e individualizada a fs. 83, aspecto sobre el que la señora jueza de grado volvió al tratar la puntual integración del salario y su composición con los rubros no remunerativos (fs. 311 vta.), concluyendo que no presenta errores (fs. 316 vta.), lo cual es objeto de confirmación en el presente voto según lo resuelto en el análisis de los agravios precedentes.

En consecuencia, y siempre a la luz del criterio sentado en "M. D." resulta que – según la liquidación antes indicada (fs. 82 vta) – el actor debió cobrar una suma en concepto de indemnización por antigüedad de $ 973.200,84.-, y cobró $ 458.653,06.- (ver asimismo fs. 133), reclamándose así en la demanda una diferencia de $514.547,78. De acuerdo con ello, resulta ser que la suma efectivamente percibida representa un 47,12% menos de lo que debió haber cobrado el dependiente, resultando confiscatoria según "Vizzoti". En tal entendimiento, el reclamo del actor debe proceder parcialmente hasta alcanzarse el 33% - máxima afectación según el referido precedente – lo que implica que se adeuda al mismo una suma de $ 193.391,50.

Por lo expuesto, resulta procedente el agravio del apelante y así será admitido en el marco del análisis que he efectuado, debiendo limitarse el rubro en

cuestión a la suma antes individualizada de $193.391,50, que será la que corresponderá abonar el trabajador (en lugar de la otorgada en la sentencia de $514.547,78 al haber la sentenciante admitido la liquidación practicada por el actor.

Aduno a lo expresado, que las consideraciones antes expuestas dan adecuada respuesta al agravio subsidiario planteado en quinto lugar.

En análisis ahora del séptimo agravio, respecto del art 80 LCT y el cumplimiento –o no– de las previsiones de la misma, ello respecto de las obligaciones allí establecidas en cabeza del empleador, las que la señora jueza de grado entendió no satisfechas. Tal decisión es la que constituye el objeto de la crítica, desde que la sentenciante condenó a la entrega de la documental y al pago de la multa prevista en la norma.

No se me escapa que el apelante cita en sustento de su agravio un voto de mi factura (fs. 355), más sucede que en dicho precedente la situación era diferente y de allí que se arribara a solución distinta. En el referido proceso, se verificaba en el marco de la sentencia una situación particular, por un lado, la señora juez de grado había tenido por cumplida la manda del art. 80 LCT, más sin embargo luego condenaba al pago de la multa, lo que claramente representaba una evidente contradicción. No ocurre aquí lo mismo desde que el fundamento de aplicación de la multa se origina en el incumplimiento de obligación impuesta por la norma (ver fs. 317/318).

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

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

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

Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las

sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000)”

Luego, está claro que la obligación impuesta al empleador subsiste en todo caso, más la indemnización allí prevista se torna procedente en tanto el trabajador haya dado cabal cumplimiento a la intimación que le es exigida para tal fin, la que aquí efectivamente se cumplió (ver fs. 39 y 40 de la documental reservada en sobre N° 70/19 de esta CA, la que tengo a la vista).

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

El primero debe contener a) el tiempo de prestación de servicios, b) la naturaleza de éstos, c) la constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social. No se requiere, en cambio, que incluya la constancia de retenciones en concepto de aportes sindicales o contribuciones destinados a entidades sindicales y, d) la calificación profesional obtenida por el trabajador en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere realizado o no, acciones regulares de capacitación (constancia que debe figurar en el comprobante, de acuerdo con lo dispuesto por el sexto

artículo sin número del capítulo VIII "De la formación profesional" del Título II de la Ley de contrato de trabajo, incorporado por la Ley 24.576).

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

Advierto a simple vista que, más allá de la deficiencia en orden al salario del trabajador, se registra el faltante al menos de la calificación profesional del trabajador como asimismo de las acciones regulares de capacitación. Del mismo modo, es dable destacar que el trabajador envió dos intimaciones. Frente a la primera (fs. 39) dijo la demandada que cumplió con la entrega de la documental, y que con posterioridad el trabajador no formuló ningún reclamo. Más allá de que no consta en lugar alguno la fecha de entrega de parte de la documental (que acompañara la misma parte actora), resulta falsa la afirmación que al respecto formulara la accionada respecto del silencio del dependiente, desde que se encuentra agregada una segunda intimación (fs. 40) que detalla las falencias de la documentación recibida y de aquella aún faltante, frente a la cual no obtuvo el empleado respuesta alguna. Entonces, y sin necesidad de discutir aquí la necesidad o no de entrega de la constancia documentada de aportes

y contribuciones, es claro que la falencia detectada por la señora jueza es indiscutible por lo que la multa deviene procedente. Se rechaza el agravio.

Ahora, atendiendo el planteo en torno a la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 que compone el octavo agravio. Tengo ya dicho en anteriores ocasiones que no escapa a mi conocimiento que los integrantes de la Sala han mantenido un criterio dispar sobre el tema. Ello se encuentra absolutamente justificado. De un lado, la casuística del Derecho Laboral nos coloca frente a supuestos que, pese a su aparente similitud, reconocen insitas características particulares, razón por la que los jueces, más allá de la visión o criterio particular, debemos fallar en relación con el caso específico. Del otro lado, tanto autorizada doctrina como la jurisprudencia nacional se han inclinado por una u otra solución en temas como el que es sometido al análisis. Es que, no cabe duda de que el empleador abonó las indemnizaciones, sucede que no lo hizo en debida forma.

Establece el citado artículo que "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 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%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta

del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.”

Surge aquí, entre quienes ostentan posiciones diversas, una primera disquisición en torno a la letra de la norma. Recuerdo que el objetivo perseguido por la norma “es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo” (Grisolía, Julio Armando “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, t. II, pág. 1105).

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

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

En el caso en análisis, debe ponderare en principio que el reclamo se asienta sobre la falta de pago de las diferencias correspondientes, entre otras, a los rubros o conceptos no remunerativos o remuneratorios, cuya inconstitucionalidad, más allá de su puntual declaración, se empareja con la jurisprudencia sentada por nuestro mas Alto Tribunal a partir de la sentencia

dictada en autos “P. c/ D.” – el cual ya citara antes – y “González c/ Polimat”. Luego, no se trata de una simple diferencia de origen abstracto o peticionada sobre rubros de dudosa admisión judicial, ello claro está más allá de la necesaria declaración de inconstitucionalidad que debe materializarse en cada fallo, en virtud del control difuso de constitucionalidad.

La doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene solamente efectos *inter* partes. La declaración de inconstitucionalidad implica, en el derecho argentino, la no aplicación de la norma en el caso concreto. Por ello, Bianchi afirma que “la declaración de inconstitucionalidad en realidad Bianchi a constituye una declaración de inaplicabilidad” BIANCHI, A., B., Control de constitucionalidad, Las acciones de clase, Ábaco, Buenos Aires, t. I, p. 343)

En segundo lugar, tengo expresado también en anteriores fallos que cabe al trabajador, en efecto, intimar fehacientemente al empleador al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, más ello a mi entender no significa que deba intimarlo a que lo haga bajo apercibimiento de requerir el pago de las multas que la legislación laboral prevé para el caso en que no lo hiciera en tiempo y forma. Tales agravantes surgen naturalmente frente a la inconducta o incumplimiento en el pago, la intimación fehaciente no se vincula con ellas, sino que lo que se intima es el pago de la indemnización. Es lógico que si mantengo ese criterio

que refleja cierta amplitud, cuanto más hallo procedente la multa cuando, como en el caso, el empleado intimó (fs. 40), es decir dio cumplimiento con la carga que la ley le impone, siendo además concreto sobre su pretensión.

Se ha expresado "Ahora, el artículo 2 de la ley 25.323, tiende a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que busca indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las reparaciones consagradas por la LCT y por la ley 24013. Esto es que pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de sus créditos, sin tener que padecer la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial. En este caso observo que la demandada abonó la liquidación final, pero en forma parcial, tal como lo manifestara el magistrado de primera instancia. Luego, considero que la reparación debe ser integral, y no limitada, pues los mismos perjuicios le ocasiona al actor, tener que reclamar por una diferencia salarial, que por el total de la indemnización. Ya que no habiendo obtenido una respuesta satisfactoria a sus intimaciones, tuvo que iniciar la presente acción (de la misma que lo hubiera iniciado por el todo), a fin de cobrar las sumas reclamadas. En consecuencia, corresponde confirmar el agravamiento en cuestión." (CNac. Apel. Trabajo, Sala III, autos "Saraza, Victor Hugo c/ Siat S.A. y otro s/ despido")

Entonces, resulta que el trabajador intimó en debida forma (carta documento obrante a fs. 40), y el empleador no pagó – es más ni siquiera dio respuesta al trabajador -, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2014 – hace ya más 3 años-, por lo que huelga aclarar que el litigio no solo no se evitó, sino que sin lugar a dudas la conducta dilatoria del empleador generó gastos y pérdidas de tiempo, y vaya que hablamos aquí de tres años de proceso, razón por la que no me cabe duda alguna de que si la multa que está prevista en la norma ha de aplicarse, pues debe hacérselo en caso como el presente. Rechazo el agravio.

Se queja luego el apelante en su noveno agravio, en razón de que los intereses en relación con los rubros no remunerativos – cuya inconstitucionalidad fuera declarada – deban calcularse a partir de que cada crédito fue debido y hasta su efectivo pago, sosteniendo que corresponde computarlos a partir del momento en que la sentencia quede firme. Indica inclusive, que se sorprende en razón de que el Juzgado no haya mantenido el que califica como correcto criterio, plasmado en los autos "Cuevas, M. A. C/ Tuboscope Vetco de Argentina SA S/ Sumario – cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N° 25/2013, en que se aplicó el criterio pretendido.

En relación con ello, y particularmente con los autos individualizados, es evidente que el recurrente no reparó en la solución dada por esta Sala al recurso que oportunamente fuera interpuesto contra la sentencia de grado en aquél proceso. Dije allí, a la hora de expedirme, que había expresado claramente mi criterio

sobre el punto en cuestión ya antes en el marco de los autos caratulados "Monteros, Valeria Verónica C/ Macer S.A. s/ Sumario - cobro de pesos e indem. de ley" Expte. N° 553/2015.

Sostuve en éste último – y lo reiteré en fallos posteriores - que "…tradicionalmente se ha entendido que declarada inconstitucional una norma, habría que considerarla como no sancionada con relación a la cuestión debatida. La norma invalidada por la judicatura al conceptuársela anticonstitucional, no es derecho válido (en ningún momento) en la litis respectiva, la que deberá ser resuelta prescindiendo de tal norma (Sagüés, Néstor Pedro, "Recurso Extraordinario", 4ta. ed., Astrea, Bs. As., 2002, t. 1, p. 207.2).

Aquellos que aplicamos la norma a los casos concretos tenemos, necesariamente, que explicar e interpretar esa norma. Si dos leyes entran en conflicto, son los tribunales los que deben pronunciarse sobre la eficacia de cada una de ellas.

Por lo tanto, si una norma no ha sido creada de conformidad con la Constitución, el juez así deberá declararlo y prescindir de ella para resolver el caso. En nuestro sistema, he allí el denominado control de constitucionalidad difuso, por el que cada juez está facultado para analizar – y declarar en el caso – si una norma es constitucional o no. Como regla general, si la norma es declarada inconstitucional, el juez debe resolver la causa como si ella nunca hubiera existido.

Sobre esa senda, en el caso en que efectivamente proceda esta declaración de inconstitucionalidad, y si

bien excepcionalmente podría resolverse en contrario, no sería justo pensar que el deudor se excepcionara del pago de los intereses en mérito a una norma que, precisamente por lo resuelto en la sentencia, jamás tuvo valor. En todo caso, podría eventualmente ponderarse la existencia de la mora, para la cual como es sabido deben verificarse ciertos elementos, entre los que se encuentra la imputabilidad, a título de dolo, culpa o garantía, del retraso del deudor. Es por ello que "el mero incumplimiento material (también denominado simple retardo, tardanza, demora, etc.), si bien constituye un elemento de la mora, no basta por sí solo para responsabilizar al deudor" (Wayar, E. C., "Tratado de la Mora", LexisNexis, Bs. As., 2007, p. 312).

Postula asimismo el apelante que en defecto, se aplique al caso de autos jurisprudencia de la sala "A" de esta Alzada, lo que en modo alguno resulta idóneo para conmover el criterio que invariablemente he sostenido respecto del particular. Desde luego, y manteniendo el mismo, rechazaré el agravio.

Por último, y respecto de la queja referida a la tasa de interés, adelanto desde el vamos que asiste razón al apelante, razón por la que admitiré su agravio. Es que si bien la tasa solicitada por el actor al impetrar la acción no fue cuestionada puntualmente por el demandado al contestar el traslado, he dicho ya en anteriores fallos (ver por ejemplo "Y., A. A. c/ F., E. y otro s/ Demanda Laboral -Cobro de pesos e indemnizaciones de ley" Expte. N° 310/2017, "L., E. A. c/ C., J. F. y Otra s/ Sumario- Cobro de pesos e

indemnizaciones de ley” Expte. N° 341/2017, entre otros) que la fijación de la tasa de interés por el juez debe ordenarse a aquella que fuera requerida en la demanda por el accionante, salvo el caso en que éste dejara librado asimismo al criterio de la jurisdicción la tasa a aplicar. De la compulsa del escrito de demanda, se advierte que el actor peticionó que, en caso de obtener una sentencia favorable, al crédito se le aplique la tasa de interés nominal anual para préstamos personales de libre destino del Banco de la Nación Argentina o en su defecto la tasa activa para operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina; de allí, que la decisión del juez a quo de mandar a calcular liquidación con una distinta debe ser revocada puesto que excede los términos de las pretensiones de las partes. Corresponderá así se modifique la sentencia y se ordene aplicar sobre el capital de condena la solicitada en primer lugar por la actora al promover demanda, la que además resulta ser más baja a la fecha de esta resolución.

Respecto del único agravio de la parte actora, vinculado asimismo al tema de los intereses, se queja pues pretende aquella sea ordenada la capitalización desde los mismos desde la notificación de la demanda. Sostiene que al momento de la interposición de la demanda y su notificación se encontraba plenamente vigente el Código Civil y Comercial.

Ahora bien, de la detallada lectura de la demanda y su ampliación (fs. 5/6 y fs. 75/83) surge con claridad

que dicha cuestión no fue planteada en la instancia de grado al momento de incoar la acción, sino que se pretende introducirla en la expresión de agravios. Ello así, queda por tanto al margen de la discusión en la Alzada so pena de violentar elementales principios vinculados al debido proceso y al derecho de defensa.

Es que, atento el acotado marco que corresponde a la apelación lo cierto es que "mediante el recurso de apelación no pueden someterse a conocimiento de la Alzada defensas o cuestiones que no fueron articuladas oportunamente. Y si el recurrente las introduce en la expresión de agravios, su tratamiento en la Alzada importaría la violación de las normas procesales (arts. 34, inc. 4°, 163, inc. 6°, 266 y 272, CPCCN) (CCivCom Lomas de Zamora, Sala I, 27/2/03, RepLL, 2003-1796, n° 33, y LLBA, 2003-1167).

Constituyen capítulos sobre los que no puede pronunciarse el tribunal de Alzada todas aquellas defensas que obsten la procedencia de la reclamación de la actora y requieren la alegación y prueba de hechos distintos de los alegados por aquella, cuando no han sido expresamente sometidos a decisión el juez de primera instancia, puesto que lo contrario atentaría flagrantemente contra el derecho de defensa en juicio.

Así, y so pena de pecar de reiterativo "La Alzada sólo puede juzgar aquellas cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la litis, porque el límite de los poderes del ad quem, está dado por los capítulos propuestos a la decisión el juez de primera instancia (C3°CivComMinas Paz y Trib, Mendoza, 9/9/02, RepLL,

2003-1978, n° 42,y LLGran Cuyo, 2003-154). Lo expuesto conduce a rechazar el recurso de apelación de la actora.

Resta resolver respecto de las costas, las que corresponde sean readecuadas por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual. Sin perjuicio de ello y toda vez que la modificación que se ordena en el presente no modifica en lo sustancial el objeto demandado ni el resultado obtenido, es que mantendré las costas impuestas en la instancia de grado a la demandada, a quien impondré asimismo las que corresponden a esta Alzada, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, y ordenar en consecuencia se modifique la sentencia en relación al monto a abonar en el rubro indemnización por antigüedad el que se fija en la suma de $ 193.391,50.-, ello según considerando respectivo. Asimismo dispongo se aplique sobre el capital de condena la tasa de interés requerida en primer lugar en el escrito de demanda- tasa activa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales de libre destino. Se confirma el resto del fallo de la instancia de grado en todas sus partes.

2) Rechazar el recurso de apelación de la parte actora.

3) Las costas de ambas instancias se imponen a la parte demandada (arts. 69 y 282 CPCCCh.).

4) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del Acuerdo.

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 la Dra. Zanatta no emite su voto.

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

1) Rechazar el recurso interpuesto por el actor a fs. 323 contra la sentencia de fs. 305/322vta.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 325 y modificar la sentencia de grado de fs. 305/322vta. en relación al monto a abonar en el rubro indemnización por antigüedad el que se fija en la suma de $193.391,50 y disponer se aplique sobre el capital de condena la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales de libre destino.

3) Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada vencida.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. H. P., J. M. P. y E. J. M., conjuntamente en el veintiún por ciento (21%), a los Dres. I. F. de las C., F. F. A. y M. A. F.

A., conjuntamente en el diecisiete por ciento (17%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más la alícuota del IVA si correspondiera.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos en esta instancia a los Dres. J. H. P., J. M. P. y E. J. M., conjuntamente en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. I. F. de las C. 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 la alícuota del IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

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

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara