000336/2019

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la **Sala B** de la CáM. 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 CáM. Dr. R. Rubén Enrique Hayes y de la señora jueza de CáM. Dra. M. Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., N. C. y Otros c/ S. S. A. s/ SuM. – Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 336/2019,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2283/2014), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 915), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. M. Fernanda Zanatta, Dr. R. Rubén Enrique Hayes y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 875/883 vta.? y **SEGUNDA**:¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

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 normal y habitualmente por el Sr. R. A. S.. Admitió la demanda y en consecuencia, condenó a S. S. A. a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente a la Sra. N. C. V. la suma de $590.749,81 y a la Sra. N. C. V. y a los Sres. N. M. S.

y F. C. S. la suma de $206.109,81 -distribuida la misma en un 50% a la Sra. N. C. V., en su calidad de cónyuge, y el resto a los herederos Sres. N. M. S. y F. C. S.- con más el interés desde que cada suma fue debida y hasta a la tasa activa para préstamos personales del Banco del Chubut.

1.- Recurso:

Contra tal sentencia, obrante a fs. 875/883 se alzó la parte demandada mediante recurso de apelación a fs. 885 concedido a fs. 886, fundado a fs. 887/897 y vta., cuya respuesta obra glosada a fs. 899/910 y vta.

2.- Agravios:

En forma preliminar sostuvo que la declaración de rebeldía no obliga necesariamente a condenar al rebelde si no que autoriza al tribunal a relacionar la presunción con los demás elementos de juicio que la causa ofrezca.

Seguidamente se agravio en tanto la sentencia condenó a S. SA al pago de la diferencia en la indemnización por fallecimiento 50% del art. 245 LCT sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, sin limitación alguna y contraviniendo la doctrina legal establecida por el STJCH con basamento en lo ya resuelto por la CSJN en relación a la norma.

Cuestionó que la jueza a quo desechara la aplicación del tope para la determinación de la indemnización por antigüedad, avasallando la letra y espíritu de la norma. Afirmó que transgredió la norma que consagra una limitación a la base establecida sin declararla inconstitucional.

Explicó que si bien es cierto que el Sr. S. se encontraba encuadrado en el CCT 611/10, la jueza de

grado a) la existencia de un inequívoco propósito del legislador de establecer un límite a las indemnizaciones por despido, recurriendo para ello a los “topes”, y b) 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 del actor con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión.

Afirmó que el hecho de que el MTEYSS no haya fijado el tope indemnizatorio, no determina por sí que deba aplicarse el primer párrafo del art. 245 LCT, y ello fundamentalmente en atención al espíritu que el legislador tuvo al momento del dictado de la norma.

Entendió que la sentencia además resulta descalificable por cuanto desobedece la doctrina legal sentada por el STJ en autos “A., D. S. c/ P. A. E. L. S. A.G. s/ SuM.- Cobro de Pesos e Indem. de Ley”. Expte. N° 24629-2017. Efectúo la transcripción parcial de los votos de los Dres. Vivas y Panizzi. Sostuvo que con los mismos fundamentos el Tribunal Provincial también se pronunció en los autos “M. D., D. R. c S. A. I. SA s/ SuM.- Cobro de Pesos e Indem. de Ley” Expte. N° 24634/2017.

Por ello, le resultó reprochable que la magistrada desatienda la doctrina legal del STJCH con remisión a lo ya resuelto con anterioridad por la Corte Suprema de Justicia en la causa “NINE”.

Manifestó siguiendo ese orden de ideas que, confirmar la sentencia supondría ratificar un criterio rechazado por nuestro máximo tribunal provincial y nacional, que asientan una solución legal que respeta la norma del art. 245.

Apuntó que, pese a la falta de contestación de la demanda la sentenciante estaba en condiciones de aplicar la doctrina descripta toda vez que los propios actores en su demanda especificaron que existía otro CCT aplicable al establecimiento, en atención a que al momento de reclamar las diferencias en la liquidación de horas extras sostuvieron la aplicación analógica del CCT 605/10 en cuanto al divisor 180.

A lo dicho, adunó que en la página 18 punto 2 del escrito de demanda los propios actores solicitaron subsidiariamente la aplicación del fallo Vizotti, sosteniendo que la jueza de grado volvió a desoír una doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia que entiende que aún en el caso de no existir convenio el empleador se libera del pago de la indemnización por despido abonando el 67 % de la mejor remuneración.

A su criterio, si la parte actora dice que se encontraba sujeta al CCT 611/10 y este no tiene tope, es claro que la solución debe ser exactamente la misma y por ende corresponde – en caso de condena- admitir el agravio y estarse a criterio de la Corte Nacional en Vizotti.

Seguidamente se agravió en tanto la sentenciante hizo lugar a la demanda respecto de la supuesta errónea liquidación de las horas extras laboradas por el actor, con total omisión del tratamiento de la cuestión planteada en la demanda, esto es la aplicación del divisor de 180 desechando el coeficiente divisor 200 para su cálculo, lo que a su criterio descalifica por arbitraria la sentencia.

Expuso que si bien la jueza de grado resolvió respecto de considerar los rubros no remunerativos como

“remunerativos” para el cálculo de las diferencias por horas extras, nada dijo respecto a por que se debió aplicar el divisor 180 y no el 200 que surge de los recibos de haberes. Dijo que la sentencia hace lugar a la demanda y a la aplicación de este divisor pese a que no se encuentra tratada la pretensión, y de allí que el decisorio se torna arbitrario.

Sostuvo que de confirmarse el decisorio conllevaría implícitamente a consentir la aplicación analógica de un CCT que no era el aplicable al actor, convalidado una jornada potencial, ya que pese que hay un CCT que se aplica al caso el 611/10, el divisor que emplean 180 fue tomado del CCT 605/10.

Por otra parte le causó agravio que la sentenciante viabilizara la procedencia del pago de las diferencias de horas extras correspondientes al mes de enero y febrero del año 2013, mientras que conforme los hechos reconocidos por los propios actores en su demanda el Sr. S. en aquellos meses se encontraba de licencia por enfermedad. Remitió al “Capitulo III Hechos. 2 – Extinción de la relación laboral por fallecimiento del trabajador” y al intercambio epistolar entre el Sr. S. y la demandada.

Sostuvo que no correspondía viabilizar la procedencia de las diferencias salariales por horas extras correspondientes a los meses individualizados pese al reclamo, ya que la jueza a quo debió advertir que el periodo de licencia por enfermedad comprendía los meses de enero y febrero 2013, y en tal sentido constituía un obstáculo para admitir el rubro.

Expresó que los pagos realizados por la empleadora por dichos conceptos no son más que una liberalidad y

ello es una conclusión lógica de los hechos dados por ciertos en la sentencia. Solicita se revoque el decisorio en dicho punto.

A continuación se agravió en tanto la jueza de grado resolvió luego de admitir la procedencia de los conceptos en tratamiento remitir a los montos consignados en la liquidación efectuada por la parte actora en la demanda, habiendo omitido pronunciarse sobre la pretensión incorporada en el punto IV. 1 .2 en la que se solicitó incorporar el SAC para el cálculo de la mejor remuneración normal y habitual, lo que determina la arbitrariedad de la sentencia, en tanto carece de todo tipo de fundamentación respecto a la pretensión.

Consideró que en esta instancia debe tratarse el punto resolviendo si corresponde o no la inclusión del SAC en la base salarial para el cálculo de la indemnización por antigüedad.

A tal fin postula el rechazo de la pretensión sosteniendo que el sueldo anual complementario no es una remuneración de pago mensual como lo exige el art. 244 de la LCT como condición para su consideración en la base de cálculo. Afirma que el expuesto resulta ser el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente, especialmente en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N° 25.877 modificado tal módulo. Invocó el plenario Tulosai.

Concluyó que no existe duda acerca de que no puede convalidarse una sentencia que con una mera remisión a la liquidación practicada acoge sin fundamento alguno la incorporación del SAC para el cálculo de la mejor

remuneración normal, mensual y habitual. Peticionó se revoque la sentencia en el punto.

Su siguiente crítica se afinca en sostener que no corresponde imputar las sumas abonadas por S. primero a intereses y luego a capital, en tanto corresponde descontarse del capital de condena.

Argumenta que la demandada abonó la liquidación final del Sr. S. de conformidad como le indicaban las normas laborales y el convenio colectivo 611/10. Dijo que ello determina que las sumas abonadas a la Sra. V. -cónyuge del Sr. S.- en el mes de enero del año 2014 y que ascendieron a $252.358, se abonaron en tiempo y forma y conforme la legislación vigente y que la pretendida insuficiencia radicó en el pedido judicial de declaración de inconstitucionalidad de los rubros convenidos bajo la denominación no remunerativos.

Expresó que la Sra. V. recién notificó el fallecimiento del Sr. V. un mes después conforme surge del relato de la demanda y además solicitó a PAE que retenga el dinero pendiente de pago por S. a través de la Subsecretaría de trabajo, lo que impidió el pago inmediato de las sumas, y que fueron consignadas en fecha 24/01/2014 una vez destrabado el asunto.

Trajo a colación el art. 260 LCT, e interpretó que conforme lo normado el pago insuficiente de las obligaciones originadas en las relaciones laborales efectuado por el empleador debe ser considerado como a cuenta del total adeudado y que faculta al trabajador a reclamar las diferencias por todo el periodo no prescrito. En base a ello consideró que el pago efectuado por S. debe descontarse del capital y luego de dicho saldo calcularse los intereses.

Subsidiariamente, para el caso que se considere que el pago se realizó fuera del plazo postuló que la manera adecuada de imputar las sumas es la siguiente: si la Sra. V. percibió la suma en el mes de febrero de 2014, entonces los únicos intereses que se podría haber devengado son los correspondientes al periodo transcurrido entre el 15/10/13 (4 días hábiles después del fallecimiento del causante conforme art. 255 bis LCT) hasta el día 04/02/2014 en consecuencia correspondía que la sentencia decidiera la forma de realizarse la imputación de manera que no exista duda al respecto. Dijo que en primer lugar corresponde sumarle al monto total de condena los intereses desde el 15 de octubre de 2013 hasta la fecha de pago parcial (04/02/2014) y descontar lo percibido en ese momento por el actor ($252.358,00) que se debe imputar primero a intereses y luego a Capital. A partir de esta última fecha y hasta el efectivo pago correspondería se siga calculando intereses hasta su efectivo pago.

Por último le generó agravio la tasa de interés fijada en la sentencia en tanto no fue la peticionada por el actor en su demanda. Sostuvo la violación al principio de congruencia y la consecuente afectación del derecho de propiedad de la demandada.

Dijo que la tasa determinada desoye lo peticionado por el actor y el criterio sostenido por el Superior Tribunal de Justicia en SD 6/SCA/02 en cuanto al respeto en cada caso a la tasa que ha sido solicitada en la demanda.

Solicita que se establezca en la tasa de interés nominal anual para préstamos personales de libre destino del Banco de la Nación Argentina peticionada.

Efectúo reserva del Caso Federal.

3.- Antecedentes:

La Sra. N. C. V., Sr. N. M. S. y Sr. F. C. S. promovieron demanda laboral contra S. SA, persiguiendo la condena al pago a favor de la Sra. N. C. V. de las diferencias que surgen del deficiente pago de la indemnización contemplada en el art. 248 LCT, así como las diferencias que surgen del deficiente pago de las vacaciones no gozadas correspondientes al año 2012 y el proporcional del año 2013; 2) la condena al pago a favor de la cónyuge y los herederos del Sr. R. A. S. de la diferencia por incorrecta liquidación de sus remuneraciones, deficiente cálculo de horas extraordinarias abonadas al fallecido desde noviembre de 2011 y hasta la extinción de la relación laboral y el SAC devengado segunda cuota de 2011, primera y segunda cuota de 2012 y primera cuota de 2013 y la retribución por licencia por enfermedad no abonada o abonada en forma insuficiente -monto este que ha de distribuirse en un 50% a favor de la viuda por ser un bien ganancial y el resto en proporción de ley a favor de los herederos del causante, Sres. N. M. S. y F. C. S.-; 3) la condena de la firma demandada a rectificar los datos de las declaraciones juradas presentadas ante ANSES a raíz de la errónea información suministrada en cuanto a los salarios percibidos y devengados correspondientes al causante y que perjudican en el cálculo y percepción del beneficio previsional de la viuda, por lo que solicita la condena al cumplimiento de la obligación de hacer un nuevo certificado previsional (Formulario PS 6.2 certificación de servicios y remuneraciones ANSES) en el que obre el

verdadero salario devengado del causante desde el año 2011 y hasta la extinción de la relación laboral. Peticiona se aplique intereses a 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 que rija también en el citado Banco de la Nación Argentina desde que cada uno de los créditos reclamados resultó exigible.

Expresaron que el Sr. R. A. S. (cónyuge y padre de los accionante) ingresó a trabajar en relación de dependencia para con la firma demandada el 01 de junio del año 1986 desempeñándose en tareas inherentes a la industria del petróleo y como jefe de base, prestando servicios durante los últimos años exclusivamente en los yacimientos de la operadora petrolera P. A. E. LLC, figurando en los recibos de haberes en la categoría de jefe de base conforme sus funciones jerárquicas, encontrándose encuadrado en el CCT 511/07 y 611/10 que regula las condiciones de trabajo de los empleados petroleros jerárquicos en las jurisdicciones de las provincias de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, dependiendo el trabajador de la sucursal Comodoro Rivadavia de la firma demandada.

Con una extensión de la jornada de trabajo ordinaria realizando mensualmente horas extras, las cuales variaban correspondiendo tanto al 50% como al 100%.

La extinción del contrato de trabajo se produjo por la muerte del Sr. S. el 09 de octubre de 2013. Señaló que la empresa tenía conocimiento de su cuadro de salud ya que se encontraba de licencia conforme art. 208 LCT desde enero de 2013. Manifestó que la empleadora en

forma arbitraria e ilegal le remitió una misiva CD N° 385688524 mediante la cual lo ponía en conocimiento respecto a que comenzaría a correr el plazo de conservación de empleo dispuesto por el art.211 LCT desde el 02 de julio de 2013.

Practicaron liquidación. Ofrecieron prueba. Formularon reserva de plantear caso federal.

A fs. 75 se corrió traslado de la acción a la accionada, no presentándose a juicio, razón por la cual a pedido de la parte actora se la declaró rebelde a fs. 93, cesando tal rebeldía a fs. 99 por presentación de la demandada.

4. Análisis:

El primer planteo de la recurrente versa sobre el cálculo de la indemnización por fallecimiento, (50% art. 245 LCT) sobre la mejor remuneración mensual, normal y habitual, sin limitación alguna, argumentando apartamiento de la doctrina sentada por el Superior tribunal de Justicia provincial con basamento en lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia Nacional.

Es cierto que el punto ha sido motivo de pronunciamiento del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en el precedente “Águila”, y luego en el fallo “M.D.”.

En las citadas resoluciones, el tribunal resolvió el reclamo de un trabajador que, -en su condición gerencial-, no estaba incluido en las categorías del convenio de la actividad inherente al establecimiento principal y a cuyo tope indemnizatorio no era posible acudir en razón de no haber sido fijado por la autoridad competente dada la inexistencia de escalas salariales homologadas. Entendió -en dichas oportunidades- que la

solución legal debió encontrarse en el párrafo 3° del art. 245 LCT y que conforme a sus prescripciones al momento del despido debía considerarse el tope indemnizatorio del CCT 605/10, por ser el otro convenio de actividad que también se aplicaba en su establecimiento.

Asimismo siguió los lineamientos de la Suprema Corte, en el caso "Vizzoti" y decidió declarar la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 245 LCT; y limitar su aplicación al 67% del monto determinado conforme su primer párrafo, en concepto de indemnización por antigüedad.

Ahora bien, entiendo que tal criterio no resulta de aplicación en autos, atento las diferencias en la plataforma fáctica.

Me explico.

En dichos precedentes, la demandada había abonado las indemnizaciones conforme el tope del CCT que entendían aplicable por corresponder al establecimiento (605/10), circunstancia ésta que fue opuesta ante el planteo del actor al contestar demanda. En autos la accionada no contesto la acción.

Si bien es cierto que la declaración de rebeldía no resulta suficiente para admitir las pretensiones de los escritos iniciales, no resulta menos veraz que el juez al fallar sólo puede referirse a cuestiones que integraron la litis.

Y ese fue el criterio expuesto también por nuestro tribunal cimero en el precedente "Machain" en el cual haciendo alusión al principio de congruencia sostuvo: "La mención única, genérica e imprecisa del CCT 605/10sin aclarar cuál es el tope que surge del mismo,

y si fue el aplicado al liquidar la indemnización por antigüedad- efectuada recién en esta instancia extraordinaria de casación… no es idónea, ni oportuna para satisfacer tal recaudo. Al no haber sido debidamente invocadas al contestar demanda, constituyen cuestiones no propuestas al juez de primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 280 del CPCC veda toda consideración sobre el punto".

Es cierto que la parte actora introdujo en autos la existencia del CCT 605/10 en cuanto a su aplicación en el establecimiento, -al efectuar el cálculo de las diferencias en concepto de horas extras adeudadas-, pero no se cuenta con el tope establecido por la resolución del MTSS respecto de este.

No obra en autos datos relacionados a la zona que le correspondía al establecimiento de la demandada (teniendo en cuenta que la misma podría ser relativa a producción, servicios, servicios especiales, exploración geofísica), por ello deviene imposible determinar cuál es la resolución aplicable al caso.

Cabe aclarar que, para un mismo convenio colectivo la MTEySS ha dictados diferentes resoluciones de acuerdo a la "zona", difiriendo tanto el promedio como el tope fijado en cada resolución.

Tal y como lo sostuvo el STJ en "Machain" "semejantes datos debieron ser adecuadamente individualizados en los escritos iniciales del proceso", pero ello no ocurrió.

Si bien en determinados supuestos existen razones de celeridad y economía procesal que justifican el acatamiento de la doctrina de los fallos de los tribunales superiores, es menester para ello que los

casos guarden analogía, so pena de vulnerar principios rectores del proceso que no pueden ser soslayados como el principio de congruencia y el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Del análisis de autos se desprende que no existe la analogía o "marcada similitud" requerida para la aplicación de la doctrina legal invocada.

Por similares razones considero que tampoco resulta de aplicación la doctrina sentada en "Vizotti", aunque fuera peticionada en forma subsidiaria por el accionante.

En dicho precedente la Corte consideró: "no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor", pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos", haciendo alusión a su conocida jurisprudencia relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje. Tales consideraciones constituyeron el límite máximo al cual puede restringirse la limitación al trabajador de aplicarse el tope previsto por el art. 245.

Sin tope para corroborar, mal puede establecerse la confiscatoriedad del mismo A mayor argumento el Sindicato del Personal Jerárquico y Profesional del Petróleo y Gas Privado de la Patagonia Austral informó a fs. 828 que el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación no ha calculado ningún

promedio de remuneraciones en virtud de que el CCT 611/10 no determina escalas salariales, existiendo un rango salarial entre sus representados que oscila entre los $ 20.000 y los 400.000 mensuales.

De tales datos se desprende que tomando el salario más bajo ($20.000) el tope ascendería a $60.000, por ende la mejor remuneración mensual normal y habitual admitida por la jueza de grado $36.774,77 no lo excedería.

En virtud de las razones expuestas es que propongo el rechazo del primer agravio.

Los dos siguientes cuestionamientos refieren a la condena a abonar diferencia por horas extras. Por un lado, cuestiona la recurrente que la sentenciante admitiera el reclamo de la accionante en cuanto a la aplicación del divisor 180 (previsto por el CCT 605/10) desechando la aplicación del divisor 200, que corresponde según el CCT aplicable al actor 611/10, sin haber tratado la pretensión. Por otra parte se queja en tanto la jueza de primera instancia viabilizó la procedencia del pago de las horas extras correspondientes al mes de enero y febrero de 2013, aduciendo que el Sr. S. se encontraba de licencia por enfermedad.

Tal y como señalé, la demandada guardó silencio frente a la demanda instaurada por la accionante, sin hacer el debido cuestionamiento sobre las circunstancias que se suscitaron respecto a la desvinculación del Sr. S. como de los conceptos y montos reclamados por los accionantes, y la liquidación practicada.

La parte actora al reclamar las diferencias existentes en este rubro utilizó el divisor 180 porque

era el que se asemejaba al promedio de las horas trabajadas normal y habitualmente por el trabajador fallecido en cada mes. Ello no fue objetado por la accionada oportunamente, resultando materia no controvertida.

La incontestación de la acción por parte de la accionada y la declaración de rebeldía (fs. 99) tornan operativas las disposiciones contenidas en los arts. 360 inc. 1 del CPr y 49 y 54 de la Ley XIV-1 DJPCh en virtud de las cuales tal declaración faculta al tribunal a presumir como ciertos, salvo prueba en contrario, los hechos alegados por el actor en la medida en que no se trate de hechos inverosímiles, absurdos o jurídicamente inadmisibles.

Por ello, el cuestionamiento efectuado recién en esta instancia en relación a la jornada ordinaria promedio descripta en la demandada, resulta a todas luces extemporáneo. Además, no obra en la causa prueba alguna que logre desvirtuar la presunción "iuris tantum" originada por la rebeldía en que quedó incursa S.. Razones por las cuales la jornada ordinaria individualizada por el actor debe ser la considerada.

Con respecto a las diferencias por horas extras admitidas por los periodos enero y febrero 2013 cabe aclarar que surge de los recibos obrantes a fs. 32/33 que la empleadora ha abonado dicho rubro en sendos periodos y de conformidad a lo expresamente previsto por el art. 208 LCT en cuanto dispone que “Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios, no pudiendo, en ningún caso, la remuneración

del trabajador enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento.”

En modo alguno el pago de horas extras al 50% obedeció a una liberalidad sino al cumplimiento de la letra y espíritu de le ley.

Por lo demás, reclamó las diferencias que surgen a partir del cómputo de rubros remunerativos y no remunerativos –extremo que devino firme además de no ser cuestionado- sobre el divisor 180 para su cálculo –extremo no cuestionado-, pero sobre la misma cantidad de horas que resultaron abonadas en su oportunidad por la empleadora y que surgen de los recibos de haberes.

En suma dado que la recurrente no compareció a hacer uso de su derecho en tiempo y forma para contestar la acción instaurada en su contra, no puede en esta instancia pretender respuesta a los temas no controvertidos, razón por la cual propongo el rechazo del segundo y el tercer agravio.

La cuarta queja refiere a la inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad.

Al respecto caben las mismas consideraciones que las efectuadas sobre el agravio anterior. La ausencia de contradicción por parte de la demandada a la pretensión de los accionantes deviene en la limitación impuesta por el art. 274 del CPr.

No obstante, no resulta ocioso recordar el criterio de esta CáM. y Sala que integro, en cuanto a que el sueldo anual complementario es una remuneración suplementaria que se devenga día por día, pero que por imperativo legal –art. 122 de la LCT- se paga en dos

cuotas. Ese pago "semestral", se refiere a la liquidación o percepción del SAC, y no a su devengamiento -art. 245 LCT-. La circunstancia de encontrarse diferido en los dos períodos semestrales fijados en la LCT no es obstáculo para su inclusión en la base de cálculo de la indemnización en cuestión, desde que el art. 245 LCT -texto ordenado por Ley N° 25877- refiere a la "… la mejor retribución mensual… devengada", por lo que claramente la norma exige que sea mensual su devengamiento -adquisición del derecho a percibir el mismo por parte del trabajador- y no su percepción o exigibilidad de pago.

En atención a lo señalado corresponde rechazar el agravio.

El quinto agravio cuestiona el modo en que las sumas abonadas por S. a la Sra. V. deben ser imputadas. Postula que el pago efectuado debe descontarse primero del capital y luego a dicho saldo calcular los intereses.

El planteo deviene inadmisible, pues no puede pretenderse que lo abonado a cuenta se impute al capital cuando la deuda ya ha devengado intereses al tiempo de producirse el pago.

Conforme los arts. 137 y 128 LCT la mora es automática cuando se trata de créditos laborales, es por ello es que la jueza a quo dispuso que las sumas devengaran intereses desde que cada una fue debida y que al momento de practicarse la liquidación en la etapa de ejecución de sentencia deberá descontarse al 04 de febrero de 2014 a la suma de $590.749,81 adeudada a la Sra. N. C. V. la suma de $252.358,00 percibida por ella en esa fecha y la que será imputada como pago a cuenta

primero de intereses y luego de capital, criterio que comparto y por ello propongo confirmarlo.

Se rechaza el agravio.

El último agravio está constituido por la tasa de interés atento que difiere de la peticionada por la actora.

A los fines de resolver la cuestión traída a examen, vale tener en cuenta que el actor, al iniciar su demanda, expresamente solicitó que al monto reclamado se agreguen los intereses correspondientes a la tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina o en su defecto la tasa activa para operaciones de descuento que rija en el citado banco (fs. 58 vta.), así como también recordar que la demandada no se expidió al respecto.

Aclarado ello y atendiendo a los términos en que quedó trabada la litis sobre el punto en análisis, esta CáM. que integro, en sus dos Salas, ha analizado la tasa de interés que corresponde aplicar en los procesos de naturaleza laboral variando el criterio que vino sosteniendo en pleno hasta el año 2016 de aplicar la tasa activa para operaciones de descuento del Banco de la Nación Argentina por no reflejar la realidad económica y social del momento, desatendiendo así la plena protección que el salario del trabajador reclama.

Y por ello cotejando las distintas tasas que aplican las entidades financieras, la variable de la oferta crediticia, las variaciones de la economía según los datos que surgen de los informes de INDEC y publicaciones efectuadas por IPC consultadas, se estimó adecuada la tasa “para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut S.A. por ser la que mejor mantiene

la integralidad del crédito reconocido" (esta Sala S.D. 36/L/2016; 37/L/2016; 2/L/2017; 4/L/2017; 5/L/2017; 8/L/2017; 12/L/2017; 14/L/2017, Sala A, S.D. 34/L/2016, 13/L/2017 entre muchas otras) aunque, vale aclararlo, en aquellos casos en que el principio de congruencia lo permitiera o hubiera sido dejado librada la fijación de la misma.

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

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

Admito entonces esta parcela del recurso debiendo modificarse la tasa de interés y disponer que se aplicara la tasa de interés nominal anual para préstamos personales de libre destino del Banco de la Nación Argentina hasta el mes de abril de 2016 en que dejó de ser publicada. A partir de tal fecha estimo prudente, que hasta el momento del efectivo pago se aplique la tasa requerida en segundo término por el actor, esto es: la activa del Banco Nación para operaciones de descuento. Ello porque entiendo resulta

ser la que mejor se adecua a la pretensión de la recurrente y mantiene el principio de congruencia.

Costas y honorarios:

Atento la decisión a la que arribo, se impone readecuar costas y honorarios por imperio del art. 282 del CPr.

No obstante, no alterando la condición de vencida mantendré la imposición de costas a la demandada dispuesta en la sentencia recurrida.

Idéntico temperamento adoptaré para los honorarios por las tareas realizadas en primera instancia pues fueron regulados en porcentajes y de acuerdo a las pautas generales establecidas en el art. 5 y 6 38, 46, 60 y 61 de la ley arancelaria.

Las costas de esta instancia la impondré a la demandada vencida, pues la admisión parcial de sus quejas no modifica su calidad.

En consecuencia, los honorarios por las labores realizadas en esta instancia, por aplicación de las pautas legales previstas por el artículo 5 y las escalas específicas del 13 del régimen arancelario se establecen a favor de los Dres. E. J. M., J. M. P., y J. H. P. conjuntamente en el 30% y a favor de las Dras. N. G. F. y M. I. C. en el 25%, porcentajes a calcular sobre los que les fueron fijados por su actuación en primera instancia. En todos los casos deberá adicionarse la alícuota del IVA si correspondiere.

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada S. SA a fs. 885 y revocar la sentencia de fs. 875/883 exclusivamente en cuanto a la tasa de interés, estableciendo que deberá aplicarse

hasta el dia 1/4/2016 la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino del Banco de la Nación Argentina para un plazo de 49 a 60 meses. A partir del 1/4/2016 deberá aplicarse la tasa activa del Banco Nación para operaciones de descuento hasta el efectivo pago.

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

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

5) Regular honorarios por las labores en esta instancia en la forma propuesta.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:
Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada (fs. 885, agravios fs. 887/897). Corrido el traslado de rigor, fue contestado por la parte actora (fs. 899/910).

I. Antecedentes

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad impetrado por la parte actora con respecto al carácter de no remunerativo de los rubros percibidos normal y habitualmente por el Sr. R. A. S.. Hizo lugar a la demanda y en consecuencia, condenó a S. S. A. a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme el decisorio a la Sra. N. C. V. la suma de pesos quinientos noventa mil setecientos cuarenta y nueve con ochenta y un centavos ($590.749,81) y a la Sra. N. C. V. y a los Sres. N. M. S. y F. C. S. la suma de pesos doscientos seis mil ciento nueve con ochenta y un centavos ($206.109,81) -distribuida la misma en un 50% a la Sra.

N. C. V., en su calidad de cónyuge, y el resto a los herederos Sres. N. M. S. y F. C. S.-, sumas a incrementarse y a las que se le efectuaran los descuentos conforme lo establecido en considerando respectivo, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Condenó asimismo a la demandada a

entregar en idéntico plazo, un nuevo certificado previsional (Formulario PS 6.2 certificación de servicios y remuneraciones ANSES) en el que obre el verdadero salario devengado del causante, Sr. R. A. S., desde el año 2011 y hasta la extinción de la relación laboral, en un todo de acuerdo a lo prescripto en el art. 12 inc. g de la ley 24.241. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes. Contra el decisorio se alzó la parte demandada.

II. Análisis de los agravios

Es entonces que, adentrándome en el tratamiento traído a mi análisis, no resulta ocioso en el inicio recordar que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino 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).Sostengo a la par que las limitaciones impuestas al juez, en cuanto a los hechos, no rigen

tratándose del derecho, porque aunque las partes no lo invoquen o lo hagan en forma errónea, al juez corresponde calificar la relación sustancial en litis y determinar la norma jurídica que rige. Así, "en virtud del principio *iura novit curia* los jueces se encuentran facultados para calificar autónomamente los hechos de la causa y subsumirlos en las normas jurídicas que los rigen, con independencia de las alegaciones de las partes o del derecho por ellas invocado (CSJN, 4/5/93, RepED, 28-459, n° 16; íd., 8/3/94, RepED, 29-453, n° 20/21; CNCiv, Sala C, 12/6/01, ED, 194-220; Incom, Sala B, 14/2/05, ED, 212-107).

Anticipo asimismo que, atendiendo al detallado relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen la queja del apelante y que es desarrollado en el enjundioso 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.

En idéntico sentido, adelanto que con el fin de lograr un orden en el tratamiento de los distintos aspectos que son objeto de los agravios que componen la impugnación formulada, habré de abordarlos 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 a excepción de la queja sobre la tasa de interés.

Ya en la solución, destaco la declaración de rebeldía de la demandada – oportunamente decretada a fs. 93 de autos – en tanto los efectos de la misma entrecruzan transversalmente la cuestión llegada a esta Alzada, siendo además puntualizada por la propia apelante en el marco de su impugnación. Entonces, recuerdo aquí en primer lugar y en torno a la cuestión vinculada a la rebeldía que el artículo 61 del CPCCCh dispone que, declarada que fuera la misma, *"…la sentencia será pronunciada según el mérito de la causa y lo establecido en el artículo 360 inc.1°. En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración…"* A su vez, el artículo 360 inc. 1° al que remite expresa *"En la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas que, según este Código, no tuviera carácter previo. Deberá, además: 1°. Reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos cuyas copias se acompañen. Su silencio, sus respuestas evasivas, o la negativa meramente general podrán estimarse como reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran. En cuanto a los documentos se los tendrá por reconocidos o recibidos, según el caso…".*

No debe dejarse de lado que los jueces de grado tienen amplias facultades en la faena jurisdiccional de valorar los medios de prueba producidos y adquiridos para el proceso, a fin de establecer las circunstancias particulares del caso que faciliten al juzgador la valoración de las normas jurídicas aplicables. Sólo

excepcionalmente cede tal máxima y es cuando se demuestra la existencia de un absurdo material o formal.

Digo también que "la justicia no puede estar al servicio de ficciones y por tanto es necesario en cada caso que el magistrado esté convencido de la verdad de los hechos en que se funda la demanda, independientemente del silencio o rebeldía del demandado (Eisner Isidoro, "La Ley", 1979-C, 267).

En esa senda, es que el código de rito habilita al juzgador a dictar sentencia, en primera medida, según el mérito de la causa, y en caso de silencio, evasiva o negativa del demandado *podrá* tener como ciertos los hechos lícitos invocados en la demanda. La rebeldía, decretada y firme, constituirá *presunción* de verdad. Vale decir, es claro que la sola rebeldía no resulta útil en todos los casos para tener por acreditados los dichos del actor, y es facultad del juez a esa hora merituar las características del caso particular. En rigor de verdad, he de resaltar asimismo que el texto no deja dudas respecto de los documentos, los cuales se tendrán por reconocidos o recibidos.

Es que, toda pretensión en justicia supone la afirmación de un derecho para cuya realización es menester alegar y probar los hechos que lo sustentan. Cuando los hechos alegados no son admitidos por el adversario, ni son notorios o favorecidos por una presunción de la ley que los tenga por ciertos bajo determinados supuestos, entonces será necesario probarlos de modo que el juzgador alcance suficiente convencimiento sobre la exactitud de los mismos o de las afirmaciones que los contienen. La carga de la prueba es el imperativo que pesa sobre uno de los litigantes

de "suministrar la prueba de un hecho controvertido, mediante su propia actividad, si quiere evitar la pérdida del proceso" (Rosenberg, Leo, "La carga de la prueba", p. 15, Ed. E.J.E.A., Buenos Aires, 1956).

Ahora bien, luego del estudio detenido de estos actuados, no me queda duda de que la postura de la apelante – y así surge del texto de los agravios – evidencia un mero intento de apuntar en esta etapa aquellas cuestiones de las que se vio vedado en atención a la declaración de su rebeldía, lo que en modo alguno puede hoy pretender hacer valer ante esta Alzada, desde que, como he sostenido invariablemente, la apelación no es un nuevo juicio, sino que implica la revisión de la sentencia impugnada, con las limitaciones que ello impone, en resguardo del principio *tantum devolutum quantum appellatum.*

En esa inteligencia, es insostenible su argumentación, habiéndome permitido el tratamiento del recurso en la medida de lo posible y dentro del acotado marco que es reservado a esta Alzada, lo que sustento exclusivamente en la aplicación de un criterio amplio y resguardando aquél principio de la inviolabilidad del debido proceso, más, con todo, la impugnación no resulta idónea para conmover lo decidido en la sentencia venida en apelación, razón por la que propondré el rechazo de los agravios primero al quinto en razón de su homogeneidad en el sentido señalado párrafos arriba.

Sin perjuicio de ello, en punto aparte corresponde abordar lo relativo a la queja respecto de la tasa de interés fijada. Anticipo que haré lugar al planteo de la recurrente. He sostenido en anteriores fallos (“Y.,

A. A. c/ F., E. y O. s/ Demanda Laboral (Cobro de pesos e indem. de ley" Expte. N° 310/2017) 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. En el caso, el actor solicitó se aplique a los créditos reclamados la "tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina… o en su defecto la tasa activa para operaciones de descuento que rija también en el citado Banco de la Nación Argentina…" (fs. 58vta.) y en la sentencia en crisis se dispuso una diferente (fs. 882vta.) por lo que en dicho punto corresponde sí hacer lugar parcialmente al agravio de la apelante y ordenar se modifique la tasa dispuesta por no corresponder con la solicitada.

En consecuencia será aplicable la tasa de interés nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco de la Nación Argentina, y teniendo en cuenta que la misma estuvo vigente hasta el mes de abril de 2016, corresponderá a partir de dicho período se aplique la tasa activa para operaciones de descuento de la misma entidad bancaria, todo ello hasta el efectivo pago de las acreencias que han sido reconocidas en el fallo de la instancia de grado.

En cuanto a las costas y honorarios, en atención a como se resuelve corresponde sean readecuados por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual. En tanto la solución no incide en el objeto reclamado, mantendré en cabeza de la demandada las costas de la primera instancia y lo propio haré con las

de esta Alzada (art 69 CPCCCh). Difiero la regulación de honorarios de los profesionales actuantes para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusiera la parte demandada, y en consecuencia disponer se modifique el fallo exclusivamente en lo referido a la tasa de interés aplicable, según considerando respectivo.

2) Mantener las costas de la primera instancia como fueran fijadas, e imponer las de esta Alzada a la demandada vencida (arts. 69 y 282 CPCCCh).

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

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

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

1) Admitir parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandada S. SA a fs. 885 y revocar la sentencia de fs. 875/883 exclusivamente en cuanto a la tasa de interés, estableciendo que deberá aplicarse hasta el dia 1/4/2016 la tasa nominal anual para préstamos personales de libre destino del Banco de la Nación Argentina para un plazo de 49 a 60 meses. A partir del 1/4/2016 deberá aplicarse la tasa activa del Banco

Nación para operaciones de descuento hasta el efectivo pago.

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

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

4) Regular los honorarios de los Dres. E. J. Mata, J. M. P., y J. H. P. conjuntamente y por la tarea profesional cumplida en esta instancia en el 30% y los de las Dras. N. G. F. y M. I. C. en el 25%, porcentajes a calcular sobre los que les fueron fijados por su actuación en primera instancia. En todos los casos deberá adicionarse la alícuota del IVA si correspondiere.

5) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

M. FERNANDA ZANATTA
Jueza de CáM.

R. RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de CáM.

REGISTRADO BAJO EL NRO DEL AÑO 2019
EN EL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “L”