En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil veintidós, reunida en acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de su titular, Dr. Fernando Nahuelanca, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., C. E. c/ S. S. D. R. L. s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 291/21**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 417/15), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 2352), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 2304/2313? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

1. *El fallo*:

El juez de refuerzo de primera instancia declaró la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo, de los siguientes adicionales: "Complemento Zona Sur", "Acuerdo Colectivo Junio 2011", "Acuerdo Mayo 2012" y "Acuerdo Mayo 2013 14%", por lo expresado en considerando I. Asimismo, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a S. S.R.L. a abonar a la Sra. C. E. B., la suma de Pesos $70.376,20 más lo que se calcule por aplicación del art. 132 bis, y más los intereses fijados (considerando II), en el plazo

de 10 días de quedar firme la sentencia, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT.

En el artículo siguiente condenó a S. SRL a entregar a la actora los certificados que establece el art. 80 de la LCT, en las condiciones que el mismo señala y el capítulo VIII, apartado 6 de la norma, debiendo agregar las constancias de aportes al Seguro de Retiro Complementario establecido por D.N.R.T. nº 4701/91. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales (SD nro. 13/2021, fs. 2304/2313vta.).

2. *Actuaciones*:

La parte actora apela la sentencia definitiva a fs. 2315, a fs. 2314 y vta. sus letrados apoderados apelan la regulación de honorarios por bajos. La demandada apela a fs. 2316. Los recursos son concedidos en la forma y efectos que constan a fs. 2317. La actora expresa agravios (fs. 2313/2325) y hace lo suyo la demandada a fs. 2326/2633, a quien contesta la accionante (fs. 2335/2343). La demandada contesta a los agravios de su oponente a fs. 2341/2343.

3. Fundamentos de los *recursos*.

a) *Agravios de la actora*:

Se queja, en primer término, por lo que considera como incorrecta e insuficiente determinación de la indemnización por antigüedad, al no haber sido incluido al sueldo anual complementario como integrativo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada. Manifiesta que la base de cálculo utilizada por el sentenciante arroja un resultado de $5.613,52, lo que no contemplaría el SAC del mes de noviembre de 2013.
Entiende que el SAC es una remuneración que si bien se percibe semestralmente, se devenga día a día y la mejor remuneración mensual, normal y habitual de la actora habría sido con un adicional de 8,33%, ascendiendo a $6.081,12.

A ello lo multiplica por 5 meses de antigüedad resultando una indemnización por antigüedad de $30.405,60. Afirma que corresponde condenar a la demandada a abonarle la diferencia impaga que asciende a la suma de $21.614,20, con más intereses.

En segundo término reprocha el rechazo de la aplicación de la multa del art. 2° de la Ley 25323 sobre la diferencia indemnizatoria por antigüedad; sostiene que cumplió con los requisitos objetivos previstos en la norma para la procedencia del agravamiento indemnizatorio. Sostiene que el fallo se encuentra viciado de arbitrariedad en la apreciación de la prueba dado que el magistrado al considerar el telegrama ley enviado oportunamente (fs. 132) entendió que la demandada no fue intimada conforme los requisitos para la procedencia de la multa. Interpreta, por el contrario, que la intimación fue cursada puesto que se intimó al pago de la indemnización por antigüedad, y se vio forzada a promover una acción judicial; entiende que procede la multa.

A continuación, en tercer orden, se queja por el rechazo de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, por el incumplimiento de realizar los aportes al seguro de retiro complementario, privándola a la época de la extinción de la relación laboral del dinero que hubiera debido estar depositado en la cuenta individual. Se opone a los fundamentos del rechazo en tanto el sistema no habilitaría a la actora al retiro de los fondos; explica cómo funciona el sistema del seguro, dice luego que la imposibilidad del retiro de fondos es lo que generó concretamente el perjuicio cuya indemnización solicita, puesto que no pretendía seguir en el sistema. Agrega que la propia demandada reconoció implícitamente al contestar demanda que no realizó el aporte al seguro de retiro complementario por entender

que no estaba obligada al no haberlo dispuesto la Superintendencia de Seguros de la Nación. Solicita que se revoque el fallo apelado.

Introduce reserva del caso federal por arbitrariedad sorpresiva en la sentencia.

b) *Agravios de la demandada*:

En primer lugar, se queja por la declaración de inconstitucionalidad del carácter no remunerativo de los adicionales "complemento zona Sur", "Acuerdo Colectivo Junio 2011, "Acuerdo Mayo 2012" y "Acuerdo Mayo 2013 14%". Manifiesta que tales ítems parten de acuerdos negociados por las Cámaras Empresarias con el Sindicato de la actividad, y que fueron homologadas por el MTESS y afirma que el ejercicio razonable de un derecho, el cual deriva de la aplicación de una norma homologada por la Autoridad Administrativa Nacional del Trabajo, no puede ser fuente de perjuicio para el empleador; que los CCT homologados y las sumas no remunerativas en ellos incluidas son una ley en sentido material de alcance general. Que las partes no atacaron el carácter no remunerativo de los adicionales durante toda la relación laboral y la declaración de inconstitucionalidad es arbitraria.

Subsidiariamente, solicita que no se devenguen intereses y honorarios sobre la cuestión de confirmarse la sentencia por su legítimo entendimiento sobre la legalidad del carácter de los adicionales y así evitar un prejuicio a su derecho de propiedad.

A continuación, en segundo término, reprocha que el sentenciante considere que el contrato que unía a las partes era por plazo indeterminado. Sostiene que el contrato era por plazo fijo; que la actora al ingresar a trabajar para S. S.R.L tenía conocimiento del tipo de contrato, que ello habría sido probado a fs. 129 en audiencia confesional y de reconocimiento de firmas.

Explica que la contratación con la actora se circunscribió a la contratación general de los servicios de la empresa por el Poder Judicial provincial, por un proceso licitatorio con prórrogas por determinados plazos. Afirma que el sentenciante omitió considerar prueba testimonial, puntualmente las declaraciones de la Sra. S. y el Sr. F., quienes referirían a la modalidad de contratación entre las partes y su pleno conocimiento por los dependientes.

Solicita la revocación de la sentencia de grado, en tanto sostiene que la relación habría concluido por fenecimiento del plazo y no sería despido sin causa; que cursó preaviso a la actora en fecha 29/09/2013 sobre la finalización del contrato en fecha 30/11/2013 (fs. 2) y que habría cumplido con las exigencias del art. 94 de LCT.

Luego, introduce la cuestión del horario de trabajo. Se queja porque el sentenciante daría preeminencia a los dichos de la actora, pero, continúa diciendo, la presunción en el marco del art. 57 LCT admite prueba en contrario, y el juez de grado no habría considerado los testimonios de la Sra. S. y el Sr. F. quienes darían cuenta de la jornada laboral de la actora, relatando en detalle la cuestión. Solicita se revoque el fallo.

En tercer lugar, se agravia por la condena al pago de la multa del art. 80 LCT y a hacer entrega de certificados dispuestos por ese artículo. Manifiesta que no hubo omisiones en la información plasmada en el Certificado de Trabajo que habría dado a la actora. Agrega que el trabajador se encuentra facultado a obtener la información relacionada con sus aportes en ANSES. Cita jurisprudencia.

En cuanto a la entrega de constancia documentada de aportes y contribuciones, entiende que el juez de primera instancia incurre en exceso de formalismo en tanto el

trabajador puede obtener directamente tal información, verificando los aportes realizados por el empleador en la página de la AFIP mediante su clave fiscal. Razona que condenar con un apego sumiso a la ley a acompañar las constancias documentadas es resolver a espalda de la realidad vulnerando los principios elementales que informen el derecho laboral, tales como el principio de la realidad, buena fe y equidad. Sostiene que la decisión así es arbitraria y solicita su revocación.

Entiende, por último, que al tener que consignar datos de rubros que no eran remuneratorios a la fecha del distracto no podría disponerse una indemnización que sancione un comportamiento que no era obligatorio (art. 19 CN).

En su cuarto agravio reprocha la sanción del art. 132 bis porque la actora no habría intimado previamente a la extinción del vínculo laboral y por el plazo de 30 días, sino que habría realizado la intimación cuando ya se extinguió la relación laboral (fs. 4), que ello obsta a la aplicación de la multa por defecto de la intimación. Que, asimismo, no indicaría los períodos que fueron retenidos y no aportados. Solicita la revocación del punto de la sentencia.

4. *Contestaciones*.

a) *Contestación de la parte actora*:

La actora se pronuncia a favor de los puntos de la sentencia que agravian a la contraria. Contesta uno por uno. Sobre el primero entiende que no realizó ninguna crítica concreta y razonada de los fundamentos expuestos en la sentencia y de los precedentes judiciales invocados por el juez de grado así como de las normas de jerarquía constitucional. Continúa diciendo los adicionales tienen naturaleza salarial, conforme las previsiones contenidas en el Convenio n° 95 de la OIT y en el art. 103 LCT en

cuanto al alcance que se le debe asignar al concepto de salario percibido por su parte.

Sobre el segundo agravio, manifiesta que el contenido de contrato a plazo fijo, del que no se le habría extendido copia, determina que el mismo sea inoponible a su parte, porque ni en el texto del contrato ni en la modalidad de prestación laboral existía una justificación objetiva de un contrato que se pretende oponerle por un plazo de cuatro 4 años y 11 meses; que la actividad desarrollada por su parte era la pertinente al giro empresario normal de la demandada, y que no puede la demandada invocar una contratación extraordinaria y especial. Entiende que es un caso de fraude laboral con abuso de firma en blanco, que ello surge del contrato.

Entiende que mantienen vigencia las disposiciones de la Ley 24013 en su art. 27 que ratifica el principio general de la Ley de Contrato de Trabajo de la indeterminación del plazo del contrato de acuerdo a lo establecido por el art. 90 LCT, que ello guarda concordancia con el art 9 de la LCT, que expresamente dispone que en caso de duda se considerará que el contrato es por tiempo indeterminado, y el art. 31.

En cuanto al horario laboral, describe las supuestas contradicciones en los testimonios rendidos en autos para decir que tenía una jornada laboral de aproximadamente 5 horas. Luego ataca los agravios como crítica insuficiente.

Respecto del tercer agravio, manifiesta que la contraria no formula crítica en relación con las inconsistencias e incumplimiento de requisitos de ambos instrumentos y la omisión total de entregar constancia documentada del ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones; asimismo que la expone a gestiones personales ante los organismos previsionales y fiscales para suplir el

incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales. Luego sostiene que la intimación no fue receptada y que fue rechazada la carta documento O. remitida también en enero de 2014 por la demandada (fs. 196 y 208), que ello obsta a la procedencia de la operatividad de la norma, que sus críticas no se compadecen con lo establecido tanto por el art. 132 bis LCT ni por el Decreto 146/01 que no disponen que deba estar vigente el vínculo laboral.

b) *Contestación de la demandada*:

Sobre el primer agravio (punto a. de fs. 2328vta.), razona y critica en consonancia con la decisión de primera instancia, cita doctrina sobre el punto; concluye que no debe incorporarse el SAC para el cálculo de la mejor remuneración normal, mensual y habitual. Solicita la confirmación de la sentencia.

Respecto del segundo agravio de la actora, sostiene que la conclusión del contrato de trabajo se produjo por vencimiento del plazo y no corresponde afrontar la penalidad porque se habrían abonado las indemnizaciones previstas para este tipo de contrato, no estando en mora. Por otra parte, entiende que el telegrama de fs. 4 no evidencia de manera clara y precisa las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 LCT.

5. *Honorarios*:

Los letrados apoderados de la actora reprochan la regulación dispuesta en la sentencia de grado: 18%. Razonan que la ley arancelaria establece para la actuación de abogados un porcentaje entre el 11% y 20% para la parte vencedora, lo que se incrementa con la actuación en el carácter de procuradores en un 30% y 40%. Que en tal contexto la regulación efectuada raya el mínimo porque calculan que deberían tener un porcentaje oscilante entre el 15,4% y el 28%. Asimismo, manifiestan que existen

escasos fundamentos en la decisión de la instancia precedente y manifiestan que existe desproporción en comparación con los honorarios de los letrados de la contraria y de los peritos.

6. *Tratamiento de los agravios.*

De la parte demandada:

Por su implicancia, corresponde el tratamiento de los de esta parte (punto a. de fs. 2328vta.), en tanto impugna la declaración de inconstitucionalidad del carácter no remunerativo de los adicionales, acudiendo a que los establecidos originariamente corresponden a acuerdos negociados por las Cámaras Empresarias y homologados por el MTESS, afirmando en consecuencia que no puede ser fuente de perjuicios y en tanto la conceptualización jurídica de sus resultados ha importado calificarlas al rango de ley material de alcance general.

Ya se señaló la oposición de la parte actora con los alcances que resultan ya de jurisprudencia reiterada de esta Cámara y por ser derecho vigente. Corresponde en consecuencia reseñar algunos de los fallos, *v.gr.* autos caratulados "M., C. A. c/ R., R. K. s/ sumario (cobro de pesos e indem. de ley", expte. n° 236 año 2014). Con ello, que los fundamentos de la apelante constituyen posturas superadas en cualesquiera de los órdenes abordados, que comenzaron compatibilizando la jurisprudencia, como el de la CNac.Trabajo, Sala X, en los autos "G., P. D. c/ B. A. s/ despido", de fecha 5/6/2009, al aplicar el art. 1° del Convenio 95 de la O.I.T. y resolver sobre la inconstitucionalidad del C.C.T. Resol. 632/07 de Empleados de Comercio, que calificaba como no remunerativo un aumento salarial, cuando constituía una ganancia por la prestación del servicio y que con ello se afectaba el derecho a la retribución justa (art. 14 bis C.N.) y al derecho de propiedad (art. 17 C.N.), Paralelamente, posturas como la de la recurrente contrariaban la Ley de Contrato de Trabajo n° 20744, que

en el art. 103 se establecía que se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, coincidente y mediando la ratificación del Convenio n° 95 de la Organización Internacional del Trabajo mediante Dec. Ley 11594/96, todo ingresado –como otros convenios internacionales– al nivel del mayor rango de la pirámide legal, con el art. 75 inc. 22 de la Constitución nacional. Es el derecho vigente, hilvanado desde el máximo tribunal del país, cuando se expide la CSJN en los autos "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (Fallos 332:2043). Sus conceptos salientes: la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta, en lo inmediato, en un proceso comprensivo concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo; es preciso entender que el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, han hecho del trabajador un sujeto de preferente tutela constitucional ("Vizzoti", Fallos 327:3677, 3689 y 3690; "Aquino", fallos 327:3753, 3770 y 3797); el bloque de constitucionalidad por donde ingresan los arts. 6° y 7° del PIDESC, proporcionan las pautas para la conceptualización del salario o remuneración, con lo que resulta inadmisible que caiga fuera del alcance de estas denominaciones una prestación que, como los vales alimentarios entrañó para el actor, inequívocamente, una "ganancia" y que, con no menor transparencia, solo encontró motivo o resultó consecuencia del mentado contrato o relación de empleo. Fue por lo que en dicha oportunidad la CSJN declara la inconstitucionalidad del art. 103 bis inc. c de la L.C.T. (texto Ley 24700), relativos a los vales alimentarios en cuanto niega a estos naturaleza salarial.

Son las razones seguidas en la causa antecedente citada, de igual modo a la que había dictado en los autos caratulados "V., E. N. c/ F. E. e H. SA s/ sumario – Cobro de pesos e indem. de ley", expte. n° 737/13, cuando

recepta la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios. Se expone en esta causa como sabido que cabe declarar la inconstitucionalidad de la norma convencional en tanto considera a las prestaciones como no remunerativas, pues las prestaciones que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo son tipificadas como remuneraciones por el legislador y sus características son definidas por el art. 103 LCT; que a partir de la reforma constitucional del año 1994 que determina como normas supralegales los tratados internacionales, ingresan a esta categoría los vigentes con la OIT, por lo tanto si las normas aplicables al caso vulneran normas de jerarquía constitucional o supralegal, el juez puede declarar –hasta– de oficio la inconstitucionalidad. Considera el fallo de esta Sala el cercano precedente de la CSJN en los autos caratulados: "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.", del 4/6/2013, que declara la inconstitucionalidad de los aumentos no remunerativos.

Por lo expuesto se rechaza el agravio precedente.

Punto b. fs. 2329, se agravia en que se haya considerado el contrato como de plazo indeterminado – despido sin causa justificada e indemnización del art. 245 LCT – Horario de trabajo.

Señala que la sentencia realiza el análisis basado en los requisitos del art. 90 incs. a y b de la L.C.T., sosteniendo de inmediato que su parte cumplió acabadamente con esa condición conforme se desprende de la documentación acompañada a fs. 47, que señala reconocida en la audiencia confesional y de reconocimiento de firma.

Opone por otra parte que las contrataciones sucesivas de su parte con el S.T.J. (fs. 2200/2231), son consecuencias del modo licitatorio y donde se establece que vencido cada plazo se convoca a un nuevo proceso de selección, con lo que agrega que las suscesivas

contrataciones referidas por la sentencia son entre su parte y el STJ, pero el establecido con la parte actora es un contrato único con plazo determinado, formalizado por escrito.

En tal sentido da por concordantes las declaraciones testimoniales de L. D. F. y la Sra. S.

Las restantes alegaciones controvierten lógicamente en función del tipo de contrato sostenido de plazo determinado, que no se configuró un despido sin causa y que no corresponde aplicar el art. 245 LCT ni ningún otro derecho.

La actora contesta los agravios a fs. 2336vta., fundando como no cumplidas las exigencias del doble ejemplar, por otra parte que la actividad de la parte actora era la pertinente al giro empresarial por lo que no existía justificación objetiva para un contrato de 4 años y 11 meses, puesto que tenían contratos por seis meses prorrogables y que si bien a sentencia no lo trata, su parte había opuesto la firma del contrato en blanco, con lo que se está ante un caso de fraude laboral.

Al analizar las constancias del fallo, se advierte que los agravios interpuestos y la controversia resultante no pasa por los fundamentos exactos establecidos por la sentencia para resolver.

Esta a fs. 2307 señala que si bien el contrato se celebra por escrito (alude en efecto a la documental de fs. 47 y su reconocimiento por la actora, no incluye un dato trascendente, la justificación del carácter temporal, para alejarse del contrato por tiempo indeterminado. Expone entonces que para excepcionar el contrato se considera celebrado por tiempo indeterminado, deben darse las dos circunstancias del art. 90 incs. a) y b) del art. 90 LCT. Considera en consecuencia que las sucesivas contrataciones con el Poder Judicial, pone en evidencia que S. SRL tiene por objeto permanente la realización de tareas de limpieza, que en consecuencia es

tarea habitual, con lo que no se justifica la utilización de una figura contractual precaria.

Funda la interpretación de la norma que deben darse los dos requisitos, ambos deben seguir conjuntamente necesarias para que se justifique la modalidad temporal del contrato (cita doctrina).

De lo expuesto surge que el juzgador no confunde, como parece entenderlo la demandada recurrente, que toma la consecución de los contratos temporales contratados con el Poder Judicial como determinantes de la hipótesis del último párrafo del art. 90 cit. La interpretación del juez es que los sucesivos contratos de fs. 2190/2233 revelan que el servicio de limpieza es el objeto comercial permanente de S. SRL, por lo que sin perjuicio como en el caso que la parte demandada celebrara los contratos con terceros por tiempo determinado, no justificó la contratación a término de la parte actora en el marco del art. 90 inc. a porque la modalidad de la actividad "servicio de limpieza", eran tareas inherentes a las actividades permanentes de la empresa.

De larga data, esta Cámara receptó el criterio acumulativo de los dos recaudos del art. 90 LCT, caso de los autos caratulados "B., A. S. c/ O. E. A.", expte. n° 1822/88), Sent. Def. n° 43/1990. Se estableció que la interpretación de la norma no podía dejar de lado la más favorable como otra norma legal cuyo objeto es precisamente la protección del trabajador y si la conjunción "o" no se llevó a la letra de la ley, era la suma de ambos recaudos los que debían considerarse, donde la voluntad de los trabajadores se encuentran comprendidos por razones de interés social en el principio de irrenunciabilidad de derechos, con lo que solo acreditar el empleador que celebró el contrato a plazo fijo no resultó suficiente (*cf.* "Contrato de Trabajo", Gustavo Raúl Meilij, T.I, pág.347 y ss. nros. 736 al 750 y jurisp. citada entre otras).

Es claro que por otra parte la demandada pretende servirse de las contrataciones temporales como naturalizantes del plazo determinado establecido en la contratación de la parte actora, postura inadmisible si no ha probado con su estatuto societario constitutivo donde surja que por su naturaleza las actividades contratadas solo admitían una única vez con plazo determinado.

La omisión de las declaraciones de la Sra. S. y el Sr. F., reconociendo el modo de las contrataciones de los dependientes como la de autos resultan inadmisibles si se pretende modificar con la testimonial la debida interpretación legal que corresponde al juicio de una dependiente planteado en autos, que demuestra la irregularidad de establecer el contrato laboral de finiquito temporal, desconociendo el carácter de plazo indeterminado que correspondía.

Queda advertido que otras circunstancias integran la controversia del agravio, de innecesario tratamiento en tanto no quedó conmovida la interpretación fundamental del sentenciante y consecuente recepción de la extinción de la relación de trabajo sin causa justificada e indemnizaciones dispuestas.

El agravio respecto al horario de trabajo asimismo se rechaza, en tanto que por sobre la presunción que resulta del art. 57 LCT, funda el sentenciante que la demandada no cumplimentó la presentación de las planillas horarias por las que fuera intimada (fs. 104), fundamento que al no resultar controvertido se encuentra firme y por lo tanto inadmisible se remita como sustitución a la prueba testimonial.

Todo sin perjuicio que aún observó el juzgador el incumplimiento el art. 31 Ley 24013, en ausencia de las copias que debían probarse entregadas al trabajador y a la asociación sindical y por lo que en definitiva concluye

en la concepción del contrato como de plazo indeterminado (fs. 2308).

Se rechaza por todo lo expuesto el agravio interpuesto.

Punto c. de fs. 2330vta.: agravia a la apelante que "…corresponde a la trabajadora percibir la indemnización que establece el art. 80 LCT y hacer entrega de certificados dispuestos por el artículo".

Critica la recurrente las concepciones del Juzgador en cuanto destaca de la documentación relativa a la certificación de servicios y remuneraciones que se encuentre sin certificar la firma de la demandada en el formulario PS 6.2 y que no se determina correctamente el dato de finalización del contrato de trabajo, con exceso de formalismos, entendiendo por su parte que con la sola entrega de las certificaciones así analizadas se deban ordenar su repetición, desde que por su parte el trabajador asimismo se encontraba facultado para obtener las informaciones pertinentes de la propia ANSES. Cita fallo de la Cámara respecto a tales temáticas y que comprende la jurisprudencia del caso "L. R." del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, que en su oportunidad revocara fallo de esta Cámara, en tanto se silenciaba la realidad de la causa que demostraban los cumplimientos sustanciales por encontrarse las mismas glosadas en autos. Resalta paralelamente que no se advertía la violación de la finalidad de la ley en el marco del art. 80 LCT, cuya finalidad fue evitar la evasión con el componente de la Ley 25345.

La actora controvierte la pretensión revocatoria de la parte demandada y el excesivo rigor formal y que no corresponda volver a entregar los dos instrumentos del Art. 80 LCT. Insiste en la omisiones en que incurrió la empleadora en la entrega de la certificación previsional y el certificado de trabajo.

Frente a la decisión del sentenciante y controversia de partes, es claro que el magistrado ni la actora ahondaron en la jurisprudencia del caso. Lo que corresponde singularizar es el cuadro jurisprudencial admitido al certificado de trabajo en el caso fundante "L. R.", a cuyo respecto esta Cámara ha seguido en caso similar, los autos caratulados: "V., M. E. c/ S. A. I. S.A. s/ sumario – cobro de pesos e indem de ley", expte. n° 166 año 2021. En este caso citado se alude incluso a la jurisprudencia de esta Cámara, entonces la Sala B, autos "D.M., O. D., c/ A.G. SRL s/ sumario – cobro de pesos e indem. de ley", expte. n° 607/13, donde el certificado de trabajo no contiene la totalidad de las constancias en el mismo certificado, aceptado en su caso por el alto tribunal provincial, por las otras constancias de la causa. En el mismo sentido lo fallado en "N., M. A. c/ S. SRL s/sumario – cobro de pesos e indemnizaciones de ley", expte. n° 268/2021. Se tuvo en consideración en el caso "L. R." del alto tribunal provincial, que el señor ministro preopinante señalaba la entrega del certificado de trabajo con los datos personales del actor, tiempo de prestación de servicios, calificación profesional con la que egresó, que asimismo consignaba que se habían efectuado los aportes jubilatorios, indicando número de CUIL y número de CUIT de la empresa, acompañó además la certificación de remuneraciones y servicios en formulario PS 6.2, con lo que no podía soslayar que los dos documentos reunían los elementos exigidos en la norma.

Con tal antecedente, la confrontación jurisprudencial satisface a la documentación de autos, primero, porque la demandada hizo entrega del certificado de trabajo en 11/12/2013, que bien señala la fecha de ingreso y cese de la parte actora, esta última al 30 de

noviembre de 2013, funciones de maestranza (en la constancia de baja fs. 53, se informa la Categ. A, Maestranza y Servicios – Puesto 9132 – Limpiadores de oficinas, hoteles y otros establecimientos), que el trabajador realizó acciones regulares de capacitación y con carácter de declaración jurada que se realizaron los depósitos correspondientes a los organismos de seguridad respecto a los aportes y contribuciones. Con anexo se adjunta formulario ANSES PS 6.2 (Reserv. n° 4921 de origen).

Si resulta en efecto, que el formulario PS 6.2 de fs. 49/52, entre las remuneraciones que certifica el empleador a partir del año 2008, omite certificar la del mes de noviembre/2013 en la de fs. 50, lo que puede explicar porque el mes respectivo se abonó con la liquidación final (ver fs. 20), pero adviértase que en todo caso que las constancias de fs. 49 y 53 consignan el cese de la relación laboral en 30/11/2013.

Lo expuesto permite la misma conclusión que la adoptada por el alto tribunal provincial, que por autoridad jurisprudencial se transcribe: "…estos datos que emergen del proceso me permiten concluir, que la conducta desplegada por las partes con anterioridad a la iniciación de esta litis, dan cuenta que la empleadora entregó el certificado de trabajo que el actor adjunta y la certificación de remuneraciones y servicios… al tiempo del distracto. Es decir, no fue necesario que el actor efectuara la intimación y reclamo pertinente por vía telegráfica.

La obligación de hacer que recaía en la empleadora se encontraba cumplida, en tanto los leves defectos formales y parciales no importaron el incumplimiento de la entrega del certificado de trabajo.

Se confirma por otra parte la prueba de los aportes y contribuciones, a cuyo respecto, asimismo rechazó el S.T.J. el criterio formalista para incorporar la interpretación realista considerando la exigencia de la Administración Federal de Ingresos Públicos que requiere a las empresas el ingreso conjunto de los aportes y contribuciones de los trabajadores a la Seguridad Social, incorporados en la declaración jurada mensual por medio del Form. n° 931 que contiene las cantidades globales (constancias concordantes de fs. 209/209vta.), referidas a los ingresos a la seguridad social.

Se reiteran en los presentes actuados las mismas explicaciones atendidas en "L. R.” respecto a las contribuciones a la Seguridad Social, que atento a la especial naturaleza de este concepto, se diferencian de lo que acontece con los aportes a la seguridad social, con lo que en principio no resulta factible identificar una imputación a trabajadores en particular.

Todo lo expuesto sin la consideración debida por el sentenciante, cuando por otra parte quedó incorporada a fs. 2182/2187, informe AFIP de la situación previsional de la actora C. E. B. desde el 12/2008 al 11/2013, donde surge el pago regular de los aportes a la seguridad social y a la obra social.

Por todo lo expuesto se hace lugar al recurso y se revoca la sentencia en cuanto concede en función del agravio.

Por lo expuesto procede parcialmente el de la demandada y queda revocada la sentencia en la imposición de la multa del art. 80 L.C.T., sin perjuicio del mantenimiento de la expedición del certificado de trabajo ordenado en tanto se debe el contenido de otras constancias.

Reitera la parte demandada un segundo punto c. a fs. 2332vta., pero con agravio por la aplicación del art. 132bis de la L.C.T.

Define la recurrente la sustancia de la norma y dice que en este caso la actora no intima previamente a la extinción del vínculo laboral y por el plazo de 30 días, sino que realiza la intimación cuando ya se extinguió la relación laboral (fs. 4), en la que se rechaza la finalización del contrato a plazo y se considera despedida de manera arbitraria sin justa causa, lo que obsta a la aplicación de la multa, como que por otra parte deben indicarse los períodos retenidos.

La parte actora contesta que la apelante no se hace cargo que fue condenada con la sanción conminatoria del art. 132 bis LCT, por haberse acreditado que no pagó al sindicato de primer grado los aportes del 2% de los sueldos percibidos, pese a haber sido fehacientemente intimada. Que incurre en un error, ya que la intimación no es del 3 de enero de 2013, sino del 3 de enero de 2014 y tal notificación fue rechazada por la demandada, lo que obsta a su operatividad. Que por otra parte tanto el art. 132 bis cit., o el Dec. 146/01, no disponen que la intimación debe producirse vigente el vínculo laboral.

En el confronte de las alegaciones de la parte demandada, se advierte, en efecto, que yerra en cuanto a la fecha de la intimación de fs. 4 porque no es del 3 de enero de 2013, sino el mismo día y mes pero del año 2014. Por otra parte, las observaciones formuladas que la parte actora no intima previamente a la extinción del vínculo laboraly por el plazo de 30 días, sino que lo hace cuando ya se extinguió dicha relación, no constituye agravios alguno, ya que precisamente la intimación que se rige por el Dec.146/01 (reglamentación del art. 45 Ley 25345, que agrega al último párr. del art. 80 LCT), que habilita el requerimiento fehaciente transcurridos 30 días de

extinguido el contrato de trabajo por cualquier causa (*cf*. autos: "F., N. c/ P. S. I. S.A. s/ cobro de pesos – Laboral (S.T.J. expte. n° 20.394-F- 2006).

Por otra parte, no se verifica la supuesta omisión de no haberse señalado los períodos comprendidos en la retención imputada de los aportes del art. 100 CCT 130/75 en la requisitoria de fs. 4, si se formula sobre la base de haberse verificado la ausencia de ingresos de los aportes en la cuenta de recaudación del C. de E. de C.

Se rechaza por lo expuesto el agravio precedente interpuesto por la parte demandada, por el resultado del que prospera, el recurso habrá de prosperar parcialmente.

El recurso de la parte actora de fs. 2318/2325, aborda el "primer agravio", por la insuficiente determinación de la indemnización por antigüedad al no incluir en la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada la incidencia del sueldo anual complementario". Impugna la concepción del sentenciante que se ajusta a la pericial de la experta (fs. 2883/2300), que determina con los componentes salariales del mes de noviembre de 2013, el monto de $5.613,52, que determina el sentenciante como base de cálculo de las indemnizaciones, suma que no contiene el proporcional del sueldo anual complementario devengado en el mencionado mes de noviembre/2013. Se explaya sobre la argumentación relativa a la que tiene referencia a la jurisprudencia de los tribunales y de esta Cámara, sobre la correspondencia del concepto S.A.C. proporcional en la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

La parte demandada controvierte la pretensión a fs. 2341/2342vta., relevando que el concepto de mensual excluye aquello que no se liquida en forma mensual, cita asimismo fallos y el Plenario n° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo caratulado: "T., A. P. c/ Banco Central de la República Argentina s/ Ley 25561", la que determina que no corresponde incluir en la base salarial

prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario.

Refiere asimismo jurisprudencia concordante al plenario señalado.

El caso planteado es habitual en estos tribunales, en fallo reciente, esta Cámara se expide en los autos caratulados: "N., M. A. c/ S. SRL s/ sumario – cobro de pesos e indemnizaciones de ley", expte n° 268/2021, ya citado, volviendo a antecedentes como los autos caratulados "M., C. A. c/ R., R. K. s/sumario (Cobro de pesos e indemnización de ley", expte. n° 236 año 2014, asimismo tratando argumentos tradicionales por los que se consideran que el SAC no participa de la naturaleza normal y habitual de la retribución, por lo que no puede integrar la base del cálculo indemnizatorio. Al respecto se ha expedido esta Sala con amplitud. El suscripto se refirió al plenario invocado por la apelante, que en efecto, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en tribunal plenario con fecha 19/11/2009, estableció por mayoría, que no correspondía incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario.

Se trata del plenario "T.", donde los jueces señalan que cuando se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual". Interpretaron en dicho cauce que con la Ley 25877 también debía excluirse el rubro cuyo carácter es anual; no se negaba la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, distinguiéndolo del

nacimiento del derecho, el día a día, que asimismo es atributo de otras remuneraciones, por ej., el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs. 84 y ss.). Pero el plenario tenía un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (dicho en el voto de la Dra. Estela Ferreirós), como de falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. R. B. y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. E. F. sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aún menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado. Además también se dijo por la minoría, que la interpretación implicaba un apartamiento del principio "a favor del operario" consagrado en la L.C.T. art. 9°, pero asimismo del mandato constitucional del art. 14 bis de la ley cimera y del principio de progresividad del art. 75 CN inc.19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, sabido es como lo expone el Dr. B. C., que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas, sino que todas tienen fuerza directamente operativa. Con ello quedó superado el caso "T." y reforzado con el dictado de la Ley 26248 se favorecía la interpretación favorable al dependiente y si era el caso de duda o frente a dos interpretaciones de la norma o

conjunto de normas que rigieran las instituciones del derecho del trabajo, debía decidirse en el sentido más favorable al trabajador; en resumen, interpretar con el auxilio de la doctrina especializada, que con la Ley 25877 que cambió el contexto del art. 245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual "percibida" por "devengada", resultó válida para incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial indemnizatoria, aunque sea de pago no mensual, en la medida que el mismo se devenga día a día y de ese modo integrar la calificación de remuneración mensual. Se señalaba además la cantidad de provincias que seguían este criterio, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual comprende también las remuneraciones de pago no mensual, ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por trabajar día a día, sin perjuicio que su pago sea diferido a otro momento. Se citó además el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso "Martín, Rosa L. c/ A.S.E.B.A.", Diario de Jurisprudencia Judicial del 5/1201, cuya doctrina establece: "…A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originen como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido… La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido…".

Por lo expuesto, el agravio de la parte actora debe prosperar, a partir del monto salarial del mes de noviembre de 2013 señalado en la pericia, $5.613,52, con la incidencia proporcional del S.A.C. (8,33%), la mejor remuneración normal mensual normal y habitual $6.081,12, por 5 conforme con la antigüedad de la actora, con lo que el concepto corresponde por la suma de $30.405,60, en lo demás deduciendo el monto abonado de $ 8.791,40, con lo que en definitiva prospera por la suma de $21.614,20, e intereses correspondientes.

Artículo 2 - Ley 25323: a fs. 2319vta., impugna la resolución del juzgador al rechazar la aplicación del art. 2° de la Ley 25323 sobre las diferencias indemnizatorias por antigüedad, pese –dice– haberse cumplimentado los requisitos del art. 2 Ley 25323, sobre la diferencia indemnizatoria por antigüedad para la procedencia del agravamiento indemnizatorio.

La recurrente sostiene que lo concreto es que la demandada abonó una indemnización de plazo fijo por una antigüedad de 4 años y 11 meses, equivalente al 22% de lo realmente devengado, cuando debió abonar $30.405,60, liquidó solo $8.791,40, y ante la negativa, obligó a promover la acción judicial.

La demandada contesta negativamente a fs. 2339vta., sosteniendo que lo que vinculó a las partes es un contrato de plazo fijo, por lo que no le corresponde abonar la penalidad del artículo 2 Ley 25323. Cita jurisprudencia de un caso que entiende que la demandada no se encontraba mora y otro aludiendo a la opinión de un voto en minoría.

La interpretación del juzgador resulta que para la aplicación del art. 2 Ley 25323, el telegrama Ley 23789 de fs. 4, no intima para las indemnizaciones que menciona el artículo, por lo que declara inviable la pretensión

referida el agravamiento indemnizatorio que establece la norma citada.

La atenta lectura del art. 2 Ley 25323, lo que permite establecer es que el empleador resulta previamente intimado a abonar las indemnizaciones por despido y de ser las previstas en alguno de los varios artículos que cita, no siendo abonadas bajo reclamación en juicio, serán incrementadas en un 50%.

Ello es, sin perjuicio de que en la intimación pueda o no citarse el artículo respectivo, es suficiente la denominación de la indemnización fehacientemente intimada y de no ser abonada, las restantes consecuencias del art. 2 citado.

El criterio interpretativo fluye del trabajo de doctrina "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimiento del empleador" (autor Sergio Joaquín Alejandro, "Derecho del Trabajo", T. 2000-2308 y ss.). Dice el autor en el título "Necesidad de intimación previa": "El art. 2 de la ley 25323, asigna al trabajador la carga de formular previamente al empleador (sujeto pasivo), la intimación del pago de las indemnizaciones para que se produzcan los efectos previstos por la ley". En cuanto a la forma de la intimación solo se ocupa de la fehaciencia, desecha la comunicación verbal y agrega que la norma no establece una forma predeterminada de comunicación escrita, la que podrá concretarse mediante telegrama, carta documento, notificación cuya recepción suscribe el empleador, acta notarial o instrumento equivalente; nunca señala que debe citarse el artículo.

Es la idea fuerza del trabajo citado, cuando resalta en recuadro dominante por fuera de los textos: "El artículo 2° de la Ley 25323 asigna al trabajador la carga de formular previamente al empleador la intimación de pago de las indemnizaciones para que se produzcan los efectos previstos en la ley".

Por lo demás, a propósito de la defensa de la parte demandada por la supuesta inexistencia de mora, advierta que fue puesta en tal situación jurídica con el telegrama ley de fs. 4, intimada para que en el plazo de dos (2) días, abone las diferencias de la indemnización… por antigüedad bajo apercibimiento de accionar judicialmente, anulatoria de la pretensión contractual de plazo fijo que no se ajustaba a derecho.

Por todo lo expuesto se revoca la sentencia sobre el punto, atento a la procedencia del agravio a título del art. 2 de la Ley 25323.

El "tercer agravio" de fs. 2320vta., finca en el rechazo de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a la actora por el incumplimiento de la demandada de realizar los aportes de retiro complementario…".

Transcribe la actora recurrente la exactitud de los términos que traduce la sentencia de lo demandado por su parte, con el introductorio del juez que lo pretendido es una indemnización por daños y perjuicios por la suma de $5.500, por la falta de ingresos al fondo de retiro de seguro complementario prevista en el CCT 130/75, en tanto se vio privado a la extinción de la relación laboral del dinero que hubiera tenido que estar depositado. Frente a tal acción que detalla el sentenciante el Seguro de Retiro Complementario, un sistema de retiro adicional de carácter previsional, sustentado con fondos porcentuales aportados por el empleador con destino a renta vitalicia (beneficio básico) y otro aporte personal del trabajador (beneficio adicional), destinado a conformar una cuenta que habilita al trabajador a retirarla, pero considera la sentencia que el sistema no habilita al actor a retirar los fondos que aporta el empleador, sino los personales

efectuados por él, lo cual no acredita haberlos efectuado (fs. 2311, último párr.).

Funda la recurrente que el sistema de seguro complementario funciona exclusivamente con los aportes patronales equivalentes al 3,5% de los salarios de los trabajadores, contribución que se destina en un 50% a una cuenta individual del trabajador –que este puede extraer al finalizar la relación laboral– y el otro 50% a un fondo solidario que financia lo que el SRC denomina "beneficio básico" de la renta vitalicia; que su parte intimó la entrega de las declaraciones juradas correspondientes a la contribución empresaria, sin respuesta alguna de la demandada. Sigue explicando la recurrente el funcionamiento de las cuentas formadas, conforme al art. 5 del Protocolo Adicional del 25/6/91, las previsiones del art. 9 del mismo protocolo (facultades para el trabajador para el retiro de los aportes personales y rendimientos obtenidos por los mismos, o de permanencia en el sistema).

Pero funda en consecuencia la actora apelante, que cuando se habla de la cuenta individual del trabajador donde se depositan lo se llama "aportes personales del trabajador", está constituido por el 50% de la contribución que realiza el empleador en la medida porcentual del 3,5% de los salarios de los trabajadores y donde el esfuerzo para su entendimiento por el "a quo" lo hace en términos perjudiciales para el trabajador, pese a la reiterada jurisprudencia de esta Cámara revocando la negativa jurisdiccional.

La parte demandada no contesta los agravios, ni se ha agraviado que el sentenciante dice que "…solo efectúa negación de la procedencia de este reclamo" (fs. 2311).

La parte actora recurrente invoca asimismo la jurisprudencia de esta Cámara, los autos "C. c/ Ó. C. SRL" (expte. n° 113/2016), siendo por otra parte oportuno

señalar que mucho antes se había pronunciado en los autos caratulados "S., R. D. c/ L. C. S.A. s/ demanda laboral (indemnizaciones)", expte. n° 435 año 2010, receptando de la contestación del Centro de Empleados de Comercio la existencia de la Disposición D.N.R.T. 4701/91 M.T.S.S., que homologa el Acuerdo entre la Federación de Empleados de Comercio y Servicios y la Cámara Argentina de Comercio, Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias y Unión de Entidades Comerciales Argentinas, que establecen el sistema de retiro complementario (reitera homologado por Disposición 4701/91, integrado al C.C.T. 134/75), conformado con un fondo integrado por un aporte de los empleadores del 3,5% mensual sobre los salarios liquidados y sus complementos. Y que es pertinente que al finalizar la relación abone al operario las sumas que le corresponderían de haber cumplido con su obligación. Considera asimismo vigente el sistema incorporado al CCT 130/75 y homologado por DNRT 4701/1991 a partir del 15/10/1991, actuando los empleadores como obligados directos; que L. E. C. de S. de R. debía recibir los fondos, quedando el crédito reclamado bajo la órbita del sistema de seguridad social complementario al sistema integrado de jubilaciones y pensiones, que es de naturaleza previsional y aplicación coercitiva; que habiendo reconocido el empleador que no cumplía con la obligación y "…esgrimidos como fundamento del reclamo los daños sufridos por el trabajador; siendo que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasiona un daño consistente en la pérdida de los beneficios para el personal afectado en el cual en el caso de autos es el trabajador, daño que se materializará tanto en la falta de posibilidad del retiro del 50% que correspondería al actor al finalizar la relación, como en la omisión de la cuenta de capitalización que le hubiera otorgado una renta vitalicia…".

Con los alcances de la reclamación del presente juicio, el incumplimiento de los aportes por el empleador,

ocasiona un daño al no poder el dependiente retirar el 50% de lo que debía haberse aportado a su cuenta individual. No encontrándose impugnado específicamente el perjuicio estimado por el incumplimiento en la suma de $5.500, prospera el agravio con tales alcances.

Lógicamente, la procedencia del agravio comporta la revocatoria de la parte dispositiva del fallo que en forma incongruente condena a la agregación de las constancias de aportes al seguro de retiro complementario, pues por definición su inexistencia provoca la sanción por daños y perjuicios.

Se tendrá presente la reserva del caso federal.

Conforme el resultado de los recursos, el pronunciamiento de condena será el resultado en lo que prosperan parcialmente los interpuestos por cada parte, con más los montos de condena que no resultan incididos.

Las costas de la primera instancia, atento a los montos en que prospera la demanda, deben confirmarse por corresponder el encuadre en el art. 57 Ley XIV del Digesto Jurídico. Respecto a la regulación de honorarios y desde que deben regularse en función del art. 282 del CPCCCh, carece de virtualidad el tratamiento de la apelación de honorarios de fs. 2314/2314vta. Por lo demás y aplicación de la norma, considerando las previsiones de los arts. 5, 7, 8, 9 y concords. Ley XIII n° 4, la importancia y complejidad de los derechos debatidos, propongo los honoraros conjuntos de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., en 20%, los del Dr. C. R. Z. en 17% y confirmar los de la perita contable Cont. A. Y. V. en 5%.

En la segunda instancia, por los fundamentos y normas precedentes, las costas se imponen a la parte demandada y por los aranceles con más el art. 13 de la ley respectiva, propongo los honorarios conjuntos de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., en 30% y los conjuntos de las Dras. G. Z. S. P. y K. A. C., en 25%, de los honorarios regulados por cada parte en primera instancia.

En todos los casos, con mas el IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora C. E. B., fundado a fs. 2318/2325 y parcialmente al interpuesto por la parte demandada S. S.R.L., fundado a fs. 2328vta./ 2333, ambos contra la sentencia de fs. 2328vta./2333, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia aludida, en cuanto al monto de condena, que se establece en la suma de $76.576,49, sin perjuicio de los restantes alcances del punto.

3) Revocar parcialmente el punto 3 de la parte dispositiva de la sentencia aludida, en cuanto ordena agregar las constancias de aportes al seguro de retiro complementario, sin perjuicio de los restantes alcances.

4) Revocar parcialmente el punto 4 de la parte dispositiva de la sentencia de referencia, proponiendo la regulación de los honorarios de conformidad al considerando respectivo.

5) Imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada, proponiendo las regulaciones de honorarios de conformidad al considerando respectivo.

6) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte actora.

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 interpusieran la parte actora (fs. 2315, ID 291066, agravios fs. 2318/2325, ID 313553) y la parte demandada (fs. 2316, ID 298935, agravios fs. 2328vta/2333, ID 317851). Obra asimismo recurso de apelación interpuesto

por los letrados apoderados de la parte actora, por derecho propio, contra los honorarios profesionales que les fueran regulados, por bajos (fs. 2314, ID 291047). Corridos los traslados de ley, fueron respondidos en tiempo oportuno (fs. 2335/2340, ID 327566 y fs. 2341/2343, ID 329807). I. *Antecedentes*:

La sentencia dictada en la instancia de grado declaró la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo, de los adicionales, "Complemento Zona Sur", "Acuerdo Colectivo Junio 2011", "Acuerdo Mayo 2012" y "Acuerdo Mayo 2013 14%". Hizo lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia condenó a S. S.R.L., a abonar a la Sra. C. E. B., la suma de pesos setenta mil trescientos setenta y seis con veinte centavos ($70.376,20), más lo que se calcule por aplicación del art. 132 bis, y con más los intereses fijados, según considerando respectivo, en el plazo de diez (10) días de quedar firme el decisorio, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Condenó asimismo a S. SRL, a entregar a la Sra. C. E. B., los certificados que establece el art. 80 de la Ley 20744, en las condiciones que el mismo señala y el capítulo VIII, apartado 6, de igual norma legal, debiendo agregar las constancias de aportes al Seguro de Retiro Complementario establecido por D.N.R.T. n° 4701/91. Todo ello, dentro de los diez días de quedar firme el pronunciamiento. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. *Análisis de los agravios. Solución*:

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 solo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Aclarado ello, anticipo que, atendiendo al minucioso relato que comprende tanto la plataforma fáctica del caso como los principales argumentos que componen la queja de ambos apelantes y que son desarrollados en el voto del distinguido señor camarista que me ha precedido en el orden de votación, me eximiré de incurrir en reiteraciones innecesarias que entiendo sólo dilatarían la extensión de mi juzgamiento.

Bien, ya en la solución, atenderé en primer lugar los agravios que expresara la parte demandada. En su primera queja, cuestiona la decisión del señor juez de grado respecto de las sumas que fueran abonadas al trabajador como no remunerativas -a saber: adicionales "complemento zona Sur", "Acuerdo Colectivo Junio 2011", "Acuerdo Mayo 2012" y Acuerdo Mayo 2013 14%"- y la consecuente inconstitucionalidad decretada.

Sobre la cuestión, he de señalar que de larga data esta alzada se ha pronunciado unánimemente, y así lo he hecho en reiteradas oportunidades -con fundamentos que aquí reitero- que debe ponderarse en la especie que la tutela del salario se haya consagrada en el artículo 14 bis de nuestra carta magna (principio protectorio), así como en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a XIV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), el Pacto Internación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 6° y 7°), la Convención Internacional sobre

la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (art. 5°, inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. l°.d), recordando asimismo que la preocupación de la comunidad internacional en la materia se remonta al propio acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo y se expresa en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados en el seno de esa institución.

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

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

Es claro que, frente a tales definiciones, la noción de remuneración que se aplique en manera alguna podría entenderse de alcances menores a la acuñada por el artículo 1° del Convenio 95 de la OIT, razón que junto con demás fundamentos del fallo citado, hiciera que aquel

concluyera declarando la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c, de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según Ley 24700).

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

Así, en el caso de autos, la sentencia de grado ha dispuesto decretar la inconstitucionalidad respecto del carácter no remunerativo de los rubros antes individualizados.

En tal contexto, y respecto de la mentada inconstitucionalidad, he de recordar que en la S. que marcara el tribunal cimero y a la que en breve me refiriera en los párrafos precedentes, ya ha tenido oportunidad de expedirse esta alzada en los autos "T., R. c/ S. A. I. y E. de la P. s/ laboral", expte. n° 377/2011, Sent. Def. n° 03/12/L", "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. 78/2013/L, entre tantos otros; sentando un criterio favorable, cuyos mayores argumentos me eximo -en la circunstancia- de citar a través de la transcripción expresa, so pena de embarcarme en repeticiones innecesarias, mas con los que coincido.

Aduno a ello que llama la atención que el recurrente pretenda desvirtuar la normativa antes citada como así también la frondosa jurisprudencia sentada sobre el particular, argumentando que en su lugar debe aplicarse lo dispuesto en acuerdos celebrados por las Cámaras Empresarias y el Sindicato que nuclea la actividad, lo que sin lugar a dudas carece de todo fundamento jurídico.

Es más, en numerosos fallos en que se ha decretado la inconstitucionalidad de acuerdos paritarios, es claro que los mismos establecían el carácter no remuneratorio de los adicionales que otorgaban al trabajador, luego no se aprecia cuál es la diferencia con el presente como para que la argumentación posea algún sentido que lleve a modificar el criterio que unánimemente hemos sostenido. Rechazo el agravio.

Ya en lo que hace al segundo agravio, la crítica se dirige a la decisión del juzgador de considerar el contrato de trabajo que uniera a las partes como de tiempo indeterminado. En principio cabe poner de resalto que, en el marco del recurso de apelación, no basta remitirse a lo hay sostenido en presentaciones anteriores, lo que se verifica en el caso tal como la misma recurrente lo manifiesta expresamente, so pena de decreto de deserción. Con todo, destáquese que "el art. 90 de la LCT dispone dos requisitos para la limitación temporal del contrato de trabajo, a saber: a) que se haya fijado en forma expresa y por escrito el tiempo de su duración; y b) que las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen", a la vez que "dispone que la formalización de contratos sucesivos, en exceso de la exigencia que dispone el apartado b),

convierte al contrato en cuestión en uno de tiempo indeterminado".

Tales requisitos deben concurrir en forma conjunta, pues "la ausencia de cualquiera de ellos condiciona la existencia de esa limitación que, en consecuencia, no puede válidamente ser demostrada por prueba alguna" (Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, T. II, ed. La Ley, pág. 257, director: Miguel Ángel Maza)". En el particular, el argumento de la accionada resulta insostenible. Aún cuando en el contrato celebrado –reservado en caja fuerte de esta Cámara bajo el n° 59/21- que tengo a la vista se consigna en forma expresa el tiempo de duración (cláusula quinta) no se advierte justificación alguna tal lo exige el inciso b) de la norma antes citada. Ni la demandada ha acreditado que el contrato con el Poder Judicial –que puso por delante para vindicar el tipo de relación laboral– fuera su única actividad, ni tampoco siquiera coincide el tiempo de duración del mismo con el de la contratación de la actora. Es decir, de modo alguno sirve como excusa lo expuesto para sostener su argumento. Es claro que, en consecuencia, la causa del despido queda atada a lo resuelto por el señor juez, sin que resulte necesaria mayor aclaración al respecto. En lo que hace al horario de trabajo, si bien es cierto que la presunción del art. 57 LCT admite prueba en contrario, no pude pretender la demandada que la falta de presentación de la documental pertinente quede salvada por el contenido de su propia declaración testimonial, en la que no hace sino reiterar lo que sostuvo al contestar demanda, y se encuentra por lógica orientada a su conveniencia. Se rechaza el agravio.

En el tercer agravio se cuestiona la condena al pago de la indemnización prevista en el art. 80 LCT, como a la entrega de la documental allí prevista. La cuestión a dirimir transita el meridiano del cumplimento –o no– de las previsiones de la norma citada, ello respecto del

cumplimiento de las obligaciones allí establecidas en cabeza del empleador, las que el señor juez de grado entendió no satisfechas y que originaran la condena, tanto por la obligación de hacer como en relación con la indemnización prevista en la norma. Tal decisión es la que constituye el objeto de la crítica.

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

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

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

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

la autoridad judicial competente (Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley n° 25345 B.O. 17/11/2000)".

Luego, está claro que la obligación impuesta al empleador subsiste en todo caso, mas la indemnización allí prevista se torna procedente en tanto –en principio- el trabajador haya dado cabal cumplimiento a la intimación que le es exigida para tal fin, la que aquí efectivamente se cumplió (fs. 4).

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

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

La información que surja del mismo debe corresponder a la realidad de los hechos por lo que no será defectuoso el que denote el incumplimiento de obligaciones relativas al ingreso de aportes o contribuciones, pero lo será el

que contenga una información falsa o el que no cumpla los requisitos normativos exigidos por la norma.

Dicho ello, discreparé con la solución que diera el sentenciante de grado, ello toda vez que entiendo que los fundamentos (ver fs. 2310vta.) no conducen –en el particular- a la aplicación de la multa prevista en el art. 80 LCT. Explico por qué.

En primer lugar, debe tenerse presente que el formulario PS 6.2 ANSES es el denominado "certificación de servicios y remuneraciones", el que se encuentra, en rigor de verdad, contemplado en el art 12, inciso g) de la Ley 24241, y es útil a los fines previsionales e implica el reconocimiento de servicios o la obtención de un beneficio previsional y queda archivado en las oficinas del organismo estatal.

Si bien el empleador cumple cabalmente sus obligaciones haciendo entrega de toda la documentación, la multa del artículo 80 LCT, no procede ante la falta de entrega del formulario PS 6.2, distinto sería que se hubiera entregado solo este último y no la certificación de trabajo que exige el artículo antedicho, puesto que allí sí se daría el supuesto contemplado en el mismo.

"El formulario PS62 de la ANSES, llamada "certificación de servicios y remuneraciones" no es ninguno de los instrumentos contemplados en el art. 80 LCT. Es evidente que no resulta ser el certificado de trabajo, por más que contenga datos similares (aunque no siempre coincidentes), pues ambos tienen finalidades distintas ya que este último está destinado a que el trabajador pueda exhibirlo para obtener un empleo; mientras que la certificación del formulario expresado debe utilizarse para la obtención de un beneficio previsional. Tampoco constituye la constancia de aportes exigida por el art. 80 LCT, dado que carece de las

constancias documentadas de los aportes, exigencia esta inserta en la ley y que no puede ser soslayada mediante otro instrumento, por más que resulte aprobado por el ente previsional y –supuestamente- pueda ser calificado como innecesario por cuanto no se vulneraría la finalidad que perseguiría el citado art. 80” (CNAT, Sala X, expte n° 16560/05 sent. 14379 9/6/06 “T. SA c/ S., J. s/ consignación” (Sc.- C.-). En igual sentido, Sala IV, expte n° 15722/03, sent. 91500 27/6/06, “T., J. c/ G. SA y otro s/ despido” (G.- M.).

Repárese que el sentenciante sostiene parte de los defectos que su decisión sobre atribuye al mismo (falta de firma certificada).

Sostiene luego -el señor juez- que no se ha consignado la fecha de finalización del contrato de trabajo, lo cual resulta ajeno a la realidad, según surge del certificado de trabajo reservado en sobre n° 59/21 que tengo a la vista, en el cual figura la mentada, a la vez coincidente con la que fuera expuesta por la propia actora al incoar la acción.

Lo propio ocurre con la denominada constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales, en la cual siguiendo la doctrina sentada por el STJ de esta provincia en los autos “L. R., H. M. c/ P. I. SRL s/ demanda laboral (Diferencia de Hab. e Indem.), de fecha 03 de marzo de 2011, ya citada por el colega preopinante, se dijo: “En esta línea de pensamiento, habiendo acompañado la requerida el formulario 931 (fs. 77/145) y encontrándose acreditado -mediante reconocimiento de firma en audiencia (CD. 1-0535/2010)- la entrega al reclamante el día 27/07/10 de un certificado (agregado a fs. 76) que contiene detalle de los haberes percibidos por el actor, aportes y contribuciones a la seguridad social; asimismo, surgiendo de la Informativa de la AFIP (fs. 739/743 y 839/841) que se realizaron los aportes a la seguridad social durante

la vigencia de la relación laboral, indicando dicho organismo (fs. 743 y 841), que con respecto a las contribuciones de la Seguridad Social (conforme el Sistema Único de Seguridad Social) el empleador no puede identificar una imputación a trabajadores en particular y vislumbrándose a fs. 146/354 que la emplazada adjuntó nómina de empleados en los que está comprendido el trabajador con detalle de haberes, aportes y contribuciones, concibo que la empleadora ha cumplimentado dicha obligación" (en subrayado la conclusión).

Como puede apreciarse, en el caso de mención se tuvo en cuenta al decidir, en primer lugar, que la demandada acompañó al juicio el formulario F 931, en segundo lugar, que ya había entregado un certificado que fue reconocido en audiencia, en tercer lugar, que obraba en autos informe de AFIP y, en cuarto lugar, que la accionada acompañó nómina de empleados con detalle de haberes, aportes y contribuciones. Es decir, un conjunto de elementos que llevaron a la convicción en orden al cumplimiento de su obligación.

En el caso en estudio, si bien es cierto que el certificado de trabajo adolece de ciertos defectos formales –lo que amerita la nueva confección ordenada en el decisorio– fue entregado en tiempo oportuno a la trabajadora, obrando asimismo en autos informes de AFIP que dan cuenta del ingreso de aportes (fs. 198/207 y 209, fs. 2182/2188), lo cual amerita que se encolumne en el criterio sentado por el STJ en el fallo antes individualizado. Es decir, las circunstancias particulares de autos permiten eximir de la aplicación de la multa del art. 80 LCT a la demandada, por lo que en el punto propondré la modificación de la decisión de grado, manteniendo la obligación de hacer vinculada al nuevo certificado de trabajo en el que se observe la totalidad del contenido exigido por ley. Se hace lugar parcialmente al agravio.

Ya en su última queja, cuestiona la imposición de la multa prevista en el art. 132 bis LCT. Recuerdo aquí que el referido texto legal dispone: "Si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de las convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a asociaciones profesionales de trabajadores con personería gremial, o de miembros de sociedades mutuales o cooperativas, o por servicios y demás prestaciones que otorguen dichas entidades, y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual equivalente a la remuneración que se devengaba mensualmente a favor de este último al momento de operarse la extinción del contrato de trabajo, importe que se devengará con igual periodicidad a la del salario hasta que el empleador acreditare de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos. La imposición de la sanción conminatoria prevista en este artículo no enerva la aplicación de las penas que procedieren en la hipótesis de que hubiere quedado configurado un delito del derecho penal".

Luego, es claro que en la norma "se infieren tres circunstancias fácticas y legales condicionantes: 1°) Que el empleador hubiere retenido aportes en virtud de las disposiciones legales o convencionales con destino a los organismos referenciados por la norma; 2°) Que el empleador haya omitido en forma total o parcial el depósito de lo retenido, es decir, no hubieren ingresado

total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados; 3°) Que la omisión del depósito exista al momento de producirse la "extinción del contrato de trabajo", cualquiera fuere su causa" (Cám.Apel. Laboral, Corrientes "V., M. N. c/ S. R. s/ Ind.", expte. 89396/13, 2811-2017).

Nuestra jurisprudencia es conteste en sostener que la mentada disposición ha de ser interpretada con carácter restrictivo y solo puede considerarse procedente el reclamo de su aplicación en los casos en los que se demuestre cabalmente la configuración de la conducta tipificada por la norma (CNAT, Sala X, 30-4-02, "N. E. c/ H. J. I. y otro."). Ello se empareja con la intención del legislador al sancionar la norma en análisis (art. 43 Ley 25345), quedando en claro que no es sancionar al empleador por no haber efectuado los aportes a los organismos de la seguridad social o las cuotas sociales, sino sancionar su inconducta por haber "retenido" los aportes de su empleado y no haberlos ingresado a los organismos de referencia.

Así, "Si el trabajador pretende se aplique a su empleadora la sanción conminatoria estipulada por el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, debe acreditar la ilicitud denunciada (retención indebida de recursos de la seguridad social)" (DT, 2003-B, 1379). "Si no se acreditó que la demandada haya incurrido en la retención de aportes referida en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, no corresponde habilitar el reclamo fundado en dicha norma" (DT, 2003 (febrero), 225 - DT, 2003-A, 225). (Sent. n° 94 del 07/05/2008 en autos: "G., A. O. c/ E. R. S. y/o Q.R.R. s/IND.", expte. n° 15485). "Resulta inaplicable la sanción conminatoria del art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo si no se acreditó que el empleador retuviera aportes del trabajador, pues

el principio “in dubio pro operario” no avala la omisión probatoria de los litigantes” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 28/12/2006, “S., C. B. c. M., N. B. y otros”, IMP 2007-11 (junio), 1158).

En consecuencia, queda claro que el objeto de la normativa –se reitera- no es que el trabajador obtenga un resarcimiento indebido, sino castigar al empleador que no dio cumplimiento a las obligaciones contenidas en el art. 132 bis de la LCT, por lo que no es de aplicación si no se demuestra que efectivamente hubo evasión fiscal.

Adviértase que en autos, los argumentos de la apelante no resultan idóneos para conmover lo decidido. En primer lugar, la intimación formulada en los términos del Dec. 146/01 resulta correcta, desde que fue efectuada en tiempo oportuno. En segundo lugar, la pretendida omisión de los períodos por los que se reclama no fue realizado el aporte tampoco se verifica, ello desde que en la misiva referida (fs. 4) expresó la trabajadora haber verificado la falta de ingreso en la cuenta de recaudación del C. de E. de C. de esta ciudad, lo que adunado a los recibos de haberes (fs. 7/19) e informe obrante a fs. 194 permite concluir que no se trata de períodos determinados aislados, sino de el que corresponde a toda la duración de la relación laboral. Se rechaza el agravio.

Ahora, y atendiendo a la queja de la parte actora, el primer agravio versa sobre la falta de inclusión del SAC como integrativo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual. La cuestión ha sido objeto de sucesivos y unánimes pronunciamientos por esta alzada, lo que amerita se reiteren fundamentos que resultan de plena aplicación al caso particular.

Entonces, y en orden con la mencionada incorporación para la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, no escapa a mi conocimiento que se ha discutido bastamente si es que corresponde o no. En tal contexto, autorizada doctrina se ha inclinado tanto por

la afirmativa como por la negativa, y lo propio ha sucedido con la jurisprudencia. En lo personal, en alguna sentencia he sostenido que no corresponde se compute como mejor remuneración aquella que contiene las vacaciones por ejemplo, que de común se corresponde con los meses normales en que son otorgadas al trabajador. Es más, en esa oportunidad he citado jurisprudencia que al negar su procedencia lo hace también respecto del sueldo anual complementario. La discusión, en claro, no pasa por la normalidad y la habitualidad, sino por el carácter mensual o mensualidad. Hay quienes sostienen que, el hecho de que el SAC no se abone mensualmente, le impide cumplir aquel calificativo, otros entienden que el derecho a su cobro se devenga día a día, un derecho a esa retribución que se genera diariamente; luego, constituye un crédito que tiene el trabajador, el que cobrará semestralmente, mas que no por eso carece del requisito. Estos últimos afirman que el cambio operado por la Ley 25877, que introdujo en el art. 245 el término "devengado" en lugar de "percibido" se asienta en la respuesta del legislador a la postura doctrinaria y jurisprudencial por la que se venía reconociendo la inclusión del concepto. Al cruce salen los defensores de la corriente opuesta, según los cuales, si el SAC debiera ser tomado en cuenta para el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, en la reforma directamente se hubiera quitado el término "mensual".

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 paL. "percibido", por "devengado". Me pregunto yo, si el legislador, cambia el texto legal, para no cambiar la ley. Me pregunto si quienes así opinan habrán analizado la exposición de motivos, de donde surge claro, a mi modo de ver, que se quiere “aggiornar” la ley, poniéndola a nivel de lo que la jurisprudencia venía diciendo, en muchos casos. Después de todo la LCT es una ley nacional y el país es un todo que va mucho más allá del limite de la avenida General Paz.

”En ese andarivel, he señalado antes de ahora que cuando la ley hace referencia al tema que nos convoca, la télesis de la misma es brindar no solo un marco de legalidad, sino también de equidad, y cierta seguridad al trabajador que resulta, en el despido, víctima de un daño producido por un acto arbitrario, que el legislador presume *iuris et de iure*, y que no quiere tolerar, porque significaría la violación del orden jurídico "in Totum". Ante la negativa de algunos a interpretar la ley de esta manera, el legislador, les dijo: señores no es lo percibido, no es aquello que entró al bolsillo en tal o cual momento, es lo devengado, es lo que se incorporó, aun cuando todavía no se haya efectivizado el pago. Es, en suma, saber diferenciar la incorporación de un derecho, al patrimonio del trabajador, de la incorporación del objeto de ese derecho que es el dinero. La profesora C.

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 "M. 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, por lo que admitiré el agravio de la actora. Entiendo que los cálculos efectuados por el actor al momento de agraviarse conforme la diferencia en la remuneración mensual y habitual percibida y el mejor salario para determinar la base de cálculo de los rubros indemnizatorios y diferencias, se demuestra a través de simples cálculos matemáticos, por lo que adhiero a la propuesta del colega preopinante sobre los montos determinados por diferencias, debiendo procederse a la liquidación en la instancia de grado sobre dichas bases.

A continuación, critica que no se haya condenado al pago de la multa establecida en el art. 2 Ley 25323. Recuerdo aquí que el citado artículo establece: “Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador,

no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, estas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".

Surge aquí, entre quienes ostentan posiciones diversas, una primera disquisición en torno a la letra de la norma. Recuerdo que el objetivo perseguido por la misma "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 pagó, pero deficientemente debe afrontársela. En una posición intermedia se sitúan aquellos que en este último caso, optan por morigerar su monto, tal la facultad que otorga la parte final de la norma.

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

En el caso en análisis, debe ponderare en principio que el reclamo se asienta, entre otros, sobre la falta de pago de las diferencias correspondientes a los rubros o conceptos no remunerativos o remuneratorios, cuya inconstitucionalidad, más allá de su puntual declaración,

se empareja con la jurisprudencia sentada por nuestro más alto tribunal a partir de la sentencia dictada en autos "P. c/ D." –el cual ya citara antes- y "G. c/ P". 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: "la declaración de inconstitucionalidad en realidad constituye una declaración de inaplicabilidad" (BIANCHI, Alberto, B., "Control de constitucionalidad. Las acciones de clase", Ábaco, Buenos Aires, t. I, p. 343).

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

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

Entonces, resulta que el trabajador intimó en debida forma (fs. 4), y el empleador no pagó, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2015 –hace ya SIETE 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 siete 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. Se hace lugar al agravio

En último abordaje, plantea el recurrente su disconformidad con el rechazo de la indemnización por daños y perjuicios solicitada, derivados aquellos del incumplimiento en la realización de los aportes al seguro de retiro complementario.

Por convenio colectivo celebrado entre la Federación de Empleados de Comercio y las cámaras patronales representativas (el cual fue homologado por el Ministerio de Trabajo mediante la disposición D.N.R.T. n° 5.883/91 del 14/10/1991) existía la obligación patronal de la contratación de un seguro de retiro complementario al régimen de previsión social, mediante un aporte a cargo de la patronal del 3,5% de las remuneraciones del trabajador, incluido el sueldo anual complementario, con el cual se constituyó un fondo que debía estar disponible para el trabajador al cese de la relación, con un límite de rescate equivalente al 50% de dicho aporte. En consecuencia, si dichos aportes no se constatan cumplidos, corresponde que sea el demandado quien soporte las consecuencias del perjuicio ocasionado. En tal contexto, advierto que la suma reclamada por tal concepto por la actora no ha sido objeto de cuestionamiento por la accionada, razón por la que admitiré el reclamo efectuado a través del agravio en tratamiento. Desde luego, ello importa se revoque la orden de acompañar las constancias de aportes del Seguro de Retiro, por cuanto su falta de pago da lugar a la indemnización requerida.

Resta a esta atura resolver lo atinente a las costas de esta alzada, las que en virtud de como se resuelve corresponde sean readecuadas por imperio de la letra del art. 282 del ordenamiento ritual, lo que a su vez torna carente de virtualidad jurídica el tratamiento del recurso que, sobre los honorarios regulados,

interpusieran los letrados apoderados de la parte actora por derecho propio, por bajos.

Bajo tales parámetros, confirmaré las costas de la primera instancia tal como fueran fijadas, e impondré las correspondientes a esta etapa asimismo a la parte demandada por el principio general de la derrota (art. 69 CPCCCh).

En lo que refiere a honorarios profesionales, teniendo en cuenta la letra de los arts. 5, 7, 8, 9, 13 y cc. Ley XIII n° 4, fijo por la labor en la primera instancia para los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, el 20%; para el Dr. C. R. Z., el 17%, confirmando los de la perita contable Cont. A. Y. V., en el 5%. Por las tareas en esta alzada, se fija para los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, el 30%, y para las Dras. G. Z. S. P. y K. A. C., conjuntamente, el 25%, todos calculados sobre los regulados para la primera instancia. En todos los caso con más la alícuota del IVA, de corresponder.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria propuesta por el Dr. Fernando Nahuelanca, me adhiero a ella.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A, y Ley V-174), 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) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora C. E. B., fundado a fs. 2318/2325 y parcialmente al interpuesto por la parte demandada S. S.R.L., fundado a fs. 2328vta./2333, ambos contra la sentencia de fs. 2328vta./2333, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 2 de la parte dispositiva de la sentencia aludida, en cuanto al monto

de condena, que se establece en la suma de setenta y seis mil quinientos setenta y seis pesos con cuarenta y nueve centavos ($76.576,49), sin perjuicio de los restantes alcances del punto.

3) Revocar parcialmente el punto 3 de la parte dispositiva de la sentencia aludida, en cuanto ordena agregar las constancias de aportes al seguro de retiro complementario, sin perjuicio de los restantes alcances.

4) Revocar parcialmente el punto 4 de la parte dispositiva de la sentencia de referencia y regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en el veinte por ciento (20%, al Dr. C. R. Z. en el diecisiete por ciento (17%) y a la perita Cont. A. Y. V. en el cinco por ciento (5%), porcentajes a calcular sobre el monto del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

5) Imponer las costas de la segunda instancia a la parte demandada.

6) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y a las Dras. G. Z. S. P. y K. A. C., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

7) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte actora.

8) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2022 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

INDIANA L. MARINI Secretaria de Cámara