----En la ciudad de Trelew, a los 22 días de febrero del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial III con asiento en la ciudad de Trelew, con la presidencia del Dr. Sergio Rubén Lucero y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo L. De Cunto y Guillermo Nicolás Walter, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., R. C. c/ A. S.A. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. Nro. 614 - Año 2022 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 121 (21/12/2022).----------

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

--- Vienen estos actuados al conocimiento de este tribunal de alzada con motivo del recurso de apelación planteado por la parte demandada a fs. 105 (escrito ID 870711) contra la sentencia definitiva N° 203/2022 de fs. 98/102vta. que resolvió declarar la inconstitucionalidad de la disposición DIF N° 36 del Ministerio de Trabajo de la Nación e hizo lugar a la demanda promovida por el Sr. R. C. G., condenando a “A. S.A.” a que abone al actor, en el plazo de 10 días de consentida o ejecutoriada la sentencia, la suma de $ 1.322.549,31 con más los intereses calculados en la forma establecida en los considerandos respectivos conforme el art. 275 de la L.C.T. y la capitalización dispuesta. Todo ello con costas a cargo de la demandada. ----------

----El escrito de expresión de agravios luce agregado a fs. 107/110vta. (presentación ID 873590).----------

----Ordenado su traslado a la parte actora mediante providencia de fs. 111, el mismo fue evacuado mediante presentación de fs. 112/115 (escrito ID 880517). ----------

----- I.- La parte demandada recurrente cuestiona el fallo por los siguientes motivos: 1) que se la condene al pago de sumas de dinero por diferencias derivadas del pago del S.A.C. del primer y segundo semestre del año 2019 y primer semestre del año 2020, declarando inaplicable el Dec. 1078/84; y 2) que se calificara temeraria su conducta, aplicándosele una tasa de interés igual al doble de la que fija el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas. ----------

-- En su primer agravio expresa que la magistrada introdujo una cuestión que no formó parte de la pretensión del actor ni de la oposición de su parte ya que no argumentaron sobre la modalidad de la prestación laboral del actor. Expone que el art. 197 de la LCT que citó la juzgadora no es aplicable porque el ordenamiento general laboral brinda el concepto de trabajo y no se acreditó que el actor se haya encontrado en la situación que describe el referido artículo.----------

Señala que no existe motivo para no aplicarse el decreto reglamentario 1078/84 para la liquidación del SAC. Postula que el cálculo del referido haber no se realiza entonces directamente en base al 50% de la mejor remuneración percibida en el semestre sino de manera proporcional al tiempo trabajado. Añade que del informe pericial contable surgen los días laborados en cada uno de los semestres que integran la pretensión de la

demanda y es en base a los mismos que proporcionalmente se deben determinar los importes correspondientes al SAC, tomando como base la mejor remuneración percibida en el semestre de que se trate. ----------
Concluye sosteniendo que su parte no adeuda suma alguna al actor en concepto de diferencias en el pago del S.A.C., más allá de la aplicación o no de la Disposición DIF N° 36 ya que el haber liquidado de acuerdo a las disposiciones del decreto 1078/84 son superiores a las percibidas en base a la Disp. N° 36. ----------
-- En sostén del segundo agravio, expone que la defensa ejercida sobre la base de la Disp. DIF N° 36 y el Dec. Reg. 1078/84 no fue temeraria ya que la Disposición mantiene su validez hasta que se declare nula por una acción judicial. Refiere que citó jurisprudencia aplicable al caso y no puede por lo tanto atribuírsele a la demandada el litigar sin razón valedera ya que tuvo motivos suficientes para resistir la pretensión promovida, lo que se inscribe en el ejercicio de la garantía constitucional del art. 18 de la CN y 44 de la Const. Prov.----------
---Finalmente, plantea caso federal y efectúa el petitorio de estilo donde solicita que se revoque la sentencia apelada con costas ----------
--- Al responder a los agravios, la parte actora expone en primer lugar, que la expresión de agravios no satisface los requerimientos técnicos exigidos por el Código del rito para considerar una crítica clara, concreta y razonada. ----------
----Subsidiariamente, contesta los agravios –los que previamente reseña-, indicando que quedaron acreditadas en autos las diferencias reclamadas en demanda por la errónea y maliciosa forma de liquidar el S.A.C. Señala que no obra hecho alguno de valoración que no se haya postulado en la acción. Refiere que es inadmisible la disquisición de si son días navegados o no, ya que el actor estuvo a disposición de la empresa, por lo que no corresponde liquidar el SAC por días efectivamente navegados como pretende la recurrente. Efectúa algunas consideraciones al respecto.----------

-----Respecto del segundo agravio, pone de resalto la valentía y corrección de la juzgadora a quo al imponer la sanción impuesta con motivo de estimar temeraria la conducta de la demandada. Efectúa citas jurisprudenciales en los que hizo hincapié la judicante y la persistencia de la demandada de seguir adoptando una postura que ya ha sido revisada por la jurisdicción, desde hace más de catorce años, para el cálculo del S.A.C., insistiendo en la oposición de una defensa que ya ha sido rechazada en numerosas ocasiones por no ajustarse a la legislación vigente. Refiere a la ecuación económica o especulativa que ejecuta la demandada donde a sabiendas que abona erróneamente el S.A.C., lo hace igual a sabiendas que un escaso porcentaje de trabajadores reclama legalmente las diferencias devengadas por lo cual le resulta ventajoso abonar las sentencias condenatorias frente a las ventajas económicas que resultan de la errónea liquidación a los trabajadores a su cargo. Finaliza solicitando el rechazo del recurso con costas a cargo de la demandada ----------
----II.- En los límites fijados por el contenido de los agravios formulados ingresaré a su tratamiento siguiendo el mismo orden con el que fueran planteados. ----------

----a) Condena al pago de sumas de dinero por diferencias derivadas del pago del S.A.C. del primer y segundo semestre del año 2019 y primer semestre del año 2020, declarando inaplicable el Dec. 1078/84:----------

Preliminarmente, cabe señalar que carecen de todo asidero las manifestaciones de la recurrente referidas a que la sentenciante introdujo una cuestión que no formó parte de la controversia de las partes consistente en la modalidad de prestación laboral del actor. Es que justamente fue la propia recurrente quien introdujo la cuestión en su escrito de contestación de demanda (ver p. III HECHOS, fs. 38 vta./39vta.), lo que no amerita mayor análisis.----------

---Sentado ello, se observa que la juzgadora fundó su decisión en que la normativa invocada por la demandada, esto es, principalmente la Disposición DIF N° 36 del Ministerio de trabajo de la Nación, resultaba inaplicable por contravenir normas de tutela laboral que son de preferente y prevalente aplicación. Y lo hizo con apoyo en citas jurisprudenciales de esta Cámara de Apelaciones y del mismo Juzgado Letrado que hoy titulariza, en donde ya se estableció tal criterio jurídico en casos en los que la demandada aquí recurrente fuera demandada y condenada con basamento en los mismos elementos de juicio que aquellos que han sido aportados en estos actuados.----------

----Con relación al mentado criterio jurisprudencial aludido, la juzgadora de grado efectúa precisamente la cita de un precedente en el que el suscripto participó como ponente del primer voto. En dicho antecedente expuse, en párrafos que paso a transcribir por resultar de estricta aplicación al supuesto planteado en el sub-examen, lo siguiente, a saber: *"… existe doctrina establecida sobre la base de cálculo que debe adoptarse en supuestos que, como en la especie, concurren ingresos variables como contraprestación de la prestación de la fuerza laboral. En tal sentido el Superior Tribunal de Justicia de la provincia en ejercicio de su función nomofiláctica y en sintonía con el fallo plenario Nº 298 de la Cámara Nacional del Trabajo, indicó que "Este Superior Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de expedirse en relación al tema en la causa "C., A. c/ C. S.A. s/ Laboral" (Expte. Nº 15.890-C-1997) (S.D. N° 29/S.R.E./97). Así, se partió del criterio ya sentado v.gr. en S.I. 86/87 y S.D. 36/90 en el sentido que los rubros que integran el sueldo del trabajador abarca la totalidad de las retribuciones que le son debidas por los servicios que presta al principal, incluyendo las variables -en el caso rubro "producción"- que dependen de la extensión o resultado de la jornada", y más adelante expuso – siempre, insisto, en referencia a la base de cálculo de la indemnización por despido incausado- lo siguiente: "Un primer juicio de valor, me permite adelantar en base a los precedentes jurisprudenciales prevalecientes en la actualidad, que el texto de la norma en examen alude a "la mejor" remuneración y no a promedio alguno. La ley, en este sentido, es expresa y categórica. No es posible pretender que en la labor interpretativa, el sentenciante reemplace el término "mejor" por "promedio". El término que la ley ha empleado es unívoco, por lo que no encuentro ningún motivo que justifique o avale promediar remuneraciones a la hora de determinar la base indemnizatoria de análisis. Caso contrario, el órgano jurisdiccional estaría modificando los términos y el alcance que*

el mismo legislador le atribuyó a la norma, vulnerando el más elemental principio de división de poderes.(…) No hay que olvidar que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra y cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas por la norma (Fallos, 311:1042; 308:1745; 312:254 entre otros, citados por Etala, C. A.; "Interpretación y aplicación de las normas laborales", págs. 74/75, Ed. Astrea, Año 2004)"(sic)(Conf. S.T.J.Ch., in re: "R., D. A. c/ I. de A. S.A. s/ Cobro de Pesos-Laboral" S.R.E. 01/06 del 14/02/2006; id. CNAT, en pleno Nº 298, del 05/10/2000, in re: "Brandi, R. A. c/ Lotería Nacional S.E.", D.T. 2000-B2176). Y, respecto a este punto, que es en puridad en el que finca también la controversia en estos autos, en tanto que se relaciona íntimamente respecto a cuál es el ingreso a computar como base de cálculo del sueldo anual complementario, reitero, es perfectamente susceptible de ser traído a colación por cuanto resultan aplicables exactamente los mismos argumentos reseñados. Nótese que el art. 121 de la L.C.T. expone que "Se entiende por sueldo anual complementario la doceava parte del total de las remuneraciones definidas en el artículo 103 de esta ley, percibidas por el trabajador en el respectivo año calendario.". Y, el art. 1º de la ley 23.041 norma lo siguiente: "El sueldo anual complementario en la actividad privada, Administración Pública centra y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado, será pagado sobre el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año". A la par, el art. 3º del decreto reglamentario Nº 1078/84, indica: "El cálculo del cincuenta por ciento (50%) de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro del semestre respectivo, deberá efectuarse sobre el total de las retribuciones que corresponda computar, de acuerdo con las disposiciones en vigor, para la liquidación del sueldo anual complementario" (sic). Como es de ver no existe mayor lugar a dudas, a mi entender, de la sola comparación de ambas normas transcriptas que la más favorable es aquella que contempla la base de cálculo mayor, cual es, en letras de la Ley "la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro del semestre" que edicta el artículo 1º de la ley 23.0141 y en concordancia con él la norma reglamentaria contenida en el art. 3º del Dcto. 1078/84. Y, a tal efecto, no abrigo duda entonces que en la única interpretación que se impone realizar en la especie es la que indica que deben ser computadas todas las remuneraciones percibidas por el trabajador, ya sea en dinero y en especie, básicos, adicionales, remuneraciones fijas y variables, a fin de determinar cuál fue la mejor remuneración mensual (Conf. Ackerman, Mario "El nuevo régimen del sueldo anual complementario", en L.T., XXXII-289; en contra: Carcavallo, H., "El nuevo régimen legal del aguinaldo", en T. y S.S. 1984-113). Y, en tal sentido, correctamente cito el juzgador del anterior grado la aplicación al supuesto de autos de la regla contenida en el art. 9 de la L.C.T., la cual tengo para mí, que rige plenamente en el supuesto particular de autos; toda vez que ella en el particular supuesto planteado es perfectamente compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad

marítima, cual es, que siempre ha de preferirse la aplicación de la norma más favorable al trabajador atendiendo a la institución involucrada en la norma del régimen general y la específica contenidas en la ley 23.0141. Y en tal direccionamiento, en aplicación de la regla del conglobamiento orgánico o por instituciones, insisto que es ineluctable que la norma más favorable es la contenida en la ley 23.041 y su decreto reglamentario, en tanto disciplinan el instituto del sueldo anual complementario de manera notoriamente más favorable para el actor al establecer que se computará para su cálculo la "mayor remuneración mensual devengada". Este es, por lo demás, el criterio seguido por destacada jurisprudencia (Ver: S.C.B.A., in re: "R., A. R. c/ S., Juan" en sentencia del 18-11-97, T. y S.S. 1998-490; id. CNAT, Sala VI, in re: "K., H. c/ Y.P.F." sentencia del 23-12-97, T. y S.S. 1998-499). De lo que vengo diciendo queda expuesto por sí mismo que participo de la tesitura que predica que, no habiendo dificultades interpretativas derivadas del texto legal, mal puede argüirse que el Ministerio de Trabajo de la Nación en el marco del ejercicio de facultades delegadas – art. 4º del Dcto. Regl. Nº 1078/84- pueda válidamente "eximir", "autorizar" o "excluir" a empleadores de lo dispuesto por la Ley 23.041, cualquiera que sea la actividad que desarrollen. Y lo que vengo de decir no implica de modo alguno, ni puede ser entendido ello como un acto jurisdiccional de revisión de la actividad administrativa, sino que solo implica que la disposición D.I.F. Nº 36, del 25/10/2007 resulta inoponible al actor en estos actuados. Habida cuenta que su crédito por las diferencias resultantes entre lo abonado por tal concepto y lo devengado se encuentra amparado en normas vigentes que prevalecen a la disposición aludida por imperio del principio de jerarquía de las fuentes del derecho (Conf. Arts. 14 bis; 31 y concordantes de la Constitución Nacional, arts. 10; 21; 23; 24 y conc. de la Constitución provincial) …"(Sic) (Ver: mi voto, en S.D.L., N° 99/2009, CAT).-

----Y traigo a colación lo ya dicho –y repetido de modo invariablemente desde el precedente "C. c/A." mencionado por la juzgadora-, toda vez que el tópico allí resuelto es idéntico al planteado en autos y, además, en el entendimiento de que no existe razón valedera alguna que se haya aportado en la especie para variar tal postura sobre la misma cuestión controvertida y ya resuelta en tal sentido en esta Circunscripción Judicial, debiéndose, por ende, adoptar en el presente caso el mismo criterio hermenéutico en sintonía con dicho posicionamiento. La única salvedad que cabe advertir es que, en el precedente citado, no se declaró la inconstitucionalidad de la disposición administrativa bajo cuestión (N° 36 DIF), por entender que no era ello indispensable y en el entendimiento de que la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe ser entendida como la última ratio, puesto que, más allá de que lo resuelto por la autoridad de aplicación en la materia laboral implicó contravenir normas de orden público laboral, ello se resolvía en el caso tratado a través del instituto de la inoponibilidad de la permisión concedida a la empresa aquí demandada respecto de todo trabajador que reclame la aplicación de las normas vigentes que rigen el cálculo del sueldo anual complementario, con fundamento en que estas normas son de aplicación prevalente a cualquier otra de

rango inferior, máxime cuando la cuestionada indudablemente afecta la base o piso mínimo de la protección laboral. ----------

----Asimismo, corresponde observar que el argumento defensivo, centrado en interpretar el art. 1º del decreto N° 1078/84, reglamentario de la Ley 23.041, resulta equivocado. Y lo postulo de tal manera no obstante que lo realmente dirimente para considerar inatendible este argumento es la circunstancia de que resulta ser un planteo defensivo introducido de manera novedosa por la parte demandada ahora recurrente. Ello así, toda vez que no fue un capítulo que fuera propuesto al juzgador oportunamente, esto es, al contestar la demanda y que, por ende, resultó ser una materia extraña al *thema decidendum* sobre el que éste se expidiera, de manera tal que impedido se encuentra este tribunal revisor de ingresar siquiera a su tratamiento, so riesgo de incurrir en incongruencia procesal (Conf.: arts. 34, inc. 4º, 165, inc. 6º, 271 y 280 del C.P.C.C., de aplicación al caso por vía del art. 73 de la Ley XIV N° 1).----------

----Sin perjuicio de lo apuntado, sólo a título *óbiter dicta*, explicaré brevemente porqué adelanté que resulta equivocada la mentada interpretación que novedosamente plantea la demandada recurrente, la que trae a colación en su postrero intento de sustentar el agravio bajo análisis. En efecto, la ley 23.041 establece que el sueldo anual complementario "…será pagado sobre el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año". En el artículo 1º del decreto reglamentario 1078/84, a su vez, se dispone que ese 50% se calculará en forma proporcional al tiempo laborado en cada semestre. Y, el artículo 3º del mismo decreto reglamentario se aclara que ese cálculo deberá efectuarse sobre el "total de las retribuciones que corresponde computar, de acuerdo a las disposiciones en vigor, para la liquidación del sueldo anual complementario". Es decir, el cálculo en forma proporcional al "tiempo laborado en cada semestre" no refiere a la base económica a considerar sino precisamente a la cantidad de días a computar en el período –con derecho a retribución– a los efectos de su liquidación proporcional, si se trata de un dependiente que no alcanzó a prestar efectivos servicios durante todo el semestre sino en una porción de él, calculándose por el tiempo en que los prestó o estuvo a disposición de su empleador, o bien, se encontraba eximido a prestarlos, siempre que en ese período a computar proporcionalmente hubiera devengado remuneración. Esto es, en resumen, lo que se debe tener presente es que el sueldo anual complementario se debe calcular en forma proporcional, siempre con base al 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de semestre, de acuerdo al tiempo de trabajo computable en dicho semestre (Conf.: Ackerman, Mario E., director, Sforsini, María Isable, coordinadora, en "Ley de Contrato de Trabajo, comentada", ed. Rubinzal Culzoni, año 2016, T. II, pág. 69, apart. II; id., Fernández Madrid, Juan C., en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 3ª ed., año 2007, T. II, pág. 1466).----------

----Por todo lo expuesto, entonces, propongo al acuerdo que se desestime el agravio analizado, confirmándose el fallo apelado en la porción cuestionada. Así lo voto.----------

---b) Calificación de temeraria de la conducta de abonar el S.A.C. tal como lo hiciera, aplicándole una tasa de interés igual al doble de la que fija el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas: ----------

----La juzgadora de grado en prieta síntesis fundó la sanción impuesta por temeridad de la accionada en la existencia de antecedentes que cita, en los cuales no solo se trató de los mismos presupuestos fácticos existentes en la especia sino que, además, en ellos también se encontró involucrada la misma parte demandada en estos autos. Señaló que, a pesar de ello la demandada insiste en oponer una defensa que ya fue rechazada en múltiples ocasiones con anterioridad al traslado de la demanda incoada en el presente caso. A partir de lo cual, sostuvo la juzgadora que la demandada no pudo desconocer la sinrazón de su planteo defensivo. A partir de tales consideraciones señaló que al repetir una defensa en la que ya había resultado perdidosa en anteriores oportunidades, dilató la posibilidad de que el trabajador perciba a tiempo su acreencia obligándolo a recurrir a esta sede judicial para lograr el reconocimiento de sus derechos. Ponderó por otro lado el fenómeno inflacionario y los efectos nocivos sobre los créditos de los trabajadores; y, asimismo, entendió que exponer a los dependientes a reclamar judicialmente, a pesar de saber la sinrazón de su posición, importa asumir una conducta temeraria. ----------

----Pues bien, esta reseña sintetizada de los fundamentos esgrimidos por la sentenciante del grado para justificar la imposición de la sanción contemplada por el art. 275 de la L.C.T., ha sido realizada para poner en la palestra del análisis, desde el inicio, que ninguno de ellos ha merecidos una concreta y razonada crítica por parte de la parte recurrente. Ello se constata con solo advertir de la lectura del dicente agravio que ésta solo se remite a exponer la reivindicación de su postura ya expuesta al momento de la traba de la litis, la cual ya fuera rechazada por el fallo apelado. Es más, insiste en citar el mismo precedente jurisprudencial de la Cámara Nacional del Trabajo ya invocado para sostener, sin más, lo contrario a lo justipreciado por la juzgadora a quo, esto es, postulando nuevamente que por el acto administrativo antes citado y el acuerdo celebrado entre la organización sindical y la patronal, tuvo razón valedera para litigar. Es decir, soslaya absolutamente afrontar los argumentos por los cuales la juzgadora de grado calificó su conducta como temeraria justificando la imposición de la sanción contemplada por el art. 275 de la LCT. ----------

---Es útil señalar que el art. 275 de la Ley de Contrato de Trabajo contempla un reproche a la conducta asumida por el empleador que perdiere total o parcialmente el juicio. Así, la disposición sanciona la conducta del empleador que, obrando de mala fe, procura obstaculizar el progreso de las pretensiones de su dependiente, ello tanto durante el proceso como en los actos anteriores a éste. Se ha indicado que en la ética de las relaciones laborales de nuestros días la conducta patronal suele estar muy alejada del mandato legal (y moral) de obrar de buena fe como un *buen empleador* y ello, naturalmente, encuentra correlato en el terreno del proceso. En el momento en que estas situaciones de incumplimiento o abuso patronal llegan a juicio, el consejo de los abogados es el de "*negar todo"*, incluido lo obvio, especulando con las ventajas de

colocar al adversario ante la carga de demostrar lo que afirma y a sabiendas de que esa estrategia maliciosa no habrá de tener ninguna consecuencia disvaliosa para el empleador. El razonamiento es que, de nada sirve reconocer la verdad, ofreciendo ventaja al contrincante, si mentir es gratis (conf. Ackerman, Mario E., Director, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, págs. 464/466).----------

----Sin embargo, el citado artículo 275 de la L.C.T. no define lo que debe entenderse por temeridad o malicia, de allí que es conveniente intentar precisar el alcance de tales expresiones a efectos de evaluar correctamente el campo fértil para su efectiva operatividad. Ambos conceptos se tratan de patrones axiológicos o estándares jurídicos provistos por el legislador a efectos de que se juzgue en cada supuesto presentado a la jurisdicción los límites hasta donde corresponde extender la conducta procesal lícita de las partes y cuándo comienza lo que cabe estimarla como reñida con el deber de lealtad y probidad. La temeridad consistiría en aquella conducta de la parte que introduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Se configuraría, por lo tanto, tal como lo ponderara correctamente la juzgadora de la anterior instancia en la especie, cuando se verifique que alguna de las partes adopta una posición –antes o durante el proceso- a conciencia de la propia sinrazón. ----------

---La malicia es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión (Conf. Palacio, “Derecho procesal civil” T. III, pág. 50/52). Es una de las formas del dolo procesal y se contrapone a un deber de conducta; es el proceder de mala fe, con un propósito avieso disimulado en el trámite del proceso.----------

------Así, malicia y obstrucción son conceptos estrechamente vinculados, pues la segunda finaliza en necesariamente configurar la primera (conf.: Romualdi, Emilio E., “La sanción por temeridad y malicia del art. 275, LCT”, 22-dic-2016, Cita: MJ-DOC-10591-AR | MJD10591). ----------

------De tal modo, podemos asegurar que la norma atiende a la actitud obstruccionista o abusiva de la jurisdicción que pudiere adoptar la empleadora en el proceso que revele una conducta que pueda ser calificada como temeraria o maliciosa, subsumibles en un comportamiento que revele la conciencia de su sinrazón y que se desarrolla o proyecta con alegaciones o planteos inconducentes. Es decir, la norma bajo comentario se inscribe en la tendencia legislativa orientada hacia la “moralización del proceso”, sin que ello signifique un menoscabo al principio de defensa en juicio. ----------

---En tal marco de entendimiento, sea que las sanciones procesales se funden en el Art. 275 de la L.C.T., o en su similar del Código del rito, esto es, en el art. 45 del C.P.C.C., el que también resultaría de aplicación al supuesto por vía del 73 de la Ley XIV Nº 1-, la conducta de la demandada debe ser juzgada con criterio estricto no bastando para ello que se invoquen hechos no probados o derechos que no resulten acogidos, sino que es

preciso que se acredite positivamente que la parte imputada no pudo ignorar la sinrazón de su planteo defensivo.----------

------En este sentido, es claro que la sola falta de razón no es motivo de temeridad, pues de lo contrario todo litigante que perdiera el pleito sería pasible de la sanción. Se suele afirmar en general que no es suficiente, para calificar una conducta como temeraria, el elemento objetivo representado por la falta de fundamento o por la injusticia de la pretensión o de la oposición, sino que se requiere el factor subjetivo que se manifiesta a través de la conciencia de que tales circunstancias concurren en el caso concreto. Asimismo, tampoco puede calificarse de este modo el error ni la ausencia o pobreza de fundamentación de las pretensiones; ni la negligencia; ni la existencia de jurisprudencia contraria a la pretensión invocada. Aunque, claro, en este último supuesto la sutil, pero dirimente diferencia, ocurre cuando esa jurisprudencia ha sido generada con la participación en la misma posición de demandado de quien la soslaya en casos en los que se reclamaban créditos fundados en idénticos presupuestos fácticos y jurídicos, tal como lo puntualizara la juzgadora del anterior grado. ----------

---Como es de verse, claramente la norma aludida se centra en resguardar el deber procesal de lealtad, probidad y buena fe y si bien distingue entre conducta maliciosa y temeraria, lo cierto es que los efectos jurídicos de ambas son idénticos ya que una no concurre a agravar o calificar la otra, por lo que resulta más sencillo entender que la sanción es aplicable al que litiga de mala fe, o bien, lo que podría considerarse equivalente, cuando se litiga sin razón valedera (conf. Ackerman, Mario E., ob. cit, p. 468). ----------

----En tal sentido se ha dicho con idéntico criterio al expuesto que “La temeridad se configura cuando una parte sabe a ciencia cierta que no está asistida por la razón y a pesar de ello, abusando de la jurisdicción, compone un proceso del que se ha de generar un daño a la otra parte” (Conf.: CNAT, sala II, 28-9.90, D.T. 1991-A-70).---------

----Bajo tales premisas, observo que la sentenciante tuvo en especial consideración el particular contexto en que se encontraba el trabajador a fin de valorar la conducta asumida por la demandada con relación a la pretensión deducida por el actor en este proceso judicial; e, inclusive, ante los antecedentes jurisprudenciales del mismo tribunal de primera instancia y de ésta alzada en los que se encontraba involucrada como parte interviniente y que no podía desconocer. Pues -como se señaló *ut supra*-, si bien se debe analizar la conducta del empleador durante el proceso, lo cierto es que no resulta una tarea fácil desasir la misma de los actos realizados por la demandada con anterioridad a éste ya que, en la generalidad de los casos, ambas conductas tienen una íntima correlación por ser consecuencia una de la otra. ----------

----De tal modo, encuentro acertadas las afirmaciones de la sentenciante en el sentido de que la empleadora actuó de un modo desaprensivo e insensible por cuanto transcurridos un extenso periodo desde la liquidación del proporcional del S.A.C. correspondiente a los semestre reclamados, el actor se vio obligado a iniciar la acción judicial para poder percibir el crédito generado por el incorrecto cálculo realizado –a

sabiendas- por su empleadora obteniendo su reconocimiento jurisdiccionalmente en primera instancia recién en octubre del año 2022, pronunciamiento judicial que se verá ratificado por esta alzada, si se comparte mi voto, recién en el corriente año 2023. Tales consideraciones fueron especialmente valoradas por la sentenciante para arribar a su decisión.----------

---Asimismo, vale poner de resalto que la calificación de la conducta procesal, que es una facultad discrecional de los magistrados, no necesariamente debe ser invocada por las partes para que el juez declare su procedencia. Entonces, la declaración de temeridad y malicia constituye una facultad privativa de los jueces de grado, por lo que el art. 275 de la LCT no subordina la declaración judicial que contempla a que la pidan las partes.----------

---En tal marco entonces, la juzgadora ha precisado con suficiencia los motivos por los que atribuyó la calificación de conducta temeraria a la demandada sin que las pretendidas justificaciones de las que intenta valerse ahora la recurrente en su expresión de agravios logren conmover tal decisión, máxime cuando como lo señalé al comienzo, se limita solo a reiterar su posicionamiento meramente disidente con lo resuelto sin aportar el más mínimo contenido crítico a esta porción de lo decidido.--------

---En resumen, pues, por lo apuntado al comienzo del análisis del presente agravio, propondré al acuerdo que se tenga por desierto parcialmente el recurso de apelación incoado en esta porción examinada por carecer de la suficiencia técnica exigida (Conf.: arts. 268 y 269 del C.P.C.C., de aplicación al supuesto por vía del art. 73 de la ley XIV N° 1). Así lo voto. ----------

----III.- Conclusión: ----------

---Por todo lo que se viene de exponer, corresponderá confirmar la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios.----------

----Atento al modo en que se resuelve la cuestión, las costas de segunda instancia deben ser soportadas en su totalidad por la demandada recurrente (Conf.: arts. 57 y 73 de la Ley XIV N° 1; y, art. 282 del C.P.C.C.).----------

------Los honorarios profesionales por las tareas de alzada, apreciadas por su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado fijarlos del siguiente modo, a saber: al Dr. L. A. N., letrado apoderado de la parte demandada recurrente, en la suma equivalente al 3,15%; y, al Dr. D. M. Z., letrado apoderado de la parte actora, en la suma equivalente al 6,72%. Ambos porcentuales a calcular igualmente sobre el monto del capital de condena que sea liquidado oportunamente, con más el I.V.A. correspondiente (Conf.: arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4; y, leyes 23.349 y 23.871).----------

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

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

--La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 98/102 vta., así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada recurrente a fs. 107/110 vta. y de la contestación de la contraria de fs.

112/115, me eximen de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad. ----------

---I.- Seguiré el mismo orden de tratamiento que el expuesto por el Dr. Lucero, el cual, por lo demás responde a la lógica en el examen de los agravios.----------

--- 1) En el primer agravio, la quejosa sostiene que en el decisorio se violó el principio de congruencia por cuanto la jueza de grado introdujo una cuestión que no formó parte de la pretensión del actor ni de su oposición, consistente en la modalidad de la prestación laboral. Acertadamente el Dr. Lucero argumentó que dicha cuestión fue introducida por la misma apelante, ya que, al contestar la demanda hizo referencia a que el dictado de la DIF N° 36 no hizo más que reconocer la modalidad de la prestación laboral del trabajador marítimo y la especial forma de liquidación de su haber, ya que presenta una permanente variabilidad (ver fs. 38 vta., pto. III, 2do. párrafo). Volvió sobre esta cuestión al señalar que el dictado de la norma citada tuvo su fundamento en las características que diferencian al trabajador marítimo del resto de la población laboral, insistiendo en la variabilidad de la remuneración por factores ajenos a la voluntad de las partes (ver fs. 39, anteúltimo párrafo). Es así que cabe descartar el argumento en cuestión.----------

--------Dicho lo anterior, y dado que la queja se circunscribe a la forma de calcular el sueldo anual complementario en cuanto a la base remuneratoria, cabe señalar que la jueza de origen fundó su decisión en el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 899/2009, del 11/11/09 (ver sentencia a fs. 99 vta., último párrafo/100, 1er. párrafo). En el mismo razoné que incluso ya me había expedido con anterioridad sobre este tópico (ver CANE, Sala “B”, SDL Nº 41/08), señalando que la primer fuente de interpretación es la letra de la ley y el art. 1 de la ley 23041 es claro cuando dispone: *“El sueldo anual complementario en la actividad privada, Administración Pública Central y descentralizada, empresas del Estado, empresas mixtas y empresas de propiedad del Estado, será pagado sobre el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de los semestres que culminan en los meses de junio y diciembre de cada año”.* Es decir que ninguna referencia se efectúa en cuanto a la remuneración normal y habitual como lo hace el art. 245 de la LCT en su 1er. párrafo.----------

----Pero amén de ello, en interpretación del mentado art. 245, el máximo tribunal provincial tuvo ocasión de fijar postura a través del recurso de casación. En efecto en la causa “R., D. A. c/ I. D. A. S.A. s/ cobro de pesos. laboral” (STJCH, SER Nº 01/06 del 14/02/01), con voto de los Dres. Pasutti y Royer, se decidió que el texto de la norma alude a la “mejor” remuneración y no a promedio alguno, siendo dicho término unívoco, no pudiendo ser reemplazado -interpretación mediante- por el sentenciante. También se consideró que al hacerse referencia a la “mejor remuneración”, la norma está partiendo de la premisa de la variabilidad, aludiendo los conceptos de normalidad y habitualidad a los distintos rubros remuneratorios. Y citan jurisprudencia de la Cámara Nacional del Trabajo a fin de concluir que debe tomarse la mejor remuneración en el período respectivo y no el promedio de las mismas. ----------

------Es así que siendo la mencionada la doctrina que el Superior Tribunal de la Provincia ha sentado en punto al análisis del art. 245 de la LCT que alude a los conceptos de normalidad y habitualidad, con mayor razón se impone dicha solución tratándose del examen del texto de la ley 23041. Por lo demás, con relación a la "contradicción" entre el art. 121 de la LCT y la ley 23041 se ha entendido que tenemos por un lado el sistema que integra el texto de la LCT basado en la sumatoria de todas las remuneraciones devengadas en el semestre respectivo y su posterior división por el coeficiente "12", no siendo objeto de derogación expresa por parte de la ley 23041. Por el otro lado contamos con el sistema de esta última ley conforme a cuyos términos se establece la liquidación del aguinaldo en base a la "mejor remuneración" devengada en cada período semestral. El decreto reglamentario 1078/84 pretendió aclarar los alcances de la ley 23041 sin mayor éxito. Es que la norma reglamentaria establece que la liquidación del SAC debe ser *proporcional a la fracción del semestre trabajada,* añadiendo en el art. 3 que el cálculo del 50% de la mayor remuneración mensual devengada por todo concepto dentro de cada semestre debe efectuarse sobre el total de las retribuciones que corresponde computar para la liquidación del SAC *"...de acuerdo con las disposiciones en vigor...".* Asimismo resulta cuestionable la atribución de facultades de "interpretación" que el mismo Poder Ejecutivo Nacional asigna al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en la materia (art. 4 del decreto 1078/84) *"...cuando resulte necesario por las particulares características de la actividad de que se trate o por especiales situaciones o modalidades de prestación laboral...".* Cualquiera sea el tamiz constitucional que se adopte para analizar esta singular expresión reglamentaria, siempre se arribaría a la misma conclusión: tales facultades de interpretación resultan claramente violatorias del principio de división de poderes ya que se asigna al Ministerio de Trabajo facultades claramente legislativas cuando no cuasijurisdiccionales vedadas no sólo por la distribución de materias y competencias que hoy quedan definidas a través de los arts. 75, 99, 116 y cctes. de la Constitución Nacional, sino también por la limitación impuesta a la potestad reglamentaria a través de lo establecido en el art. 99, inc. 2 del texto constitucional (conf. Del Bono, C. M., en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. La Ley, 2007, Tº III, págs. 373/374).------

----Como solución a dicha "contradicción" normativa, se consideró que lo único que la ley 23041 ha alterado con relación al régimen de la LCT es la "base de cálculo" del sueldo anual complementario, ya que sigue vigente la conceptualización del aguinaldo como la doceava parte de las remuneraciones registradas en el semestre respectivo, tal como lo confirman las previsiones contenidas en el decreto 1078/84 al reiterar el criterio de la *"proporcionalidad"* en la liquidación del SAC. La diferencia está en que mientras el régimen de la LCT imponía la "sumatoria" de todos y cada uno de los períodos mensuales respectivos, el de la ley 23041 limita el cálculo a la base conformada por la "mejor remuneración" mensual devengada en el semestre respectivo (conf. Del Bono, op. cit., ídem, págs. 374/375). En consecuencia, ésa es la base a considerar y que correctamente tomó la sentenciante de grado. ----------

---La diferencia del caso citado con el presente es que en el anterior, como lo puntualiza el colega preopinante, no se declaró la inconstitucionalidad de la Disposición DIF N° 36 del Ministerio de Trabajo de la Nación. Mas basta recordar que, al respecto, la sentenciante argumentó que el ministerio concedió autorización para abonar el aguinaldo tomando como referencia la base de cálculo que regía en el anterior régimen derogado por la ley 23041. Citó jurisprudencia de este Cuerpo y consideró que la autoridad administrativa excedió los límites establecidos en el artículo 4 del decreto 1078/84, vulnerando el orden público laboral, ya que dejó de lado la base establecida por la ley. A modo de ejemplo señaló que podía establecer otra forma de pago del SAC pero no desconocer el piso mínimo fijado legalmente (ver sentencia a fs. 100, 2do. párrafo). Es así que en el pto. I de la parte resolutiva declaró la inconstitucionalidad de la Disposición DIF N° 36 del Ministerio de Trabajo de la Nación en virtud de la violación del orden público laboral en perjuicio del trabajador (ver sentencia a fs. 100, anteúltimo párrafo, y a fs. 102 vta.). Como se puede apreciar, las razones de la declaración de inconstitucionalidad que se efectuara en el fallo aquí apelado, coinciden con los argumentos brindados por este Cuerpo en el citado antecedente.----------

-----En síntesis, por las razones expuestas habré de coincidir con el colega preopinante en la desestimación de este agravio.----------

---2) La segunda queja objeta que se aplicara el art. 275 de la LCT duplicando la tasa de interés que debe abonar. A tal fin arguye que ejerció su defensa en base a la Disposición DIF N° 36 y el decreto reglamentario 1078/84, y que aquélla es un acto administrativo que mantiene su validez hasta tanto sea declarada nula. Añade que citó jurisprudencia a favor de su postura y que ejerció el derecho constitucional de defensa en juicio.--------

----Sobre este punto, la jueza de origen, luego de una extensa cita doctrinaria (ver sentencia a fs. 101/vta.), razonó que citó dos causas en las que los hechos eran exactamente los mismos a los que originan la presente, que en ambas causas anteriores al traslado de la presente acción- los fallos exponían los motivos por los que se hacía lugar a las respectivas demandas, por lo que la accionada no podía desconocer la sinrazón de su planteo defensivo (ver sentencia a fs. 101 vta. *in fine/*102, 1er. párrafo). La sentenciante de grado continuó discurriendo que, pese a ello, la demandada insistió en repetir una defensa en la que ya había sido perdidosa anteriormente, dilatando la posibilidad del trabajador de percibir a tiempo sus acreencias, obligándolo a recurrir a la vía judicial, incumpliendo el deber de buena fe que debe imperar en el contrato de trabajo, lo cual resulta más perjudicial para el actor dada la inflación reinante que licúa los créditos. Reitera que la demandada no podía desconocer la forma en que debía liquidar el aguinaldo atento la jurisprudencia local sobre este punto, por lo que consideró su conducta como temeraria de acuerdo al art. 275 de la LCT (ver sentencia a fs. 102, 2do. y 3er. párrafos). ----------

-----Como se puede apreciar, el agravio no se hace cargo del razonamiento de la jueza, el que se sustentó en la existencia de antecedentes de la jurisprudencia local. Ante ello, la recurrente vuelve a esgrimir la normativa y la jurisprudencia que citara para fundar el

primer agravio y a manifestar que ejerció su derecho de defensa. Al respecto es sabido que en la expresión de agravios no bastará remitirse a presentaciones anteriores, por ejemplo, transcribiendo pasajes de la demanda, contestación, impugnación a la pericia; mínimo esfuerzo que carece de fuerza impugnativa, pues se olvida que debe criticarse a la sentencia, no replantear cuestiones ya examinadas ante el juez de primera instancia. No reunirá el carácter de una demanda de agravios si se reduce a una simple reedición de los argumentos esgrimidos en primera instancia, o si el escrito se remite al alegato de bien probado, o consiste en simples consideraciones de orden general o desahogos contra el adversario o la administración de justicia. En suma, la expresión de agravios debe contener un análisis de la sentencia, señalando y demostrando, punto por punto, los errores en que se ha incurrido y las causas por las cuales el pronunciamiento se considera injusto o contrario a derecho (conf. FenochiettoArazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 942).----------

----En síntesis de lo expuesto es que también propondré la deserción de este segundo agravio por insuficiencia técnica (conf. arts. 60 de la ley XIV N° 1, y 268 y 269 del CPCC).

-----II.- En virtud de todo lo expuesto, habré de acordar en que corresponde propiciar la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas en la Alzada a la quejosa perdidosa (conf. arts. 57 de la ley XIV N° 1, y 69 del CPCC). ----------

----En cuanto a la regulación de honorarios en esta sede, dado el resultado del pleito, extensión y entidad de los trabajos realizados en esta instancia de apelación, deviene razonable fijar los mismos al Dr. L. A. N., letrado apoderado de la demandada, en un 3,15%; y al Dr. D. M. Z., letrado apoderado del actor, en un 6,72%; en ambos casos sobre el monto de condena, a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA respectivo (conf. arts. 5, 6, 8, 13 y 46 del arancel y leyes 23349 y 23871).----------

------A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.------

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

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente: 1) CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que ha sido materia de agravios. 2) IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada recurrente vencida. 3) REGULAR los honorarios de segunda instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. L. A. N., en la suma equivalente al 3,15%; y, al Dr. D. M. Z., en la suma equivalente al 6,72%. Ambos porcentuales a calcular, igualmente, sobre el monto del capital de condena que sea liquidado oportunamente, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

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

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

--En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Lucero, fiel expresión del mismo. ----------

---Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 274 del

C.P.C.C.), pasándose a dictar:----------

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

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

---CONFIRMAR el fallo apelado en todo lo que ha sido materia de agravios.----------

----IMPONER las costas de segunda instancia a la parte demandada recurrente vencida.

----REGULAR los honorarios de segunda instancia del siguiente modo, a saber: al Dr. L. A. N., en la suma equivalente al 3,15%; y, al Dr. D. M. Z., en la suma equivalente al 6,72%. Ambos porcentuales a calcular, igualmente, sobre el monto del capital de condena que sea liquidado oportunamente, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

ALDO L. DE CUNTO
JUEZ DE CÁMARA

SERGIO RUBÉN LUCERO
PRESIDENTE

----**REGISTRADA BAJO EL N°____007____DEL AÑO 2023 - SDL - CONSTE**. ----------

PABLO SEBASTIÁN ETCHART
SECRETARIO DE REFUERZO
DE CÁMARA