

///MA, 31 de agosto de 2006.-

-----Habiéndose reunido en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Víctor Hugo SODERO NIEVAS, Luis LUTZ y Alberto Italo BALLADINI, con la presencia del señor Secretario doctor Gustavo GUERRA LABAYEN, para pronunciar sentencia en los autos caratulados: "ORTIZ, PASCUAL GUILLERMO C/ EDERSA Y OTROS S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 20418/05-STJ), elevados por la Cámara del Trabajo de la Ia. Circunscripción Judicial con asiento de funciones en esta ciudad, con el fin de resolver el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora a fs. 734/741 y la ampliación de fundamentos de fs. 743/747, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar, de lo que da fe el Actuario. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden de sorteo previamente practicado, respecto de las siguientes:-----C U E S T I O N E S-----

-----1ra.- ¿Es fundado el recurso?-----

-----2da.- ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----V O T A C
I Ó N----- A la primera cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijo:-----

-----Vienen las presentes actuaciones a mi voto a raíz del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora a fs. 734/741 y de la ampliación de fundamentos de fs. 743/747 contra la sentencia dictada por la Cámara del Trabajo de esta ciudad a fs. 717/724 vlta., en cuyo mérito el referido Tribunal rechazó la demanda entablada en cuanto reclamaba la declaración de nulidad del despido del actor, su reincorporación y el pago de salarios caídos, como así también el resarcimiento indemnizatorio por daño moral. Asimismo, hizo lugar parcialmente a la pretensión tendiente / ///-2- a que se reconociera la existencia de diferencias en la liquidación final percibida por el actor.-----

-----En la sentencia impugnada, la Cámara a quo estableció las siguientes cuestiones sobre las que debía pronunciarse: a) si resultaba ajustado a derecho el pedido del accionante tendiente a que se declarara la nulidad del despido, se lo reinstalara en su puesto de trabajo y se dispusiera el consiguiente pago de los salarios dejados de percibir; b) en subsidio de lo anterior, si se le adeudaban al actor diferencias respecto de la liquidación final por él percibida, y c) si resultaba procedente el resarcimiento por

daño moral.- - - - -

-----Respecto de la primera cuestión, el Tribunal de grado entendió que el actor había sido despedido sin causa, a raíz de lo cual él mismo fue a cobrar el cheque con el que se le pagó la indemnización correspondiente. En tales condiciones, concluyó que no podía válidamente pretender su reincorporación dos años después sin que ello supusiera entrar en contradicción con sus propios actos. Agregó además que el convenio aplicable no contempla la estabilidad absoluta, sino la relativa impropia en consonancia con la Ley de Contrato de Trabajo. Finalmente, expresó que el procedimiento preventivo de crisis (art. 98 L.E.) fue previsto para el caso de suspensiones o despidos de carácter colectivo y no individual. Respecto de ello, manifestó que sobre un plantel transferido a EdERSA que superaba los 800 agentes, sólo 21 fueron despedidos, por lo que no podía encuadrarse el caso de autos en los llamados despidos y suspensiones colectivas.- - - -

-----En cuanto a la segunda cuestión, circunscripta a la porción que aquí interesa por ser materia de recurso, la Cámara expresó que no correspondía computar la bonificación anual por eficiencia (BAE) para el cálculo de la /// ///-3- indemnización por despido por tratarse de una bonificación anual de carácter extraordinario, lo que impedía considerarla como remuneración mensual y normal. También desestimó el planteo de inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 153 de la L.E. pues -según expresó- la Corte Suprema de Justicia de la Nación ratificó su ajuste constitucional en la causa "Bustos c/ Servicios Especiales San Antonio S.A.", lo que llevó a que este Superior Tribunal modificara luego la doctrina legal previamente fijada en dicho proceso.- - - -

-----Por último, respecto de la pretensión de daño moral, la Cámara sostuvo que se enrolaba en la corriente doctrinaria y jurisprudencial que, en determinadas circunstancias, admite la procedencia de la reparación "extra" de los daños y perjuicios vinculados con el despido con fundamento en las normas del derecho común y por encima de la indemnización reglada en el art. 245 de la LCT. Sin embargo, en el caso particular de autos desestimó tal pretensión, pues entendió que el derecho a despedir sin causa que ostenta el empleador no había sido ejercido abusivamente. En tal sentido, expresó que EdERSA despidió al actor por razones de reestructuración y puso a su disposición la indemnización legal que éste percibió, por lo que no se configuraba en la especie el aludido despido abusivo que justificara otorgar una indemnización extra como la pretendida.- - - - -

-----3.- Contra lo así decidido, la parte actora interpuso el recurso extraordinario local que luce a fs. 734/741, en el que se extiende en consideraciones tendientes a demostrar, en primer término, la pertinencia de su pretensión de reinstalación. Al respecto expresa que la doctrina de los actos propios aplicada en perjuicio del trabajador resultaba absolutamente improcedente, pues al momento de suscribir el recibo por las indemnizaciones percibidas lo hizo en /// ///-4- disconformidad, la que posteriormente se tradujo en la impugnación administrativa y judicial de dicha decisión, lo que a su vez impide la aplicación de la doctrina.- - - - -

-----Agrega que la sentencia dictada en autos no se ajusta a derecho en cuanto considera que el convenio colectivo de la actividad (N° 36/75) no instituye el derecho del trabajador a conservar su empleo y a no ser despedido sin causa. En tal sentido manifiesta que el art. 6 del convenio consagra la estabilidad absoluta, total o con sentido propio, que garantiza al trabajador su derecho a conservar el puesto de trabajo, que sólo puede perder cuando se encuentra en condiciones de obtener la jubilación o cuando la empresa en la que presta servicios cesa en sus actividades.- - - - -

-----Expresa que la estabilidad absoluta que convencionalmente protege al actor no conlleva un cercenamiento inconstitucional de la garantía de contratar y comerciar del empleador. Al respecto destaca que, sin bien puede suponer una limitación para el ejercicio de tales derechos, tiende a eliminar la arbitrariedad o el predominio del interés de una sola de las partes. Manifiesta que si una parte cumple con el contrato, la otra también debe cumplirlo, y así el respeto por la persona humana se afianza y predomina sobre derechos económicos que le deben estar subordinados.- -

-----Por último, señala que la sentencia de Cámara también viola la letra de la ley 24013, cuya vigencia se extiende a todo el país como claramente determina el art. 95. Al respecto, sostiene que la existencia de más de una decena de despidos sin causa dispuestos por la demandada y de más de un centenar de retiros voluntarios perfectamente acreditados en autos, determinan claramente la existencia de un conflicto colectivo, motivado por un proceso radical de racionalización de la planta de personal, efectuado por la empleadora en forma inmediata al hacerse cargo del funcionamiento de la /// ///-5- empresa privatizada.- - - - -

-----En otro orden, el recurrente también se agravia porque la sentencia de Cámara rechazó su reclamo de diferencias indemnizatorias que surgen de incluir la "bonificación anual por eficiencia" en la base de cálculo de la indemnización por despido, rubro este que -a juicio del actor- encubre una remuneración normal y habitual

que percibió durante el curso de la relación laboral.- - - - -

-----Finalmente, expresa que la Cámara modifica totalmente sus propias pautas contenidas en la causa "Rada, Enrique Fernando y otros c/ Banco Río Negro S.A. s/ Reclamo" y rechaza la pretensión de indemnización por daño moral, aun cuando reconoce la existencia de un vínculo causal entre el despido y la penosa situación psicológica del actor, en razón de considerar que la empleadora no actuó de manera antifuncional, pese a que violó la garantía de estabilidad contenida en el convenio colectivo y en la Ley de Empleo. También manifiesta que la sentencia omite deliberadamente analizar la conducta de la provincia, que reconoció el derecho del actor a recuperar su empleo a través de la resolución administrativa dictada por la Secretaría de Trabajo. En función de ello, concluye que el recurso debe prosperar y debe hacerse lugar a la indemnización por daño moral requerida.- - - - -

-----A fs. 743/747 el recurrente amplía fundamentos y se extiende en consideraciones tendientes a demostrar la procedencia de los agravios previamente reseñados.- - - - -

-----4.- Ingresando en el tratamiento de éstos, habré de comenzar por el relativo a la pretensión de reinstalación en el puesto de trabajo.- - - - -

-----4.1.- La estabilidad: El art. 6 del CCT 36/75 textualmente expresa: "Dentro del término que confiere la Ley para la Jubilación Ordinaria y los plazos del artículo 9 ///-6- (Personal en Condiciones de Jubilarse), los trabajadores gozarán de estabilidad absoluta en su empleo. Las cuestiones de orden político, racial, social, gremial o religioso, no serán causas de sanciones disciplinarias o despido.- - - - -

-----"El trabajador que fuere despedido sin justa causa, apreciada conforme lo previsto en el párrafo anterior, tendrá derecho a requerir la reinstalación en su puesto de trabajo.- - - - -

-----"En caso de haberse requerido la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo y mediando resolución del órgano instituido por el artículo 84 (Comisión de Reclamaciones y Tribunal Paritario Nacional) de este Convenio que así lo disponga, la negativa de la Entidad a cumplimentar dicha resolución dará derecho al trabajador a percibir las remuneraciones correspondientes hasta tanto se efectivice la reinstalación o alcance las condiciones para jubilarse".- - - - -

-----Por su parte, el art. 9º -Personal en condiciones de jubilarse-, primer párrafo, del CCT 36/75 establece: "a) Las partes convienen que los trabajadores que estén en condiciones de obtener la Jubilación Ordinaria están obligados a acogerse a los beneficios de la misma. A esos efectos la Entidad respectiva comunicará a sus

trabajadores, que estén en condiciones de jubilarse, que deberán acogerse a ese beneficio dentro de un plazo de ciento ochenta (180) días. Dicho plazo a solicitud del trabajador, deberá prorrogarse hasta que el ente previsional otorgante reconozca el derecho al beneficio peticionado, pudiendo el trabajador optar por efectivizar su retiro de la actividad en forma inmediata o hacia la finalización del año calendario en que hubiere obtenido el acuerdo de la Caja, no pudiendo exceder dicho término en ningún caso..." .- - - - -

----De la simple lectura de las cláusulas convencionales antes transcriptas surge que la estabilidad absoluta /// ///-7- consagrada en el art. 6 ampara al trabajador en condiciones de jubilarse durante los plazos a que se refiere el art. 9. Se trata, entonces, de una estabilidad limitada al período en que el dependiente reúne los requisitos de edad y antigüedad necesaria para acceder a la jubilación ordinaria y se encuentra dentro de los plazos que el art. 9 del convenio establece para concretar su tramitación y lograr el beneficio previsional.- - - - -

----En esta misma línea de pensamiento se ha dicho: "La razonabilidad de la disposición que establece de este modo la estabilidad absoluta, se encuentra en la garantía para el dependiente de poder concluir la totalidad de los trámites jubilatorios sin riesgos de ser despedido sin causa con la consecuente pérdida de la remuneración, asegurando su permanencia en el empleo hasta su retiro definitivo en goce del beneficio jubilatorio" (véase autos: "Raggi, Germán c. Transener S.A." en LL Litoral 2003 [mayo], 521).- - - - -

----No se ha acreditado en autos que, al momento del despido, el actor reuniera las condiciones para acceder a la tramitación de la jubilación ordinaria, por lo que debe colegirse que tampoco se encontraba amparado por la garantía de estabilidad absoluta prevista por el convenio.- - - - -

----Tampoco se ha demostrado -ni tan siquiera se ha invocado- que el despido fundado en razones de reestructuración de la empresa que, desde la óptica de la ley laboral, supone un despido sin causa, en realidad escondiera un acto de discriminación por los motivos a los que la propia norma convencional (art. 6) expresamente alude (cuestiones de orden político, racial, social, gremial o religioso) y que, según ella, dan derecho a requerir la reinstalación en el puesto de trabajo.- - - - -

----4.2.- El procedimiento preventivo de crisis de empresas (arts. 98 y sgtes. de la Ley Nacional de Empleo): - - - - /// ///-8- El recurrente también se agravia por el rechazo de su pretensión de reincorporación fundada en la inobservancia del procedimiento

preventivo de crisis de empresas regulado en los arts. 98 y sgtes. de la ley 24013.- - - - -

----Respecto de ello, se observa que tanto la Cámara como el ahora recurrente centran su análisis en la cuestión del porcentaje de los trabajadores despedidos. Por empezar, manifiestan sus divergencias en cuanto al total de la plantilla de personal transferido a la empresa privatizada (la sentencia alude a 800 trabajadores y la parte actora sostiene que fueron 520) y también exhiben notorias discrepancias en cuanto a la cantidad de trabajadores afectados (la sentencia sólo se refiere a los 21 despedidos y la recurrente hace hincapié en que la verdadera dimensión del conflicto requiere considerar la existencia de un centenar de trabajadores que fueron desvinculados por vía de retiros voluntarios).- - - - -

----Más allá del aspecto referido, resulta insoslayable destacar que, según el art. 98 de la LNE, el procedimiento preventivo de crisis es previo a la comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a determinado porcentaje de los trabajadores de una empresa, y ninguna de tales razones ha sido invocada para justificar los despidos dispuestos por la demandada. En este sentido, cabe poner de resalto que las razones que habilitan la instancia del procedimiento de crisis remiten a aquéllas que encuadran el despido en el art. 247 de la LCT y dan lugar a la indemnización reducida allí prevista.- - - - -

----En el caso concreto de autos, el despido se fundó en razones de reestructuración (fs. 3) y la empresa abonó la indemnización por despido común del art. 245 de la LCT (fs. 9). Ergo, no estamos frente a un supuesto en el que sea /// ///-9- viable el procedimiento preventivo de crisis, por lo que la omisión de éste no puede acarrear ninguna consecuencia.- - - - -

----El procedimiento de crisis sancionado por la ley 24013 tiene indudables influencias de la legislación española, de la que toma, por ejemplo, los motivos (causas tecnológicas o económicas y fuerza mayor) que dan lugar a la apertura del procedimiento, aunque también posee notorias diferencias con ésta, pues el sistema español aplica el procedimiento no sólo frente al fenómeno colectivo, sino incluso ante el despido individual (véase Luis P. Slavin: "Análisis crítico de la Ley Nacional de Empleo [24013]", Ed. Depalma, 1992, págs. 128 y sgtes.).- - - - -

----Respecto del régimen que introduce la LNE se ha dicho que "... es previo a la

comunicación de despidos o suspensiones por razones de fuerza mayor, causas económicas o tecnológicas que afecten a determinado porcentaje de los trabajadores de una empresa. Puede ser iniciado por el empleador o por la Asociación Sindical de Trabajadores mediante una presentación fundada en la que se ofrece todos los elementos probatorios. Se tramita ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quien da traslado de la petición a la otra parte y fija fecha para una audiencia. Si en la misma no hay acuerdo, se abre un período de negociación. Si vencido el plazo previsto no se llega a un final satisfactorio, se dará por concluido el procedimiento de crisis. Desde la notificación de la presentación que da comienzo al procedimiento hasta la conclusión del mismo, el empleador no puede realizar despidos, pues en caso de incumplimiento los trabajadores afectados mantendrán su relación de trabajo y tendrán derecho a que les paguen los días caídos. Los trabajadores, por su parte, no pueden ejercer el derecho de huelga u otras medidas de acción /// ///-10- sindical so pena de aplicárseles sanciones” (cfr. STJ Jujuy, “Julio Silva c/Ledesma S.A.A.I. s/Rec. de Inconst.”, Se. plenaria del 17/12/95, S.A.I.J.). En consecuencia, tal como ha sido diseñado en nuestro derecho positivo, el régimen introducido por la ley 24013 procura evitar los despidos o suspensiones colectivas de cierta magnitud y las medidas de fuerza consiguientes, durante un corto período, pero, vencidos los plazos previstos, sin acuerdo de partes y por injustos que hayan sido los despidos, de ningún modo los impide (vid. Luis P. Slavin, op. cit., pág. 135).- - - - -

-----En suma, los agravios en los que el recurrente sustenta su pretensión de reincorporación deberán ser desestimados, lo que naturalmente conduce a confirmar el decisorio de Cámara en lo que hasta aquí ha sido materia de examen.- - - - -

-----4.3.- Las diferencias indemnizatorias: la inclusión de la bonificación anual por eficiencia en la base de cálculo de la indemnización por despido.- - - - -

-----Pese al escueto desarrollo argumental que exhibe el recurso sobre esta cuestión en particular, la manifestación efectuada en el punto 6 de fs. 739 se fundamenta en la pretendida erroneidad de la liquidación oportunamente practicada en concepto de indemnización por antigüedad, pues no se incluyó en la base de cálculo la incidencia del rubro “bonificación anual por eficiencia”.- - - - -

-----El art. 79 inc. B del CCT 36/75 introduce la mencionada bonificación en los siguientes términos: - - - - -

-----"1º) Las Entidades abonarán a sus trabajadores una Bonificación Anual por Eficiencia, de acuerdo a la siguiente escala y reglamentación: - - - - -

-----"Para abonar la Bonificación Anual por Eficiencia se tendrá en cuenta la remuneración que el trabajador perciba el 31/XII del año por el cual se le abona dicha bonificación y será abonada dentro de los treinta (30) primeros días del /// ///-11- año subsiguiente: - - - - -

-----"El monto de la bonificación será el siguiente: - - - -

-----"Hasta 5 años el 100 % de la remuneración.- - - - -

-----"De 5 y hasta 10 años, el 130 % de la remuneración.- - -

-----"Más de 10 años, el 160 % de su remuneración.- - - - -

-----"Estos montos serán afectados por los coeficientes que resulten de aplicar la Reglamentación del presente artículo.-

-----"2º) Los porcentajes anteriores serán aumentados de la siguiente manera: - - - - -

- - - - -

-----"En un 20 % del monto que le corresponda percibir, si por el año que la perciba y uno anterior no hubiese sufrido ninguna deducción, es decir que ha cumplido satisfactoriamente con los requisitos de dicha reglamentación, en dos años.- - - - -

- - - - -

-----"En un 40 % del monto que le corresponde percibir, si por el año que la percibe y en dos años anteriores no hubiese sufrido ninguna deducción, es decir que ha cumplido satisfactoriamente con los requisitos de dicha reglamentación en tres años.- - - - -

- - - - -

-----"En un 60 % del monto que le corresponda percibir, si por el año que la percibe y en tres años anteriores no hubiere sufrido ninguna deducción es decir que ha cumplido satisfactoriamente con los requisitos de dicha reglamentación en cuatro años.- - - - -

- - - - -

-----"En un 80 % del monto que le corresponda percibir, si por el año que la percibe y en cuatro años anteriores no hubiere sufrido ninguna deducción, es decir que ha cumplido satisfactoriamente con los requisitos de dicha reglamentación en cinco años.- - - - -

- - - - -

-----"En un 100 % del monto que le corresponda percibir si por el año que la percibe y en cinco años anteriores no hubiere sufrido deducción, es decir que ha cumplido satisfactoriamente con los requisitos de dicha /// ///-12- reglamentación en seis años..." .-

- - - - -

-----Más adelante se establece la "Reglamentación para el Pago de la Bonificación Anual por Eficiencia" en la que, entre otras circunstancias, se computan las siguientes

con incidencia en el cálculo del adicional en examen: - - - - - "...7º) Ausencias sin goce de sueldo - Permisos art. 62, inc. c) del C.C.T.- - - - -

-----"a) La Bonificación Anual por Eficiencia se liquidará en proporción a los meses enteros trabajados durante el año.- -

-----"8º) Ausencias sin goce de sueldo: Con o sin permiso previo, por cada día de ausencia la bonificación se reducirá en un 3%. - - - - -

-----"9º) Permisos justificados sin goce de sueldo por enfermedad de familiares: Para cada día de ausencia, se reducirá en un 3 % del monto básico de la Bonificación.- - -

-----"10) Permisos con goce de sueldo previstos o no en el C.C.T.: Los permisos que se otorguen no originarán descuentos de la bonificación anual por eficiencia.- - - - -

-

-----"11) Trabajadores con aplicación del art. 66 del C.C.T. (Lic. por Enfermedad)- - - - -

-----"a) Al solo efecto del eventual pago de la bonificación anual por eficiencia, a los trabajadores ausentes por enfermedad durante el año calendario, no se tendrán en cuenta las reducciones establecidas en los distintos apartados del art. 66 del C.C.T. o sea que se les liquidará sobre su remuneración íntegra.- - - - -

-----"b) Serán de aplicación las normas que regulan el pago de la bonificación anual por eficiencia.- - - - -

-----"12) Permisos Gremiales con o sin goce de sueldo: Durante el período con permiso gremial, no se practicará deducción de la bonificación.- - - - -

-----"13) Medidas Disciplinarias: - - - - -

-----"a) Suspensiones: Por cada día de suspensión, la /// ///-13- bonificación anual por eficiencia se reducirá en un 15 %. - - - - -

-----"b) Amonestaciones: Por cada amonestación o medida equivalente, la bonificación se reducirá en un 5 %. - - - - -

-----"14) Faltas de Puntualidad: - - - - -

-----"a) Por cada llegada tarde, después de las 5 llegadas tarde en el mes la bonificación anual por eficiencia se reducirá en un 1 %. - - - - -

-----"b) Por cada llegada tarde, después de las 13 llegadas tarde en el año, la bonificación anual por eficiencia se reducirá en un 2 %. - - - - -

-----"c) A estos efectos se acumulan los excedentes de llegadas que no hayan originado amonestaciones o suspensiones..." - - - - -

-----Es decir que se trata, entonces, de un crédito cuyo importe surge de calcular el

100%, 130% o 160% de la remuneración (según la antigüedad) y al que se le suma un adicional y se le deduce un porcentaje por las inasistencias injustificadas, las faltas de puntualidad, las sanciones disciplinarias, etc. de cada trabajador, como módulo cuya teleología es incentivar el cumplimiento de los deberes de los dependientes en aras a la eficiencia, que da nombre al rubro en cuestión (mutatis mutandis, conf. dictamen del Procurador General del Trabajo en el plenario de la Cámara Nac. de Apelaciones del Trabajo en autos: "Martínez, Cesario R. y otros c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A. [SEGBA]", 30/06/93, J.A. 1993-III-432).- - - - -

-----No cabe duda de que la bonificación en cuestión posee naturaleza remuneratoria y debe considerarse salario en los términos del art. 103 de la LCT. Como dato corroborante pongo de resalto que en el recibo de fs. 9 se liquidó la BAE entre los conceptos remunerativos y, por ende, se aplicaron sobre ella los porcentajes correspondientes a los aportes /// ///-14- previsionales y sindicales, tal como lo demuestran los diversos importes liquidados en la columna de retenciones.- - - - -

-----En el mismo recibo (fs. 9) la empresa también liquidó el correspondiente aguinaldo sobre la BAE, todo lo cual denota que la interpretación efectuada por aquélla sobre los verdaderos alcances e implicancias del rubro en examen es coincidente con la posición doctrinaria que le atribuye naturaleza salarial, con fundamento en las normas de la LCT (arts. 103, 104, 105 y ccdtes.).- - - - -

-----Finalmente, tampoco puede desconocerse la existencia de diversos pronunciamientos judiciales acerca de la inclusión de la BAE en la base de cálculo de distintas indemnizaciones y retribuciones de los trabajadores de las empresas eléctricas. Así se ha dicho: "El hecho de que la BAE se haga efectiva anualmente no le quita el carácter remunerativo (conf. art. 103 LCT)... no requiriendo ni el art. 11 ley 9688, ni la doctrina legal emergente del plenario 243, que se computen únicamente las remuneraciones mensuales, normales y habituales, sino todas las remuneraciones (incluso el SAC.), percibidas por el trabajador por todo concepto durante el año anterior a la fecha de consolidación del daño" (CNATrab., sala 2a., 30/06/95, J.A. 1999-I-síntesis). En el mismo sentido: "Tratándose la bonificación anual por eficiencia de un rubro de carácter remuneratorio, que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar la base de cálculo de la remuneración mensual computable a los fines de la liquidación del beneficio contemplado por el art. 9 del convenio colectivo de trabajo 36/75" (SCBA, 01/10/96, "Urresti, Luis A. y otro v.

Empresa Social del Estado de Buenos Aires", J.A. 1999-I-síntesis). Igualmente: "La bonificación anual por eficiencia prevista por el art. 79 CCT 36/75 debe incluirse en la base de /// ///-15- cálculo de la indemnización por incapacidad absoluta del art. 212 LCT." (SCBA, 29/12/94, "Omoldi, Luis M. v. E.S.E.B.A.", J.A. 1996-III-síntesis).- - - -

-----Sobre la cuestión específica que se plantea en los presentes autos, la Suprema Corte de Buenos Aires tiene dicho que la bonificación por eficiencia debe integrar la mejor remuneración mensual, normal y habitual computable para el cálculo de la indemnización por antigüedad (in re: "Zapico, Héctor E. y otros c. ESEBA S.A.", 29/05/02, Lexis N° 30012246, en el que a su vez remite a la doctrina de ese Tribunal en las causas L. 59730, "Vidal, Guillermo M. c/ Banco Platense S.A. s/Despido", sent. del 06/05/97 y L. 72767, "Quispe, Alberto R. c/ E.S.E.B.A. S.A. s/Diferencia de indemnización", sent. del 14/09/99).- - - - -

-----Todo lo hasta aquí expuesto me persuade de que la BAE, tal como está regulada en el CCT N° 36/75 y por hallarse sujeta a aportes, según lo actuado por la demandada, debe incluirse en la base de cálculo de la indemnización por despido, a cuyos efectos, y dada su periodicidad anual, resulta acertado dividir su importe por doce. Vinculado con ello, estimo pertinente destacar que el hecho de que se la liquide anualmente es insustancial para sustentar una posición contraria, pues no modifica su esencia ni su devengamiento durante todo el año.- - - - -

-----4.4.- La cuestión de constitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT modif. por el art. 153 de la LNE: - - - -

-----Si bien la cuestión no ha sido materia de agravio de la parte actora, la inclusión de la BAE en la base de cálculo de la indemnización por despido reactualiza la cuestión sobre la constitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT, cuyo examen puede realizarse aun de oficio, atento a lo expresamente autorizado por el art. 196 de la Constitución Provincial.- - - - -
-----/// ///-16- La sentencia de Cámara se limita a señalar que "... el planteo de inconstitucionalidad del tope legal (art. 153, ley n° 24013) debe desestimarse pues la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa '\Bustos c/Servicios Especiales San Antonio S.A.\' ratificó su ajuste constitucional, modificándose en tal sentido -y a posteriori- la doctrina legal que sentara en dicho proceso... el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia; lo notorio de este hecho, impide toda otra consideración sobre el particular" (fs. 720 vlt.).- - - - -

-----En efecto, este Superior Tribunal -con una integración anterior- confirmó una sentencia de Cámara que había declarado la inconstitucionalidad de la ley 24013, pues consideró que el camino seguido por el Poder Ejecutivo Nacional para su promulgación parcial a través del decreto 2565/91 violaba el procedimiento fijado por el art. 72 de la Const. Nac. en la redacción anterior a la reforma de 1994 (in re: "BUSTOS", Se. N° 134 del 14.09.93).- - - - -

-----Dicho criterio fue desestimado por la Corte, que al entender por vía del recurso extraordinario federal se pronunció por la constitucionalidad de la norma tal como había sido promulgada (sent. del 20.08.96), lo que a su vez determinó que este Superior Tribunal ajustara su propia doctrina a la establecida por la Corte (in re: "BUSTOS", Se. N° 72 del 30.06.97).- - - - -

-----En autos "Villarreal, Adolfo c/ Röemmers" (sent. del 10.12.97), la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció concretamente por la validez constitucional del tope del art. 245 de la LCT modificado por el art. 153 de la Ley de Empleo, habida cuenta de los reparos que se efectuaron a dicha norma por la sustancial disminución que provocaba en los casos de quienes poseían remuneraciones que se ubicaban en las posiciones superiores de las escalas de los /// ///-17- convenios. Dicho criterio fue seguido por este Cuerpo en autos: "YARLORI" (Se. N° 367 del 28.10.03).- - - - -

-----Sin embargo, con su actual integración, la Corte Suprema de Justicia de la Nación cambió el rumbo trazado en el antecedente previamente citado y, al dictar sentencia in re: "Vizzoti, Carlos A. v. AMSA S.A." (del 14.09.04), entre otras muchas consideraciones, señaló: "... a juicio de esta Corte, no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el párr. 1° del citado art. 245 LCT., vale decir, \la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor\, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de sus párrs. 2° y 3°. De acuerdo con ellos, dicha remuneración no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable. Esta pauta, por cierto, recuerda conocida jurisprudencia del tribunal, relativa a que la confiscatoriedad se produce cuando la presión fiscal excede el señalado porcentaje (Fallos 209:114, 125/126 y 210:310, 320, consid. 6, entre muchos otros). Permitir que el importe del salario devengado regularmente por el trabajador resulte disminuido en más de un tercio, a los fines de determinar la indemnización por despido sin justa causa, significaría consentir un instituto jurídico

que termina incumpliendo con el deber inexcusable enunciado en el citado art. 14 bis, acerca de que el trabajo gozará de la protección de las leyes y que éstas asegurarán al trabajador protección contra el despido arbitrario y condiciones equitativas de labor. Significaría, asimismo, un olvido del citado art. 28 CN." (consid. 11°).- - - - -

- -
-----"[...] Que, esta Corte ha establecido que las leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional '\cuando /// ///-18- resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagren una manifiesta iniquidad\' (Fallos 299:428, 430, consid. 5 y sus numerosas citas). En el sub lite se ha configurado esta grave situación según se sigue de los guarismos y cálculos no controvertidos que ya han sido expresados... Entonces, corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrs. 2° y 3° del citado art. 245 LCT., sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable..." (consid. 12°).- - -

-----En función de lo expuesto, en autos "VERA" (Se. N° 72 del 06.07.06) este Superior Tribunal volvió a adecuar su decisión a la nueva doctrina de la Corte en la sentencia previamente citada y, con arreglo a ella, declaró, para ese caso en particular, la inconstitucionalidad del art. 245, párrs. 2do. y 3ro. de la LCT, en atención a que la aplicación lisa y llana del tope legal conducía a una disminución del orden del 46% de la indemnización por despido.- - - - -

-----En el caso de autos, la decisión quedará supeditada a lo que resulte de la liquidación que deberá practicarse en la instancia de mérito, en conformidad con lo resuelto por la Corte in re: "VIZZOTI" antes citado.- - - - -

-----4.5.- El daño moral: - - - - -

-----Sobre el particular tuve oportunidad de expedirme, conjuntamente con el colega doctor Lutz, en el precedente "RADA" (Se. N° 163 del 16.11.00).- - - - -

-----En dicha oportunidad fijamos posición en el sentido de admitir -bien que en circunstancias excepcionales- la procedencia de reparaciones que exceden el marco de la Ley de Contrato de Trabajo cuando se invoquen y acrediten hechos o comportamientos del empleador que irroguen un daño adicional no comprendido en la indemnización tarifada y que exterioricen una conducta arbitraria o abusiva al extinguir / ///-19- el contrato a la luz del principio rector de la buena fe (arts. 62 y 63 de la LCT).- - - - -

-----Sería sobreabundante reiterar aquí la fundamentación íntegra de cuanto dijimos en

aquella oportunidad, por lo que sólo habré de transcribir la esencia conceptual de dicho voto: “Cierto es que, como regla, la indemnización tarifada del art. 245 de la LCT cubre, por imperio legal, los daños producidos por la ruptura injustificada del vínculo laboral y no caben -en principio- reparaciones adicionales.- - - - -

-----“[...] Sin embargo, también es verdadero que existe una regla que dice que los derechos (en el caso a despedir) no son absolutos; por lo que el principio admitiría excepciones, o cuando menos no sería excluyente del juzgamiento de ciertas situaciones desde una perspectiva que -sin desconocer aquél- también lo compatibilice con otras normas, que acuerdan a quienes han padecido un daño (de distintas y anormales connotaciones) un derecho y una acción para alcanzar su reparación. No hay precepto invocable para no hacerse cargo de la responsabilidad por el daño causado.- - - - -

-----“En el ‘*sub examine*’ el sentenciante, reconociendo el principio y las distintas ópticas doctrinarias y jurisprudenciales, se ha enrolado en la corriente interpretativa que, con clara excepcionalidad y restrictividad, admite que puedan resultar procedentes otras reparaciones de naturaleza civil, si se verifican las condiciones que la viabilicen; dado que la indemnización del art. 245 remite a las consecuencias normales del hecho, sin abarcar las que exceden dicho ámbito. Tales hipótesis, en el criterio del fallo, concurrirían cuando el despido vaya acompañado por una conducta adicional que resulte civilmente resarcible aún en ausencia de vínculo laboral.- - - - -

-----“[...] Sin perjuicio de la indemnización tarifada de la Ley de Contrato de Trabajo para el despido injustificado, /// ///-20- no es desajustado a derecho examinar y considerar -excepcionalmente y por tratarse de una privatización reglada específicamente- la existencia de otros daños y perjuicios emergentes de los hechos y la conducta del empleador al tiempo del distracto, con la posibilidad de que estos sean reparables si son originados por un comportamiento ilícito que excede, o es extraño, al ámbito de previsión regulado por la LCT en relación a las consecuencia normales del distracto.- - - - -

-----“Dice autorizada doctrina que ‘... en esta materia hay que partir de la base de que el simple incumplimiento del deber de ocupación mediante el despido directo injustificado ... está satisfecho en forma suficiente con la indemnización legal... Pero también puede existir una conducta del empleador, contemporánea al distracto incausado, que exceda de la simple discrecionalidad que a éste le concede el orden legal para romper el vínculo intempestivamente, y que siendo ilícita y abusiva, cause un daño a los intereses

materiales del trabajador, o lo afecte en su faz moral. En estos casos sería posible considerar la posibilidad de una reparación que ya no se sustentaría en el hecho del despido en sí mismo, sino en un accionar concomitante que excedería la facultad rescisoria del empleador. Así, se ha decidido con toda claridad que cuando la conducta del empleador en ocasión del despido injustificado causa un daño que resultaría indemnizable aun en ausencia de la relación laboral, tal responsabilidad no se puede ver satisfecha mediante el simple pago de la indemnización tarifada\ (conf. Meilij, Contrato de Trabajo, Tomo 2, págs. 494 y s.s., y doctrina y jurisprudencia allí citadas).- - - - -

-----“Se inclinan en el mismo sentido respetados tratadistas (vgr. Vazquez Vialard, Tratado t° 2, pág. 108; Centeno, Lopez y Fernandez Madrid, Ley comentada, t° 1, pág. 131; /// ///-21- Martorell, E. \Indemnización del daño moral por despido\, ed. Hammurabi).- - - - -

-----“Ese enfoque de la cuestión ha sido receptado por numerosísimos pronunciamientos judiciales que han acogido, en forma autónoma de la indemnización tarifada de la LCT, el resarcimiento de los daños en los casos en que el promotor del juicio acredita que - concomitantemente con la disolución del vínculo- el empleador cometió un acto ilícito configurativo de los presupuestos de hecho a los que la ley civil atribuye obligación de indemnizar (vgr. Suprema Corte de Buenos Aires in re: \DIAZ\ del 27.10.87, \BLANCO\ del 02.02.88, \MIGUEZ\ del 13.06.89, \LERENA\ del 21.08.90, \MOCHETTI\ del 03.04.90, \TÓRTORA\ del 03.08.93, \BASANTA\ del 25.10.94, \CIARDULO\ del 24.11.98, por citar algunos del prenotado tribunal).- - - - -

-----En el caso de autos, la Cámara tuvo por acreditada la existencia de daño y la relación de causalidad entre éste y la decisión de despedir dispuesta por la empresa. En lo pertinente, el Tribunal de grado expresó: "... lo cierto y concreto es que Ortiz padece, luego del distracto, del conjunto sintomático descrito por el perito cuyas manifestaciones sobresalientes son \depresión, angustia y ansiedad, (que) llevan a la conclusión de estar en presencia de un trastorno patológico depresivo-ansioso del psiquismo que, por su característica y combinación con otros síntomas complementarios, remite a la configuración semiológica de una sub-forma combinada de depresión reactiva y ansiosa (Clasificación CIE-9, Código 300.4 según O.M.S.)\... \que debiera requerir la instrumentación de un tratamiento psicoterapéutico dirigido a resolver el cuadro de síntomas que componen su padecimiento...\ (conf. fs. 375, 2do.

párrafo y fs. 377, 2do. párrafo)" (fs. 723). En función de ello, la Cámara dio por acreditado el perjuicio y admitió que dicha // ///-22- patología fue consecuencia inmediata del despido dispuesto por la patronal, sin base predisponente de parte de Ortiz, por lo que habrá que concluir en la existencia del daño, su causalidad adecuada con el despido operado y las circunstancias particulares que rodearon la desvinculación, cuyas consecuencias inmediatas y reparables, tal como se dijo en autos "RADA" ya citados, son imputables únicamente a la empleadora y cuantificables al tiempo de resolver en la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000). Ergo, el rubro debe prosperar sólo respecto de EdERSA, ya que no se acredita un factor de atribución que comprometa a la provincia de Río Negro (conf. De la Fuente: "El daño moral en el derecho del trabajo", TySS VII-84), y resultan aplicables los arts. 1109 y 1078 del Cód. Civil.-----

-----En orden a la solidaridad reclamada, corresponde decir que el acto del distracto es imputable sólo a EdERSA que ejercía el rol de empleador y quien dispuso el despido (arts. 699, 701 y ccdes. del C.C.) (conf. Justo López: "La solidaridad en las relaciones obligatorias laborales", Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni, 2001-1, págs. 9/15 y 21 in fine), de lo que se concluye que en el presente caso no hay solidaridad legal ni convencional. MI VOTO.- - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo: - -

-----Coincido con lo manifestado por el señor Juez preopinante, por lo que adhiero a los fundamentos por él vertidos y VOTO EN IGUAL SENTIDO.-----

-----Sin óbice de ello, estimo oportuno destacar que la inclusión de la BAE en la base de cálculo de la indemnización por despido obedece a la naturaleza salarial del rubro según lo entendió la propia demandada, ya que sobre ella se realizaban descuentos previsionales y se pagaba el sueldo anual complementario (conf. recibo de fs. 9).- - - -
- - -

-----Sentado entonces el carácter remuneratorio de la /// ///-23- bonificación que la propia empleadora reconoció a la luz de los criterios sustentados para su liquidación, no cabe sino computarla para el cálculo de la indemnización por antigüedad.- - - - -

-----Dejo aclarado que lo expuesto es de aplicación para el presente caso, sin que ello signifique adoptar un criterio general en materia de bonificaciones y/o gratificaciones, cuya verdadera naturaleza será menester indagar en cada caso en particular.- - - - -

-----Con la referida salvedad, reitero mi adhesión al voto del colega que me antecede.
MI VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto Italo BALLADINI dijo: - - - - -

-----Atento la coincidencia de los votos precedentes, ME ABSTENGO de emitir opinión.- - - - - A la segunda cuestión el señor Juez doctor Víctor Hugo SODERO NIEVAS dijo: - - - - -

-----Por lo expuesto al tratar la primera cuestión, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora, revocar en igual medida la sentencia de Cámara y, en consecuencia, declarar que la bonificación anual por eficacia (art. 79 inc. B CCT N° 36/75) debe integrar la base de cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), a cuyos efectos deberá remitirse la causa al Tribunal de origen para que, con la misma integración, proceda a efectuar los cálculos correspondientes con arreglo a las pautas expresadas en el punto 4.4 de mi voto. También propongo hacer lugar a la demanda y condenar a la accionada EdERSA a abonarle al actor la suma de \$ 50.000 (cincuenta mil pesos) en concepto de daño moral a la fecha del presente decisorio. Asimismo, propicio que las costas de ambas instancias se impongan a la demandada vencida, con excepción de las correspondientes al rechazo /// ///-24- del recurso articulado contra la provincia de Río Negro que, según mi criterio, deberán imponerse en el orden causado, atento a las particularidades de la presente causa y la ausencia de doctrina legal que razonablemente pudieron llevar al actor a demandar como lo hizo. También propicio que, por su actuación ante esta vía, los honorarios profesionales del doctor Néstor Roberto LARROULET se regulen en el 30% de los que le correspondieren en la instancia de origen, los que deberán ser adecuados por el Tribunal de grado en atención a la solución que se le imprime al asunto, y los de los doctores Alberto M. LLAMBI y Eduardo M. MARTIRENA en el 25% a cada uno, calculados de idéntico modo (art. 14 L.A.), los que deberán ser abonados en el plazo de diez (10) días. ASI LO VOTO.- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Luis LUTZ dijo: - - -

-----ADHIERO a la solución propuesta en el voto que antecede.- - - - -
- - - - - A la misma cuestión el señor Juez doctor Alberto Italo BALLADINI dijo:-
- - - - -

-----ME ABSTENGO de emitir opinión (art. 39 L.O.).- - - - -

-----Por ello,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Hacer lugar parcialmente al recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto por la parte actora, revocar en igual medida la sentencia de Cámara y, en consecuencia, declarar que la bonificación anual por eficacia (art. 79 inc. B CCT N° 36/75) debe integrar la base de cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), a cuyos efectos deberá remitirse la causa al Tribunal de origen para que, con la misma integración, proceda a efectuar los cálculos correspondientes con arreglo a las pautas expresadas en el punto 4.4 del primer voto (arts. 296 y ccdtes. del /// ///-25- CPCyC. y 52, 53 y ccdtes. de la ley 1504).- - - - - Segundo: Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda y condenar a la accionada EdERSA a abonarle al actor la suma de \$ 50.000 (cincuenta mil pesos) en concepto de daño moral a la fecha del presente decisorio (arts. 296 y ccdtes. del CPCyC. y 52, 53 y ccdtes. de la ley 1504).- - - - - Tercero: Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 COCyC.).- - - - - Cuarto: Rechazar el recurso deducido contra la provincia de Río Negro y, en consecuencia, confirmar la sentencia a su respecto. Con costas en el orden causado.- - - - - Quinto: Regular, por su actuación ante esta vía, los honorarios profesionales del doctor Néstor Roberto LARROULET en el 30% de los que le correspondieren en la instancia de origen, los que deberán ser adecuados por el Tribunal de grado en atención a la solución que se le imprime al asunto, y los de los doctores Alberto M. LLAMBI y Eduardo M. MARTIRENA en el 25% a cada uno, calculados de idéntico modo (art. 14 L.A.), los que deberán ser abonados en el plazo de diez (10) días. Cúmplase con la ley 869 y notifíquese a Caja Forense.- - - - - Sexto: Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.-

VICTOR HUGO SODERO NIEVAS -Juez-

LUIS A. LUTZ -Juez-

ALBERTO I. BALLADINI -Juez-

ANTE MI: GUSTAVO GUERRA LABAYEN -Secretario-

TOMO: III

SENTENCIA: 89

FOLIO N°: 675 a 699

SECRETARIA: 3