

NEUQUEN, 26 de julio de 2023.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**HERMOSILLA CORONADO CARLOS ENRIQUE C/ INGENIERIA SIMA S.A S/DESPIDO**", (JNQLA6 EXP N° 517994/2020), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia dictada el día 11 de mayo de 2022 (fs. 174/182) haciendo lugar a la demanda interpuesta por Carlos Enrique Hermosilla Coronado contra la empresa Ingeniería Sima S.A. apela la parte demandada a fs. 226/232 con agravios contestados por la contraria a fs. 235/240 vta.

Al fundar el recurso, la demandada manifiesta su agravio por la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 del Decreto Reglamentario 1342/81 fundamentada en la supuesta colisión con el Convenio 95 de la OIT.

Aclara que la citada norma reglamentó el régimen del fondo de desempleo fijando los rubros que deben computarse para establecer su cálculo excluyendo el SAC, las horas suplementarias y las indemnizaciones.

Entiende que la mentada inconstitucionalidad no existe dado que por más salariales que sean los rubros en cuestión, si no son normales, habituales y mensuales no ingresan en la base de cálculo.

Indica que no es cierto que el decreto reglamentario modifique la forma de cálculo establecida en el estatuto sino que, sin definir la naturaleza remuneratoria o no de los rubros, elige cuáles excluir para calcular mes a mes lo que debe depositarse a favor del trabajador en la cuenta particular sin contradecir norma superior alguna.

Por último, sostiene que la propia Constitución Nacional autoriza la facultad reglamentaria por lo que no se encuentran presentes los presupuestos para declarar la inconstitucionalidad.

Así también, agrega que el planteo de inconstitucionalidad no fue efectuado oportunamente sino que se realizó luego de la contestación de demanda y por ende también solicita su rechazo por extemporáneo.

En segundo lugar, se agravia por la condena al pago de la indemnización del art. 18, párrafo 2°, de la ley 22250.

Aduce que en el caso no hubo incumplimiento concreto de la norma en tanto la obligación de entregar la libreta de aportes con la acreditación de los depósitos y su actualización se efectuó en tiempo y forma.

Considera que la jueza extendió la multa a un supuesto distinto considerando la inconstitucionalidad del decreto reglamentario y en base a ello definió una diferencia en el cálculo de los montos.

Advierte que el trabajador no cuestionó la normativa que rige el cálculo de fondo al intimar por telegrama ni al demandar y, entiende que castigarla por calcular los importes de acuerdo a la normativa reglamentaria implica un abuso del derecho.

Seguidamente, se queja porque la aplicación de la indemnización del art. 18, párrafo 2°, se realizó del modo más gravoso aun cuando calculó el fondo de desempleo de acuerdo a la normativa vigente que únicamente penaliza la falta de entrega de la libreta de fondo de desempleo.

Así también se agravia por la condena al pago de la indemnización del art. 2 de la ley 25323 por considerarla incompatible con el sistema de la ley 22.250 que contiene un supuesto similar sobre el cual ya se condenó.



Por último expresa su desacuerdo con la multa del art. 80 de la LCT, por cuanto el actor intimó su entrega en los términos del decreto 146/01 el día 21 de junio de 2018 y la fecha que surge de la certificación solicitada es del 27 de junio sin que se hubiera acreditado cuándo recibió su parte la intimación referida como para tener por vencido el plazo para hacer efectiva la multa.

II. Corrido el traslado a fs. 235/240 vta. contesta el actor los agravios del recurso interpuesto solicitando su rechazo y manteniendo la reserva del caso federal efectuada oportunamente.

III. Entrando al análisis del recurso y su contestación, encuentro que la cuestión a dilucidar gravita sobre la interpretación y aplicación al caso del art. 5 del decreto reglamentario de la ley 22.250, N° 1342/81, en consonancia con las garantías que la Constitución Nacional establece en orden a los trabajadores y en particular a la integridad de su salario.

1. Primeramente encuentro oportuno realizar una mención acerca de las objeciones procesales arrimadas por el recurrente en relación a la extemporaneidad del pedido de inconstitucionalidad formulado por el actor manifestando que la jueza no debió atenderlo por ser posterior a la contestación de demanda.

Así dice que "oportunamente interpuesta la respectiva reacción de mi mandante, mediante su contestación de demanda, es que el actor, advirtiéndolo su error, invoca una supuesta inconstitucionalidad del decreto reglamentario, provocando un nuevo traslado"

Al respecto, cabe señalar que el actor tanto al intimar por telegrama como al presentar su demanda, no obstante no haber citado la norma ni pedido su inconstitucionalidad, diseñó su reclamo en ese sentido.



Es decir, solicitó se calculen los montos correspondiente al fondo de cese laboral conforme el total de las remuneraciones del trabajador con fundamento en los principios de buena fe y protectorios del trabajador instituidos en el art. 14 bis de la Constitución nacional y se le abone la diferencia por considerarlo justo.

De tal manera, quedó al arbitrio judicial la decisión de declarar la inconstitucionalidad o no de la norma aplicada.

Ahora bien, es de hacer notar que al contestar demanda y fundamentar su defensa, la accionada trajo a colación el cumplimiento del decreto constituyendo dicho momento en la oportunidad procesal apropiada para formular el planteo de inconstitucionalidad.

Así se ha dicho que *"...En igual sentido, cuando la Suprema Corte Provincial se ha referido a la "primera oportunidad procesal" en que debe formularse el planteo de inconstitucionalidad, ha añadido que aquélla debe ser propicia. Entiendo que dicha oportunidad es la que permite tanto al interesado desarrollar sus argumentos sobre la pretendida inconstitucionalidad, como a la contraparte la posibilidad de rebatirlos, y no las simples actuaciones de trámite (argto. guripa., S.C.B.A., S.C.B.A., en "Roa, Juan C. c/ Tubos y Perfiles S.A." del 03/05/1994, pub. en DJ, 1994-2-1090; Ac 68.238 del 18/04/2000; Ac. 54.349 del 15/07/1997; Ac. 44.241 del 07/05/1991; Ac. 35.933 del 05/09/1986; entre otras). En efecto, la parte que tiene interés en que una norma -en autos Decreto 214/02- no se aplique por ser inconstitucional, debe proponer la cuestión en la primera oportunidad adecuada, la que surgirá en el momento en que se advierta la posibilidad cierta que pueda llegar a ser aplicada en el caso concreto (Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba Sala Civil y Comercial 1994/05/09 : Ruesch y Cía. S.A. c/ Banco Roela S.A." pub. en LLC, 1994-888)..."* (Conf. Cámara de



Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala Segunda de Mar del Plata, Expte. N° 123781 Registro N° 135 Folio N° 1090/99, 18/2/2003)

También que *"...Es regla que el planteo de inconstitucionalidad de una norma deba deducirse en la primera oportunidad posible, es decir, cuando se vislumbra razonablemente que el dispositivo tachado de inconstitucional va a ser aplicado, de modo que sobre ellos se pronuncie el juez de la causa. Y la determinación de cuándo es la primera oportunidad, desde ya que va a depender del caso, puesto que hay situaciones en que la cuestión constitucional aparece durante el curso del proceso, frente a lo cual se impone su articulación en forma inmediata en la instancia que sobreviene."* (Conf. "QUINTANA c/ FRIGORIFICO REGIONAL SANTA ELENA s/ COBRO AUSTRALES" CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO, 18/3/1994, Id SAIJ: SUI3000024)

Por otra parte, los jueces pueden invalidar oficiosamente una norma legal sin vulnerar el principio de congruencia ni el derecho de defensa en juicio dado que las cuestiones de constitucionalidad son esencialmente de derecho y la magistratura tiene la facultad de suplir el derecho que las partes no invocan, o invocan erróneamente, aplicando el principio iura novit curia (Conf. CSJN "Mill de Pereyra" (LL suplemento de Derecho Constitucional del 30/11/2001).

Entonces, cuánto más pueden hacerlo si su introducción en la causa lo realizó la parte reclamante dándose traslado a la parte contraria con vista al agente fiscal.

Por lo expuesto el agravio debe ser desechado.

2. En lo que respecta a la queja por las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1342/81 realizada en la primera instancia, es importante destacar que el fondo de cese laboral, además de ser patrimonio inalienable e irrenunciable del trabajador (art. 15 de la ley 22250) constituye

un sistema que reemplaza el régimen de preaviso y despido dispuesto en la LCT.

En relación a su naturaleza jurídica se ha señalado que se trata de un "salario diferido" que no es pagado al trabajador a medida que se devenga, sino que se deposita por el empleador en una cuenta bancaria individual con el objeto de hacerle frente a los vaivenes propios de la actividad.

Así se ha dicho: *"...la Ley 22250 ha establecido un mecanismo económico -financiero (fondo de desempleo) destinado a solventar la estabilidad del obrero de la construcción, mecanismo que ha recibido distintos calificativos (ahorro obligatorio, salario diferido, seguro de desempleo, fondo de garantía del tiempo de antigüedad), pero que en su esencia, se revela como congruente con los propósitos constitucionales, porque tiende a reemplazar los mecanismos resarcitorios de la Ley de Contrato de Trabajo, sirviendo como indemnización proporcional al tiempo de trabajo, lo que lleva a merituar, que en definitiva se cumple la garantía del art. 14 bis de la Constitución Nacional (conf. 13-5-83, "Martínez, José y otros c/ Inhouds Klein Construcciones SA", LT XXXI - 926 y, en sentido análogo, Sala VII, causa "Bravo, Alejandro D. c/ Corio, Daniel y otro", 14/4/98, DT 1998 B, pág. 2084-2086, CNAT, Sala IV, 27/2/87, T y SS, 1987-627 entre muchas otras)"* (Conf. Rivas Aedo, Roberto Segundo vs. Skanska S.A. y otro s. Despido /// CNTrab. Sala III; 26/08/2009; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; 22655/2005; RC J 2800/14).

En lo que concierne a la integración de este "salario diferido" o "fondo de cese laboral", la propia ley 22.250 establece que se encuentra conformado por el aporte de un porcentaje (12% el primer año y 8% los siguientes) "de la remuneración mensual, en dinero, que perciba el trabajador en concepto de salarios básicos y adicionales establecidos en la convención colectiva de trabajo de la actividad con más los incrementos que hayan sido dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional en forma general o que hayan sido

concedidos por el empleador en forma voluntaria, sobre los salarios básicos" (art. 15).

Ahora bien, se ha dicho que los criterios básicos para identificar el salario son las dos notas relevantes de su concepto jurídico: que constituya una ganancia para el trabajador y que se trate de una retribución de sus servicios.

Así claramente se determina que no son salarios las indemnizaciones, los reintegros de gastos, los aportes de la seguridad social y los ingresos determinados como no salariales por la propia ley.

No obstante ello, *"...no significa que el legislador puede crear categorías no remunerativas con sólo hacer referencia a ellas y atribuirles sin más tal categoría sin que se pueda examinar la razonabilidad o incluso la coherencia de tales excepciones; lo contrario sería atribuir a la ley una capacidad desmedida de reglamentación de la garantía constitucional referida a la retribución justa a que se refiere el art. 14 de la Constitución Nacional..."* (Conf. OJEDA, Raúl Horacio "Ley de Contrato de Trabajo" Comentada y Concordada, Rubinzal Culzoni editores, comentario art. 103 de Silvia Pinto Varela, pág. 170)

Por tanto, coincido con el criterio expresado por la Sra. Jueza de grado al declarar la inconstitucionalidad del art. 5 del decreto reglamentario de la ley 22.250, N° 1342/81, por cuanto en un exceso reglamentario la norma excluyó de la base de cálculo del porcentaje del aporte las sumas correspondientes al sueldo anual complementario y los recargos legales sobre horas suplementarias, en detrimento del concepto de remuneración justa garantizado por la Constitución Nacional.

Por último, vale la pena mencionar que no resulta relevante que los rubros salariales no sean normales, habituales y mensuales puesto que el aporte para el fondo de cese laboral no es una indemnización en los términos del art. 245 de la LCT, sino un

porcentaje de la remuneración mensual que percibe el trabajador en concepto de salarios básicos y adicionales mes a mes.

Por lo expuesto, corresponde confirmar la inconstitucionalidad del Decreto 1342/81 condenado a la demandada al pago de la diferencia que surge de las sumas no aportadas al fondo de cese laboral del Sr. Hermosilla Coronado.

3. Toca ahora expedirme acerca del agravio por la condena al pago de la indemnización del art. 18, párrafo 2°, de la ley 22250, en tanto afirma que la entrega de la Libreta de aportes se realizó en tiempo y forma.

Si bien de los términos poco claros de la sentencia se infiere que la multa se aplica por la falta de entrega de la libreta de aportes al Fondo de desempleo, entiendo que la multa debe ser confirmada conforme los argumentos que se exponen a continuación.

En efecto. El actor al practicar la intimación de fecha 21/6/2018, expresamente consignó: *"... habiendo sido notificado del despido en 18 de mayo de 2018, habiendo cobrado un monto insuficiente en concepto de "fondo de cese laboral" (art. 15 ley 22.250) así también ha abonado en forma insuficiente en la liquidación los rubros vacaciones no gozadas y sac sobre vacaciones así como el SAC 1° semestre de 2018. Asimismo, habiendo revisado mis liquidaciones periódicas encuentro que me ha abonado peyorativamente los SAC ... Por ello, lo intimo a que en el plazo de 48 hs. abone las diferencias salariales reclamadas (diferencia de SAC y vacaciones) y diferencia de fondo de cese laboral, por ante la SST de Neuquén, bajo apercibimiento de reclamar la multa del art. 18 de la ley 22.250..."*.

Es decir que el incumplimiento referido era respecto de los montos aportados en el Fondo de cese laboral que fueron parte del objeto de la demanda y no a la entrega material de la Libreta de aportes.



No obstante ello, no puedo tener por cumplida dicha obligación por cuanto los depósitos acreditados fueron insuficientes ya que no respetaron la proporcionalidad con los salarios realmente percibidos y devengados por el actor.

Se ha dicho: "...El artículo 17 de la ley 22.250, establece que el trabajador dispondrá del fondo de desempleo al cesar la relación laboral, y que producida la cesación, el empleador deberá hacerle entrega de la libreta de aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos, es decir que "deben constar en la libreta los sucesivos aportes depositados por el empleador en cumplimiento de la obligación que le imponen los arts.15, párrafo 1º y 16" (Marigo y Rainloter -Personal de la Industria de la construcción- Ley 22.250 y su reglamentación, comentada, anotada y concordada-Edit Astrea- Ed. 1994- pag.131). Claro está la procedencia de la indemnización en aquellos supuestos donde la obligación se incumplió de modo total, esto es, cuando no se entregó la libreta y/o cuando no se efectuaron los respectivos aportes. Ahora bien, qué sucede cuando como en el caso de autos, estamos ante un cumplimiento defectuoso, es decir cuando se entrega la libreta sin aportes o con aportes insuficientes? Tanto doctrina cuanto jurisprudencia coinciden en que resulta aplicable en función de lo prescripto por los arts. 35 de la ley 22.250 y 2 de la LCT, lo dispuesto por el art. 260 de la LCT, por superar sin escollo alguno el juicio previo de compatibilidad jurídica y fáctica del régimen específico y de la actividad que regula. En consecuencia, el pago insuficiente de las obligaciones -tal como lo establece la citada norma laboral- será considerado como entrega a cuenta de lo adeudado, aun cuando se lo reciba sin reservas. En el caso, el Sistema Argentino de Información Jurídica www.infojus.gov.ar INFOJUS - 2012 incumplimiento surge evidente, toda vez que se ha verificado el aporte insuficiente al fondo de cese laboral en función de los porcentajes dispuestos por el art. 15 del estatuto de la actividad, los que revisten el carácter de mínimos

inderogables. En consecuencia y en virtud de que el pago insuficiente no tiene efectos cancelatorios, el trabajador está habilitado a proceder conforme el art. 18 de la ley especial, en relación- claro está- a las diferencias habidas e intimar a los fines de obtener el pago de las indemnizaciones que les pudiera corresponde. (Conf. Mario Ackerman- Obra citada- pag 72/73)."
(Conf. Cruz, Marcelo Alejandro y otros c/ Empresa Constructora Crisar S.A s/ Diferencia de Haberes. SENTENCIA, 21/10/ 2010, Nro. Interno: 17133. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA. SANTIAGO DEL ESTERO, SANTIAGO DEL ESTERO, Magistrados: Llugdar - Argibay - Rimini Olmedo - Juárez Carol - Suárez, Id SAIJ: FA10220000.

4. Distinto es el caso de la multa del art. 2 de la ley 25323, en tanto soy de opinión que la misma es expresamente incompatible con el sistema de la ley 22.250.

Como es sabido, el régimen correspondiente a la industria de la construcción, no prevé un sistema de estabilidad relativa propia que contemple el pago de indemnizaciones por antigüedad (o despido), sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido, siendo estas las pautas básicas de las sanciones que establece la ley 25.323.

De modo tal que, fuere cual fuere la opinión que pudiera merecer la vigencia de un régimen laboral especial (o de excepción) que no sancione la arbitrariedad en el despido conforme lo garantiza la Constitución Nacional, lo cierto es que la previsión contenida en el art. 2 de la ley 25323 se refiere exclusivamente a las indemnizaciones derivadas del despido injustificado, las que no están previstas para el personal de la industria de la construcción.

Así se ha referido la jurisprudencia al decir: "*...en el marco estatutario de la ley 22.250 no resultan aplicables los incrementos previstos en los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, debido a que, como se señalara, en el régimen correspondiente a la industria*



de la construcción no está contemplado un sistema de estabilidad relativa que prevea el pago de indemnizaciones por antigüedad (o despido), sustitutiva de preaviso e integración como las que mencionan esas normas como pauta básica de las sanciones que establecen. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el art. 35 de la norma estatutaria, tales disposiciones excluyen la aplicabilidad del sistema indemnizatorio contemplado en la L.C.T.; y éste, por otra parte, no resulta compatible con la naturaleza y modalidad del régimen jurídico específico (art. 2 L.C.T. y art. 35 ley 22.250) (...) "... sería irrazonable y discriminatorio privar al trabajador de la obtención de las multas previstas en la Ley Nacional de Empleo en tanto son compatibles con la naturaleza de la actividad prevista en el régimen laboral especial. Lo mismo ocurre con respecto al certificado de trabajo, cuya obligación de entrega es exigible. En cambio no podrá el trabajador requerir las multas previstas en la ley 25.323, por obedecer a un sistema de estabilidad incompatible con la ley 22.250. En definitiva se pretende que la tutela sea amplia a través de un análisis integral de las normas laborales aplicables, en tanto sean compatibles y favorables al trabajador..." (Conf. Cámara de Apelaciones Laboral de Corrientes, "Vega, Fernando Luis c. Juan Bautista Palacios y/o Q. R. R. s/ Indemnización", 17/03/2016)

Motivo por el cual se hará lugar al agravio debiéndose descontar del monto de condena la suma correspondiente a la multa impuesta.

5. Así también se queja la accionada por habersele impuesto la multa del art. 80 de la LCT afirmando que en autos no se acreditó la fecha en que recibió la intimación y por ende no podía tenerse por vencido el cumplimiento.

En autos, se despidió al actor con fecha 18 de mayo de 2018 (telegrama de fs. 187), y la libreta fue entregada al trabajador el día 21 de mayo de 2018 (recibo de fs. 166 vta).

Luego, en fecha 21 de junio 2018 el actor intima por dos días en los términos del decreto 146/01.

Si bien es cierto que no se encuentra acreditado en autos el momento en que la demandada recibió la intimación cursada, aquella no desconoció su recepción y en atención a la manda del art. 9 de la LCT (de aplicación en virtud de lo dispuesto por el art. 35 de la Ley 22.250), considero que la entrega del telegrama obrero fue realizada al día siguiente de su imposición (22 de junio, día viernes de acuerdo con el calendario del año 2018), por lo que el plazo de 2 días hábiles, ya se encontraba vencido el día 27 de junio, fecha en la que se expidió el certificado de servicios y remuneraciones (fs. 169 vta/172 vta).

Por ello, tomando en cuenta que no se puede hacer alusión exclusivamente al atraso de un día en el cumplimiento de la intimación, sino que la empleadora ya estaba en mora desde los treinta días posteriores al despido y que obligó al trabajador a intimar formalmente el cumplimiento de su deber, considero que la multa aplicada resulta procedente por lo que el agravio será desestimado.

IV. Por consiguiente, propongo al Acuerdo rechazar en su mayor extensión el recurso de apelación interpuesto por la demandada, a excepción de la multa del art. 2 de la ley 25.323 que deberá ser dejada sin efecto reduciendo el monto de condena, y confirmar en lo demás la sentencia apelada en todo lo que fue materia de recurso y agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 25% a la parte actora y en un 75% a la demandada apelante (art. 71, CPCyC).

Los honorarios de los letrados intervinientes por el actor ... en el doble carácter por el actor y los de ... por su intervención por la demandada en carácter de apoderado y los de ... quien actuó como patrocinante por la misma parte en el 30% de lo

regulado en la primera instancia a los que actuaron en igual carácter, de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

La jueza Patricia CLERICI dijo:

I.- He de disentir parcialmente con la opinión del señor Vocal preopinante.

La recurrente se agravia, en primer lugar, por la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 del decreto n° 1.342/1981, reglamentario de la ley 22.250.

Comenzando por el último agravio de los vertidos sobre esta cuestión, entiendo que el planteo de inconstitucionalidad del art. 5 del decreto reglamentario ha sido extemporáneo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación requiere que, frente a una situación que resulte previsible y razonable, el caso federal no aparezca como un planteo tardío o extemporáneo (cfr. Rojas, Jorge A., "Requisitos formales y procedimiento" en "Tratado de Derecho Procesal Constitucional", dirig. por Enrique M. Falcón, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, T. I, pág. 707). Por ello la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y del Trabajo de Villa Dolores ha dicho que el control de constitucionalidad debe proponerse en oportunidad de trabarse la litis, o en la primera oportunidad que brinde el procedimiento; y que, superada esta instancia, cabe suponer que media conformidad con la constitucionalidad, toda vez que la misma es un presupuesto en toda norma positiva (cfr. autos "Larghi c/ Agulles", 11/9/1997, TR LL AR/JUR/2844/1997).

En autos, la parte actora invoca la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria después que la demandada contestara la demanda y precisamente porque la demandada la invocó como defensa. Entiendo que si el actor pretendió en esta causa la incorrección del modo en que se liquidaron los aportes al fondo de cese laboral, la demanda constituyó el momento oportuno para articular el planteo de inconstitucionalidad.



Sin embargo, y más allá de la facultad de la magistratura de controlar oficiosamente la adecuación de las leyes y demás normas con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, la misma Corte precisa que cuando la cuestión federal es contemplada y resuelta en la sentencia objetada, es indiferente la forma y oportunidad de su planteamiento (cfr. Fallos: 235:166; 242:305; 247:269; 312:826, entre otros).

En estas actuaciones, la jueza de grado ha tratado la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria, por lo que el planteo de extemporaneidad debe ser rechazado.

II.- Ahora bien, la parte actora pretende el cobro de diferencias en la conformación del fondo de cese laboral, en tanto los aportes mensuales de la demandada no incluyeron en su base de cálculo los rubros no remunerativos, el sueldo anual complementario y los recargos legales sobre las horas extras.

Esta pretensión plantea dos abordajes diferentes, uno respecto de los rubros no remunerativos; y el otro, referido a aquellos rubros salariales que expresamente excluye la norma reglamentaria de la base de cálculo del aporte al fondo de cese laboral, en tanto la justificación de una y otra exclusión es diferente.

El art. 15 de la ley 22.250, que instituye el fondo de cese laboral, dispone que dicho fondo se integra con aportes mensuales a cargo del empleador, cuya cuantía es del 12% -durante el primer año de la relación laboral- y del 8% -a partir del segundo año en adelante- "de la remuneración mensual, en dinero, que perciba el trabajador en concepto de salarios básicos y adicionales establecidos en la convención colectiva de trabajo de la actividad con más los incrementos que hayan sido dispuestos por el Poder Ejecutivo Nacional en forma general o hayan sido concedidos por el empleador en forma voluntaria, sobre los salarios básicos".

Por su parte, el art. 5 del decreto n° 1.342/1981, reglamentario del art. 15 citado, dispone que el aporte previsto por dicho art. 15 no se practicará sobre las sumas correspondientes al sueldo anual complementario, recargos legales sobre horas suplementarias e indemnizaciones de cualquier naturaleza.

De los recibos de haberes adjuntados a la causa surge que al actor se le liquidaban bajo la denominación "adicionales", distintos rubros respecto de los cuales no se efectuaban retenciones con destino al sistema de seguridad social, tales como "viandas UOCRA", "Ayuda alimentaria", "adicional UOCRA", y otros similares. Dada la ausencia de retenciones con destino al sistema de seguridad social se entiende que estos rubros han sido pactados colectivamente o dados con la denominación de "no remunerativos". A título de ejemplo el art. 41 del CCT para Trabajadores de la Industria de la Construcción que desarrollen sus tareas en obras ubicadas dentro de yacimientos petrolíferos y gasíferos -citado expresamente en los recibos de haberes de autos- determina que la vianda se establece con carácter no remunerativo.

En la interpretación de la parte demandada, si dichos rubros son caracterizados como "no remunerativos" no forman parte de la base de cálculo del aporte al fondo de cese laboral, ya que este aporte se liquida sobre la remuneración mensual del trabajador.

Esta Sala II, en autos en autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. cnqci n° 413.499/2010, 23/8/2012); "Zurita c/ ISS Argentina S.A." (expte. jnqla1 n° 465.883/2012, 12/2/2019); y "Zanotti c/ SP Argentina S.A." (expte. jnqla1 n° 505.777/2015, 14/5/2019) entre otros, en anterior y en actual composición, ha dicho que: "En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser

definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT".

Bajo este prisma, los adicionales excluidos por no remunerativos, más allá de lo convenido en la negociación colectiva y homologado por la autoridad administrativa, no aparecen como ajenos al contrato de trabajo, y a la contraprestación debida al trabajador como consecuencia de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador, ni tampoco estos extremos han sido acreditados por la demandada.

Consecuentemente, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto incluye en la base de cálculo del aporte al fondo de cese laboral, los adicionales percibidos por el actor.

III.- En lo que refiere a los rubros excluidos por el art. 5 del decreto n° 1.342/1981 -cuya inconstitucionalidad ha sido declarada en la sentencia recurrida- queda fuera del análisis las indemnizaciones, en tanto este no es un rubro discutido en la litis.



En lo que refiere a la exclusión del sueldo anual complementario, Jorge J. Sappia señala que esta exclusión es obvia pues el dispositivo legal se refiere a los salarios mensuales, y que estos salarios son los percibidos por el trabajador, y nunca los devengados (cfr. aut. cit., "Régimen laboral de la industria de la construcción" en "Estatutos Particulares en el Derecho del Trabajo Argentino", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 39/41; en igual sentido respecto a que se trata de salarios percibidos ver Romualdi, Emilio E. - Ricci, Florencia V., "Indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo en la industria de la construcción", RDLSS t. 2013-8, pág. 780).

Luego, el estatuto se ajusta a la disposición legal que reglamenta, la que no ha sido tachada de inconstitucional.

Tampoco aparece inconstitucional la exclusión de los recargos legales sobre las horas extraordinarias.

Para así concluir tengo en cuenta que el fondo de cese laboral no tiene naturaleza indemnizatoria, en tanto no repara los daños producidos por la ruptura del contrato de trabajo, como sí lo hace la indemnización del art. 245 de la LCT, ya que la extinción del contrato de trabajo en el ámbito de la industria de la construcción no ocasiona daño jurídico alguno al trabajador. Ello así porque, conforme lo sostiene Jorge Sappia: *"...el sistema del Estatuto no plantea que la estabilidad del trabajador sea una condición exigible en el contrato de trabajo específico, lo cual implicaría que su inobservancia sería causante de un daño al dependiente. En consecuencia, la extinción del vínculo, decidida por cualquiera de las partes, no reconoce cercenamiento de derecho alguno de los sujetos del contrato. Es que la ley se ha propuesto reconocer una situación anterior a su dictado, y la relación laboral del sector está destinada a extinguirse sin posibilidad de extensión temporal continua y permanente. No hay una expectativa de mantenimiento del vínculo. Entonces sólo cabe considerar que el*

Fondo constituye una compensación por tiempo de servicio" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 38).

Pablo Martí realiza una reseña de las posturas asumidas por la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del Fondo de Cese Laboral, y dice que para José María Rivas se trata de "un ahorro obligatorio, inalienable e irrenunciable"; Humberto J. Podetti lo define como "la reglamentación legal específica del contrato laboral de una denominada categoría de trabajo"; por su lado, Antonio Vázquez Vialard sostiene que se trata de "un salario diferido"; Justo López entiende que es "un fondo de garantía del tiempo de antigüedad, del cual el trabajador dispone cuando cesa la relación de trabajo, cualquiera sea el nombre que se le dé, y que no reviste las características de un seguro de desempleo" (cfr. aut. cit., "Los trabajadores de la industria de la construcción y su régimen indemnizatorio", TR LL 0003/70061948-1).

Es que la relación laboral que regula la ley 22.250 tiene como característica principal la transitoriedad del vínculo laboral, diferente de la mayor estabilidad que otorga la LCT al contrato de trabajo, por lo que dicha transitoriedad se constituye en el núcleo central del sistema del estatuto especial.

A la luz de esta precariedad de la relación laboral en el marco de la industria de la construcción, en lo que a su duración temporal refiere, el legislador ha plasmado la manda constitucional de protección al trabajo (art. 14 bis, Constitución Nacional) a través de la creación del fondo de cese laboral, entre otros extremos. Este fondo de cese laboral, insisto, no responde a la protección contra el despido arbitrario, ni menos aún al principio de retribución justa, sino que se trata de una herramienta que protege al trabajador frente a un hecho propio de la relación de trabajo en el ámbito de la construcción, cuál es la finalización de la vinculación laboral por conclusión de la obra, o por cualquier otro motivo.



Por ello, el legislador y el poder reglamentario pueden establecer cuál es la base de cálculo del aporte patronal para la financiación del fondo de cese laboral, tornándolo más intenso durante el primer año de trabajo, para disminuir la contribución en los años subsiguientes, y excluyendo de la base de cálculo de aquel aporte aspectos de la remuneración, como los recargos legales sobre las horas extras, sin que por ello se contraría cláusula alguna de la Constitución Nacional ni de normativa internacional.

Adviértase que la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta la tarifación de las indemnizaciones en el derecho del trabajo, e incluso el tope previsto en el art. 245 de la LCT, en tanto su aplicación no modifique sustancialmente la realidad del trabajador despedido en orden a su antigüedad y remuneración.

En la causa "Vizzotti c/ AMSA S.A." (14/9/2004, Fallos: 327:3677), la Corte sostiene: *"...no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquellas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como representativos para calcular la prestación"*.

No obstante que el fondo de cese laboral no tiene naturaleza reparadora de daños, conforme ya se señaló, no advierto tampoco que se quiebre irrazonable o desproporcionadamente la vinculación entre la remuneración del trabajador y el aporte que financia aquél fondo, por excluir de la base de cálculo el recargo legal sobre las horas extraordinarias.

Por lo dicho, es que he de propiciar se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto declara la inconstitucionalidad del art. 5 del decreto n° 1.342/1981.

III.- En lo que refiere a la multa del art. 18 de la ley 22.250 adhiero al primer voto, en tanto los depósitos del empleador fueron realizados en forma insuficiente, al no incluir los adicionales.

Sin perjuicio de ello, y dado que la situación puede ser calificada como dudosa, en atención a los términos del convenio colectivo de trabajo, propongo que se disminuya el importe de la multa aplicada, reduciéndolo al equivalente a 30 días de la retribución mensual del trabajador, o sea la suma de \$ 63.179,77.

En lo que refiere al recargo indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 y del art. 80 de la LCT, adhiero al voto antecedente.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, dejando sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 5 del decreto n° 1.342/1981 y la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323; y disminuyendo el importe de la multa del art. 18 de la ley 22.250, el que se fija en la suma de \$ 63.179,77, confirmándolo en lo demás que ha sido motivo de agravio.

A efectos de determinar el nuevo capital de condena, además de la supresión de la multa del art. 2 de la ley 25.323 y de la reducción de la multa del art. 18 de la ley 22.250, en la etapa de ejecución de sentencia el perito contador que ha actuado en autos debe proceder a liquidar las diferencias en los aportes al fondo de cese laboral, computado en su base de cálculo, además de la remuneración básica del trabajador, los adicionales y las horas extras sin el recargo legal, y excluyendo el sueldo anual complementario.



Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al éxito obtenido, se imponen en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Adhiero a la regulación de honorarios por la labor ante la Alzada propuesta en el primer voto.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integró Sala con la jueza Cecilia PAMPHILE, de Sala I, quien dijo:

1. Leídas las posiciones de mis colegas preopinantes, corresponde que me expida en función de dos cuestiones: sobre la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del decreto 1342/1981, reglamentario de la ley 22.250 y si la multa prevista en el art. 18 de dicha ley merece ser reducida, atendiendo a las circunstancias del caso.

2. Con relación al primer aspecto, concuerdo con mi colega Noacco en punto a que las diferencias reclamadas respecto del Fondo de Cese Laboral fue un aspecto introducido en el escrito inicial, sobre el que ejerció su respectiva defensa la recurrente, que también fue debatido al impugnar la pericia contable.

Luego, el análisis constitucional que realiza la jueza sobre la incidencia del decreto 1342/81 (art. 5) se da, a mi entender, en el marco del principio "iura novit curia" que la faculta a "*(...) establecer el derecho aplicable (marco jurídico) al caso tomando en cuenta los hechos (y en consecuencia la pretensión) que fueran alegados por las partes. De esta forma, no se ve comprometido el principio de congruencia así como tampoco el derecho de defensa en juicio*" (Título: Iura novit curia. Autor: Gabet, Emiliano A., Publicado en: DT2015 (octubre), 2203 - DJ23/12/2015, 77, Cita Online: AR/DOC/3309/2015).

Es que, como indica Trionfetti, los jueces y las juezas aplicamos e interpretamos el derecho; clasificamos las pretensiones y oposiciones en forma diferente de las partes, nos

apartamos o modificamos la clasificación propuesta por los litigantes. Podemos interpretar los enunciados normativos de manera diferente y desde allí, obtener una norma jurídica aplicable (regla jurídica) distinta de la agitada por los litigantes, o directamente, utilizar otros enunciados normativos y, en consecuencia, otras normas jurídicas.

Lo que se efectúa, es un tratamiento jurídico distinto que no extralimita al planteo de la parte: insisto en que los jueces y las juezas tenemos la obligación de resolver con justicia y equidad los casos concretos que nos llegan a resolución, dentro de los límites de lo pretendido.

Y la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte, encuentra como límite el de la identidad de la propia pretensión.

Por eso, cuando como en el caso, no se altera la introducida por la parte, no advierto que el límite de la congruencia sea franqueado.

En mérito a tal directiva, advierto que la sentenciante se ha ceñido a los hechos sometidos al debate y, en virtud del principio "iura novit curia", calificó la realidad fáctica y determinó que la norma reglamentaria colisiona con el texto constitucional, cuestión que, a mi juicio, emerge notoria.

2.1. Veamos: la ley 22.250 dispone en su art. 15 que el Fondo de Cese Laboral se integra con un aporte obligatorio a cargo del empleador, en función de ciertos porcentuales que varían de acuerdo a la antigüedad del operario, que se estiman en función de la remuneración mensual, en dinero, que perciba el trabajador en concepto de salarios básicos y adicionales establecidos en la convención colectiva de trabajo de la actividad, con más los incrementos que hayan sido dispuestos por el Poder Ejecutivo

Nacional en forma general, o que hayan sido concedidos por el empleador en forma voluntaria, sobre los salarios básicos.

Es decir, toma la remuneración mensual percibida por el trabajador como base para el cómputo de los aportes destinados a dicho Fondo.

En este marco, conforme lo hemos mencionado en reiteradas oportunidades, el Convenio 95 de la OIT, ratificado por la Argentina mediante el decreto-ley 11.594/56 del 24/9/56, define que el término "salario" significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por la parte empleadora a la persona trabajadora en virtud de un contrato de trabajo y establece que, en caso de pugna, debe prevalecer dicha disposición por cuanto se trata de una norma de jerarquía suprallegal.

Entonces, vale decir que todo beneficio que tenga su origen en la prestación de tareas y resulte susceptible de apreciación pecuniaria integra el concepto de remuneración.

De lo que se sigue que la exclusión contenida en el decreto comporta un exceso reglamentario en perjuicio del trabajador, toda vez que determina que dicho aporte "(...) no se practicará sobre las sumas correspondientes al sueldo anual complementario, recargos legales sobre horas suplementarias e indemnizaciones de cualquier naturaleza".

Por consiguiente, contradice la norma supra legal al excluir del concepto de "remuneración" las horas trabajadas en exceso de la jornada máxima legal, cuya existencia llega incontrovertida a esta instancia -unido a que surge de los recibos de haberes acompañados a la causa que su realización y pago era mensual y que se liquidaban en la columna denominada "haberes"-, como así también de los sueldos anuales complementarios percibidos por el trabajador semestralmente.

Por consiguiente, en tanto ambos rubros conforman parte del salario del actor, debieron ser computados a los fines de estimar los aportes que la empleadora debió efectuar al Fondo de Cese Laboral.

3. En punto a la multa dispuesta en el art. 18 de la ley 22.250, acreditado que el obrero de la construcción intimó a su empleadora por haber cobrado un monto insuficiente en concepto de Fondo de Cese Laboral (TCL fs. 19 y vta.), le asiste derecho a su percepción, ya que procede en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones dispuestas en el art. 17 de la ley antes mencionada.

Ahora bien, partiendo de que la norma establece la posibilidad de que la autoridad judicial gradúe prudencialmente su extensión, apreciando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta que, conforme surge del desarrollo precedente, existió una duda razonable en torno a los montos que debieron computarse a los efectos de estimar los aportes debidos, ponderando las normas implicadas, cuya extensión fue objeto de análisis en los presentes, adhiero a la reducción propuesta por Patricia Clérici.

Por ello, esta **Sala II POR MAYORÍA**

RESUELVE:

I. Modificar la sentencia dictada el día 11 de mayo de 2022 (fs. 174/182), disminuyendo el importe de la multa del art. 18 de la ley 22.250, el que se fija en la suma de \$ 63.179,77, confirmándola en lo demás que ha sido motivo de agravio.

II. Imponer las costas de segunda instancia a cargo en un 25% a la parte actora y en un 75% a la demandada apelante (art. 71, CPCyC).

III. Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.



IV. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza- Dr. JOSÉ NOACCO Juez

Dra. CECILIA PAMPHILE Jueza

Dra. MICAELA ROSALES Secretaria