



NEUQUEN, 3 de noviembre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**VORTIZ MIGUEL ANGEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (Expte. N° **424237/2010**), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO **LABORAL NRO. 4** a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHSINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghsini**, dijo:

I.- Vienen las presentes actuaciones para el tratamiento del recurso de apelación articulado por la parte demandada a fs. 488/494 y vta., contra la sentencia definitiva que luce a fs. 459/471.

En primer lugar, se agravia la accionada por la falta de decisión sobre la excepción de prescripción que planteara. Aclara que este agravio tiene dos aspectos: uno, por la falta de decisión propiamente dicha y el otro, por el aparente rechazo de dicha excepción, por cuanto se condena a su mandante a abonar conceptos devengados durante el año 2007.

Por otro lado, dice, que si se considera que el a quo rechaza la excepción, debe revertirse tal situación por cuanto resulta patente que los créditos a los que pudiera haber tenido derecho el actor y que se habrían devengado durante el 2007 se encuentran absolutamente prescriptos.

Aduce, con relación al reclamo del 19/02/2010, que el mismo suspendió la prescripción de los conceptos devengados hasta esa fecha, razón por la cual los anteriores han quedado prescriptos.

En segundo lugar, interpreta que el a quo se ha apresurado al considerar que ciertos elementos de trabajo integraban el salario del Sr. Ortiz; y no tuvo en cuenta los extremos alegados por algunos de los testimonios aportados,



que dan cuenta que los elementos que el juez considera salario no revestían tal carácter.

En tercer lugar, califica de arbitraria la cuantificación del salario en especie. Así, sostiene que a pesar de que el magistrado manifestó que no existen pruebas con relación a cual sería el valor mensual de la notebook, el celular y el moden, sin razón aparente toma como ciertos los valores que solicita la actora.

En cuarto lugar, refiere que en la sentencia se efectúa una incorrecta apreciación de la prueba producida en autos. Por un lado, considera probado el extremo manifestado por los testigos respecto al objeto del bonus reclamado, en tanto los mismos fueron contestes en aseverar que aquél era otorgado por la empresa, en forma individual y racional, de acuerdo al logro de objetivos particulares de cada trabajador. Sin embargo, luego razona que su mandante no ha logrado acreditar la no consecución de los objetivos requeridos para el otorgamiento del bonus de marras por parte del trabajador, manifestando además que no existe sustento para acreditar su fracaso respecto de aquellos. No tiene en cuenta que el mencionado bonus constituye una liberalidad por parte de la empresa, atento a que no se encuentra legislado en convenio colectivo alguno y no existe normativa que lo regule.

Menciona, que claramente no ha existido un cumplimiento cabal de los objetivos intrínsecos a las tareas desarrolladas por el actor, incumplimiento cuya consecuencia última fue el despido, y la previa fue la merma de los incentivos liberalmente otorgados por su mandante en razón de la eficiencia del personal. Remarca, que el a quo olvida nuevamente aquí considerar aspectos probados por su parte respecto de la improcedencia del reclamo del actor.

En otro orden, alega que resulta arbitrario el calculo que realiza el magistrado respecto al valor de los bonus, mediante el cual se le adeuda al trabajador la suma de



\$41.611,40, en concepto de diferencia por bonus año 2008; \$251.961,60, en concepto de bonus del año 2009. Ello, por cuanto no especifica, cómo ha arribado a dichas sumas, sin perjuicio de todo lo expuesto sobre la improcedencia de los mismos. Y que, párrafo aparte merece la absurda consideración de que debe abonarse SAC sobre dichos bonus.

En quinto lugar, cuestiona que el magistrado de grado haya condenado a su representada a abonar la suma de \$34.667,95 en concepto de vacaciones correspondientes al año 2008, al apartarse de lo dispuesto por el art. 157 de la LCT, y jurisprudencia aplicable al caso, en cuanto en dicha norma se establece la caducidad del derecho a goce de las vacaciones.

Manifiesta, que si el empleador no notifica con la antelación que manda la LCT el comienzo de las vacaciones correspondientes, es obligación del trabajador avisar el período en el cual hará uso de las mismas, de forma que terminen antes del 31 de mayo (art. 157 de la LCT). Así, las vacaciones correspondientes al año 2008, las debió tomar entre el 01 de noviembre de 2008 y el 30 de abril de 2009 (conforme art. 154, primer párrafo de la LCT). Y si al vencer los plazos que establece el art. 157 de la LCT, el empleador no hubiere otorgado o comunicado el periodo de vacaciones, el trabajador debe hacerlo de forma tal que finalicen antes del 31 de mayo (en este caso, antes del 31 de mayo del año 2009).

En sexto lugar, el magistrado se equivoca por cuanto incurre en exceso al cuantificar el importe correspondiente a las vacaciones por el año 2009. En efecto, la remuneración del actor no estaba compuesta por salario en especie, sino que los elementos brindados para su trabajo no constituían una remuneración en ningún sentido.

En séptimo lugar, considera improcedente la inclusión del SAC en la base de cálculo del art. 245 de la LCT. Cita jurisprudencia en tal sentido.



En octavo lugar, indica que resulta improcedente la indemnización del art. 80 de la LCT, pues conforme las constancias de autos, el certificado ha sido puesto a disposición del actor, fue retirado y solo intimó a su entrega.

Afirma, que si bien el a quo consideró que no habría entregado la certificación de trabajo, el mismo actor la acompaña con el escrito de demanda, no habiéndose solicitado en ningún momento corrección o enmienda de los mismos, motivo por el cual resulta sumamente irracional y reñida con los hechos de marras la condena al pago de la indemnización prevista en el art. 45 de la Ley 25.345.

Advierte, que no se dio en el caso actitud maliciosa de su parte, necesaria para aplicar cualquier tipo de sanción y mucho menos para la reclamada por el demandante, por lo que cabe descartar la multa.

Hace reserva del caso federal.

Corrido el pertinente traslado del recurso, a fs. 497/506 vta., el actor contesta los agravios. En primer lugar, pide la deserción por no cumplir con los requisitos del art. 265 del CPCyC. Y, subsidiariamente, solicita se rechacen los agravios, con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en primer lugar, respecto de la prescripción, debo decir que si bien la sentencia de grado no resulta demasiado clara al respecto, observo también que el recurso bajo análisis -al igual que su planteo en la anterior instancia- carece de precisiones en lo que respecta a los rubros y fechas que entiende prescriptos.

Así pues, de manera general expone que plantea la excepción de prescripción de los períodos 2007 y que el plazo de prescripción ha sido interrumpido con la interposición de la demanda el 19/02/2010, encontrándose por lo tanto, prescripto el año 2007 reclamado. Ello, sin indicar a que



rubros se refiere concretamente, ni detallar por qué considera que el plazo de prescripción consagrado en el art. 256 de la Ley de Contrato de Trabajo, se encuentra cumplido.

Por otra parte, la prescripción no puede resolverse de oficio, por lo que tampoco las deficiencias argumentativas que se realizan respecto de esta materia, pueden ser introducidas de ese modo.

Esa falta de precisión observada en la instancia de grado, si bien no ha sido advertida por el juez, se reitera en oportunidad de expresar agravios, circunstancia ésta que resulta suficiente para declarar desierto el primer agravio, atento a no cumplir con los recaudos exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En cuanto al segundo de los agravios, referido a la improcedencia de incluir la vivienda, camioneta, celular, moden y notebok, como salario en especie, el art. 105 de la Ley de Contrato de Trabajo, establece: "El salario debe ser satisfecho en dinero, especie, habitación, alimentos o mediante la oportunidad de obtener beneficios o ganancias. Las prestaciones complementarias, sean en dinero o en especie, integran la remuneración del trabajador...".

A su vez, se ha definido al salario en especie como toda remuneración que no consiste en dinero y suele consistir en el alojamiento (uso de habitación), la alimentación, la entrega de comestibles, etcétera. (Etala, Carlos Alberto, Contrato de Trabajo, Pág. 342, ed. Astrea-5ta. Edición Actualizada).

Vale decir, que como parte integrante del salario, es factible que el empresario proporcione al trabajador elementos que no solo pueden ser utilizados para ejecutar el trabajo, sino también para uso personal del operario. Tal como ocurre cuando el celular, la camioneta, la computadora, son proporcionados por el empleador no solo para



facilitar o permitir la ejecución del trabajo sino también para uso de las necesidades personales del mismo.

Si bien en el caso particular de autos, del testimonio brindado por el Sr. Alberto Daniel González (fs. 264), surge que el vehículo y el celular son herramientas de trabajo que solo pueden utilizarse para las tareas laborales, dicha declaración se contrapone con la pericia contable que obra a fs. 349/354, en donde la contadora Gisela Carina Santella, al responder a la pregunta g) -Indique las remuneraciones mensuales en especie percibidas por Ortiz, en el período 2008/2009 (vivienda, vehículo, notebook, MODEN, celular), expresó: "La demandada ha manifestado que le proveía a la actora de vivienda, alquiler depto. de \$3.500, vehículo, notebook, MODEM y celular".

Tengo presente que dicho informe no ha sido impugnado por las partes.

Del testimonio mencionado en el párrafo anterior, se desprende que al Sr. Miguel A. Ortiz la empresa le proveía de vivienda, computadora y vehículo, y que en ese caso particular se le pagaba el alquiler.

Dentro del contexto analizado, se puede inferir que si bien no todos los operarios podían utilizar los elementos en especie proporcionados por la empresa (celular, vehículo) de manera personal, en el caso de Miguel A. Ortiz atento al cargo gerencial que detentaba, dichos elementos formaban parte de la remuneración en especie que percibía en los términos del art. 105 de la LCT.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "Podría discutirse, en cierta forma, la inclusión del uso del automóvil en el concepto de remuneración, si el vehículo se suministra al trabajador para que cumpla con su tarea o incluso para agregar un grado que conforma su calidad de vida acorde con sus ingresos. Pero ello no ocurre cuando, como en la especie, se trató de un alto ejecutivo que por su posición



social, derivada de su cultura e ingresos, tenía el automóvil incorporado necesariamente a su estilo de vida. En tal contexto, la adjudicación del vehículo evitó el gasto que de todos modos el actor hubiera realizado y, en consecuencia, importó una ventaja patrimonial que puede y debe considerarse contraprestación salarial en los términos de los arts. 103 y 105 TORCT. (Auto: Cabrera, Antonio c/ Lloyds Bank s/despido. Ref.: Uso del automóvil. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: Sala IV. Mag.: Perugini. Corach. - N° Sent.: S/D 73442 - Fecha: 14/08/1995 - Nro. Exp.: 73442/95).

"Si el actor gozó del beneficio de usar un automóvil suministrado por la empresa, no sólo los días laborales, sino también los que no lo eran, tal beneficio debe encuadrarse como una remuneración en especie, integrativa del sueldo, que tiene proyección a los efectos salariales e indemnizatorios y también sobre el cálculo del pago de las vacaciones". (Auto: Van Gelderen, Federico c/ Lloyds Bank s/despido. - Ref.: Uso del automóvil. Incidencia. Carácter salarial. Vacaciones. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: Sala III. Mag.: Eiras. Guibourg. N° Sent.: S/D 69537 - Fecha: 31/05/1995 - Nro. Exp.: 69537/95).

"Si la empresa demandada concedió al trabajador el uso de un vehículo no sólo para ser afectado a su desempeño en la misma sino para el uso personal y el de su familia, resulta innegable que el uso del automóvil ha constituido salario en especie integrativo de la remuneración, pues el uso particular del rodado no ha tenido carácter "accesorio, residual e inevitable" (conf. Sala VI, sent. del 27/2/86 "Wilson L.M.E. c/ Cía. Química", del voto en minoría del Dr. Morando). Argumento tampoco compartido desde la tesis que considera salario a las prestaciones que suponen un ingreso efectivo o evitan un gasto al dependiente". (Auto: Canedo, Pedro c/ Atanor SA s/ despido. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala: Sala X. Mag.: Corach. Scotti. Simon. Tipo



de Sentencia: definitiva. - N° Sent.: 769. Fecha: 29/11/1996 - Nro. Exp.: 769/96).

De lo expuesto se desprende que en función de la categoría que detentaba el actor, los elementos proporcionados por la empresa (vehículo, celular y computadora) si bien son a los fines de que pueda ejecutar su tarea, ello de manera alguna implica que no formen parte de su salario en especie, salvo que el empleador hubiera demostrado lo contrario a través de los medios de prueba fehacientes que ameriten que tales instrumentos han sido proporcionados pura y exclusivamente para el uso laboral.

Tal como lo analizara, los dichos del Sr. Alberto Daniel González (fs. 263/264), a mi entender han sido insuficientes para acreditar que, por lo menos en el caso del actor, los elementos proporcionados, como así el pago del alquiler, no formaran parte de su remuneración (art. 105 LCT), por lo que este agravio será rechazado.

En orden a la cuantificación del salario en especie, al haberse acreditado su existencia, teniendo en cuenta el reconocimiento efectuado por la propia empresa en lo que respecta al pago de alquiler (\$3.500) y en función de los elementos tenidos en cuenta por el a quo, como ser el informe brindado por Transac Renta Car, del cual surge que el alquiler de una camioneta 4x2 D/C año 2007, es de \$4.600 más IVA, como así las facultades que el propio art. 165 del CPCyC, le otorgan al juez para determinar el valor de los demás elementos que conforman el salario en especie percibido por el actor, el valor estimado en la sentencia resulta correcto, por lo que propiciare su confirmación.

Respecto a la procedencia del bonus PPR, adelanto que dicho agravio no resulta procedente, pues observo que la empleadora despidió al trabajador sin causa por lo que resulta improcedente que en esta etapa alegue que el despido se debió a que el operario no tuvo el desempeño esperado en los años



2008 a 2009 y fue consecuencia inevitable de su falta de eficiencia (arts. 242 y 243 de la LCT).

De allí, que ampararse en el distracto a fin de justificar el no pago del bono, cuando la propia empresa consideró que se trató de un despido sin causa, constituye una conducta que, por aplicación de la doctrina de los actos propios, no puede ser considerada para justificar la improcedencia del pago de los bonos reclamados en autos, por lo que dicho agravio será rechazado.

En cuanto al monto determinado en concepto de pago de bonos, diré que de una lectura atenta de la sentencia (ver fs. 466 vta. y fs. 467) surge claramente los parámetros que ha tenido en cuenta el juez de grado para su cuantificación. Así, la sentencia expresa: "En relación al monto de cada uno corresponde tener en cuenta que conforme las declaraciones de TASSIN (fs. 437) y González (fs. 823 y vta.), el mismo era equivalente a 12 salarios mensuales. Por lo que entiendo razonable la pretensión del actor de percibir por el año 2008, el equivalente a 6,6 sueldos mensuales y en el año 2009, 9,6 sueldos.

Entiendo que cuando refiere a sueldos y realiza los cálculos, el actor se refiere a las remuneraciones en dinero, sin incluir la remuneración en especie, por lo que solo tomaré el primero para estimar lo que debió percibir el actor en concepto de bonus. En relación al año 2008 percibió la suma de \$102.361,00 cuando debió percibir la de \$143.972,40 (\$21.814,00 x 6,6), adeudándosele el importe de \$41.611,40. En relación al año 2009 le correspondía 9,6 sueldos por lo que debió percibir la suma de \$251.961,60 (\$26.248,00 x 9,6)".

Por lo tanto, dicho agravio será rechazado.

En cuanto al calculo del SAC sobre el importe de los bonus, observo que el recurrente se limita a manifestar solamente lo siguiente: "Párrafo aparte merece la absurda consideración de que debe abonarse SAC sobre dichos bonus",



sin indicar clara y concretamente los motivos de su disconformidad con el criterio sustentado en la resolución de grado, y esto no constituye una crítica concreta y razonada en los términos del art. 265 del CPCyC, por lo que no será abordado en esta instancia.

Sobre las vacaciones del año 2008, el demandado recién en esta instancia efectúa una serie de consideraciones sobre la improcedencia del rubro en cuestión, invocando la falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 157 de la LCT.

Así expone, que si el empleador no comunica con la antelación que manda la LCT para el comienzo de las vacaciones correspondientes, es obligación del trabajador comunicar el período en el cual hará uso de las mismas, de forma que terminen antes del 31 de mayo (art. 157 de la LCT). Y agrega que las vacaciones correspondientes al 2008, debieron gozarse entre el 01 de noviembre de 2008 y 30 de abril de 2009, y si al vencer los plazos que establece el art. 157 de la LCT, el empleador no hubiere otorgado o comunicado el período de vacaciones, el trabajador debe comunicar las mismas de forma que finalicen antes del 31 de mayo (en este caso del año 2009).

Estas consideraciones, como ya lo adelantara, no han sido debidamente introducidas en la instancia de grado, al contestar la demanda, ya que, conforme surge del escrito de fs. 156/165, el demandado en relación a las vacaciones año 2008 expresó: "Niego que no se le permitiere gozar de las vacaciones del año 2008"; "Niego que se devenguen licencias vacacionales no gozadas", pero de manera alguna ha cuestionado la falta de procedencia del pago de las vacaciones en función de los incumplimientos del art. 154, primer párrafo y del art. 157 de la LCT, cuestiones, que reitero, recién introduce en esta instancia.



Por lo tanto, en función del art. 277 del Cód. Procesal, al no haber sido esta cuestión introducida debidamente en la instancia de grado, no corresponde ingresar a su tratamiento, por lo que deberá estarse a lo decidido en la instancia anterior.

En lo que respecta a la cuantificación de las vacaciones del año 2009, diré que en función de lo expuesto al tratar los agravios relativos al salario en especie, el presente agravio será rechazado.

En orden al cuestionamiento del SAC para el cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, le asiste razón al apelante en función del criterio que viene sosteniendo esta Sala, entre otros en autos: **"CARRASCO JORGE HUMBERTO CONTRA TEXEY S.R.L. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, (Expte. N° 420662/2010), que establece que para el cálculo de la indemnización por antigüedad es necesario que el salario sea abonado de manera mensual.

Así, en el antecedente citado, hemos dicho: "En relación a la apelación subsidiaria, diré que ya me he expedido, apoyando la posición del plenario N° 322 DE LA CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO: "TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), in re "MOLINA ITALO JAVIER CONTRA PRIDE INTERNATIONAL S.R.L. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 352439/7), sent. del 27 de diciembre de 2012, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad. Considero que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente del art. 245 de la LCT, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N° 25.877 modificado tal módulo, no coincidiendo con el criterio del magistrado de origen".

Consecuentemente, al tomar los parámetros expuestos en la sentencia de primera instancia, con la



salvedad de no incluir el SAC para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), la misma arroja la suma de **\$195.198,64** ($\$21.951,88 \times 13 = 90.175,80$), a cuyo importe se le deberán adicionar los intereses fijados en origen.

En cuanto a la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, debo decir que la obligación prevista en la mencionada norma, hace referencia a la entrega por parte del empleador de dos certificados y que la multa procede en caso de la falta de entrega de ambos o sólo de uno de ellos.

La norma aludida en su primer párrafo regula: una "constancia documentada" del ingreso de los aportes y contribuciones a la seguridad social y relativo a los de carácter sindical. Seguidamente, en el párrafo segundo, prevé un segundo tipo de instrumento al que llama "certificado de trabajo" y debe contener cinco datos: a) indicación sobre el tiempo de prestación de servicios (fecha de ingreso y de egreso); b) naturaleza de los servicios (tareas, cargo, categoría profesional, etc.); c) constancia de sueldos percibidos; d) constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social (nótese que en este documento la ley no requiere, a diferencia de lo previsto en el primer párrafo, constancia de los depósitos hechos en materia de aportes y contribuciones sindicales), y e) la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación. Este último dato surge obligatorio a consecuencia del sexto artículo incorporado, sin enumerar, en el Capítulo VIII por la Ley 24.576 en materia de "Formación profesional", dispone: "en el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo deberá constar además de lo prescripto en el artículo 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos desempeñados, hubiere



o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación" (Conf. "Derecho del Trabajo on Line, La Ley Comentario al artículo 80 de la ley 20.744. Antonio Vázquez Vialard-Claudio Sebastián Virgili")."

Sentado lo anterior, la sola circunstancia que el empleador incumpla con la entrega de uno de los certificados mencionados, siempre y cuando se cumpla con las demás formalidades legales como ser la intimación previa por el plazo establecido en la ley, es suficiente para la procedencia de la multa del art. 80 de la LCT.

Confrontando el artículo mencionado con las constancias obrantes en la causa, observo que el accionante ha dado cumplimiento al requisito de intimar de conformidad con la LCT y el decreto 146/01, a través del telegrama de fecha 22/11/06. Asimismo, la empleadora, a pesar de dicha intimación, ha hecho entrega de uno de los certificados requeridos por la ley: "certificación de servicios y remuneraciones", pero no lo hizo del certificado de Trabajo, ni el de aportes y contribuciones.

Por lo tanto, al no existir constancias de la entrega del "certificado de trabajo", se encuentra acreditado el supuesto de hecho que da nacimiento a la multa prevista en el artículo 80, por lo que, la decisión del Sr. Juez deberá ser confirmada.

III.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo se modifique la sentencia de grado en lo que respecta al rubro antigüedad, que se fija en la suma de: \$285.374,44, a cuyo importe se le deberá restar lo abonado por la accionada (\$90.175,80), por lo que adeuda actualmente por este ítem la suma de **\$195.198,64**, con más los restantes rubros confirmados y los intereses fijados en la instancia de grado. Las costas de Alzada serán impuestas a la demandada en atención a su condición de vencida, debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia, conforme art. 15 L.A.



Tal mi voto.

El Dr. Ghisini dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA III**

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia de fs. 459/471 en lo que respecta al rubro antigüedad, que se fija en la suma de: \$285.374,44, a cuyo importe se le deberá restar lo abonado por la accionada (\$90.175,80), por lo que adeuda actualmente por este ítem la suma de \$195.198,64, con más los restantes rubros confirmados y los intereses fijados en la instancia de grado.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en atención a su condición de vencida.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, en el 30% de lo que se establezca en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente vuelva a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA