En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil once, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., A. O. c/ B. SA s/ DEMANDA LABORAL (Indem. por despido y dif. de haberes)", expte. nro. 315/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3885/06), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 316), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 286/295? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

A la procedencia parcial de la demanda conforme sentencia de fs. 286/295, corresponde la apelación interpuesta por la vencida a fs. 297 y en los límites de su informe de fs. 302/303vta. resistido por la actora a fs. 305/305vta.

Tomando en consideración los planteos iniciales que conformaron la litis, se impondría sin más el rechazo de los agravios, ya que de la lectura

del planteo subsidiario de fs. 62 p. VI, la base salarial opuesta a la liquidación provisoria de la actora no se compadece con la prueba adquirida ni con postura doctrinaria o jurisprudencial dominante en el tema. De allí que los argumentos actuales no le fueron propuestas a la sentenciante, implican una novedad y, en consecuencia, la insuficiencia recursiva es notoria.

No obstante, ya he tenido oportunidad de expedirme en cuanto al tema en cuestión, v. gr., en "P. c/ Q.-C.", RSD N° 08/2001 y "G. c/ C. O.", RSD N° 02/2002, en línea con la posición que en resumen señala que para el cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la "normalidad próxima", noción que supone e intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido (ver, v. gr., CNTrab., sala IV, 16/11/2009 –"Nazar, Néstor Javier c. Irmet SA y otro"- cita Online: AR/JUR/ 48952/2009; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V - 30/09/2009 - Lence, Carlos Guillermo José c. HSBC New York Life Seguros de Vida Argentina S.A. - LA LEY 11/11/2009, 12, con nota de Héctor A. García; LA LEY 2009-F, 571, con nota de Héctor A. García; IMP 2009-23, 2036 - AR/JUR/34498/2009).

Así, de la prueba adquirida en la causa y en lo fundamental del dictamen pericial inimpugnado de fs. 250/251, queda justificada la pretensión del actor por consentimiento de la demandada, además de la extemporaneidad de su reclamo actual en cuanto a la variabilidad de la remuneración.

Por todo lo dicho propongo al acuerdo desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada, cargar las costas de la alzada y diferir la regulación de honorarios para el momento el acuerdo en el que se tendrán presentes las pautas arancelarias de la ley XIII-N° 4.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación intentado por la recurrente y, en consecuencia, mantener firme la sentencia de fs. 286/295 en cuanto fue motivo de apelación. Con costas de la alzada, difiriéndose la regulación de honorarios de conformidad a los considerandos pertinentes.

A la primera y segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 286/295, por la que se hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada B. SA, a pagar a la parte actora A. O. M., la suma de $11.788,93 y complementos, conforme con el considerando respectivo. Impone las costas a la demandada y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Se notifica a fs. 295vta. y a fs. 297 la parte demandada mediante apoderada recurre la sentencia. El recurso se concede a fs. 299.

Los agravios se agregan a fs. 302/303vta., que se concretan: Que el Juez se equivoca en la condena por indemnización sustitutiva de preaviso por $1.664, porque si bien constituye el mejor salario, no es el normal que hubiera correspondido como lo ordena el art. 232 LCT. Sostiene que no se puede presumir razonablemente que la parte actora recibiera

esa remuneración excepcional por comisiones como surge de las anteriores a esa fecha; que debe promediarse cuando existen remuneraciones variables y cuyo resultado es de $1.357,45 entre los meses de agosto/2005 a enero/2006. Menciona caso de jurisprudencia. Que la variabilidad surge del informe del perito contador, donde el promedio por comisión el último año resultó de $150, pero en el mes seleccionado cobró $499. Sostiene inaplicable el plenario "Brandi", conforme la jurisprudencia de la Cámara en "E. c/ M. R.". Cita, asimismo, jurisprudencia respecto a esta postura. Finalmente señala que como consecuencia a dicha modificación, debe readecuarse la indemnización de la Ley 25561.

A fs. 305/305vta., se contestan los agravios por la parte actora, se niegan las afirmaciones en cuanto las circunstancias no autorizan a tener a la retribución base como excepcional y extraordinaria. Pide el rechazo de los agravios.

Tratamiento de los agravios.

Como lo señala mi colega preopinante, es claro que una escueta alegación respecto a la mejor retribución, dejando de lado el proceso intelectivo del fallo para establecerla y proponiendo una base salarial ajena a la debida proposición en la primera instancia, tornaría como insuficiente la argumentación frente a las exigencias del art. 268 Ley XIII N° 5 –Anexo A– del Digesto Jurídico, pero se acude a la jurisprudencia de esta Cámara en cuanto a la materia por principio de amplitud del recurso.

Debe, en consecuencia, repararse en principio, que bien lo señala el fallo al adoptar la retribución mensual de $1.664,32, tuvo en consideración

la informado por el perito Contador A. L. a fs. 250/251, que como es notorio, si bien constituyó un monto salarial superior a las restantes informadas a fs. 250vta., no resulta que respondiera a componente inusual, cuando surge que todas las restantes retribuciones informadas se constituían con el rubro "comisión por ventas".

De tal modo, la interpretación pretendida por la recurrente, además de su inoportunidad para el debido debate en la primera instancia, pretendiendo un promedio de diferentes sumas salariales, no se ajusta a derecho y en sustancia, contraría el propio plenario "Brandi" que cita y principio del art. 245 LCT. que ordena como base remuneratoria la mejor de la normal y habitual, ajena en principio a una promediación.

Es equívoca asimismo la afirmación que los tribunales siguieron ordenando el promedio cuando determinada retribución resulta anormalmente alta. Precisamente la jurisprudencia que cita, la del plenario "Brandi" superó dicha corriente y la de esta Cámara, en los autos caratulados: "E., J. A. c/ M. R. SRL s/ demanda laboral (diferencia salariales)", expte. N° 18.880/2002, reseña el devenir de dicha jurisprudencia y la de esta propia Cámara, para explicar en definitiva - siguiendo la del STJ de esta Provincia (caso "G. c/ C.")- que debe entenderse como mejor retribución normal y habitual: Debe entenderse que la mejor remuneración normal y habitual del art. 245 LCT, hace referencia a un salario calificado por su normalidad y habitualidad, que no corresponde a circunstancias especiales y se repite regularmente, independiente de su monto.

El análisis no requiere mayor explicitación, habiéndose señalado que la retribución de la actora por el rubro "comisión por ventas", resultaba normal y habitual, con lo que se confirma el criterio apelado y carece de virtualidad la revisión de la indemnización relativa a la Ley 25561.

Conforme con lo expuesto por mi colega de primer voto, corresponde el pronunciamiento decisorio que señala y para lo que propongo, de conformidad con el art. 57 Ley XIV N° 1 –antes Ley 69–, asimismo, las costas a la recurrente. En función de las regulaciones, normas arancelarias citadas en la primera instancia y conjuntamente con el art. 13, propongo los honorarios del Dr. R. O. A., en la suma de $1.350 y los conjuntos de los Dres. C. S. K. y C. N. G., en la de $900.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Silvia Noemí Alonso no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar la sentencia de fs. 286/295.

2) Costas de la alzada a la recurrente, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. R. O. A., en la suma de MIL TRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($1.350) y los conjuntos de los Dres. C. S. K. y C. N. G., en la de NOVECIENTOS PESOS ($900).

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"