000588/2010

--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A., N. B. c/ A. S.A. s/Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. 588 - Año 2011 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 238.---------- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:---------- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 227, que fuera concedido a fs. 228, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 218/221 que hizo lugar a la demanda instaurada por N. B. A. y condenó a A. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $8.781,39.-, con más sus intereses, en concepto de diferencias adeudadas sobre las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con más la indemnización prevista por el art. 16 de la ley 25.561, con imposición de costas a la sociedad vencida.----------

--- La expresión de agravios luce a fs. 229/232, el traslado conferido a fs. 233 no fue evacuado por su contraria, y la apelante formula queja ya que el Sr. Juez *a quo* considera que existen diferencias en la liquidación final a pesar de que la prueba pericial contable arroja un resultado distinto al establecer que abonó en más la indemnización establecida por el art. 245 de la LCT. Agrega que del dictamen pericial contable surge el detalle de las remuneraciones brutas percibidas por la actora desde el inicio de la relación laboral por lo que debe considerarse de acuerdo al primer párrafo del art. 245 de la LCT la percibida en el mes de enero de 2007 que fue de $3.900.-, y que es inferior a la abonada. Estima que no existe diferencia en la liquidación y pago de la indemnización sustitutiva del preaviso ya que no se computa la mejor remuneración mensual, normal y habitual por lo que corresponde computar la proporción mensual de los adicionales que se perciben anualmente pero no aquellos que en situaciones normales el trabajador no hubiera percibido. Considera por ello que la indemnización prevista por el art. 232 de la LCT alcanza a $2.690,26.- por lo que no hay diferencia a favor de la actora. Se agravia también por la condena al pago de la indemnización establecida por el art. 16 de la ley 25.561 ya que la misma debe calcularse sólo sobre la indemnización del art. 245 de la L.C.T, conforme al art. 1 del decreto 1433/2005, y además por cuanto su operatividad quedó supeditada según el art. 4 de la ley 25.972 hasta que la tasa de desocupación elaborada por el INDEC resulte inferior al 10%. Destaca en tal sentido que al momento del distracto laboral la tasa de desocupación era inferior al 10%, siendo ya en el cuarto trimestre del 2006 del 8,7%, por lo que a esa

época la condición resolutoria a la cual se había subordinado el adicional indemnizatorio había operado. Afirma que el decreto 1224/2007 es claramente inoficioso dado que la ley 25.972 delegó en el Poder Ejecutivo Nacional la fijación del *quantum* indemnizatorio y no la declaración del momento a partir del cual perdería vigencia. Sostiene que el Sr Juez debió hacer lugar a la reconvención deducida ya que se le abonó a la actora sumas en exceso en concepto de indemnización por antigüedad y sustitutiva del preaviso, y que asciende a $3.347,17.- Agrega que en el eventual supuesto que no se haga lugar al agravio referido al adicional indemnizatorio, previo admitir la reconvención, debería hacerse compensación entre el importe surgido del 50% de la indemnización establecida por el art. 245 de la LCT y la suma abonada en exceso. Plantea caso federal y peticiona se revoque la sentencia recurrida en lo que es materia de agravios, con costas. ----------

----2. Al ingresar al estudio de la causa corresponde señalar que el perito contador efectuó a fs. 189 detalle de las remuneraciones brutas de la trabajadora sujetas a aportes y contribuciones de la seguridad social conforme al punto 3 requerido por la demandada (ver fs 59), pero ello en modo alguno importa que deba tomarse exclusivamente tales montos pues en definitiva solo refleja la postura de esa parte frente a la asumida por la actora (ver contestación de demanda, fs. 58; y pretensión de la actora en demanda, fs. 28).----------

----Lo mismo cabe señalar respecto de la planilla de cálculos que obra agregada a fs. 194 toda vez que los montos en concepto de indemnizaciones a los que arriba el experto surge de tomar exclusivamente las remuneraciones brutas, siguiendo así el requerimiento de la sociedad demandada al proponer el tercer punto de pericia (“Informe el perito las remuneraciones brutas ... y en base a las mismas determine la existencia de diferencias en el pago de la indemnización por despido y preaviso de la actora ...” (ver contestación de demanda, p. II.3., fs. 59, 1er. párrafo; escrito de explicaciones, fs. 195). ----------

----En síntesis, el perito contador se limitó a calcular los montos indemnizatorios en base al punto propuesto por una de las partes, motivo por el cual consideró exclusivamente “las remuneraciones brutas sujetas a a aportes y contribuciones”. --------

----Y resulta obvio que para dirimir el conflicto suscitado entre las partes (existencia o no de diferencias en el pago de las indemnizaciones) debe determinarse cual es la base remuneratoria a considerar en materia indemnizatoria, y esa precisamente es la función del juzgador y no del perito.----------

----Sabido es que al juez al que le corresponde dimir el conflicto para lo cual despliega una actividad interpretativa referida a una conducta ya cumplida debiendo subsumir el caso individual en la norma general. ----------

----El juez actúa en ejercicio de una función de *individuación* de la norma *general* “en” y “para” un caso singular y concreto. La sentencia no es mera aplicación automática de una norma general (Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho

Constitucional Argentino", Ediar, 1993, T. II, pág. 439). ----------

----Por eso, los valores consignados en un informe pericial deben necesariamente ser ponderados por el juzgador a fin de establecer si los mismos se ajustan a la normativa vigente y al caso concreto que debe ser objeto de decisión.----------

----Es que, el perito no juzga, sino que suministra elementos de hecho y conceptos de valor que le sirven al juez para pronunciar su decisión, mas sin obligarlo (Carnelutti, "La prueba civil", Arayú, 1955, N° 11, nota 138). ----------

----El perito en ningún caso sustituye al juez ni puede éste hacerle abandono de su tarea propia (Gorphe, "De la apreciación de las pruebas", E.J.E.A., 1955, págs. 42/43, 75, 260/261). ----------

----Si los jueces no pudiesen apartarse del dictamen de los peritos quedaría acogida la doctrina de que éstos se desempeñan con autoridad jurisdiccional (S.C.Bs. As., junio 18-957, La Ley t. 90-535). ----------

----De aceptarse ello el dictamen pericial resultaría imperativo para el juzgador y la sentencia sería adelantada por quien no es más que un auxiliar de la justicia.----------

----Consecuentemente, siendo el perito, como se ha explicado un mero auxiliar del juez, no puede pretenderse que su dictamen sea en manera alguna imperativo y obligatorio. Lo contrario, importaría acoger la doctrina que los peritos se desempeñan con autoridad decisoria dentro de los procesos o lo que es lo mismo, que las sentencias podrían ser, cuando menos parcialmente adelantadas por quines carecen de la facultad para decidir (SCBA, Ac. y Sent., 1957, v. III, p. 203; La Ley, v. 90, p. 535, SCBA, DJBA, v. 122, p. 101).----------

----De tal modo, en la presente causa se advierte que el perito arribó a los cálculos que lucen a fs. 194 con apoyó de modo exclusivo en los datos que le indicara la parte demandada ("remuneraciones brutas sujetas a aportes"), y esa es una prueba inocua al haber adoptado el experto una versión propuesta por una de las partes. ----------

----Así, cuando el experto se limita a explicar lo que una de las partes le ha referido, la pericia no tiene efecto probatorio ... De allí que la tarea del experto no debe apoyarse y seguir al pie de la letra, como si fueran irrefragables, las noticias que le suministran las partes o terceras personas (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales ...", Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1992, T. V-B, pág. 445 y cita de fallos). ------

----Y reitero que resulta una prueba inocua pues si los elementos de convicción traídos al proceso no aportaron datos positivos, la conclusión es que se trató de probanzas innocuas, las que fracasan en su finalidad de "crear el convencimiento del juez sobre la existencia de hechos de importancia para el proceso" (Chiovenda, "Principios …", T. II, n° 59, pág. 280, Ed. Reus, 1941).----------

----En tales condiciones, la sociedad demandada no brindó razonamiento alguno, ni al contestar demanda ni al expresar agravios, respecto de su postura según la cual a los fines de fijar la base remuneratoria sólo debía considerarse las remuneraciones brutas, prescindiendo así de otros rubros incluidos en los haberes correspondientes a los

meses de enero, febrero, y marzo de 2007 (ver recibos de fs. 18/21 y 23), tal el caso del individualizado como “Acuerdo Temporada Langostino Ene06” y que aparece en ambas quincenas de los meses de enero y febrero de 2007. ----------

----Y desde que se trata de un trabajo de temporada, aspecto que no fuera discutido, lo cierto es que ese rubro para los meses antes indicados tuvo el carácter de habitual, por lo que debe tomarse en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad. ----------

----Señalo con relación a esa noción que ya en anteriores pronunciamientos sostuve con cita de doctrina que la habitualidad implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que *habitual* significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repita o reitera. Lo *normal* es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remuneratoria es un término que puede ser conceptualizado en virtud de lo opuesto: lo *anormal*, que sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional y que no responde a la forma como se ha desarrollado el contrato (Etala, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 2da. ed. act., 2000, págs. 578/579). ----------

----En ese marco, la habitualidad y normalidad en modo alguno responde a la noción de una remuneración sin variaciones, pues lo que fundamentalmente interesa para la definición legal es la persistencia de conceptos remuneratorios en la retribución mensualmente considerada, y no su monto (Meilij, Gustavo, “Contrato de trabajo”, Depalma, 1981, T. II, par. 1936, pág. 500, y cita de fallos en su nota n° 1976). ----------

----Y el concepto de sueldo o salario abarca la totalidad de las retribuciones debidas al trabajador por los servicios que presta al principal, incluyendo las variables que dependen de la extensión o resultado de la jornada de trabajo, tales como las comisiones, los premios a la producción, el pago de la labor a destajo y el de las horas extraordinarias. Así se pronunció el Superior Tribunal de Justicia, ya que toda bonificación o gratificación que se abone con motivo del contrato de trabajo debe reputarse como remuneratoria, tanto en cuanto dependa de circunstancias vinculadas con la empresa (producción, venta, etc.) o con el trabajador (dedicación, pautas de conducta o producción) (S.T.J. en autos “R., J. A. c/ A. C..”, S.I. 86/87). ----------

----En este contexto, cabe traer a colación el pronunciamiento del S.T.J. respecto del personal de marinería y con referencia al alcance de mejor remuneración mensual normal y habitual, desde que el premio es la suma de dinero, prestación o beneficio que obtiene el trabajador conforme a un sistema de condiciones o pautas, y que reviste la condición de prestación remuneratoria, integrando el salario del trabajador. Por lo general este incentivo se halla supeditado a ciertos niveles de rendimiento, ya sea en cantidad o calidad, mas la nota distintiva que interesa, es que, pese a su naturaleza variable, es integrativo del salario y produce dos efectos … el segundo, el que atañe a la cuestión debatida, es que debe tenerse en cuenta a los fines del cálculo del S.A.C., vacaciones, indemnización sustitutiva de preaviso y la indemnización por antigüedad (art. 245 de la L.C.T.). La naturaleza remuneratoria de los incentivos en el contexto de

las normas laborales, es reconocida pacíficamente por la jurisprudencia y su pago responde al concepto básico por el cual en general son una contraprestación variable de la disponibilidad de la fuerza del trabajador. Obsérvese que el rubro producción fue liquidado en varias oportunidades, coincidiendo con los períodos en que el trabajador estuviera embarcado, por lo que reúne las características de normalidad y habitualidad como componente remunerativo previstos en los Convenios Colectivos regulatorios de la actividad pesquera (del voto del Dr. Martín, con cita de doctrina y jurisprudencia, en autos “C., A. c/ C. S.A. s/laboral”, Expte. N° 15.890-C-1997, S.T.J. S.D. N° 29/97 de fecha 23 de diciembre de 1997). ----------

----Y en el pronunciamiento citado precedentemente también se destacó con cita jurisprudencial que los adjetivos mensual, normal y habitual se refieren a los rubros que componen el salario, para excluir gratificaciones extraordinarias, sueldo anual complementario u otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser ganadas todos los meses, y el rubro producción … compone el salario y como tal, no puede ser omitido a la hora de liquidar indemnizaciones, y no es impedimento dirimente la irregular frecuencia con que percibió ese salario (del voto del Dr. Royer).----------

----En tales condiciones, la cuestión no finca en que se traten de remuneraciones que oscilan en su monto, sino de que los rubros tenga persistencia, de modo de excluir del cálculo de la indemnización aquellos rubros extraordinarios.----------

----Caso contrario, si la remuneración se integra por elementos fijos y variables, y estos últimos han sido normales y habituales, sus importes se integran en forma mensual a los fijos, y el resultado se traduce en la “mejor remuneración mensual” que deberá tomarse como base de cálculo.----------

----Y aun cuando por hipótesis pudiera considerarse que se está en presencia de una situación de duda en la interpretación normativa, por aquello de tener que establecer cuanta veces deben abonarse tales rubros variables, a saber, por lo menos dos veces, o la mitad de ellas, lo cierto es que en tal caso resulta de aplicación el principio de la norma más favorable para el trabajador, previsto cuando la duda recayese en la interpretación o el alcance de la ley por el segundo párrafo del art. 9 de la L.C.T. ---------

----Esta es la postura adoptada en minoría por el suscripto en c. 19.783, S.D.L. 58/2004 de esta sala “B”, y a cuyo respecto el S.T.J. en S.R.E. 01/06 del 16/02/2006 tuvo oportunidad de señalar que el art. 245 de la L.C.T. alude a “la mejor” remuneración y no a promedio alguno, y que cuando la norma a estudio alude a la “mejor remuneración”, está partiendo de la premisa de la variabilidad, por cuanto no se puede sostener que una cifra es “mejor” si todas son idénticas. Mientras que la “habitualidad” implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que habitual significa, en el texto legal, aquellos que se produce con continuidad, que se repita o reitera. En cuanto al término “normal” es aquello que ordinariamente ocurre (del voto del Dr. Pasutti). ----------

----Por tales razones, doctrina sentada por el S.T.J. en S.D. Nos. 29/ S.R.E./97, y

también en Expte. Nº 20.193/2005, S.R.E. 01/06, y criterio del suscripto en c. 19.783, S.D.L. 58/2004, y c. 21.051, S.D.L. 16/2006, corresponde considerar a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad las remuneraciones no sujetas a aportes que figuran en los recibos correspondientes a ambas quincenas del mes de febrero de 2007 (ver documental, fs. 20/21 y 38/39) con la limitación del tope establecido tal como lo hiciera el juzgador a fs. 220 vta. ----------

----Por ello, se desestima el agravio. ----------

----3. Estima la apelante que la base a considerar para la indemnización sustitutiva por falta de preaviso es la remuneración del último mes trabajado, es decir marzo de 2007.-

----En tal sentido, el juzgador a fs. 220 vta. ponderó que: ***En cuanto al importe correspondiente al preaviso omitido por la demandada, corresponde tomar en consideración el salario percibido en el momento de cese de la relación laboral más el proporcional del sueldo anual complementario***.----------

----Al respecto, para el cálculo del preaviso omitido debe aplicase el principio de normalidad próxima, noción que intenta poner al agente en situación remunerativa lo más cercana posible a aquélla en que se hubiere encontrado si la rescisión no se hubiese operado. Y por lo corriente se calcula sobre los haberes devengados en el último mes normalmente trabajado, los que deben incrementarse con la parte proporcional del sueldo anual complementario (Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", La Ley, 3ra. ed. act., 2007, T. II, par., 15.5.2., pág. 1838). ----------

----Sin embargo, al efectuar la demandada el cálculo de ese mes estima a fs. 230 vta. que el mismo asciende a un total de $2.690,26.- tomando $2.483,40.- (marzo de 2007), con más la incidencia del SAC, por lo que se advierte que nuevamente esa parte toma el monto de la remuneración bruta, lo que así surge con sólo cotejar los recibos de fs. 36/37 ($1.1241,70.- por dos).----------

----Y ya se señaló al punto 2 que antecede que no hay razón para omitir los montos remuneratorios liquidados sin aporte por lo que el agravio quedó vacío de contenido y conduce a su desestimación.----------

----3. Tocante a la condena en concepto de indemnización establecida por la el art. 16 de la ley 25.561, cabe advertir que el cese de la relación laboral se produjo el 13 de julio de 2007 (ver telegrama de fs. 24). ----------

----Y en el análisis a efectuar debe ponderarse que el art. 4 de la ley 25.972 prorrogó " ... la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la ley 25.561 y sus modificatorias, <u>hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) resulte inferior al DIEZ POR CIENTO (10%).</u>" (el subrayado me pertenece). ----------

----Y lo cierto es que a la época de la extinción del vínculo laboral (julio de 2007) esa condición resolutoria se encontraba cumplida toda vez que la tasa de desocupación se encontraba por debajo del 10% ya que para el tercer trimestre de 2007 era de 8,1%,

debiendo agregarse que ya al cuarto trimestre de 2006 dicha tasa era del 8,7%. ----------

----De tal modo, estimo que la actora no resulta acreedora al mencionado incremento. --

----Es que, el dictado del decreto 1224/07 si bien declaró cumplida la condición no brindó solución a los despidos producidos entre el informe del INDEC que determinó una tasa de desocupación por debajo del 10% y el dictado del referido decreto. ----------

----Como consecuencia del proceder adoptado por las autoridades nacionales, al lapso de inseguridad jurídica que precedió al dictado del decreto en cuestión le sucede un nuevo período de incertidumbre generada, precisamente por su dictado. ... Como puede advertirse, la nueva norma no sólo no arrojó luz sobre el asunto sino que, por el contrario, aumentó la incertidumbre y abrió la puerta a una nueva oleada de juicios en torno al incremento indemnizatorio que tantas dificultades interpretativas y tantos litigios generó desde que fue instalado. Una vez más serán los tribunales los que deban despejar las dudas pero, necesariamente, surgirán otras nuevas a partir de los pronunciamientos judiciales que seguramente serán dispares (Litterio, Liliana H., “El final anunciado de la “doble indemnización”, D.T. 2007-B-1074). ----------

----Y en tal sentido, el art. 4 de la ley 25.972 estableció como condición de la extinción del incremento la difusión de esa tasa, por lo que no resultaba necesario para producir tal extinción una declaración por decreto.----------

----Los decretos del Poder Ejecutivo tienen como finalidad reglamentar o ejecutar las leyes, no declarar la existencia o inexistencia de un hecho (Etala, Carlos Alberto, “La pérdida de vigencia del recargo indemnizatorio de la emergencia”, D.T. 2007-B-1060). --

----Consecuentemente, el Decreto 1224/07 no presenta los requisitos para ser considerado como un reglamento autónomo o como uno delegado, y en el mejor de los casos es una “declaración” en que se reconoce un hecho ya acaecido, pero sin efecto modificatorio sobre normas, por lo que no puede afectar el claro texto del art. 4to. de la 25.972 en cuanto a la vigencia de sus efectos (Etala y González Rossi, “El decreto 1224/07 – Inconstitucional y extemporáneo”, D.T. 2007-B-1063). ----------

----Y la tasa de desocupación inferior al 10% se alcanzó en el último trimestre del año 2006 (8,7%) y su publicación se efectuó el 28/02/07, por lo que al momento de la extinción del vínculo laboral (julio de 2007) ya se había cumplido la condición prevista por el art. 4 de la ley 25.972. ----------

----Así, el decreto 1224/07 dictado el 10/09/2007 resultó extemporáneo y sólo tiene el alcance de ratificar el cese de la suspensión de los despidos. ----------

----Si bien el decreto 1224/2007 ratifica nuestra opinión del cese del agravamiento indemnizatorio, a nuestro entender, el decreto es extemporáneo, debió haber sido publicado el 28 de febrero de 2007 cuando se dio a conocer el índice inferior a dos dígitos. Consideramos que ante la claridad del texto de la ley 25.972, el decreto 1224/2007 sólo puede interpretarse como ratificación del cese de la suspensión de los despidos, lo cual aconteció a partir del momento que el INDEC informó una tasa de desocupación inferior al 10%, es decir el 28/02/07. Sería inválido considerar que la

publicación tardía del decreto significa una prórroga de una norma extinguida (Alejandro, Sergio J., “Término de vigencia del agravamiento indemnizatorio: Los alcances del decreto 1224/2007”, D.T. 2007-B-1083) (el subrayado me pertenece). ------

----En este último aspecto, no cabe considerar que exista contradicción entre la ley 25.972 y el decreto 1224/07 ya que un eventual conflicto normativo sólo puede resolverse a partir de considerar la jerarquía de las normas, prevaleciendo así la ley frente al decreto. ----------

----El debate judicial ahora se centrará sobre si el decreto 1224/2007 resulta inoficioso, porque pretende reglamentar una norma que ya había perdido vigencia, o si resulta inconstitucional, porque intenta prolongar la vigencia de un recargo indemnizatorio que pesa sobre los empleadores con afectación de su derecho de propiedad, cuando había caducado por cumplimiento de una condición resolutoria que ya había ocurrido el 4ª trimestre del 2006 (Etala, Carlos Alberto, “¿Cuándo quedó sin efecto el recargo indemnizatorio por despidos en la ley de emergencia”, D.T. 2007-E-1370). ----------

----El referido art. 4 de la ley 25.972 subordinó la extinción del incremento indemnizatorio al cumplimiento de una condición resolutoria vinculada al índice de desempleo y no hay controversia en cuanto a que dicha condición resolutoria se cumplió, por lo que debe considerarse como fecha de cese del agravamiento, la publicación o “informe de prensa” que efectuara el INDEC el 28/2/07 (Funes de Rioja, Daniel, “El agravamiento indemnizatorio. Críticas a las propuestas de sostén del empleo”, La Ley, 19/12/2008, pág. 1). ----------

----Es el criterio de esta sala “B”, c. 22.812, S.D.L. 53/2008. ----------

----En síntesis, a la fecha de la extinción del vínculo laboral (13 de julio de 2007) ya había concluido la vigencia del incremento indemnizatorio, por lo que el decreto 1224/07 resultó inoficioso .----------

----Tales fundamentos conducen al progreso del agravio vertido por la parte demandada y a la revocatoria parcial del fallo en crisis, debiendo deducirse del monto de condena la suma de $6.080,80.- ----------

----4. En tanto que el capital de condena en concepto de indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso arroja un total de $12.637,59.- (ver sentencia, detalle de fs. 220 vta., tres primeros rubros), dicho importe resulta superior a la suma abonada de $9.937.- (recibo de fs. 55) por lo que no existe suma alguna a compensar por el pretendido pago en exceso que diera base a la reconvención deducida, y ello hace innecesario ingresar en los cálculos efectuados por la quejosa a fs. 231 vta. ----------

----Sin perjuicio de ello, se aclara que del monto establecido en la sentencia venida en apelación que asciende a $8.781,39.- debe detraerse el importe de $6.080,80.- al rechazarse la pretensión indemnizatoria referida a la indemnización “Art. 16 ley 25561”.

----5. En consecuencia, propongo al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para hacer lugar parcialmente a la demanda al disminuir el capital de

condena a la suma total de pesos dos mil setecientos con cincuenta y nueve centavos (2.700,59.-), con más los intereses establecidos en la anterior instancia. ----------

----La revocatoria parcial del fallo en crisis lleva a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A, de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV Nº 1.----------

----En tales condiciones, la diferencia existente entre el monto por el que progresa la demanda de $2.700,59.- y el que se rechaza de $24.589,06.-, en función al importe reclamado en el escrito de inicio (p. V, liquidación de fs. 28), permite señalar en este caso excepcional que ambas partes resultaron vencidas en las respectivas medidas del rechazo y progreso de las pretensiones deducidas, lo que permite imponerlas a la actora y a la demandada en proporción al éxito obtenido (ver Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea, 1998, págs. 122 y 123, y nota n° 125), por lo que estimo prudente imponer a la actora las costas en la porción de la demanda que se desestima, y a la demandada en cuanto a la porción que progresa (art. 69 de la ley XIII Nº 5, Anexo A). ----------

----Es criterio ya sentado por esta Cámara, por su sala “A”, c. 16.745, S.D.L. 66/00, c. 17.578, S.D.L. 46/01, c. 19.841, S.D.L. 59/04, y c. 20.037, S.D.L. 67/04; y por esta sala “B”, c. 19.486, S.D.L. 29/04, c. 19.508, S.D.L. 36/04, c. 22.257, S.D.L. 14/08, y más recientemente en c. 601/09, S.D.L. 103/09, c. 596/09, S.D.L. 105/09, y c. 780/09, S.D.L. 03/10. ----------

----Asimismo, la calidad de vencedor y vencido que las partes presentan mutuamente, y la diferencia existente entre el progreso y el rechazo de la demanda, determina en materia de regulación de honorarios la aplicación de la doctrina sentada por el S.T.J. en la causa “C., R. J. c/ O., C. A. s/laboral” (Expte. N° 10853-C-84), S.D. 9/85, lo que conlleva a una doble regulación. ----------

----Así, corresponderá adecuar a este decisorio los honorarios regulados en la anterior instancia, por lo que atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en primera instancia, por la porción de la demanda que prospera y a cargo de la demandada, entiendo que resulta prudente fijar los emolumentos de los Dres. E. A. M. y L. Á. N., en su carácter de letrados apoderados de las partes actora y demandada, en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 14%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de liquidación de sentencia (arts. 5, 8, 18, y 46 de la ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. correspondiente. -

----Con iguales pautas, y respecto a la fracción de la demanda que se desestima y a cargo de la parte actora, entiendo que resulta prudente fijar los emolumentos de los Dres. L. Á. N. y E. A. M., en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 14%, respectivamente, del capital reclamado que no prospera, con más sus intereses hasta la fecha del presente pronunciamiento, conforme la tasa utilizada por el B. del C. S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos comerciales, importe a determinarse en la etapa de ejecución (arts. 5, 8, 18, y 46 de la ley XIII Nº 4), con más

el I.V.A. correspondiente.----------

----Tengo en cuenta para ello que en la actualidad para la C.S.J.N. la cuestión vinculada a la regulación de honorarios no es materia federal, y por tratarse entonces de cuestión local, debo seguir el criterio seguido por el S.T.J. ya afianzado en diversos pronunciamientos en los cuales estableció la necesidad de incluir los intereses dentro de la base regulatoria en caso de rechazo de demanda (c. 16.937, S.D. 4/S.C.A. 02; c. 15.955, S.D. 8/S.C.A./02, entre otros pronunciamientos). ----------

----En cuanto a las costas de alzada, el fracaso de dos de los agravios vertidos y el éxito del restante permite delinear un vencimiento parcial y mutuo que conduce a distribuirlas prudencialmente en dos tercios a cargo de la demandada y un tercio a cargo de la actora, por responder así a las porciones de fracaso y éxito obtenidas por la apelante en esta instancia (art. 72 de la Ley XIII Nº 5, Anexo A). ----------

----Finalmente, con las pautas ya referidas y lo previsto por el art. 13 de la ley arancelaria, propicio regular los emolumentos del Dr. L. Á. N. en el 27% de la cantidad establecida para los honorarios de la anterior instancia referidos a la condena dispuesta, con más el I.V.A. que pudiere corresponder. ----------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

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

----Dada la claridad de la reseña efectuada por el Sr. Magistrado antes sufragante, me remitiré a la misma en lo que respecta al relato de la sentencia de origen de fs. 218/221 vta. y de los agravios que contra la misma expusiera la demandada a fs. 229/232.--------

----Seguiré por razones de método y de orden lógico la misma secuencia de exposición en la cual emitiera su voto el Dr. Vergara.- ----------

----I.- Paso entonces a la consideración de los agravios de la apelante.- ----------

----1) En primer lugar objeta que el juzgador haya considerado, a los fines de calcular la indemnización por antigüedad, como mejor remuneración mensual, normal y habitual, la percibida por la actora en febrero de 2007. Argumenta que la pericia contable arroja un resultado distinto, dado que toma como base de cálculo la remuneración percibida en enero de 2007, y que el sentenciante no puede ignorar el dictamen pericial. Agrega que dicho dictamen detalla las remuneraciones brutas sujetas a aportes y contribuciones a la seguridad social percibidas por la actora durante toda la relación laboral, por lo que entiende que debe tomarse el haber del mes de enero/07 de $ 3.900.- ----------

----Al respecto es de señalar que a fs. 59, pto. 3) la demandada requirió que el perito contador informe las remuneraciones brutas sujetas a aportes y contribuciones de la seguridad social percibidas por la actora durante los períodos efectivamente laborados. En base a dicho requerimiento, el experto a fs. 189, brindó tal detalle, figurando en tal listado como la mejor remuneración la de enero de 2007 de $ 3.900,69. Y otro tanto cabe expresar acerca de la planilla de fs. 194 en la cual calculó las indemnizaciones por despido y preaviso, siempre en relación a las remuneraciones brutas sujetas a aportes y

contribuciones, de acuerdo al mismo requerimiento que efectuara la accionada al ofrecer dicha prueba en la contestación de demanda a fs. 59, pto. 3 y en la impugnación de fs. 195, en cuanto solicitó que en base a las remuneraciones referidas se determine la existencia de diferencias en el pago de las indemnizaciones mencionadas.- ----------

----El juez de grado tomó el salario de febrero de 2007, de acuerdo a la pretensión de la actora (ver sentencia a fs. 220 vta., 1er. párrafo), por lo que no se atuvo a lo informado por el experto, que reitero, en su dictamen se limitó a informar los valores de acuerdo a lo solicitado por la accionada, sin expedirse acerca de la corrección o no de los mismos. Al respecto es sabido que el juez es soberano al sentenciar en la apreciación de los hechos, dentro de los cuales se encuentra el dictamen. Así lo interpreta unánimente la doctrina judicial; pero, en consonancia con las reglas de juzgamiento enunciadas por el precepto, se le ha señalado una valla, pues deberá “aducir razones de entidad suficiente” (conf. CN. Civ, Sala F, 6/11/91, LL, 1992-D-327) para apartarse de las conclusiones; “razones muy fundadas” para desvirtuarlo, pues el conocimiento del perito es ajeno al hombre de derecho (conf. CN. Civ., Sala B, 19/7/79, ED, 85-709; íd., Sala D, 14/2/80, LL, 1980-B-143; íd., Sala E, 19/8/82, LL, 1983-A-472; íd., Sala F, 14/3/80, LL, 1980-C-41; CN. Com., Sala B, 4/9/79, LL, 1980-A-94; íd., Sala C, 14/6/91, LL, 1991-E-489; CNEsp. Civ. y Com., Sala I, 5/11/82, JL nº 10.911; íd., Sala IV, 25/10/79, BCNECyC, nº 10.028). En esta orientación, el magistrado no puede desvincularse arbitrariamente de la opinión del experto. En todos los supuestos fundará su discrepancia en elementos de juicio que permitan desvirtuar el informe (conf. CN. Civ., Sala L, 31/10/90, LL, 1992-D-601), concluyendo fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiere hecho de los conocimientos científicos de que su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado (conf. CN. Civ., Sala D, 28/9/78, BCN Civil, 1978-VI-245, sum. 388). En la especie, dado que el experto se limitó a informar lo requerido por la accionada, de acuerdo al posicionamiento de ésta al contestar la litis, no existían razones de peso argumental por las cuales el juzgador se viera obligado a decidir de acuerdo a dicho informe.- ----------

----A lo expuesto debe añadirse que la demandada no brindó explicaciones en cuanto a los motivos por los cuales sólo cabía considerar las remuneraciones brutas, sin incluir a los rubros que figuran en los recibos de enero/marzo de 2007 como “Sin Aporte” (ver fs. 18/21 y 23), básicamente el ítem “Acuerdo Temp. Langostino Ene-06”, el que se detalla en los recibos de enero y febrero de 2007. La cuestión a considerar es si cabe tomar en cuenta dicho rubro dentro del concepto de remuneración habitual y normal. Se ha establecido como pauta de habitualidad que el rubro en análisis se hubiere devengado al menos, en la mitad de los meses del período considerado por la norma (conf. Álvarez Bangueses, Ramón y Fernández Pardo, Gastón: “Indemnizaciones debidas como consecuencia de la terminación de la relación de trabajo”, en Ackerman-Sudera: “Extinción de la relación laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 449). Resulta ilustrativo, a los efectos de la consideración del rubro en cuestión, que se hubiera

sostenido que *“A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir el total de ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin debe computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originan como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual...La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido”* (conf.SCBA, 20/10/01, in re: “Martín, Rosa L. C/ E.S.E.B.A. s/ diferencia salarial” (68.416), Diario de Jurisprudencia judicial 05/12/01, cit. en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, págs.475/476). En el mismo sentido se decidió que para calcular la indemnización por antigüedad es procedente la integración del salario con los premios de producción que el trabajador percibió en forma periódica y habitual (conf. CNAT., Sala III, 20/07/78, T. y S.S.”, 1978-694); así como que la ley laboral ha establecido un concepto amplio de salario que los define como la contraprestación que percibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y como compensación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Además, admite que puede estar integrado por gratificaciones, premios e incluso por viáticos abonados sin rendición de cuentas. En tal sentido para que el reclamo de los trabajadores sea viable con respecto a los componentes del salario que sirve de base para el cálculo de las indemnizaciones, es necesario que acrediten que durante el último año de prestación de servicio percibieron de modo regular los adicionales y premios en cuestión (conf. CNAT., Sala V, sent. 55.876 del 13/3/97, B.J., 1998-206/207).- ----------

----En la especie, y tal como lo indicara el colega preopinante cabe tomar en cuenta que no está controvertido que se trataba de un trabajo de temporada, por lo que el rubro analizado tuvo sin dudas el carácter de habitual y normal para los meses indicados. Es así que, de acuerdo a lo expuesto y atento el antecedente del Superior Tribunal de Justicia traído a colación por el Dr. Vergara, cabe considerar los rubros que aparecen detallados en los recibos referidos como ítems “Sin Aporte”. Y en cuanto al monto a considerar como mejor remuneración mensual, la variación del importe no implica que deban promediarse los valores, sino que luego de realizar los procesos precedentes y obtenidas las remuneraciones mensuales, normales y habituales devengadas durante el último aniversario (o período menor, si fuere el caso) corresponde tomar -de entre ellas- la mejor, esto es, la correspondiente al mes de mayor cuantía dineraria una vez sumados horizontalmente todos los rubros no excluidos (conf. Álvarez Bangueses-Fernández Pardo, op. cit., pág. 452). Y jurisprudencialmente, amén del antecedente del máximo tribunal provincial citado por el Dr. Vergara, es de señalar que en el ámbito de la Justicia Nacional del Trabajo, la cuestión del promedio a fin de lograr la retribución

mensual, normal y habitual, la cuestión fue resuelta por el fallo plenario Nº 298 dictado en la causa “B., R. A. c/ Lotería Nacional SE”, donde se estableció que para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales. Es que esa es la solución adecuada, ya que el art. 245 de la LCT expresamente requiere que se tome la “mejor” (superior a otra cosa) y no el “promedio” (punto medio de una cosa) que incluye tanto a la mejor cuanto a la peor y la diluye, ya que el promedio es un “término medio”, que resulta de “la suma de varias cantidades divididas por el número de ellas” (conf. Álvarez Bangueses-Fernández Pardo, op. cit., pág. 453).----------

----En definitiva, por los motivos expresados habré de concordar con el Sr. Juez prevotante en cuanto a que la mejor remuneración mensual, normal y habitual incluye los rubros no sujetos a aportes que se detallan en los recibos correspondientes a las dos quincenas de febrero/07 (ver fs. 20/21 y 38/39) con el límite del tope indemnizatorio tal como lo estableciera el juzgador de grado en el decisorio atacado (ver sentencia a fs. 220 vta). En consecuencia procede el rechazo del agravio.- ----------

----2) Entiende la apelante que para el pago de la indemnización sustitutiva de preaviso (art. 232 de la LCT) debe considerarse la remuneración del último mes trabajado, es decir, marzo de 2007, que totaliza, con la incidencia del SAC, la suma de $ 2.690,26. El sentenciante de origen argumentó al respecto que *“En cuanto al importe correspondiente al preaviso omitido por la demandada, corresponde tomar en consideración el salario percibido en el momento del cese de la relación laboral más el proporcional del sueldo anual complementario”* (ver sentencia a fs. 220 vta.). De acuerdo a lo dispuesto por el art. 232 de la LCT resulta palpable la intención del legislador orientada a establecer un parámetro de cálculo en función de la remuneración “previsible” que el trabajador habría percibido -o devengado- de continuar trabajando durante los plazos de preaviso omitidos. Este criterio, corrientemente denominado de “normalidad próxima” es el que prima en la jurisprudencia nacional (conf. Del Bono, Carlos M., en Rodríguez Mancini-Barilaro, op. cit., Tº IV, pág. 211).- ----------

----La cuestión que surge del contenido del agravio, es que la recurrente nuevamente consideró la remuneración bruta del mes de marzo/07 (ver fs. 36/37), sin incluir los rubros remuneratorios “sin aporte”, por lo cual, por los motivos expresados en el tratamiento de la queja precedente, este agravio ha quedado sin contenido, por lo que comparto lo postulado por el Dr. Vergara en cuanto a su desestimación.- ----------

----3) Finalmente, con relación a la indemnización dispuesta en el art. 16 de la ley 25561, es de señalar que el vínculo laboral se extinguió el 13/07/07 (ver fs. 24). La apelante centra su queja en que a dicha fecha el agravamiento indemnizatorio ya no estaba vigente, amén de cuestionar su cálculo. Con relación a lo primero, el juez de origen consideró que aún estaba vigente de acuerdo a lo establecido por el Decreto 1224/07 del 10/09/07. Sobre este aspecto ya me he expedido en un antecedente de esta Sala (CANE, Sala “B”, SDL Nº 53/08 del 25/08/08). En dicha oportunidad sostuve

que la cuestión a decidir ha sido objeto de opiniones encontradas. El art. 16 de la ley 25561 -Ley de Emergencia publica y de Reforma del Régimen Cambiario- dispuso: *"Suspéndese la aplicación de la ley 25557, por el término de hasta NOVENTA (90) días. Por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente".* Como se aprecia la suspensión establecida tenía un plazo de 180 días, que luego fue continuamente prorrogado, estando motivada en la crisis de desempleo reinante al tiempo de la declaración de la emergencia.- ----------

----La ley 25972 dispuso, no un plazo, pero sí una condición extintiva a la suspensión sucesivamente prorrogada, al establecer: *"Prorrógase la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la Ley Nº 25561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) resulte inferior al DIEZ POR CIENTO (10%)".* Finalmente el decreto 1224/07 en su art. 1 reza: *"Declárase cumplida la condición prevista por el primer párrafo del artículo 4 de la Ley 25972".* Del texto de esta última norma, se desprende que luego del dictado del decreto referido no existen dudas que cesó el régimen de la doble indemnización, mas no se resuelven las situaciones generadas por despidos efectuados entre el informe del INDEC de la tasa de desocupación inferior al 10% y la publicación del decreto (11/09/07), situación que se plantea en la especie, dado que este organismo había difundido dicha tasa para el último trimestre de 2006, lo que aconteciera el 28/02/07, y el despido aquí en cuestión tuvo lugar el 13/07/07.- ----------

----Dicho ello, se ha sostenido que es claro que el art. 4 de la ley 25972 subordinó la vigencia de dicho régimen excepcional al cumplimiento de un hecho, configurado como una condición de vigencia de la norma, dándose un instituto jurídico parecido al de la condición resolutoria. Es decir que el legislador de 2005 ha condicionado la perduración de la vigencia del régimen de excepción a la verificación de una circunstancia tenida en miras -una tasa de desocupación inferior al 10%- que podía ocurrir o no, por lo que al tiempo de sanción de la ley constituía un hecho futuro incierto (conf. Maza, Miguel A. y Bloise, Leonardo G.: "La derogación de la denominada doble indemnización o recargo indemnizatorio del art. 1 de la ley 25561 por el decreto 1224/07", en DT, 2007-B, pág. 1055). Y dado que el art. 4 de la ley 25972 refiere a la tasa de desocupación y no de subocupación, los autores citados entienden que es dable considerar que la condición estipulada por la ley aconteció tras la comprobación de que dicha tasa correspondiente al cuarto trimestre del 2006 se ubicó en el 8,7%, según informe publicado el 28/02/07 (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 1056).----------

----Con relación al decreto 1224/07 se ha considerado que los decretos del Poder Ejecutivo tienen como principal finalidad reglamentar o ejecutar las leyes, no declarar la existencia o inexistencia de un hecho, y si bien a veces el P.E. actúa por delegación del

Congreso, en este caso no existió delegación de la declaración acerca de cuándo la norma habría de perder vigencia, ya que esto último fue subordinado por el propio Congreso, en una norma sustantiva, a la medición que efectuara el INDEC. Y en todo caso el decreto en cuestión se limita a "declarar" que la "condición" constituida por la tasa de desocupación inferior al 10% se ha cumplido en el pasado, remitiéndose implícitamente a las informaciones producidas oportunamente por el INDEC (conf. Etala, Carlos Alberto: "La pérdida de vigencia del recargo indemnizatorio de la emergencia", DT, 2007-B, pág. 1062). En sentido concordante se opinó que el decreto es extemporáneo, porque debió ser publicado el 28/02/07 cuando se dio a conocer el índice inferior a dos dígitos, y que ante la claridad del texto de la ley 25972, el decreto 1224/07 sólo puede interpretarse como la ratificación del cese de la suspensión de los despidos, lo cual aconteció a partir del momento que el INDEC informó una tasa de desocupación inferior al 10% (conf. Alejandro, Sergio J.: "Término de vigencia del agravamiento indemnizatorio: Los alcances del decreto 1224/07", en DT, 2007-B, pág. 1085). Asimismo cabe agregar que se estimó que el decreto 1224/07 resultó inoficioso, por cuanto *"el recargo indemnizatorio se agotó en forma automática en la fecha en que se hizo pública la tasa de desocupación correspondiente al último trimestre del año 2006, independientemente de los niveles futuros de dicha tasa"* (conf. CNAT, Sala IV, causa Nº 23.579/07, sentencia definitiva Nº 93166, del 09/04/08).----------

----En síntesis, por los motivos expuestos, que ya fueran oportunamente explicados por el suscripto en el antecedente citado, habré de coincidir con el Dr. Vergara en que, a la fecha del distracto contractual ya había concluido la vigencia del incremento indemnizatorio cuestionado, por lo que corresponde hacer lugar a este agravio. Consecuentemente procede revocar parcialmente el fallo apelado a fin de deducir del monto de condena el importe de $ 6.080,80.----------

----4) En virtud de lo concluido en los considerandos que anteceden, el monto de condena por el que procede la demanda se reduce a la suma de $ 12.637,59, la que resulta superior al monto abonado por la accionada de $ 9.937 (ver fs. 55), de allí que no asiste razón a la recurrente en cuanto a la reconvención por las mayores sumas abonadas en exceso. Sí habrá que deducir la suma abonada de $ 9.937 de la anterior, lo que arroja el valor final de $ 2.700,59, cantidad que obviamente, es la misma que resulta de deducir la indemnización agravada de $ 6.080,80 de la suma por la que se hizo lugar a la demanda en el fallo recurrido, esto es, $ 8.781,39.- ----------

----II.- En virtud de lo razonado hasta aquí corresponderá que se revoque parcialmente la sentencia apelada, a fin de hacer lugar a la demanda por la suma de pesos dos mil setecientos con cincuenta y nueve ($ 2.700,59), con más los intereses establecidos en la instancia anterior.----------

----Dado que se revoca parcialmente el fallo, corresponde realizar las adecuaciones del art. 282 del CPCC, de acuerdo a la remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1. Es así que, dado que la demanda se acoge por la suma de $ 2.700,59, y que se desestima por la

de $ 24.589,06, en este supuesto excepcional procede imponer las costas a la actora por la porción rechazada y a la accionada por la receptada. Tal es la postura del suscripto en el antecedente de esta Sala, SDL 14/08 del 07/03/08, donde consideré que en situaciones excepcionales en las cuales la recepción favorable de la demanda es ínfima en relación a la pretensión originaria, los criterios de justicia y equidad aconsejan que cada parte soporte en proporción a la parte de la demanda que prospera y que se desestima, siendo esta postura seguida en antecedentes de esta Cámara por ambas salas (conf. CANE, Sala B, SDL 36/05, 29/04 y 36/04; Sala A, SDL 66/00, 59/04 y 67/04). Es que en casos como el presente en los cuales existe una desproporción muy amplia entre el monto reclamado y por el que prospera la demanda, criterios de justicia aconsejan que se efectúe una doble imposición de costas, debiendo cargar el actor con las mismas por la porción de la demanda rechazada y el demandado por la que se acoge (conf. jurisprudencia de esta Cámara citada en el párrafo precedente). Encuentro esta posición compatible con lo dispuesto por el art. 72 del rito, ya que su texto establece que *"...las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos".* Como se aprecia, la norma no impone una única forma de distribución sino que otorga al juzgador la facultad prudencial para concebir y decidir dicha distribución. En ese orden de ideas, reitero, la imposición de las costas al actor por la parte rechazada y al demandado por la que prospera del reclamo, encuadra dentro del concepto de "distribución prudencial" que emana del texto normativo referenciado (conf. esta Sala, SDL 14/08 del 07/03/08, ya citado).----------

----Esta solución a su vez conduce a que se practique una doble regulación de honorarios, de acuerdo a lo decidido por el máximo tribunal provincial (conf. STJCH, SD 08/85, in re: "C., R. J. c/ O., C. A. s/ laboral). Si nos circunscribimos al texto del art. 5, inc. a) de la ley arancelaria, el monto del asunto o proceso, comprendiendo capital e intereses, no está previsto para el caso de rechazo total de la demanda sino como una pauta entre otras a los fines de fijar los honorarios. Por su parte el art. 18 dispone que *"Se considerará monto del proceso la suma que resultare de la sentencia o transacción"*, por lo que cuando se desestima totalmente la acción no existe en puridad suma alguna resultante de la sentencia, siendo la solución que se menciona para el caso de rechazo de la demanda creación pretoriana, la que desde ya comparto. Reitero que la solución para el caso de desestimación total no está expresamente contenida en el art. 5, inc. a) del arancel, de allí que entiendo que es producto de la interpretación judicial. Por lo que en casos como el presente, cuando la diferencia entre lo reclamado y lo acogido es sumamente amplia, no parece desaconsejable la solución también pretoriana de la doble regulación, la que en el ámbito provincial reconoce además genealogía del máximo tribunal provincial.- ----------

----En consecuencia de lo señalado, procede establecer los emolumentos de primera instancia, de acuerdo al resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas,

por la parte de la demanda que prospera, en un 19,60% al Dr. E. A. M., y en un 14% al Dr. L. Á. N., en su carácter de letrados apoderados de la actora y demandada respectivamente, sobre el monto de condena que resulte de la liquidación a practicar en la etapa de ejecución de sentencia (conf. arts. 5, 8, 18 y 46 de la ley XIII Nº 4), con más el IVA pertinente (conf. leyes 23349 y 23871).----------

----Por su parte, por la porción de la demanda que se rechaza, y teniendo en cuenta los mismos parámetros regulatorios mencionados en el párrafo anterior, se establecen los honorarios de la instancia de grado en un 19,60% al Dr. L. Á. N., y en un 14% al Dr. E. A. M., a calcular sobre el monto desestimado con más sus intereses hasta la fecha del presente decisorio, de acuerdo a la tasa activa que percibe el B. del C.S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos comerciales, a determinarse en la etapa ejecutoria (conf. arts. 5, 8, 18 y 46 de la ley XIII Nº 4), con más el IVA pertinente (conf. leyes 23349 y 23871).----------

----En cuanto a las costas de esta sede, ante el progreso de un agravio y el fracaso de otros dos, se presenta un vencimiento parcial y mutuo en los términos del art. 72 del CPCC, por lo concordaré con el Dr. Vergara en distribuirlas en 2/3 a cargo de la demandada y en un 1/3 a la actora.- ----------

----Con relación a la regulación de honorarios por las tareas cumplidas ante esta Alzada, dada la extensión y mérito de las mismas, así como al resultado del pleito, se establecen para el Dr. L. Á. N., apoderado de la accionada, en un 27% de lo regulado para el mismo letrado para la primera instancia por la porción de la demanda que prospera (conf. arts. 5, 13 y 467 de la ley XIII Nº 4), con más el IVA correspondiente (conf. leyes 23349 y 23871).----------

----A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

----Visto el acuerdo alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada y disminuir el capital de condena a la suma total de pesos dos mil setecientos con cincuenta y nueve centavos (2.700,59.-), con más los intereses establecidos en la anterior instancia; b) fijar, por adecuación a la presente, las costas de la anterior instancia para imponerlas a la parte actora en la porción de la demanda que se desestima, y a la parte demandada en la que progresa; c) regular los honorarios de los Dres. E. A. M. y L. Á. N., por las tareas profesionales de la primera instancia, por la fracción de la demanda que prospera, en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 14%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de liquidación de sentencia, y por la fracción de la demanda que se rechaza, regular los emolumentos de los Dres. L. Á. N. y E. A. M., en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 14%, del capital reclamado que no prospera, con más sus intereses hasta la fecha del presente pronunciamiento, conforme a la tasa utilizada por el B. del C. S.A.

para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos comerciales, importe a determinarse en la etapa de ejecución; c) imponer las costas de Alzada en dos tercios a cargo de la demandada y un tercio a cargo de la actora; d) regular los emolumentos del Dr. L. Á. N., por las tareas cumplidas en esta instancia, en el 27% de la cantidad establecida para los honorarios de la anterior instancia referidos a la condena dispuesta; y e) declarar que todos los honorarios regulados deberán ser incrementados con más el I.V.A. correspondiente.----------

----Así lo voto. ----------

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

----En atención a la respuesta brindada a la primera cuestión, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, el cual resultara fiel expresión del acuerdo arribado.- ----------

----Así lo voto.- ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por encontrarse de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

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

----a) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia venida en apelación para hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada y disminuir el capital de condena a la suma total de pesos dos mil setecientos con cincuenta y nueve centavos (2.700,59.-), con más los intereses establecidos en la anterior instancia. ----------

----FIJAR, POR ADECUACION a la presente, las costas de la anterior instancia para imponerlas a la parte actora en la porción de la demanda que se desestima, y a la parte demandada en la que progresa. ----------

----REGULAR los honorarios de los Dres. E. A. M. y L. Á. N.por las tareas profesionales de la primera instancia, por la fracción de la demanda que prospera, en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 14%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de liquidación de sentencia, y por la fracción de la demanda que se rechaza, regular los emolumentos de los Dres. L. Á. N. y E. A. M., en las sumas porcentuales equivalentes al 19,60% y 14%, del capital reclamado que no prospera, con más sus intereses hasta la fecha del presente pronunciamiento, conforme a la tasa utilizada por el B. del C. S.A. para sus operaciones ordinarias de descuento de documentos comerciales, importe a determinarse en la etapa de ejecución.----------

----IMPONER las costas de Alzada en dos tercios a cargo de la demandada y un tercio a cargo de la actora. ----------

----REGULAR los emolumentos del Dr. L. Á. N., por las tareas cumplidas en esta instancia, en el 27% de la cantidad establecida para los honorarios de la anterior instancia referidos a la condena dispuesta.----------

----DECLARAR que todos los honorarios regulados deberán ser incrementados con más el I.V.A. correspondiente. ----------

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

----REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2011 – SDL – CONSTE.----------