En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre 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 Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"E., N. A. c/ F. S. e I s/ DEMANDA LABORAL (Indemnizaciones de ley)", expte. nro. 401/11**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4635/07), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 209), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 176/189? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 176/189 es apelada por la demandada a fs. 191 y, concedido el recurso interpuesto a fs. 195, formula sus agravios a fs. 196/198vta., siendo contestados por su oponente a fs. 200/203vta. sosteniendo el fallo.

Que la primera cuestión traída a debate en esta alzada refiere a la supuesta indebida inclusión del SAC en el cálculo de la indemnización por antigüedad, tal como lo ordena la iudex a quo en su

sentencia.

En cuanta a dicha cuestión, ya he tenido oportunidad de expedirme en minoría en la causa "A. c/ A. E...", expte. N° 113/11 RSD N° 6/2011, sin encontrar razones de peso en los argumentos de la accionante para cambiar mi criterio.

Veamos, allí manifesté que ya había tenido oportunidad de señalar, en cercanos antecedentes de esta Sala, que la evolución el instituto desde aquella "gratificación obligatoria" impuesta en época de bonanza económica a la obligación semestral actual "de imperiosa necesidad" por las emergencias constantes que nos toca vivir en tal ámbito, han generado profundas divergencias en cuanto a su presunta mutabilidad. En tal sentido recuerdo la utilidad de la lectura de Justo López en su obra "El salario", ed. 1988, págs. 191 y ss., parág. 9.

Que no obstante el avance doctrinario y jurisprudencial en cuanto a su inclusión a los fines de la determinación de la remuneración base para el cálculo de la indemnización por antigüedad, y por estricto cumplimiento de las directivas que emergen del art. 245 LCT, entiendo que integran la misma todos los rubros que componen el salario, excluyendo gratificaciones extraordinarias, SAC y otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser percibidas todos los meses.

Y es que el art. 245 de la LCT se refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Y el sueldo anual complementario o cualquier otra gratificación extraordinaria anual, aunque "normal" (conforme a las normas) y "habitual" (acostumbrado) no es mensual, ya que no se paga todos

los meses, aunque se gana en cada momento. Con aquella delimitación, el legislador ha buscado que el resarcimiento por antigüedad se calcule sobre el haber que mensualmente tiene a sus disposición el trabajador como retribución por su desempeño, con exclusión de asignaciones no mensuales y de premios o remuneraciones extraordinarias (en el sentido de no habituales).

En tal sentido se reiteran los fallos que señalan que no todo ítem retributivo debe ser computado para determinar el importe de las indemnizaciones por despido; siendo al efecto computables únicamente las normales y habituales, de periodicidad mensual" (ver, v. gr., CTrab., Cba. Sala II, 02/10/2001 -"Meletta, Orlando H. c/ Dana Argentina S.A. - Demanda"- elDial – AACCD). Y que no corresponde calcular el sueldo anual complementario sobre la remuneración que es tenida en cuenta para determinar la indemnización por antigüedad, pues en relación con la base remuneratoria que debe computarse para el cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 LCT, la norma establece que la misma debe ser la mejor mensual normal y habitual percibida durante el plazo de prestación de servicios y la parte proporcional del aguinaldo no integra el salario mensual y habitual porque no se trata de una remuneración mensual sino de un adicional que se paga semestralmente (ver, v. gr., Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III - 30/08/1996 - Büttner, Alfredo F. c. Lombardi, José J. e Hijos S.A. y otro. - DT 1997-A, 950; "Rev. Derecho Laboral" dirigida por Vázquez Vialard y Valentín Rubio, ed. Rubinzal Culzoni 2000, t. I, pág. 472 y ss, n° 393, 394 y Rev. de 2005-1 "Remuneraciones II", pág. 480 p. a); CNTrab., sala VIII, 2002/07/15, DT 2003-A, 359;

CNTrab., sala IV, 2001/08/16, DT 2002-A, 742; CNTrab., sala I, 2004/02/17, 2004-A, 651; todo plasmado en el fallo plenario de la Cámara Nacional del Trabajo n° 322 del 19/11/2009 –"Tulosai, Alberto Pascual c. Banco Central de la República Argentina"- Publicado en: LA LEY 01/12/2009, 01/12/2009, 1 - DJ 16/12/2009, 3603 - LA LEY 16/12/2009, 10, con nota de Héctor Jorge Scotti; DT 2009 (diciembre), 381 - IMP 2010-1, 58 - DT 2010 (enero), 51, con nota de Leandro Recalde y que en definitiva propone: "No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la parte proporcional del sueldo anual complementario").

Si bien la cuestión no ha logrado pacificarse, se comparte la postura propuesta, v. gr., CNTrab., sala III, 30/06/2011 –"Pardo, Gonzalo Manuel c. Tarpinian, Carlos Armando s/despido" - La Ley Online; cita Online: AR/JUR/32137/2011).

Siendo así, propongo la revocatoria del fallo en cuanto a tal cuestión, debiendo excluir el rubro SAC al efectuarse la liquidación de la indemnización por antigüedad (arts. 232, 233 y 245 LCT).

Respecto de la supuesta improcedencia de la multa que se le impusiera por haberse configurado la situación prevista en el art. 2 de la Ley 25323, ya que si bien el pago de la indemnización resultó insuficiente, en realidad fue abonado por lo que se ampara en la doctrina judicial que en resumen trascribe.

Veamos, el artículo en cuestión en su última parte señala que si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces,

mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.

No nos dice la recurrente, a la luz de las actuaciones cumplidas y prueba adquirida cuales son las razones justificantes de tal excepcional eximente, total o parcial. Solo la mera voluntad de pago parcial no alcanza teniendo en cuenta que se ha consentido el reproche justificante de la sanción expuesto por la iudex a quo a fs. 187 últ. párr./187vta. La viabilidad de la sanción prevista por el art. 1 de la Ley 25323 sin objeción alguna de la recurrente, en atención a su naturaleza evita mayores consideraciones respecto a la conducta que asumió la demandada y justifiquen algún beneficio excepcional al pago de las sanciones impuestas.

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo el acogimiento parcial del recurso de apelación formulado por la demandada debiéndose reformular en etapa de ejecución de sentencia el monto de la condena sin incluir las indemnizaciones del 245, 232 y 233 el SAC, conforme las consideraciones pertinentes. No obstante el acogimiento parcial de la queja, las costas de ambas instancias pesan sobre la demandada, debiendo adecuarse los horarios en el momento procesal oportuno (art. 282 CPr./DJ) tomando en consideración las pautas arancelarias de las Leyes XIII-N°4 y N°15.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Acoger parcialmente el recurso de apelación incoado por la demandada, debiendo retraerse del cálculo de la indemnización por antigüedad el SAC, reformulándose el monto de la condena en la etapa

procesal oportuna; con costas en ambas instancias a la demandada, difiriendo al acuerdo la regulación de los honorarios profesionales.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión.

El alcance del fallo, los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el primer votante. Por tal razón a dichas consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

El objeto de la expresión de agravios es la revisión de dos tópicos del pronunciamiento: la inclusión del sueldo anual complementario en la base del cálculo de la indemnización de antigüedad y la procedencia de la multa del art. 2 de la Ley 25323.

- La inclusión del sueldo anual complementario en la base indemnizatoria

El recurrente solicita se excluya de la base indemnizatoria la suma correspondiente al sueldo anual complementario. Funda su pretensión en fallos de las Salas de Trabajo de Capital federal y en la doctrina del fallo plenario N° 322 de Cámaras Nacionales del Trabajo dictado en la causa "T., A. P. c/ Banco Central de la República Argentina s/ LEY 25561" del 19/11/2009.

La cuestión sometida a revisión ya ha sido resuelta por este tribunal en el fallo citado por quien me precede en la votación y en otro inmediatamente anterior (F., J. A. c/ M. SRL s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de Hab. e Indem.)", expte. nro. 587/10,

sentencia n° 5/11).

Entonces sostuve -y reitero ahora- que existen sólidos argumentos que determinan la inclusión del sueldo anual complementario en la base del cálculo de la indemnización. Argumentos que se compadecen con la interpretación constitucional del trabajador como sujeto de tutela preferente (art. 14 bis CN y PISDEC entre otros Tratados de Derechos Humanos incorporados a la CN por el artículo 75, inc. 22) y con la interpretación que propone el artículo 9 de la LCT.

La naturaleza del sueldo anual complementario es la de un salario diferido. En consecuencia, más allá de la modalidad que se adopte para su pago, es claro que se devenga en la medida en que el trabajador preste servicios. Además y obviamente, participa de las cualidades de normalidad y habitualidad que la ley exige para determinar la base indemnizatoria.

Esta no es una interpretación aislada, sino que ha sido sostenida por varios superiores tribunales locales; verbigracia, Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero y San Luis; como bien lo destaca el Dr. Fernández Madrid, en el mentado plenario, integrando la postura minoritaria (a la que se suman la Dra. Ferreiros y los Dres. Balestrini, Rodríguez Brunengo, Stortini y Corach).

La actual redacción del artículo 245 de la LCT, invocada por el recurrente, en tanto ha sustituido la palabra percibido por devengada –argumento utilizado por la jueza de grado- corrobora la solución propuesta.

Por último, en relación con la doctrina

vinculante del fallo plenario invocado, he de reiterar que la constitucionalidad de estos es cuestionada por prestigiosa doctrina constitucional, pero que el examen de dicho extremo es ajeno al debate de autos puesto que por una cuestión de organización territorial carecen de fuerza vinculante en nuestra jurisdicción.

Con base en lo expuesto propongo el rechazo del agravio.

- La procedencia de la multa del artículo 2 de la Ley 25323.

La procedencia de la multa es cuestionada bajo un único argumento: que existió pago aunque insuficiente; por supuesto ese fundamento no alcanza para fundar una solución distinta.

La jueza ha ordenado la aplicación de la multa respecto al saldo adeudado, tal es el segmento respecto al cual el empleador se encontraba en mora y dicho extremo es el que genera el incremento conforme ya lo he expresado en anterior pronunciamiento ("A., H. O. c/ S. S.R.L. s/ demanda laboral (Indem)", expte. nro. 288/11, Sentencia Definitiva N° 16/11/L, decisión sustentada en la doctrina allí individualizada: Sappia Jorge, "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", DT 2001-A-224; ídem Pose Carlos Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25323, DT 2000-B-2304).

Por las razones expuestas, propongo el rechazo del agravio.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen al demandado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se

fijan en un todo de acuerdo con las putas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas contenidas en el artículo 13 del mismo ordenamiento. Por dichas razones los determinó, a favor de los Dres. E. J. M. y J. H. P., en forma conjunta, en un 30% de los que le corresponde por su labor en primera instancia y a favor del Dr. O. G. A. y la Dra. C. N. G. en un 25% de los que le correspondan a la representación letrada de la parte demandada en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Por lo expuesto precedentemente propongo al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 191 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 176/189 en todas sus partes, con costas de esta instancia a la demandada vencida y regulando los honorarios de segunda instancia de conformidad con el considerando pertinente.

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

La sentencia se dicta a fs. 176/189, por la que se hace lugar a la demanda y condena a la parte demandada F. S.A.C.I.e I., a pagar en 10 días a la parte actor N. A. E., la suma de $13.027,46, conforme con el considerando respectivo. Condena a entregar certificado de trabajo e impone las costas a la parte demandada. Regula los honorarios profesionales.

Apela la demandada a fs. 191 y el recurso es concedido a fs. 195.

Los agravios se exponen a fs. 196/198, por la inclusión del sueldo anual complementario en el salario base para el cálculo de la indemnización por antigüedad, integración del mes de despido y preaviso. Sostiene que por no ser mensual –conforme con el art. 245 LCT, no deben incluirse en la base salarial, señalando que no desconoce la distinta interpretación en los términos "percibida" por "devengada", pero que la mayoría de la jurisprudencia entendió que no debe incluirse. Explica la naturaleza del aguinaldo, que el SAC se devenga sobre conceptos remuneratorios y no indemnizaciones y cita jurisprudencia concordante con la exposición del agravio, destacando como relevante el fallo plenario que individualiza. En el agravio que sigue sostiene la improcedencia de aplicar la multa del art. 2 de la Ley 25323.

Los agravios se contestan por la parte actora a fs. 200/203vta., contraponiendo argumentación para el rechazo del recurso.

Advirtiendo que en el presente acuerdo resulta con voto mayoritario el planteo respecto a la aplicación del art. 2 de la Ley 25323, carece de virtualidad reiterar cuestiones, por lo que no se expide el presente voto en dicha temática.

El restante planteo, la revocatoria del fallo por la inclusión en la base salarial de los rubros señalados en el agravio, tiene la advertencia de la recurrente respecto a la jurisprudencia discordante en la interpretación de la norma, con lo que en definitiva aboga por el criterio de exclusión resultante del plenario N° 322 "Tulosai" de la Cámara Nacional del Trabajo, de fecha 19/11/2009.

Como se anticipa en este Acuerdo, los

cuestionamientos tienen pronunciamiento de esta Sala, a propósito de iguales recursos, fundamentos y cita de jurisprudencia, a cuyo respecto el suscripto se ha expedido y en tanto la actora al contestar los agravios (fs. 200/202vta.), sostiene –en resumen- que el criterio del fallo es congruente con la expresión devengada, como concepto del derecho a adquirir alguna retribución y que el SAC, por su naturaleza indemnizatoria se devenga día a día, por lo que procede la inclusión para el cálculo. Cita jurisprudencia.

Las posturas contrarias, como lo señala la recurrente, surgen de la jurisprudencia de larga data citada por la actora, trajo también en su devenir las posturas contrarias, resultan en efecto, renovadas que con la Ley 25877 que actualizó la controversia por la eliminación del concepto remuneración "percibida" por "devengada". A propósito de la disparidad de los criterios, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en Tribunal Plenario con fecha 19/11/2009, estableció por mayoría: "1°) No corresponde incluir en la base salarial previstas en el primer párrafo del art. 245 de la LCT, la parte proporcional del sueldo anual complementario…".

Las razones de la mayoría señalan que cuando se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual"; que ello resultó más notorio con

la Ley 25877, por lo que debe considerarse excluido el rubro cuyo carácter es anual. También señalaba no se niega la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, se distingue del nacimiento del derecho, el día a día, que asimismo es atributo de otras remuneraciones, el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs. 84 y ss.).

No obstante lo expuesto, se advirtió que en la oportunidad de dicho plenario la minoría opuso un serio reparo a la convocatoria y su resultado, por ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (voto de la Dra. Estela Ferreirós), aludiendo entonces a la falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. Rodríguez Brunengo. Manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aun menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado, incluso inmerso el sistema en el concepto de inconstitucionalidad de los plenarios de las diversas

Cámaras del fuero, ejerciendo funciones que pudieron tener fundamento durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1949, pero que abrogada esta provocan cavilaciones sobre su compatibilidad con la Ley Suprema. Fundamentalmente expresa el Dr. Brunengo, que la interpretación implicaría un apartamiento del "favor operari", consagrado en la LCT art. 9°, pero, asimismo, del mandato constitucional del art. 14 bis de la Ley Cimera y del principio de progresividad del art. 75 CN inc. 19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, lo que es coincidente con los fundamentos del Dr. Bidart Campos, que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas sino que todas tienen fuerza directamente operativa.

Con tales elementos de juicio, por los que el suscripto se expidiera en los autos caratulados "A… c/ A. E. de S. M. de Comodoro Rivadavia", expte. N° 113/11 –ya citados en el presente acuerdo–, sin perjuicio del indudable respeto de la autoridad científica de los votantes de la mayoría, que resulta insoslayable la interpretación favorable al dependiente, ya que en caso de duda o frente a dos interpretaciones de la norma o conjunto de normas que rigen las instituciones del derecho del trabajo, debe decidirse en el sentido mas favorable al trabajador (art. 9 LCT – Ley 26248).

Por lo que me expido de conformidad con el rechazo del agravio y en cuanto al pronunciamiento, con los alcances del voto de la Dra. Silvia Noemí Alonso, por ajustadas, asimismo, las costas conforme a la ley procesal y la propuesta regulatoria respecto a

los honorarios.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia del Dr. Alexandre, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 191; consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia obrante a fs. 176/189 en todas sus partes.

2) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

3) Regular los honorarios de segunda instancia a favor de los Dres. E. J. M. y J. H. P., en forma conjunta, en un TREINTA POR CIENTO (30%) de los que les correspondan por su labor en primera instancia y a favor del Dr. O. G. A. y la Dra. C. N. G., conjuntametne, en un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los que le correspondan a la representación letrada de la parte demandada en la instancia de grado; en todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4) Regístrese, notifíquese devuélvase.

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