En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil trece, 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. Fernando Nahuelanca y asistencia del señor Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., J. J. c/ P. I. SRL s/ DEMANDA LABORAL (Dif. de haberes e indemnizaciones)", expte. nro. 208/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 4025/06), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 332), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre 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. 298/303vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Consecuencia del rechazo de la demanda en los términos y fundamentos de fs. 298/303vta., con expresa imposición de costas, la accionante apela fs. 307 a tenor del informe de fs. 309/317vta., sin merecer contestación de su oponente.

Tras atenta lectura y valoración de los antecedentes de autos y del alcance de la queja, vale aclarar que la demanda comprendía dos reclamos diferenciados. El primero refiere a la supuesta errónea liquidación del mes de enero de 2006 y en segundo lugar al cálculo de la liquidación por antigüedad

consecuencia del despido incausado.

La primera cuestión mereció una exhaustiva valoración de la prueba adquirida en autos y se advierte claramente el error que se atribuye a la reclamante sobre sumas que en realidad percibió si se verifica lo alegado con las constancias que obran en el recibo de fs. 20 aportado por la actora coincidente con el de fs. 55 de la demandada (ver considerandos de fs. 299 a 300vta.), motivando la desestimación del reclamo por este rubro que fue consentido por la reclamante. Otro fue el motivo de la queja aún cuando no lo discrimine la apelante.

Así, salvando el alcance de la revisión intentada se alega en esta instancia, en cuanto a supuestas diferencias en el cálculo de la indemnización por antigüedad que la sentenciante ha efectuado una errónea valoración de interpretación de la prueba documental obrante en autos, que detalla y omite, en perjuicio de su reclamo, valorar debidamente la pericial contable adquirida en la causa y que no ha merecido impugnación alguna de su contraria. De allí, la calificación de incongruencia.

Admite la recurrente que si bien al inicio manifestó que la base salarial de referencia correspondía al mes de setiembre de 2005, al concretar el importe sobre el cual concretaba su reclamo era del mes siguiente, esto es, octubre de 2005 por la suma de $4.597,45 (fs. 16) y si a ello se suma lo dictaminado por el perito actuante en igual sentido, queda despejada toda duda (punto de pericia 6.e).

Lo alegado guarda coherencia con el informe sobre el mérito de la causa (art. 51 L. XIV-N° 1) presentado a fs. 289/290vta. (p. IV 2° y 3er. párr.) ignorado en

la crítica de los resultandos y considerandos del fallo impugnado.

En principio, cabe reconocer la existencia del error y que el mismo fue fácilmente salvable a la luz de la documental que obra reservada y las conclusiones inimpugnadas de la experticia. Circunstancias bien aprovechadas por la demandada al inicio en los pts. 55/56. Pero de lo que en realidad se trata es de verificar si en realidad tal recibo pudo reflejar en su contendido la mejor remuneración mensual normal y habitual o contemplaba rubros no remuneratorios tal como señala la iudex a quo en su sentencia y, en consecuencia, desestima las pretensiones de la reclamante.

Es contundente la iudex a quo al afirmar que el recibo al cual refiere ahora la apelante contiene rubros que no constituyen la remuneración normal y habitual del accionante. Y es que la contraprestación del trabajador puede encontrarse integrada por prestaciones complementarias, ya sean en dinero o en especie, las cuales integran la remuneración del trabajador, con excepción de las taxativamente enumeradas en el art. 105 LCT. En la práctica, los empleadores reintegran ciertos gastos u otorgan ciertos beneficios al personal, los cuales, según las características y modalidades en su devengamiento, podrán revestir o no carácter remunerativo. Veamos en el caso.

Teniendo a la vista aquel controvertido instrumento que obra reservado por secretaría a fs. 16 y tengo ante mí, da cuenta del pago de “premio por presentismo omitido”, “horas extras al 50% omitidas”, “tiempo de viaje omitido” y “días de inasistencia

omitidas” a la luz de la doctrina mayoritaria y más allá de las conquistas hasta aquí logradas en la materia sobre todo en el orden jurisprudencial, no cabe duda que la postura del fallo es el correcto (ver, v. gr., el trabajo doctrinario “La base del artículo 245 LCT: ¿Mejor? ¿Remuneración? ¿Mensual? ¿Normal y Habitual?” por Alejandro Sudera en Rev. de Derecho Laboral 2011-2 “Extinción del contrato de trabajo-IV” de ed. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 95).

También debemos concordar con la sentenciante en cuanto a las pautas a seguir en el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes de preaviso siguiendo los lineamientos y doctrina emergente de la aplicación de los arts. 231 y 232 LCT (ver, v. gr., “Obligaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo” por Juan Martín Morando en Rev. de Derecho Laboral 2011-2 “Extinción del contrato de trabajo-IV” de ed. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 267).

De igual modo, no podrá utilizarse la base del art. 245 en cuanto a la indemnización por antigüedad a los efectos de determinar la indemnización por las vacaciones no gozadas (arts. 155 y 156 LCT.) y a los efectos de determinar el SAC proporcional conforme la Ley 24013. De allí el desistimiento de las pretensiones de la actora. Lo dicho incide negativamente en cuanto al reclamo por el art. 2 de la Ley 25323 (ver, v. gr., “El artículo 2 de la Ley 25323. Exigibilidad con la extinción o no”, por Tula, Diego J., publicado en: DT 2012 (febrero), 300).

Y para que no subsista ninguna duda, tal como bien señala la a quo a fs. 300, el reclamo por el mes de febrero (dos días) se encuentra pagado en tiempo y

forma (cotejar recibos de fs. 19/21 con el resto de las pruebas y a la luz de los hechos verificados). Así, la pretensión de la configuración de las previsiones y sanciones a la luz del art. 275 LCT han quedado sin sustento.

Las costas pesan sobre la vencida y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presente las pautas de la Ley XIII-N°4 y sus modificaciones y, asimismo, se tiene presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

1) Rechazar la apelación articulada por la actora conforme los considerandos pertinentes y, en consecuencia, se mantiene firme el fallo de fs. 298/303vta. en cuanto fue motivo de agravios.

2) Las costas de la Alzada pesan sobre la recurrente y se difiere la regulación de honorarios al momento procesal oportuno.

3) Se tiene presente la reserva del llamado "caso federal".

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 298/303vta., desestima la demanda interpuesta por la parte actora J. J. P., contra la parte demandada P. I. SRL e impone las costas a la parte actora. Regula honorarios de los profesionales intervinientes.

Bajo apoderamiento letrado apela la parte actora a fs. 307 y a fs. 308 se concede el recurso.

Los agravios se exponen a fs. 309 y ss. Señala su objeto y en el título "Fundamentos de hecho y de derecho", sostiene de inicio que la sentencia efectúa una errónea valoración e interpretación de la prueba. Sostiene que no se evalúa un elemento decisivo, la

pericia contable. Formula el primer agravio con impugnación del salario tomado como base salarial y sostiene que la base del cálculo es la del mes de octubre 2005 y que deviene abstracto e insignificante el tratamiento del supuesto error de su parte y no puede ser usado en su contra y que a ello se agrega la prueba pericial, cuando señala el haber mensual normal y habitual de $4.597, que coincide con el afirmado por su parte. Segundo agravio. Impuga la falta de habilitación de las diferencias de las indemnizaciones reclamadas y en tanto el fallo expone que siendo el mes denunciado por la actora como el de octubre 2005 (recibos de fs. 16 y 50), de la simple lectura surge que los abonados no constituyen la remuneración normal y habitual. Contrapone que la remuneración debe ser la más alta como base del cálculo del último año de prestación de servicios y ella se constituye con los conceptos omitidos, premio por presentismo, horas extras al 50%, tiempo de viaje, días de inasistencia; que son todos elementos de naturaleza salarial y deben integrar la base del cálculo. Señala las razones, en función de las explicaciones brindadas por el perito y que se halla consentida y con lo que resulta determinante. Cita jurisprudencia. Tercer agravio. Se aplica al concepto por el que la recurrente entiende constituye la mejor retribución del último año y cita el fallo plenario N° 298 de octubre de 2000 “Brandi, Roberto A. c/ Lotería Nacional” y sostiene que en base a tal jurisprudencia se han determinado la mejor remuneración e indemnizaciones que señala a fs. 312, al final, 312vta.314vta. Cuarto agravio. Controvierte la concepción del fallo en cuanto expone que del recibo de haberes de fs. 20 de febrero/2006, surge que se ha

abonado la integración del mes de despido, pues lo es sobre una base de cálculo menor, como que además surge del informe de los peritos, solo se paga la integración del mes de despido por $1.512,07, no así el SAC sobre tal integración. Quinto agravio. Se refiere a que no se han abonado el rubro SAC s/ vacaciones no gozadas del año 2006, contra los conceptos del fallo, que solo se refiere a las vacaciones no gozadas –por cierto, dice- sobre una base de cálculo menor, pero nada dice sobre el SAC por vacaciones no gozadas. Alude a las pericias técnicas. Sexto agravio. Con similar argumentación precedente, sostiene que no se abonaron los días trabajados de febrero de 2006. Séptimo agravio: Se agravia por el rechazo de la indemnización prevista en el art. 2 Ley 25323 y por conducta temeraria y maliciosa de la demandada (art. 275 L.C.T. y art. 9 Ley 25013, fundada en las concepciones precedentes. Formula conclusiones y reserva el caso federal.

Tratamiento de los agravios.

Siguiendo el orden de los interpuestos, se advierte por una parte –conforme se señala en el presente acuerdo- que la accionante no mantiene uno de los aspectos de su demanda, la desinterpretación en que incurriera respecto a la retribución salarial del mes de enero de 2006. El fallo se expide que el reclamo confunde lo percibido por el actor como remuneración del mes de enero, que es de $2.966,06, con la del mes de febrero/2006, que son rubros resultantes de la liquidación por despido, por lo que declara improcedente la diferencia reclamada en cuando a la liquidación del mes de enero/2006. La decisión resulta firme.

En cuanto a lo subsistente en función de los

agravios a partir del nuclear, “el tercer agravio” de fs. 311vta., por la base salarial adoptada por la accionante que entiende procedente en razón del plenario N° 298 caso: “Brandi, Roberto Antonio c/ Lotería Nacional SE s/ despido” – CNTRAB, en pleno, fecha 05/10/2000, corresponde señalar que si bien el caso citado, como el del propio Superior Tribunal de esta Provincia, en los autos caratulados “C., A. c/ C. S.A. s/ Laboral”, expte. N° 15.890 –C- 1997, determinan la jurisprudencia vigente en materia de aplicación del art. 245 L.C.T. y la amplitud comprensiva de toda retribución normal y habitual y que se repite regularmente, aún sobre asignaciones destinadas a estimular el trabajo en forma cuantitativa o cualitativa (S.T.J.), han de resultar válidas para determinar la remuneración de mayor cuantía. Pero el punto no importa desconocer con el plenario “Brandi”, que el acogimiento de la “mejor retribución”, la de “mayor cuantía” y con el dictamen del Fiscal General de la Cámara de Apelaciones del Trabajo, que solo cabe prescindir de las cifras mensuales más elevadas, cuando su monto se origina en algún concepto retributivo extraordinario o poco habitual.

Es este último concepto el que domina la solución de autos, porque si bien resulta habitual el pago de “premio por presentismo”, “horas extras”, “tiempo de viaje”, los mismos conceptos pero pagados con carácter “omisivo” no lo constituyen. El agregado calificatorio por “omisión”, demuestra la carencia de habitualidad. Entretanto, el recibo salarial del mes de mayo de 2005 invocado por la demandada, contiene los rubros correlativos, “premio por presentismo”, “horas extras” y “tiempo de viaje”.

Es oportuno señalar que no se verifica la conformidad de la parte demandada en función de la pericia de fs. 196/198 del Contador Público A. L. Adviértase que la parte accionada pidió explicaciones a fs. 211/211vta. y obtuvo una sentencia favorable, determinante que la pericia no resultó receptada en las conclusiones y sí la defensa de la demandada que rechazó en su oportunidad los extremos de la demanda.

El fallo atiende la oposición de la demandada al contestar la demanda, precisamente sosteniendo errores de la actora en la determinación del módulo para el cálculo del monto indemnizatorio del art. 245 L.C.T. como referido al salario de $4.597,45, en las circunstancias de invocar el mes setiembre, cuestión que supera en todo caso la sentencia al entender que lo invocado es el salario correspondiente al mes de octubre de 2005 y en tanto contrapone que la liquidación salarial resulta correcta con referencia al salario del mes del mes de mayo de 2005, por la suma de $4.096,60. Sostiene por otra parte con cita de jurisprudencia y doctrina, que los rubros “Premio por Presentismo Omitido”, “Horas extras al 50% omitidas”, “Tiempo de viaje omitido” y “Días de Inasistencia Omitidas”, como su propio nombre lo especifica, por tratarse de haberes adeudados en meses anteriores, pagados por única vez, adquieren el carácter de excepcionales.

Rechazada la base salarial cuya aplicación se pretende (agravios primero y segundo) para todos los rubros por diferencias salariales como se determinan en el agravio tercero, corresponde igual rechazo. Sostiene en el cuarto agravio, que no se le abona el SAC con la integración del mes de despido (fs. 315), no obstante

relaciona los fundamentos del fallo respecto a los recibos de haberes de fs. 20 y 55, del que surge que establecido 29 días de integración por la suma de $1.395,76, si se liquida dicha integración por la suma de $1.512,07, una simple operación matemática permite establecer que el SAC fue abonado. La actora sostiene la controversia en razón de calcularse sobre una base menor, siguiendo su tesis respecto a la MRNyH, que se encuentra rechazada. Se reputa en consecuencia inadmisible el agravio. Quinto agravio: Frente a las razones del fallo respecto al rubro SAC s/ vacaciones no gozadas año 2006, que la recurrente manifiesta que no comparte y vuelve a sostener que la base es errónea, la alegación implica la tesis ya señalada que no se ajusta a derecho, se rechaza asimismo el agravio. Sexto agravio: La sentencia a fs. 300 funda que en el mes de febrero de 2006 lo que corresponde abonar respecto a tal mes de despido, son los días trabajados -o sea dos días- y el resto en concepto de integración de mes de despido, lo que obra así abonado con descuento de 29 días no trabajados. El agravio carece de toda consistencia, si el agraviado elude de toda elaboración conceptual de lo expresado por la Sra. Jueza y se encierra en sostener que el importe no se encuentra expresamente consignado en el documento (fs. 316, 2do. párr.). Se rechaza la impugnación. Séptimo agravio. De suyo, no existiendo basamento a ninguno de los términos de la demanda, es consecuente la carencia de elementos para declarar una conducta temeraria y maliciosa de la demandada según las normas invocadas y los alcances pretendidos. Correspondiendo el rechazo del recurso interpuesto, se tiene presente la reserva del caso federal, con costas a la parte actora accionante

conforme con los arts. 57 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico. Para regular los honorarios rige la Ley XIII N° 4 del Digesto aludido, a cuyo fin propongo la regulación de los honorarios de la Dra. C. A. T., en el 25% de los honorarios que le resultan regulados en la primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Corresponde el pronunciamiento propuesto por mi colega preopinante y a cuyos fines propongo la regulación de los honorarios propuestos y teniendo presente asimismo el caso federal.

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

SENTENCIA:

1) Rechazar la apelación articulada por la actora conforme los considerandos pertinentes y, en consecuencia, se mantiene firme el fallo de fs. 298/303vta. en cuanto fue motivo de agravios.

2) Costas de la Alzada a la recurrente, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de la Dra. C. A. T. en el veinticinco por ciento (25%) de los honorarios que le resulten regulados en la primera instancia.

3) Tener presente la reserva del caso federal.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse excusada de actuar la Sra. Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"