En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de setiembre 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 del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., A. J. c/ C.. AFJP S.A. y Otra s/ DEMANDA LABORAL (Indem.)", expte. nro. 294 año 2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral Nro. 1 (expte. nro. 5330/2009), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 564), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 516/536? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre, dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 516/536 es apelada por las partes; la actora lo hace a fs. 538 a tenor del informe de fs. 542/543 y le es contestada por su oponente a fs. 545/546 y la demandada, que apela a fs. 541, presente su memorial a fs. 547/549 y le es contestado por la actora a fs. 551/552vta.

Que el no volver la discusión sobre el fondo de la cuestión sino sobre la procedencia de determinados rubros, no coincidentes, carece de relevancia el orden de tratamiento de tales cuestiones así en primer

término referiré a la critica de la accionante en cuanto al calculo de la indemnización de antigüedad ya que se adopta la doctrina que justifica el incluir en el mismo, el promedio de las remuneraciones variables, en base a la estimación de la pericial contable de fs. 494/495.

Aún cuando tal cuestión sigue siendo tema de debates irreconciliables hasta tanto se lo defina legislativamente tal como se lee v. gr. en el trabajo "Las remuneraciones variables y el art. 245 de la L.C.T." por Carcavallo, Hugo R., de fecha 19-03-2010 - Cita: MJ-DOC-3891-AR | TySS, 1998-979 | MJD3891, no se advierte en los considerandos del fallo que la a quo se haya conmovida por tales planteos y simplemente hizo suyo, sin mas fundamentos la opinión sugerida por la demandada al solicitar la ampliación del dictamen pericial y en función de tal acoge el promedio.

El tema merecía mayor tratamiento ya que existen antecedentes jurisprudenciales tanto de esta Sala como de nuestro Máximo Tribunal provincial que no lo admiten. Así, ya hemos tenido oportunidad de hacer conocer nuestra opinión v. gr. en "E., J.A. c. M.R.S.R.L. s/Demanda laboral" RSD N° 28/2002 y en "D.C.,A.I.c. O.AFJP SA s/Demanda laboral" RSDN° 9/2010, siguiendo los lineamientos de nuestro STJCh. en autos "C.,A. c. C.S.A. s/laboral" SDN° 118/92 adelantándose a lo resuelto en el conocido plenario de la CNT "Brandi" (ver v. gr. Rev. J.A. del 22/11/2000, pág. 62 y en T y SS 2000-998). A cuyos fundamentos remito por razones de economía y celeridad caros al fuero.

Así y sin desmerecer el dictamen contable en sus dos etapas y sin considerar el promedio del rubro "comisiones supervisores", surge de fs. 471, sin

impugnación de partes que la mejor remuneración normal y habitual devengada por el reclamante y percibidos de C.… AFJP fue la del mes de Agosto de 2008 y por la suma de $ 11.365,17 y la percibida de C. C. fue la del mes de Octubre de 2007 y por la suma de $ 5.228,70. Tales sumas integradas y tras la quita que impone la declaración de inconstitucionalidad decidido y consentido en el fallo permitirá que por Secretaría de la instancia de grado se recalcule la indemnización por antigüedad y su incidencia en el resto de la liquidación practicar en etapa de ejecución.

Por su parte la demandada se agravia por haberles sido impuesta la indemnización provista en el art. 2 de la ley 25.323 manifestando que tuvo razones fundadas y justas para despedir a la actora. Nada más alejado de la realidad a la luz de la prueba aportada y resulta inaudible la tardía alegación de error en la comunicación ante la magnitud del hecho y su trascendencia personal y social (fs. 547vta. 6° párr.), cuando a la hora de responder aseveró que cumplió en forma "suficientemente acabada" con la obligación legal de comunicación (fs. 105, p. 14 y fs. 193, p. 14). La insuficiencia detectada por la *a quo* tras extenso tratamiento de la situación concreta a la luz de la prueba adquirida y la mención de doctrina y jurisprudencia pacifica en el tema justificando la decisión tomada(ver considerandos de fs. 530/542vta.), sin merecer mas que la mera discordancia, no autorizan a profundizar mas en tal cuestión (ver v. gr. "Pérdida de confianza como causal de despido" por Gabet, Alejandro, publicado en: LA LEY 28/10/2011, 5).

Conforme lo expuesto precedentemente, propongo al acuerdo el acogimiento de los agravios de la accionante

debiéndose recalcular la indemnización por antigüedad conforme lo expuesto en los considerandos precedentes y de otros rubro sobre el que pueda incidir y desestimar la queja de la demandada. De concordarse con tal opinión debe tenerse en cuenta lo ordenado por el art. 282 del CPr./Dj por remisión del art. 73 de la ley XIV, N°1. Sin que afecte la imposición de costas en ambas instancias a las vencidas y se acepte la porcentualidad establecida en cuanto a los honorarios en la instancia de grado difiriéndose al acuerdo los de la Alzada y en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la ley XIII, nos. 4 y 15. Se tiene presente la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Acoger los agravios de la accionante y en consecuencia se revoca parcialmente el fallo en cuanto al calculo de la indemnización por antigüedad y su incidencia en la liquidación total de conformidad con los considerandos pertinentes. Asimismo, desestimar los agravios de la demandada debiendo soportar las costas de ambas instancias y se difiere la regulación de honorarios en la Alzada al momento del acuerdo. Se tiene presente la reserva del llamado "caso federal".

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

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance del fallo dictado, los datos de los recursos y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante. A tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

2.a. Los agravios de la parte actora.

El eje central de la impugnación es la determinación de la mejor remuneración normal y habitual, en el caso de autos que presenta como particularidad que el trabajador percibía remuneraciones variables.

La metodología adoptada por la jueza de grado no puede ser convalidada por las razones expresadas por el colega preopinante a las que adhiero plenamente.
Huelga recordar que en el precedente de esta Sala citado en primer término, quien inició la votación –Dr. Nahuelanca- luego de analizar esta cuestión concluyo, sosteniendo que "la jurisprudencia provincial actual rechaza la promediación en la determinación de la mejor retribución normal y habitual prevista en el art. 245 LCT." (Sentencia Definitiva N° 28/2002). Además del otro casos ya citados, esta Sala se ha expedido en tal sentencia en los autos "D. P. del V. c/ O. A.F.J.P. S.A. S/ Demanda LABORAL", Expte. n° 15.755/2006, Sentencia Definitiva n° 77/2006 y "T., P. L. c/S. ARGENTINA S.A. s/Demanda laboral", Expte. 337/2010, Sentencia Definitiva n° 37/2010 "L".

En dichos precedentes sostuve y reitero ahora que cuando el salario se compone de elementos fijos y elementos variables, antes de adicionar éstos a los primeros, se debe resolver si han sido normales y habituales. Por supuesto esta cuestión previa ha sido ponderada en el fallo y no es materia de agravios. La jueza ha efectuado esta ponderación y no es materia de agravios.

Ahora bien, continuando el análisis sostuve que, una vez determinando que el elemento variable es normal y habitual (cualidad que resulta de su percepción a distintos valores en distintos períodos), corresponde

señalar que el resultado económicamente más importante es el mejor.

Con base en lo expuesto, es que considero que la mejor remuneración normal y habitual es la que precisa, con base en los hechos de la causa, el colega preopinante y por tal razón, corresponde hacer lugar al recurso de la actora.

Esta solución obliga a recalcular la indemnización por antigüedad, en un todo de acuerdo con el procedimiento ordenado por el primer votante.

1 b. Los agravios de la parte demandada.

La parte demandada resiste la procedencia del agravamiento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la ley 25323. La impugnación no puede prosperar ya que los presupuestos que dan andamiaje a dicha indemnización han quedado configurados conforme se desprende claramente del razonamiento de la jueza de grado.

El incremento encuentra su razón jurídica en los perjuicios que la mora en el pago de las indemnizaciones produce al trabajador, su naturaleza es laboral y participa de todas las características de este tipo de crédito, basta la verificación de los presupuestos legales para admitir su procedencia, y la concurrencia de éstos no ha sido puesta en tela de juicio. Por estas razones no prospera el agravio.

Así, corresponde el rechazo del recurso de la parte demandada.

1. Costas y honorarios.

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

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas arancelarias establecidas en el artículo 5 y por

aplicación de las escalas específicas del artículo 13 de la ley arancelaria vigente.

En función de lo expuesto se cuantifican a favor del Dr. M. D. V. en el 30% de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a las Dras. N. L. d. E., G. A. B. y C. A. R. en el 25% de los que resulten en la instancia de grado.

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

Adhiero al pronunciamiento propuesto por el Dr. Alexandre.

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

SENTENCIA

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 538, revocar el monto de condena expresado en el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de fs. 516/536.

2) Ordenar que, en la primera instancia, por Secretaria se recalcule el monto de la indemnización por antigüedad de conformidad con lo señalado en los considerandos respectivos.

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 541.

4) Costas a la demandada.

5) Regular los honorarios profesionales a favor del Dr. M. D. V. en el 30% de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a las Dras. N. L. d. E., G. A. B. y C. A. R. en el 25% de los que resulten en la instancia de grado.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la demandada a fs. 546.

7) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca 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. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"