En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las Sras. juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., F. N. c/ C. A. SA s/ DEMANDA LABORAL (Indemnización por despido)", expte. nro. 404/17,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 6318/99), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 571), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 542/553? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 542/553 hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a C. A. S.A a abonar al Sr. F. N. P. la suma de $93.848,16, con más los intereses fijados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Impuso las costas a la demandada y reguló honorarios.

A fs. 555 apeló la demandada. El recurso fue concedido a fs. 557 y expresó agravios a fs. 558/563 y a fs. 565 obra contestación del actor sosteniendo la insuficiencia técnica del recurso.

Agravios:

La demandada califica la sentencia de arbitraria por no ser una derivación razonada del derecho vigente en relación a las circunstancias probadas en la causa, lo que deriva en su descalificación como acto jurisdiccional.

Sostiene que la cuestión esencial a decidir se circunscribe a la existencia o no de tutela sindical en el accionante al momento del distracto. Señala que el actor se consideró despedido invocando para ello lo prescripto en el 4° párrafo del art. 52 de la Ley 23551 y que la demandada rechazó su posición en tanto entendía y entiende que por ser el Sindicato de Obreros y Empleados de Correos y Telecomunicaciones de Comodoro Rivadavia una entidad sindical sin personería gremial y solo con inscripción gremial el Sr. P. no tenía tutela y por tanto no era necesario para disponer su despido causado el proceso previo de exclusión de tutela. Afirma que la jueza *a quo* para hacer lugar a la demanda aplica posiciones doctrinarias y/o jurisprudenciales que se generan en la Argentina mucho tiempo después de ocurrido el despido causado ocurrido el 12/5/1999.

Dice que para decidir en tal sentido, la sentencia pretende fundamentarse en cuestiones de hecho y/o de derecho no invocadas por la parte actora, por tanto en cuestiones que no integran la litis, razón suficiente para revocar la sentencia toda vez que atenta contra el principio de congruencia.

Sostiene que la posición doctrinaria y/o jurisprudencial en que funda su resolución comenzó a tener vigencia a partir del fallo de la Corte "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo", del 11 de Noviembre de 2008, mediante el cual se extendiera el marco de la protección específica de los arts. 48 y 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales a los representantes de las asociaciones menos profesionales y/o que no contaran

con personería gremial, con lo cual en mayo de 1999 cuando el C. A. SA dispusiera el despido causado, casi ningún alto tribunal de la Argentina otorgaba tutela sindical a un integrante de una entidad sin personería gremial. Dice que prueba de ello son los fallos citados a fs. 133 vta. y 134 de la contestación de demanda.

Encuentra inaceptable, arbitraria e inconstitucional la postura de la jueza *a quo* en tanto atribuye al fallo efectos retroactivos, afectando las garantías constitucionales de defensa en juicio, debido proceso y propiedad de la demanda. Indica que tanto el Código Civil actual como el anterior establecen la irretroactividad de las leyes salvo disposición expresa en contrario. Entiende que si a la fecha del distracto había uniformidad de criterios respecto a que solo los integrantes de las asociaciones gremiales con personería gremial gozaban del beneficio de la tutela sindical, deviene injusto y no reviste seriedad decidir en mayo de 2017 lo contrario, aplicación de una doctrina creada con posterioridad al hecho, solución que no puede ser convalidada. Ratifica que el Sr. P. no tenía en ese entonces tutela sindical alguna y que el despido debe ser juzgado en base a la legislación y postura doctrinal y jurisprudencial vigente entonces, lo que deriva en la invalidez del despido indirecto asumido por el actor. Estima que si la sentencia hubiese sido dictada en fecha contemporánea al despido, la jueza *a quo* habría aplicado solo la Ley de Asociaciones Sindicales y hubiese rechazado la demanda. Cita y transcribe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto a la irretroactividad de la ley. Concluye que la aplicación retroactiva de criterios jurisprudenciales surgidos de fallos posteriores encuentra resistencia en la propia jurisprudencia del más alto tribunal.

Manifiesta que no resiste análisis el argumento de la sentenciante, que expone que la falta de respuesta a

la carta documento enviada por el actor pesa en contra de la demandada, el cual califica de ilegal y antijurídico, por cuanto la tutela sindical no se crea porque una empresa no conteste una carta documento.

Expresa que en tanto el Sr. P. carecía de derecho como para colocarse en situación de despido indirecto, y la relación laboral finalizó por voluntad de C. A. SA, solicita así se establezca y se revoque el pronunciamiento recurrido. Asimismo, solicita el reenvío de la causa a la primera instancia a efectos de que se dicte sentencia que establezca si la causa del despido existió y si tuvo entidad suficiente para fundar el distracto. Y en su caso determinar la necesidad de condena, los conceptos y montos de la misma.

En forma subsidiaria plantea que la mejor remuneración a tener en cuenta debe ser la correspondiente al mes de febrero de 1999, $1.262,00 -fs. 07-, por cuanto el actor nunca recibió una remuneración normal y habitual de $1.660,05 en el entendimiento que las horas extras que el actor cobró en el mes de enero no revestían las características exigidas por el art. 245. Solicita que de exigir condena se tome como mejor remuneración la suma percibida en el mes de febrero de 1999.

Hace reserva de caso federal.

2. Análisis de los agravios:

El actor, a la fecha del despido, detentaba el cargo de Revisor de Cuentas 2do. Suplente de la Comisión Directiva de la Seccional Comodoro Rivadavia del Sindicato de Obreros y Empleados de Correos y Telecomunicaciones de Comodoro Rivadavia. Entidad de primer grado con inscripción gremial otorgada por Resolución Nro. 367/1995 del 25/10/95.

La sentenciante tuvo en cuenta los lineamientos de la Suprema Corte en relación a que la Ley de Asociaciones Sindicales (en adelante LAS) se encuentra en colisión con

el Convenio Nro. 87 de la O.I.T. sobre libertad sindical y otros instrumentos de derechos humanos porque otorga a los sindicados más representativos –con personería gremial- privilegios en detrimento de la actividad de las asociaciones simplemente inscriptas. En consecuencia concluye que corresponde extender el marco de protección específica de los arts. 48 y 52 al actor, condenándose al pago de las indemnizaciones establecidas por la LCT por despido injustificado.

Deriva de ello que el agravio central está constituido por la supuesta aplicación retroactiva de la interpretación de la Corte en las causas "Asociación Trabajadores del Estado c/ Ministerios de Trabajo s/ Ley de Asociaciones Sindicales" y "Rossi, Adriana María c/ Estado Nacional –Armada Argentina- s/ Sumarísimo" posteriores al hecho de distracto que motiva el presente.

Entiendo que el agravio es inadmisible y ello independientemente de su suficiencia técnica, sobre la cual no comparto la petición de la demandada por los principios de amplitud que rigen en la materia y de los cuales participo.

La irretroactividad es un principio o efecto que se predica de la ley (art. 7 CCyC y3° del C.Civil), mas no de la interpretación que de la misma se haga a través de la jurisprudencia.

Ello solo bastaría para desestimar el recurso, no obstante, es dable atender, dentro de los límites del agravio, que la interpretación que efectuara la Suprema Corte en los casos individualizados, tiene su fundamento en la aplicación de los tratados de Derechos Humanos incorporados con rango constitucional en la reforma de 1994.

También en observaciones que la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT efectuara a nuestro país alertando sobre la disconformidad

que se observaba ya en 1989 entre la LAS y el Convenio Nro. 87 (observación individual sobe el Convenio núm 87, “Libertad sindical y la protección del derecho de sindicación”, 1948, Argentina (ratificación: 1960).

La organización sindical libre y democrática, es un principio arquitectónico que sostiene e impone la Constitución Nacional en su art. 14 bis y a través de un muy comprensivo *corpus iuris* con jerarquía constitucional proveniente de la Derecho Internacional de los Derechos Humanos contenido en el art. 75.22 (DADDH; DUDH, CADH, PIDCP y PIDESC).

El llamado bloque de constitucionalidad, incorporado con la reforma Constitucional de 1994 ya imponía esta solución al momento del despido acaecido en 1999. La circunstancia que la interpretación fuera efectuada por la Corte en 2008 no es óbice pues, era ley vigente al momento del distracto.

Y aun antes de la reforma de 1994, en el fallo “Ekmekdjian c. Sofovich” la Corte había señalado que “Cuando la Nación ratifica un tratado que firma con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata”. En el mismo fallo, el alto tribunal expresó: “...la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados –aprobada por Ley 19865- confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ello significa que aun antes del año 1994 la ley existía y debía aplicarse.

Por último, también merece destacarse que el art. 74, 2do. párr. del CPr. dispone que si el proceso se extingue por desistimiento, las costas deben correr a cargo de quien desiste, salvo que se debiera exclusivamente a

cambios de legislación o jurisprudencia y se llevare a cabo sin demora justificada.

La propia Corte admite que cuando el desistimiento se efectúa en forma inmediata al pronunciamiento que modifica la jurisprudencia, la costas deben ser impuestas por su orden (CAJN 11/5/93 Rep. ED 28-183), y ya había dicho, que el desistimiento por la causal no exime de costas cuando se ha producido un año después de conocido el cambio de jurisprudencia (CSJN 27/12/79 ED. 86-762).

Es decir, el cambio de jurisprudencia, evidentemente varía la solución de los litigios en trámite.

Propongo entonces el rechazo del agravio.

El recurrente plantea subsidiariamente que el rubro horas extras no debe computarse a los fines de establecer la mejor remuneración mensual. Afirma que la cantidad de horas extras que cobrara el actor en el mes de enero de 1999 y que la sentenciante tomó como referencia, fueron una excepcionalidad conforme surge de los recibos de haberes agregados en la causa.

La Sra. jueza tuvo en cuenta los rubros fijos y rubros variables que en forma normal y habitual se le abonaban al actor conforme surge de los recibos de fs. 3/10 y 115/127.

En el plenario de la CNAT n° 298 ("Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional" del 5/10/00) se resolvió que para el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 LCT no cabe realizar promedio alguno de las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales, lo cual conduce a tomar en cuenta la "mejor remuneración" normal y habitual. En dicho Plenario, el Dr. Fernández Madrid sostuvo: "...cuando el salario se compone de elementos fijos y variables, antes de adicionar estos a los primeros debe resolverse si han sido normales y habituales. Si así fuese, sus montos se adicionan período a período a los fijos; el resultado más importante económicamente es el

"mejor" en los términos de la normativa analizada a excepción de aquellos casos en los que se diera un mes de ganancias exorbitantes supuestos en los cuales se las debería excluir del cálculo".

Corresponde entonces, concretar en el caso el carácter de habitualidad del rubro por horas extras.

La LCT no contiene pauta de habitualidad. La doctrina enseña 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 repite o reitera (Etala, “Contrato de trabajo”, cit. por Ojeda en glosa al art. 245 en “Ley de Contrato de Trabajo”, comentada y concordada, ed. Rubinzal Culzoni, T. III p. 432).

Una aproximación intuitiva al problema nos sugiere como respuesta, ante la hipótesis de un rubro devengado en solo uno, dos o tres meses del período de doce a considerar, la negativa a considerarlo habitual, y lo contrario ocurre si la hipótesis es de los doce meses, once, o aun diez… estando en condiciones de establecer como pauta de habitualidad la siguiente: que el rubro en análisis se hubiere devengado (*cf.*, Sudera, Alejandro, “La "base" del artículo 245, LCT: ¿mejor? ¿remuneración? ¿mensual? ¿normal y habitual?”, Revista de Derecho Laboral, Rubinzal Culzoni, 2011-2 “Extinción del contrato de trabajo IV”, p. 108).

Partiendo de tales premisas, corresponde indagar la periodicidad en el pago de las horas extras en el periodo de doce meses a considerar conforme el art. 245 LCT (mayo /98 a mayo/99).

Los recibos de haberes agregados confirman que, efectivamente, se abonó el rubro horas extras al 50% solo para los meses de diciembre/98 (fs. 6), enero/98 (fs. 7), febrero/98 (fs. 8) y marzo/99 (fs. 9).

En tal contexto, el rubro ha sido devengado en cuatro periodos mensuales y por lo tanto entiendo no reviste el carácter de habitual que requiere la norma.

Hago lugar en tal sentido al agravio, debiendo ser excluidos de la base remuneratoria a los fines del art. 245 LCT.

En consecuencia procede determinar como base remuneratoria descontando el rubro en cuestión, la suma de $1.493 por ser correspondientes la mejor remuneración y que fuera percibida durante los meses de enero, febrero y marzo de 1999 durante el periodo de tiempo considerado.

Por lo expuesto, corresponde atender parcialmente al agravio y ordenar que en la instancia de grado se proceda a una nueva liquidación tomando como base de cálculo para los rubros viabilizados, la suma indicada.

3. Costas y honorarios:

En atención a como se resuelve, debe readecuarse la imposición de costas y regulación de honorarios conforme el art. 282 del CPr.

No obstante, como la modificación que propongo no implica modificación a la calidad de vencida de la demandada, mantendré la imposición de costas conforme lo dispuso la sentenciante en el punto 2 del fallo. Asimismo y habiéndose regulado honorarios en términos porcentuales, los mantendré.

Las costas de esta instancia también y por idénticos motivos las impongo a la apelante vencida.

Los honorarios de los profesionales intervinientes deben regularse teniendo en cuenta la escala porcentual prevista por el art. 13 de la ley arancelaria vigente determinándose en el 25% de lo que le fue regulado en la instancia de grado por sus respectivas actuaciones.

A la segunda cuestión, la Dra. María Fernanda Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria:

1) Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandada, modificando la sentencia de primera instancia exclusivamente en la base de cálculo a tomar en cuenta para la determinación de los rubros indemnizatorios estableciendo la misma en la suma de $1.493. En consecuencia, revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, ordenando el cálculo de la mejor remuneración normal y habitual según los considerandos respectivos.

2) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios efectuados en la sentencia de fs. 542/553.

3) Imponer las costas de esta instancia a la parte demandada, regulando los honorarios de conformidad al considerando respectivo.

A la primera cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la Sentencia Definitiva nro. 32/2017 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción que dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia, condenar a C. A. SA a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente al Sr. F. N. P. la suma de pesos noventa y tres mil ochocientos cuarenta y ocho con dieciséis centavos ($93.848,16), la que se incrementará con los intereses, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 LCT. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes, (fs. 555, fs. 542/553).

Habiendo sido descripto el objeto de tratamiento en esta alzada por la Sra. Camarista que me precedió en la emisión de decisión, me abstengo de efectuarlos nuevamente por encontrarse cumplimentada la manda constitucional y procedimental.

I. La parte demandada presentó su memorial a fs. 558/563, que fuera contestado por la actora a fs. 565 y vta. peticionando se declare desierto el recurso.

He de recordar que este cuerpo que integro ha mantenido un criterio de admisibilidad amplio y que conforme ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Montes de Víctores, Vilma E. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 26-06-1991: "incurre en un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, la resolución que declaró desierto el recurso, basado en la omisión de una crítica concreta y razonada, si el escrito contiene argumentos mínimos sobre el tema que pretende someter a conocimiento de la alzada" (autos "Servicios Eléctricos del Gran Bs.As. c/ Municipalidad de Gral. Sarmiento", CS2010-08-24, DJ rev. año XXVI-nro. 5229-12-2010).

Es por tal criterio amplio de admisibilidad que abordaré el tratamiento del presente recurso, en aras de garantizar el derecho de defensa y la doble instancia.

La parte demandada se queja en primer término porque la jueza *a quo* aplicó criterios jurisprudenciales y/o posiciones doctrinarias que se generaron en la Argentina mucho tiempo después que se produjera el despido del Sr. P.. Esa parte entendió en su oportunidad que por ser el Sindicato de Obreros y Empleados de Correos y Telecomunicaciones una entidad gremial sin personería y con solo la inscripción el actor no tenía tutela sindical por lo cual no era necesario para disponer el despido causado efectuar el trámite previo de exclusión de tutela.

Se explaya sobre la irretroactividad de la ley.

En cuanto a la aplicación de criterios jurisprudenciales, no rige como pretende la recurrente lo relativo a las normas jurídicas, por lo cual he de

coincidir plenamente con lo dicho por la Sra. Camarista que me precedió.

Por otra parte, quedó acreditado en el curso del pleito que el Sindicato de Obreros y Empleados de Correos y Telecomunicaciones de Comodoro Rivadavia es una entidad de 1er. grado con inscripción gremial -otorgada por Resolución nro. 367/1995 de fecha 27 de octubre de 1995-, reconocido en ambas instancias por parte de la empresa demandada, además el actor era afiliado a tal sindicato, y que en las elecciones generales de sus autoridades, ocurridas el 28 de noviembre de 1997 ganó la Lista Verde, resultando electo el Sr. P. como 2do. Suplente Revisor de Cuentas, con mandato por 4 años, finalizando el mismo el 28 de noviembre de 2001, detentando fuero gremial todos los integrantes de la lista presentante.

Teniendo en cuenta que para que la labor desplegada por una persona involucrada o interesada en las cuestiones que afectan al conjunto de trabajadores que ha sido calificado como un "representante sindical" es necesario que, por lo menos, su actuación hubiese involucrado intereses colectivos o que su labor hubiese tenido una incidencia de ese carácter, pues lo cierto es que había incluso ganado P. tal condición en las elecciones como señale, por ello para vincular el acto que se reputó discriminatorio con el factor sensible que solapadamente se alega (activismo gremial), es necesario demostrar la calidad que habría erigido a la actora en un sujeto especialmente vulnerable a eventuales actos disgregatorios o peyorativos, lo que es posible predicar en la especie, ya que se ha demostrado la naturaleza colectiva o de representación de la actividad desplegada y cargo obtenido por elecciones, por el accionante y, mucho mas, su carácter público.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la falta de encaje constitucional del art. 52 de la Ley 23551,

en la medida que –sostuvo– excluía a la accionante, en su carácter de representante de un sindicato simplemente inscripto, de la tutela otorgada por la citada norma a los dirigentes de asociaciones sindicales con personería gremial (consid. 7°, voto de los doctores Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni en el caso "Rossi, Adriana María c. Estado Nacional-Armada Argentina" (Fallo en extenso: elDial - AA5A17) (R.1717.XLI, sent. del 9-XII- 2009).

Por lo cual para pronunciarse resulta inadmisible apartarse sustancialmente los lineamientos que sirvieron de pilares basales a la doctrina constitucional sentada en el precedente "Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo" (A.201.XL, sent. del 11-XI-2008, Fallos 331:2499), en el que se decretó la inconstitucionalidad del art. 41, inc. a), de la Ley 23551, por considerarlo violatorio del derecho a la libertad de asociación sindical amparado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y por tratados internacionales con jerarquía constitucional.

En este contexto, tratándose en el sublite de una impugnación dirigida a descalificar la decisión de grado que, sustentada en el texto de la Ley 23551, mantuvo la tutela gremial a un dirigente de una entidad que contaba con la simple anotación en el registro, considero acertado que debe brindarse acatamiento a la doctrina del superior tribunal del país.

Comparto plenamente lo dispuesto en la sentencia de grado venida en revisión, en tanto los arts. 48 y 52 de la Ley 23551 de admitirse que refieren como sujetos amparados por la garantía sindical solo a aquellos trabajadores que ocupen cargos electivos o representativos en asociaciones con personería gremial, tal prescripción los torna incompatibles con el principio constitucional

de la libertad sindical, consagrado en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales a ella incorporados por vía del art. 75, inc. 22, en especial en el Convenio 87, suscripto por nuestro país y elevado a rango supralegal, en la medida que integra a texto expreso el P.I.D.E.S.C. y el P.I.D.C.P., en el contexto definido por el valor del criterio auténtico de interpretación de los órganos de control de la O.I.T., de consuno con las pertinentes observaciones realizadas en distintas oportunidades a nuestro país.

La estabilidad reforzada solo para los dirigentes de sindicatos con personería gremial y no así para aquellos representantes de asociaciones simplemente inscriptas, no es una de las prerrogativas que, a tenor del parecer de los órganos de control de normas de la O.I.T., resulten admitidas por el Convenio 87.

La protección de los dirigentes gremiales, del modo en que ha sido plasmada en nuestra legislación positiva vigente, cercena la libertad sindical, privando a las organizaciones sindicales sin personaría gremial, es decir, a aquellas que cuentan con simple inscripción (art. 21, ley cit.), de los medios esenciales para defender los intereses profesionales de sus miembros, organizar su gestión y actividad, y formular su programa de acción (en el lenguaje utilizado por el Comité de Libertad Sindical, *cf*. "La Libertad Sindical", ob. cit., párr. 346, p. 78).

En definitiva, la regulación legal constriñe la libertad sindical de los trabajadores individualmente considerados pertenecientes a una asociación de este tipo, así como la de la propia entidad porque a los fines del desarrollo de una actividad gremial libre y despojada de condicionamientos, el haz de garantías que protege la investidura del representante (en sus diferentes manifestaciones) constituye un elemento funcional

marcadamente esencial, pues estos últimos, como dije, deben gozar "de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo" (art. 14 bis, Constitución nacional). Constitución Nacional vigente al momento del hecho del distracto.

El actor, estaba amparado por la garantía de la estabilidad sindical prevista en la Ley 23551, en su carácter de representante (revisor de cuentas suplente primero) incluyó en su pedimento la indemnización agravada del art. 52 de la citada ley. Por todo lo señalado ha sido atendido por la sentenciante de grado concluyo confirmando en consecuencia lo decidido.

Desde esta infraestructura fáctica y no habiendo demostrado el impugnante que, como afirmó, la decisión adoptada por el tribunal de la instancia de grado es equivocada, debe desestimarse en el punto la crítica, puesto que ha sido ajustada a la manda contenida en los arts. 14 bis y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, así como los arts. 8.3 del P.I.D.E.S.C. y 22.3 del P.I.D.C.P. y el Convenio 87 de la O.I.T., en cuanto los arts. 48 y 52 de la Ley 23551 violan el principio de la libertad sindical de raigambre constitucional, al establecer una limitación para su ejercicio respecto de los dirigentes sindicales de entidades "simplemente inscriptas" que restaña la defensa de los intereses del sector de trabajadores representados por la organización, al despojarlos de la protección de la estabilidad en su empleo destinada a garantizar el libre e independiente desenvolvimiento de su función sindical.

En consecuencia, propongo al acuerdo no hacer lugar al recurso y confirmar el pronunciamiento de grado en lo que ha sido materia de este agravio adhiriendo a lo propuesto por la primer votante.

El segundo agravio es la base de cálculo para la indemnización del art. 245 LCT.

En el plenario n° 298 ("Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional" del 5/10/00) se resolvió que para el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 LCT no cabe realizar promedio alguno de las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales, lo cual conduce a tomar en cuenta la "mejor remuneración" normal y habitual.

Entiendo que no es equitativo tomar como base el mayor número de horas extras trabajadas cuando ello represente una circunstancia absolutamente variable e inconstante, desde esta perspectiva observo que según surge de la probanza analizada, percibió las horas extras los meses de diciembre 1998 a marzo de 1999, tengo en cuenta para decidir que el distracto se produjo en 12 de mayo 1999 y en abril 1999 no las percibió, lo que es indicador que se trato de una situación excepcional y no habitual o constante que el trabajador realizara labores fuera de la jornada normal, ya que ello surge, como dije precedentemente, de las pruebas acompañadas.

Considero que no corresponde incluir aquellos rubros remuneratorios que no reúnen las condiciones de mensuales, normales y habituales, tal el caso de las horas extras cuando las mismas son esporádicas o no habituales, que es lo que aconteció en la especie, no existiendo el carácter de habitual como para integrar la base de cálculo del rubro indemnización por antigüedad; recepto el agravio y ordeno practicar nueva liquidación en la instancia de grado.

Costas: en este punto decido que las impuestas en la instancia de grado deben mantenerse y los honorarios que fueron fijados en porcentuales por cuanto el principio general de la derrota no se ha visto conmovido (art. 282 y art. 69 CPr).

En cuanto a las costas de la alzada, las mantengo como en la instancia de grado por los mismos fundamentos.

Los honorarios de la alzada los dispongo en el 25% conforme ley arancelaria para el Dr. H. J. F. C. y para los Dres. C. R. y G. B. S. en el 25% conjuntamente.

A la segunda cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Por coincidir con la decisión de la Dra. Zanatta, doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Sra. camarista.

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

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

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandada, modificando la sentencia de primera instancia de fs. 542/553 exclusivamente en la base de cálculo a tomar en cuenta para la determinación de los rubros indemnizatorios, estableciendo la misma en la suma de mil cuatrocientos noventa y tres pesos ($1.493). En consecuencia, revocar parcialmente el punto 1° de la parte resolutiva de la sentencia referida, ordenando el cálculo de la mejor remuneración normal y habitual según los considerandos respectivos.

2) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia.

3) Imponer las costas de esta instancia a la parte demandada.

4) Regular los honorarios por los trabajos realizados en la alzada al Dr. H. J. F. C. en el

veinticinco por ciento (25%) y a los Dres. C. R. y G. B. S., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara