En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil dieciocho, 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, Dra. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M. D., D. R. c/ S. A. I. SA s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 515/16,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 515/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 523), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. María Fernanda Zanatta, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones con los alcances de la Sentencia nro. 5/SRE/2018 del STJCh: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 364/376vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera y segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Llegan las presentes actuaciones a fin de resolver sobre el agravio relativo a la indemnización por antigüedad sin aplicación del tope previsto en el art. 245 LCT dispuesta por la sentencia de fs. 364/376 de acuerdo a lo ordenado por sentencia del Superior Tribunal de Justicia de fs. 501/512.

Tras transcribir parcialmente la sentencia en lo que al punto interesa, señala la recurrente que la Sra. jueza calcula las diferencias en la indemnización por antigüedad con base en la remuneración de abril de 2013 adicionando el SAC, sin aplicar ningún tope ni el criterio jurisprudencial de "VIZZOTI".

Le causa agravio en tanto encuentra violado lo normado en el art. 245 por el solo hecho de encuadrarse el actor en el convenio colectivo de trabajo de los empleados jerárquicos.

Transcribe jurisprudencia tendiente a apoyar el argumento sentado -a su criterio- en "VIZZOTI", que importa sostener que aun en el caso de no existir convenio, el empleador se libera del pago de la indemnización por despido abonando el 67% de la mejor remuneración.

Dice que como la sentencia terminó señalando que el actor se encontraba sujeto a CCT 511/07, y este no tiene tope, debió aplicar la solución del precedente aludido que la propia sentencia de grado invoca.

Cita el precedente de la Sala en autos "A., J. E. c/ P. I. SRL s/ Demanda Laboral", SD 28/2013.

Denuncia que lo decidido en autos implica un verdadero acto discriminatorio por cuanto se termina privilegiando a los empleados jerárquicos por sobre el resto del universo de trabajadores porque estos últimos en caso de ser despedidos información sobre los salarios abonados por el sector en empresas del mismo rubro para la categoría o el promedio de salarios profesionales abonados por la demandada a su personal jerárquico.

Tales extremos no fueron acreditados en la presente, de allí que tratándose de supuestos diferentes, la pretensión de aplicar la solución dada en el precedente no puede prosperar.

La demandada apelante, reiterando los argumentos esbozados al contestar demanda (fs. 102vta./114vta.), considera arbitrario y lejano a derecho el razonamiento efectuado por la sentenciante en el sentido que no resulta de aplicación ningún tope indemnizatorio, basado en la falta de existencia de topes en el Convenio al que está sujeto el trabajador.

Sobre el tópico, me expedí en SD "L" nro. 5/18 Dije en tal oportunidad que la desestimación de la aplicación del tope indemnizatorio previsto por el art. 245 LCT por falta de información del promedio de remuneraciones y de tope por parte del MTEySS, tiene consagrada recepción doctrinaria y jurisprudencial a nivel nacional y local, en el sentido que es al MTEySS a quien le corresponde fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escales salariales de cada convenio colectivo de trabajo (último párrafo art. 245).

La aludida norma utiliza el verbo "fijar, que implica la imprescindible actividad estatal por lo que no cabe a las partes efectuar ese cálculo frente a la inactividad del Ministerio.

De tal manera, si el mencionado Ministerio omitiera fijar y publicar el tope, el crédito indemnizatorio debe ser calculado con las restantes pautas de la ley, pues no resulta pertinente la fijación de límites por parte de otra entidad (*cf.* Ojeda, Raúl Horacio, comentario art. 245, "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Concordada", Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2011, p. 437).

De allí que la falta de fijación de topes como en el caso, conforme la prueba rendida en autos, impide su aplicación y no es dable siquiera la disminución que se

pretende por la aplicación lisa y llana de la doctrina del precedente Vizzoti, en el marco de lo resuelto por otros tribunales, pues aun cuando se concluya que el tope deviene inconstitucional, el juez no tiene la obligación de aplicar automáticamente la reducción de hasta un 33% en todos los casos y ante diferentes situaciones fácticas.

"Dicho de otra manera, la disminución o reducción de "hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable" es una pauta jurisprudencial de determinación de la lesividad, a tener en cuenta cuando el juzgador considera inconstitucional el tope indemnizatorio, a fin de que no se produzca la pulverización real del contenido económico del crédito indemnizatorio que es de naturaleza alimentaria" (Cám. 7ma. del Trabajo de Mendoza, "Bustamante Martinetto, Sergio Daniel c/ Alex Stewart Argentina SA s/ Despido", expte. nro. 12.159, del 7/8/2014).

De allí que, encontrándose el trabajador comprendido en determinado CCT y ante la falta de publicación e información del tope por parte de la autoridad de aplicación no corresponde aplicar tope alguno y apartarse de la previsión del art. 245 de la LCT.

El planteo subsidiario tampoco prospera.

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" (plenario CNT 298 "Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional", del 5/10/00).

Respecto del rubro “feriado”, lógico es que no se abone todos los meses, pues no todos los meses cuentan con días feriados.

No obstante, tratándose de un rubro no habitual, 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).

Con base en tales premisas, el rubro devengado durante 9 meses como el de “feriado nacional pago” en el periodo de un año -entre el mes de diciembre de 2012 y diciembre de 2013- conforme surge de fs. 311/312, reviste sin lugar a dudas el carácter de habitualidad que la norma exige.

Idénticas consideraciones caben respecto del rubro “suplemento por asistencia perfecta”, dado que es un suplemento que se abona de “manera trimestral y sujeto al cumplimiento haber percibido el 100% del adicional de presentismo del art. 21° en todos los meses que integran el período contemplado para la liquidación del trimestre” (*cf*. art. 22 CCT 611/10) y conforme surge de la planilla de fs. 311/312, en el periodo del último año se abonó el rubro los cuatro periodos anuales correspondientes.

Por tales fundamentos propongo el rechazo del agravio.

Las costas de esta instancia por el agravio dirimido y la regulación de honorarios queda implícita en la imposición y regulación efectuada en los puntos 4 y 5 de la sentencia de fs. 432 que resultan incólumes ante la decisión arribada.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

La colega que me precede en el sorteo ha reseñado breve y ajustadamente el objeto y alcance de nuestra intervención en los presentes, así como los antecedentes de la causa y argumentos críticos respecto al fallo impugnado, lo que evita su mera reiteración.

Conforme lo expuesto, aún se mantiene abierto el debate provocado por el decisorio de fs. 364/376vta., apelado por la recurrente a fs. 380, conforme informe de fs. 361/401, pero limitado en razón de lo dispuesto por nuestro Excmo. STJCh, a fs. 501/512, referido al acogimiento por parte de la *iudex a quo* del modo de formular la liquidación de la indemnización por antigüedad, tal como luce en la demanda a fs. 16, y que fuera severamente impugnada por la accionada en su responde a partir de fs. 187, exigiendo la aplicación de los topes previstos por el art. 245 LCT, doctrina y jurisprudencia adaptable al caso.

Que tal como ha quedado suficientemente acreditado y debidamente valorado en el fallo impugnado, la actividad del actor se encuentra amparada por el CCT 611/10 (fs. 369, 3er, párr. de los considerandos) y que del informe acompañado con la pericia de fs. 326/327, a fs. 325 el MTEySS señala: “No resulta factible fijar el tope indemnizatorio en razón de no contar con la información necesaria al respecto”, y que a fs. 370, últ. párr., conforme los antecedentes que emergen de la causa, le autorizan a señalar que a efectos de aplicar el criterio sustentado por nuestra CSJN en el caso “Vizzoti, no se ha desplegado actividad probatoria en cuanto al promedio de las remuneraciones de empleados para dicho sector ni aún acudiendo al sindicato que los comprende. De allí que trata de salvar tal situación conforme datos que obtiene de aplicación del CCT 605/10, no obstante da cuenta da las razones por las que resulta inaplicable tal criterio a fs. 370vta.

Así, y en situaciones análogas ya hemos tenido oportunidad de sentar criterio en autos "A., D.S. c/ P. A. E.…", RSD N°1/2017, en el mismo sentido de la indicada por mi colega preopinante, esto es, trascribiendo lo dicho en aquella oportunidad: "…falta de fijación por el Ministerio que lo tiene a su cargo, si bien no existe una solución uniforme, ya que en algunos casos se ha resuelto que la demora del Ministerio de Trabajo en la fijación de los topes no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye razón válida para determinar el crédito del actor con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión (CSJN "in re" "Duchowny, Norberto Carlos c/ Editorial Musical Korn Intersong S.A."), por lo que decidió la aplicación tomando como parámetros las remuneraciones previstas en el CC aplicable (ver S.D. 75.119 del 31/10/97 en autos "Espiño, Gabriela Alejandra c/ Galasse Oscar Danilo y otros s/ despido"), todo citado en fallo de la CNTrab., Sala III, 08/06/2006 - "De Robles, Nelson H. c. The End Postproducción S.A." publicado en La Ley Online - Cita online: AR/JUR/3235/2006, me inclino por la postura contraria siguiendo los postulados, *v. gr.*, de Fernández Madrid cuando propuso: "…con relación a la aplicación del tope indemnizatorio establecido por el art. 245 LCT., según la norma en cuestión, el salario base computado a los fines indemnizatorios no puede exceder el equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al dependiente al momento del despido, cuya fijación y publicación le corresponde al Ministerio de Trabajo".

"…Agréguese que el art. 245 L.C.T. deja librado a otro poder del Estado (el Ejecutivo) fijar y publicar los topes correspondientes a cada convenio colectivo de

trabajo y que, por lo tanto, nos encontramos ante una esfera de actuación ajena al Poder Judicial. Por consiguiente, ante la conducta omisiva del Misterio de Trabajo, se debe prescindir de la aplicación del tope indemnizatorio". Tal el caso de autos, por lo que basta con lo dicho para adherir a la solución propuesta en el primer voto.

Respecto al agravio en subsidio expresado a fs. 395vta. ps. 25/27, reiterando argumentos expuestos en el responde a fs. 114vta. p. C, en primer lugar referiré al rubro "feriado" y en cuanto al punto se ha afirmado siguiendo la misma doctrina señalada por mi colega: "El rubro 'feriados nacionales trabajados' también reviste el carácter de normal y habitual, pues fue abonado de modo reiterado (conforme recibos de haberes aportados por las partes) y, por sus propias características solo se abona los meses en que efectivamente haya un feriado nacional que deba ser trabajado. Por ello, que no haya sido percibido todos los meses no le quita el carácter mencionado precedentemente (ver, v*. gr*., CNTrab., Sala V, 09/06/2009 – "Gallardo Dora Noemí c/ Transportes Metropolitanos Belgrano Sur S.A. s/ despido" - Cita: MJ-JU-M-46081-AR - MJJ46081 - MJJ46081), de igual modo y consecuencia del correcto sentido del concepto habitualidad y doctrina pacífica y dominante en la materia, el correspondiente a adicional por asistencia perfecta pagado de modo trimestral, reviste idéntica naturaleza que el anterior.

En cuanto al punto, a no olvidar los fundamentos del emblemático fallo de nuestro Superior Tribunal "P. c/ D. S.A.", que considera computables en los cálculos indemnizatorios, los rubros calificados como "no remunerativos", ya que debe considerarse el salario realmente percibido por el trabajador, el que se vería desdibujado o más bien falseado a través de las asignaciones no remunerativas, y aún en los acuerdos

salariales que incluyen aumentos que se califican de no remunerativos. Lo dicho basta para justificar el rechazo de la queja que obra a fs. 395vta. p. 25 integrando el segundo agravio.

En cuanto al tercer agravio -conforme opinión autorizada por el artículo 274 CPr/DJ últ. parte-, esto es la inclusión del SAC a la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, en la misma oportunidad que la señalada en el punto anterior dije: "…Respecto a la cuestión de la inclusión del SAC en la base del cálculo indemnizatorio, ya he tenido oportunidad de dar las razones por las que decidí modificar mi postura en línea con lo decidido y que es motivo de agravio. Así dije en la causa: "M., S. V. c/ E. P. SRL s/ DEMANDA LABORAL" (expte. N° 213/2014) que en cuanto a la resistida inclusión del SAC en la base del cálculo indemnizatorio del art. 245 LCT, más allá de las razones reiteradamente expuestas en cuanto al punto (ver, *v. gr.*, "S. ...", RSD N° 6/2014/L y "V. ...", RSD N° 9/2014/L), en las que coincidía en general con los argumentos de la recurrente, priorizando los principios de economía y celeridad y sabiendo que he sostenido una postura definitivamente minoritaria, sin perjuicio de hacer reserva de la misma, evitando mayor dispendio jurisdiccional, me inclino por adoptar en el caso el criterio sustentado, *v. gr.*, por STJ Entre Ríos, Sala III, "Felgueres, Eduardo Enrique c/ Clínica Modelo S.A.- Cobro de Pesos - Apelación de Sentencia - Recurso de Inaplicabilidad de Ley", íd. 28918 (elDial.com - AA6D97) anotado por Marta B. Brodsky de Petric en trabajo titulado "La incidencia del SAC en el módulo del art. 245, LCT. Un fallo trascendente en la Provincia de Entre Ríos", citar: elDial.com - DC1693, publicado el 18/08/2011; "La remuneración computable en la indemnización por despido", por Scotti, Héctor Jorge, publicado en LA LEY 16/12/2009, 10-IMP 2010-1, 53).

“Conforme tal opinión, la naturaleza del sueldo anual complementario, que en el decir de la doctrina es una remuneración suplementaria que se devenga día por día, pero que por imperativo legal -art. 122 de la LCT- se paga en dos cuotas, pero ese pago "semestral" se refiere a la liquidación o percepción del SAC, y no a su devengamiento -art. 245 LCT-. Y que se encuentre diferido en los dos períodos semestrales fijados en la LCT no es obstáculo para su inclusión en la base de cálculo de la indemnización en cuestión, desde que el art. 245 LCT -texto ordenado por Ley N° 25877- refiere a la "… la mejor retribución mensual … devengada", por lo que claramente la norma exige que sea mensual su devengamiento -adquisición del derecho a percibir el mismo por parte del trabajador- y no su percepción o exigibilidad de pago. De ello se sigue, señalan, que el SAC debe estar incluido en la base de cálculo indemnizatorio del art. 245 LCT, toda vez que lo que aquí interesa es que su devengamiento se produce diariamente en razón de la prestación de servicios por parte del subordinado, y de este modo, puede afirmarse que la misma integra la calificación de remuneración mensual que exige el dispositivo legal”.

“Esta interpretación, afirman de modo contundente, está en sintonía con el principio protectorio de rango constitucional –art. 14 bis CN- y es el criterio adoptado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ("Nagel, Gladys N. c/ Panadería El Cañón y/o Jurio, Aníbal F.", 3/12/91; "Heimann, Raúl Alberto c/ Rigolleau S.A.", 16/11/82; entre otros)”. Tales son las razones por las que corresponde el rechazo del agravio en cuestión.

Asimismo, y dentro de las atribuciones que confiere el art. 274 CPr/DJ, y la nulidad parcial que motiva nuestra intervención, considero razonable la argumentación y propuesta efectuado en aquella

oportunidad respecto a la aplicación de intereses conforme la tasa activa utilizada por el Bco. de Chubut SA para las operaciones allí consignadas y desde la fecha de entrada en vigencia del CCyC, esto es 1° de agosto de 2015, respetando el fijado en el fallo de la instancia de grado para el periodo anterior, y aquel correrá hasta su efectivo pago. No ha habido discrepancias en cuanto a la readecuación de la condena en costas y la regulación de honorarios de ambas instancias, por lo que corresponde y por las razones no alcanzadas por la nulidad parcial del fallo, reiterar la fórmula del fallo, acorde con lo decidido en concordancia con el voto anterior.

Por todo lo dicho, a la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Al haber concordado con el voto de la Dra. María Fernanda Zanatta, reitero su fórmula decisoria.

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 la Dra. Alonso no emite su voto.

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

1) Rechazar el agravio de la demandada relativo a la indemnización por antigüedad sin aplicación del tope previsto en el art. 245 LCT, dispuesta por la sentencia de fs. 364/376vta. de primera instancia.

2) Confirmar la imposición de costas y regulación de honorarios de los puntos 4 y 5 del fallo de la sentencia de fs. 420/432vta. de esta alzada.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE — **Juez de Cámara**

MARÍA FERNANDA ZANATTA — **Presidenta**

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO Secretaria de Cámara