----En la ciudad de Trelew, a los días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia Isabel Spoturno y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Marcelo Fernando Peral y Florencia Cordón Ferrando, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., G. A. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos e indemnización de Ley” (Expte. 73 - Año 2018 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 311.----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------

------I. A fs. 294/298vta. el juez de primera instancia dictó sentencia rechazando la defensa de prescripción interpuesta por la demandada a fs. 111 y haciendo lugar a la demanda entablada por G. A. R. contra A. S.A. por el cobro de diferencias indemnizatorias y declarando la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio establecido en el CCT 372/02. Condenó a A. S.A. a abonar a la actora la suma de $1.057.611,47 con más los intereses. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.----------

-----A fs. 299 la parte demandada apeló la sentencia y expresó sus agravios a fs. 302/304. La parte actora respondió agravios a fs. 306/vta.----------

-----II. El primer agravio expresado por la demandada se refiere a la base de cálculo que debe tomarse a fin de practicar la liquidación de la indemnización por antigüedad. A fin de determinarla y para dar claridad expositiva al tratamiento del agravio, reseñaré en primer lugar las distintas alternativas que se plantearon: 1. La parte actora en su demanda solicitó que se tomara como base de cálculo la remuneración correspondiente al mes de febrero de 2016 ($50.030,78) considerando tanto las sumas remunerativas como las no remunerativas —a cuyo fin solicitó la declaración de inconstitucionalidad—; 2. La parte demandada, al contestar demanda, se opuso a la declaración de inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas manifestando que, descontadas dichas sumas, la remuneración del mes de febrero de 2016 era de $44.306,78, superior al tope del CCT 372/04 ($13.211,49); 3. La pericia contable determinó como mejor remuneración normal y habitual la correspondiente al mes de febrero de 2016 ($56.688,62 —compuesta por las sumas remunerativas según recibos más la suma de $12.651,84 que calcula en concepto de horas extraordinarias—). Aplica el fallo Vizzotti y reduce la base de cálculo a la suma de $37.981,37; 4. La sentencia de primera instancia tomó como base de cálculo la determinada por el perito ($37.981,37) sin hacer lugar al rubro “horas extraordinarias” por considerar que el perito no comprobó su existencia. En cuanto a la declaración de inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas solicitada por el actor, entendió que su tratamiento devino abstracto “toda vez que la suma considerada para el cálculo de las indemnizaciones correspondientes no se encuentra conformada por dichos conceptos”; 5. La demandada, al expresar agravios, sostiene que

la suma de $12.651,84 incluida por el perito en la remuneración del mes de febrero de 2016 debe descontarse por cuanto el juez no hizo lugar al rubro horas extraordinarias. En consecuencia solicita se tome la remuneración bruta sujeta a aportes según recibos del mes de febrero de 2016 ($44.306,78) y se reduzca al 67% en virtud del fallo Vizzotti. De este modo solicita se reduzca el monto de condena tomando como base de cálculo la suma de $29.504,64; 6. La parte actora, al contestar agravios, sostiene que la base que debe considerarse es la tomada por el sentenciante en virtud de la pericia contable. Afirma que el rechazo de las horas extraordinarias no obsta al resultado de la mejor remuneración devengada calculada por el perito ya que dicha remuneración surgió del cálculo realizado sobre las planillas por producción.----------

-----III. En mi opinión asiste razón a la demandada en su agravio. El perito contador determinó la mejor remuneración incluyendo un monto en concepto de horas extraordinarias que fue rechazado por el sentenciante. Entonces, no habiendo expresado la parte actora agravios respecto de dicho rechazo, mal puede considerarse esa suma dentro de la remuneración del trabajador. Por otra parte, el perito no incluyó en su liquidación de la mejor remuneración las sumas no remunerativas percibidas por el actor según recibos acompañados. Esas sumas pudieron haber sido incorporadas en el monto de la remuneración aunque el perito no lo hiciera. La declaración de inconstitucionalidad solicitada por el actor en su demanda era una cuestión jurídica que debía resolver el juez en su sentencia declarándola o no y luego, incorporando o no dichas sumas a la base del cálculo. Sin embargo el perito no las incluyó y el juez tampoco lo hizo considerando el tratamiento de dicha cuestión “abstracto”, precisamente, por no haber sido contempladas por el perito en la pericia. El actor no se agravió de esta decisión del sentenciante arribando en consecuencia firme a esta instancia (art. 269 CPCC). ----------

-----Planteada de este modo la cuestión, propondré al acuerdo determinar que la remuneración que debe considerarse a los fines del cálculo de la indemnización por despido es la de $44.306,78 reducida al 67% en virtud del fallo Vizzotti. De este modo efectuaré los cálculos tomando como base la suma de $29.685,54. ----------

-----IV. Los demás agravios expresados por la demandada se refieren al cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso y SAC sobre la misma, la integración del mes de despido y SAC sobre el mismo y el agravamiento indemnizatorio según Ley 25323. En los tres agravios efectúa el mismo planteo. La sentencia tomó en consideración los montos de la pericia contable. Estos montos incluyen sumas en concepto de horas extraordinarias que, como dije antes, no fueron recibidas favorablemente en la sentencia (aspecto que arriba firme por falta de agravio). Por tal razón, y por los mismos argumentos dados al tratar la base del cálculo del despido, haré nuevamente los cálculos tomando las sumas determinadas en cada caso por el perito detrayendo los importes incluidos en concepto de horas extraordinarias. ----------

-----V. Los rubros “SAC/Prop.” y “Art. 80 LCT” no fueron objeto de agravio por parte de

la demandada ni de la actora. Por ese motivo, habiendo arribado firmes a esta instancia el modo en que fueron calculados, es que mantendré los montos de condena según sentencia de primera instancia.----------

-----VI. Montos adeudados: en virtud de lo resuelto en el párrafo anterior y su incidencia en el cálculo de todos los rubros adeudados al actor y reconocidos en la sentencia, la demanda debe prosperar por los siguientes montos: ----------

----Integración (14 días): $9.623,32.----------

----SAC/integración: $801,94. ----------

---Preaviso (dos meses): $41.243,08.----------

----SAC/preaviso: $3.436,92. ----------

----SAC/Prop.: $4.775,71. ----------

---Antigüedad (16 períodos): $474.968,64. ----------

----Art. 2 Ley 25.323: $262.917,52. ----------

----Art. 80 LCT: $73.416.----------

----Sub total: $871.183,13. ----------

----Menos percibido a fs. 104: $27.710,75. ----------

----Total: $843.472,38. ----------

----VII. Conclusión: Por los fundamentos dados considero que la sentencia apelada debe ser revocada parcialmente determinando el monto total de condena en la suma de $843.472,38. La decisión que se toma en esta instancia no modifica el carácter de vencida de la demandada razón por la cual no corresponde modificar lo resuelto en el grado en materia de costas y honorarios (art. 282 CPCC).----------

-----Resultando triunfadora la demandada en esta instancia corresponde, en virtud del principio de la derrota, imponer las costas de alzada a la parte actora (art. 57 Ley XIV n°1). En atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de los Dres. L. A. N. y C. M. M. se regulen, respectivamente, en las sumas equivalentes al 4,37% y 3,71% del monto del proceso (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4), porcentaje que incluye el plus procuratorio.-

-----Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión

PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA. ----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expresó: ----------

-----I.- La Dra. Spoturno ha reseñado detalladamente el pronunciamiento apelado y los agravios expresados por la demandada, quien básicamente cuestiona la base de cálculo computada por el Juez de Primera Instancia al practicar la liquidación de la indemnización por antigüedad y en otros rubros de condena (indemnización sustitutiva de preaviso, integración mes despido y SAC sobe el mismo y agravamiento indemnizatorio previsto en ley 25.323). Al respecto puntualmente sostiene que la base salarial computada para calcular dichos rubros incluye sumas en concepto de horas extras, cuando la procedencia de éstas fue rechazada.----------

-----II.- De las constancias de autos surge que en pericia contable se estableció que la

mejor remuneración normal y habitual del actor fue la del mes de febrero de 2016, la que el perito, después de contestar la impugnación de la demanda, estableció en $56.688,62 (fs. 273/vta.). Para obtener dicho monto, el experto contable computó la suma de $44.036,78 que fue consignada en los recibos del periodo y la suma de $12.651,84 que calculó en concepto de horas extras devengadas durante dicho mes. ----------

-----Teniendo en cuenta la suma indicada, por aplicación del criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Vizzotti”, el perito estableció que la base de cálculo a computar respecto de la indemnización por antigüedad debe ser de $37.981,37. Después de declarar la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio que surgiría de aplicar el CCT 372/02, finalmente el Juez de grado computó la suma referida para calcular la indemnización por antigüedad reclamada por el actor.----------

-----La demandada en su expresión de agravios, afirma que a los efectos de establecer la mejor remuneración normal y habitual del actor no debió computarse la suma calculada por el perito en concepto de horas extras, ya que la existencia de éstas no fue admitida en la sentencia. En razón de ello, sostiene que debe computarse la remuneración consignada en los recibos ($44.306,78.-), reducida conforme a las pautas del mencionado caso “Vizzotti”, debiendo establecerse, a su criterio, la base de cálculo de la indemnización por antigüedad en la suma de $29.504,64.----------

-----Si bien el actor sostiene que el rechazo del reclamo por horas extras no determina la modificación de la base de cálculo de la indemnización por despido, ya que entiende que la mejor remuneración indicada por el perito surgió de computar las planillas por producción. Lo cierto es que el propio perito, al contestar la impugnación formulada por la demandada, dejó en claro que las horas extras las calculó remitiéndose a los dichos del actor (fs. 273, apartado I, pto. b).----------

-----Siendo ello así, habiendo rechazado el Juez de grado el reclamo por horas extras por entender que no se probó su existencia y estando firme el pronunciamiento en relación a dicha cuestión, como sostiene la demandada, las sumas calculadas por el perito en concepto de horas extras no puede computarse para establecer la mejor remuneración normal y habitual del actor. ----------

-----Por lo hasta aquí apuntado, no habiendo cuestionado las partes la aplicación de las pautas establecidas en el precedente “Vizzotti”, coincido con la colega preopinante en tanto postula que para el cálculo de la indemnización del art. 245 debe computarse el 67% de la remuneración consignada en los recibos del periodo febrero 2016 ($44.306,78). En otras palabras, la base de cálculo debe establecerse en la suma de $29.685,54, como plantea la accionada al expresar agravios. ----------

-----III.- La demandada además de cuestionar el monto establecido respecto de la indemnización por antigüedad, por los mismos argumentos, cuestiona las sumas fijadas en concepto de indemnización sustitutiva de preaviso, integración mes despido, SAC sobre éstos y por el agravamiento previsto en el art. 2 de la ley 25.323. Dado que asiste razón a la recurrente, en tanto se computaron horas extras al establecer la base salarial

para calcular dichos rubros, cuando la procedencia de éstas fue rechazada, como expresa la Dra. Spoturno deben calcularse nuevamente los rubros en cuestión deduciendo las sumas establecidas en pericia por horas extras.----------

-----En cuanto a los otros rubros cuya procedencia se estableció en la sentencia de primera instancia (SAC/prop. y art. 80 LCT), cuyo monto no fue cuestionado por la accionada al expresar agravios, no deben ser revisados por arribar firmes a esta Instancia.----------

-----IV.- Conforme las pautas establecidas en párrafos precedentes, en definitiva los rubros que integran la condena deben ser fijados en las siguientes sumas: Integración mes despido (14 días) $9.623,32; Sac s/integración mes despido $801,94; Preaviso $41.243,08; Sac s/ preaviso $3.436,92; Sac proporcional $4.775,71; indemnización antigüedad $474.968,64; art. 2 ley 25.323 $262.917,52; art. 80 LCT $73.416. ----------

-----Ascendiendo la sumatoria de los rubros referidos a $871.183,134 y habiendo percibido el actor $27.710,75 (fs. 104), la demanda debe prosperar por la suma $843.472,38.----------

-----IV.- Por todo lo hasta aquí expresado, acompaño la propuesta de la Dra. Spoturno en tanto postula revocar parcialmente la sentencia apelada, debiendo establecerse el monto de condena en la suma de $843.472,38.----------

-----Si bien se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia, la demandada continúa detentando la condición de vencida en la litis, por lo que no es necesario readecuar la imposición de costas y honorarios de la instancia anterior, los que al estar fijados en porcentajes se ajustarán automáticamente al nuevo monto de condena (conf. art. 282 del CPCC). ----------

-----En cuanto a las costas de esta sede, por aplicación del principio objetivo de la derrota, se deben imponer a la parte actora (art. 57 Ley XIV N° 1 y Art. 69 del CPCC).-

-----Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios de los Dr. L. A. N. se regulen en el 4,37% y los del Dr. C. M. M. en el 3,71%, en ambos casos del monto del proceso que surja de la liquidación a ser practicada en la etapa de ejecución (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18, 46 de la Ley XIII n° 4).----------

-----Por lo hasta aquí expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

-----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Natalia Isabel Spoturno expresó: ----------

------Visto el acuerdo alcanzado al tratar la cuestión precedente, corresponde:----------

----A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada determinando el monto de condena en la suma de $843.472,38 con más los intereses impuestos en el grado.-------

----B) Imponer las costas de alzada a la actora vencida.----------

----C) Regular, por los trabajos cumplidos en esta instancia, los honorarios correspondientes a los Dres. L. A. N. y C. M. M., respectivamente, en las sumas equivalente al 4,37% y 3,71% del monto del proceso. ----------

WALTER
E CÁMARA

-----D) Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

----Tal mi voto.----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Peral expuso:----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Spoturno, en tanto refleja fielmente el acuerdo logrado. ----------

----Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría.----------

-----Trelew, de octubre de dos mil dieciocho.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

------REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada determinando el monto de condena en la suma de $843.472,38 con más los intereses impuestos en el grado.-------

----Imponer las costas de alzada a la actora vencida. ----------

----Regular, por los trabajos cumplidos en esta instancia, los honorarios correspondientes a los Dres. L. A. N. y C. M. M., respectivamente, en las sumas equivalente al 4,37% y 3,71% del monto del proceso. ----------

----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

**MARCELO F. PERAL**
**JUEZ DE CÁMARA**

**NATALIA I. SPOTURNO**
**PRESIDENTE**

**--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2018 - SDL. - CONSTE.----------**

**GUILLERMO N. WALTER SECRETARIO DE CÁMARA**