En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de noviembre de dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo E. Fiordelisi y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Julián Emil Jalil para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados**:**

**"Z. M., A. c/ F. P. P. S.A. s/ Cobro de pesos e indemnización de ley" (Expte. 165/2018),** venidos del Juzgado Laboral N° 2 de Primera Instancia, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 213.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

**1.- Antecedentes del caso.** Las presentes versan sobre una demanda laboral interpuesta por la Sra. A. Z. M. contra F. P. P. S.A., con el objeto de obtener el cobro de diferencias dinerarias en la indemnización por despido.

**2.- La sentencia de grado.** En la sentencia de primara instancia, la Sra. jueza de grado, dispuso hacer lugar a la demanda en todas sus partes condenando a la demandada a abonar $ 62.305,33 a la actora con más intereses, imponiendo las costas a la vencida y regulando honorarios. La lógica normativa de la indemnización concedida fue explicitada en los considerandos 2, 3 y 4 de la sentencia.

En mérito a la misma, la Sra. Jueza de grado toma la mejor remuneración mensual, normal y habitual que asciende a $26.655,92 (que no es igual ni superior al tope convencional de $50.461,65), y la multiplica por tres (3) años. Eso asciende a $79.967,76, suma a la que le resta lo efectivamente abonado. En consecuencia, hace lugar al reclamo por diferencias indemnizatorias por valor de $29.506,11.

Hace prosperar la indemnización sustitutiva de preaviso por valor de $12.030,84 (diferencia resultante de sustraer de $26.655,90 la suma de $14.625,06).

Declara que la actora debe abonar la indemnización agravada dispuesta por el artículo 2 de la Ley 25.323 “solo sobre la parte proporcional debida a la trabajadora” por valor de $20.768,44.

La sumatoria de la totalidad de los rubros ascendía a la suma de $62.305,39, aplicándose intereses que deben ser calculados conforme la tasa activa para préstamos personales que aplica el Banco del Chubut S.A. desde la exigibilidad de cada crédito y hasta su efectiva cancelación.

**3.- Los agravios.** A fs. 199/200, se agravia la parte actora al tenor del recurso de apelación presentado a fs. 196 que fuera concedido a fs. 197.

La quejosa pone en crisis la sentencia con motivo de que la Sra. jueza de grado condena al pago de diferencias salariales por la indemnización sustitutiva de preaviso. Arguye que la base de dicho cálculo no puede ser la mejor remuneración normal y habitual, sino aquella que se adecue al salario que deja de percibirse, por tratarse de un sucedáneo del mismo.

Cuestiona también, la procedencia de la indemnización agravada del artículo 2 de la ley 25.323, por el monto que se dispone en la sentencia, en cuanto, -postula-, la indemnización sustitutiva de preaviso fue abonada de manera correcta.

Por último, plantea que existiendo vencimientos mutuos y parciales, las costas deberían ser impuestas por su orden.

**4.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones**. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos

que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J  y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro.  556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario. En base a lo expuesto, separaré las cuestiones por títulos y centraré el tratamiento de los agravios siguiendo el orden empleado por el Sr. Magistrado que me precede en el voto.

**5.- Suficiencia técnica del recurso.** Los agravios vertidos por el apelante, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que considera como causa eficiente de sus agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la

sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

**6.- El tratamiento de los agravios.** He de abocarme en primer término al tratamiento del agravio relativo al cálculo de la indemnización por preaviso, para luego adentrarme en la indemnización del artículo 2° de la Ley 25.323 y la imposición de costas.

**6.1.- --Indemnización sustitutiva de preaviso.** El artículo 231 de la LCT obliga a las partes del contrato de trabajo a poner en conocimiento de la contraria, la extinción de la relación laboral con un "aviso previo", el cual, si no se hallara acordado por los interesados que podrían pactar plazos mayores-, debe darse con la siguiente anticipación mínima: (a) 15 días por el trabajador; (b) 15 días por el empleador cuando el trabajador se encontrare en período de prueba; (c) 1 mes por el empleador cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de 5 años; y, (d) 2) meses por el empleador cuando la antigüedad del trabajador fuere superior a 5 años.

Ante el incumplimiento de esta obligación, el empleador debe abonar una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos antes señalados.

Para calcular el rubro debe tenerse presente la remuneración que el trabajador hubiese percibido de haber prestado tareas efectivamente. Asi, se ha señalado que la falta de cumplimiento del deber de preavisar impuesto en el art. 232 L.C.T. genera el derecho a percibir una indemnización sustitutiva de tal preaviso omitido, para la cual se establece una reparación patrimonial en una suma equivalente a la remuneración que debió haber

percibido el dependiente de haber prestado sus tareas durante ese período. (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, 31/08/2010, "Macarini, Sabrina Aldana c. Banco Patagonia S.A.", La Ley Online, AR/JUR/51417/2010).

Considero que teniendo en cuenta la fecha del despido, el preaviso debe calcularse sobre la base del salario de marzo de 2017 ($17.025,70), importe del cual debe deducirse la suma percibida por el trabajador en cuotas ($ 3.846,90 + $ 10.778,16). Por lo tanto prospera el reclamo por la suma de $ 2.400,68 con más los accesorios dispuestos en la sentencia de grado.

**6.2.---La indemnización del artículo 2° de la Ley 25.323.** La ley 25.323 estableció un incremento de las indemnizaciones laborales rigiendo desde el 20 de octubre de 2000.

Las miras de la norma deben ser buscadas en la necesidad de combatir la evasión previsional. Apuntaba GRISOLÍA en este orden, que, según datos del INDEC, sobre 8.570.000 asalariados, se hallan registrados solamente 4.800.000 (56 %), mientras que los trabajadores en negro ascienden a 3.770.000 (44 %) (GRISOLÍA, Julio Armando, "Incremento de las indemnizaciones laborales: la ley 25.323", 2001, www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACF010023).

El artículo 2 dispone un incremento del 50 % en las indemnizaciones previstas por los artículos 232, 233 y 245 de la LCT, y los artículos 6 y 7 de la ley 25.013.

La cuestión relativa al presente agravio de la demandada se halla subordinada al agravio tratado en el punto anterior.

Así las cosas, siendo que el pronunciamiento debe ser revocado en cuanto determinó incorrectamente el *quantum* de las sumas correspondientes a la

indemnización sustitutiva del preaviso, se impone también que la cuantificación que la sentencia hace de la indemnización debida con fundamento en el artículo 2 de la Ley 25.323 sea modificada en su base de cálculo. Desde esta perspectiva la base queda instituida en la suma de $ 31.906, 79 ($ 29.506,11 + $ 2.400, 68), lo que determina una multa de $ 15.953, 39 a la que corresponde adunarle los accesorios dispuestos en la sentencia de grado.

**6.3.- Los honorarios de primera Instancia.** Al modificarse la sentencia de grado el tratamiento del presente agravio deviene abstracto.

**7.- Readecuación de costas y honorarios de Primera Instancia.** Sin perjuicio detratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de primera instancia, lo resuelto no altera lo dispuesto de manera medular en la sentencia de grado, por lo que no corresponde modificar ésta última en lo que concierne a la imposición de costas, ni tampoco en lo relativo a la regulación de honorarios profesionales.

**8.- La imposición de costas en la Alzada**. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial,

sala E, “Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI”, 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, “Club ciudad de Buenos Aires asociación civil”, 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, “Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros”, 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento parcial del recurso, en virtud se modifica solo parcialmente la sentencia de grado, considero que las costas de alzada deben ser impuestas por su orden (Conf. artículo 69 inciso 2 del CPCC).

**8.- --La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada.** A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, por el recurso interpuesto por la parte demandada, corresponde fijar los honorarios de los abogados M. C. H. M. e H. G., en conjunto, en el 30 % de los que les correspondiere por su actuación en la instancia anterior, y los de los apoderados de la parte actora, abogados F. A. y M. A. en el 25% de lo que les

correspondiere por su actuación en la instancia de grado, con más el IVA de corresponder, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria).

**LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

**A LA PRIMERA CUESTIÓN:** la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

**1.**

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

**2.**

**Tratamiento de los agravios**

La queja de la parte demandada se articula en tres agravios que resultan:

**a**) Para el primer agravio sostiene que hay un error en la remuneración base de cálculo de la indemnización sustitutiva de preaviso.

Tal como reconoce la parte actora al replicar los agravios, media en la sentencia un error en el cálculo de la indemnización sustitutiva de preaviso.

Sabido es que en el plano del contrato individual de trabajo se dice que el preaviso es la obligación que tienen las partes contratantes, empleador o empleado, de notificar a la otra, con anticipación, la ruptura del contrato.

La norma general en esta materia está constituida por los artículos 231/3 de la LCT. El primero de ellos dice: "El contrato de trabajo no podrá ser disuelto por voluntad de una de las partes, sin previo aviso, o en su defecto indemnización [...] El preaviso, cuando las partes no lo fijen en un término mayor, deberá darse con la anticipación siguiente:

"a) Por el trabajador, de 1 (un) mes;

"b) por el empleador, de 1 (un) mes cuando el trabajador tuviese una antigüedad en el empleo que no exceda de 5 (cinco) años y de 2 (dos) meses cuando fuere superior".

El artículo 232, por su parte, indica que " La parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231. “

Desde esa perspectiva y considerando la fecha del despido, la última remuneración para liquidar el rubro ha de ser la de marzo de 2017 de $ 17.025,70 suma a la que se detrae la efectivamente percibida en dos cuotas ($ 3846,90+ $ 10.778,16) prosperando la diferencia en la suma de $ 2.400,68 con más los intereses que se resuelven en la instancia de grado que llega firme a esta instancia.

**b)** El segundo agravio no tendrá recepción, pues está claro que existieron diferencias salarias en el modo de calcular la liquidación final y medió la intimación fehaciente a abonarla. Por lo cual y conforme lo dispuesto en la sentencia de grado el agravamiento solo deberá calcularse sobre la parte proporcional debida a la Sra. Z. M.

La base para liquidarla será $ 29.506,11 + $2. 400,68. Esto es $ 31.906,79 y como resultado de ello la multa con fundamento en el art. 2 de la Ley 25.323 será de $ 15.953,39 con más los intereses resueltos en la instancia de grado que llegan firme a esta instancia.

**c)** El tercer agravio, al modificarse la sentencia, deviene abstracto.

**3) Las costas.**

**a)** El art. 282 del CPCC autoriza se reajusten costas y honorarios al resultado del recurso. Sin perjuicio de ello, la modificación de la sentencia que se propugna no altera la condición de vencida de la empresa demandada, por lo que estimo que no debe alterarse lo allí resuelto.

**b)** Las costas en la Alzada, soy del criterio que deben imponerse por su orden, en tanto la modificación que se admite refiere un error de cálculo en la sentencia que no fue sostenido por la actora en esta sede. (art. 69 2da parte del CPCC). Los honorarios de los letrados que intervinieron en esta sede, son los propuestos por el Dr. Julián Jalil, sin perjuicio de los mínimos legales con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria.

Voto a la primera cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

**A LA SEGUNDA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

Con base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado para ajustar el monto de condena que refiere al pago de la diferencia por indemnización sustitutiva de preaviso en la suma de $ 2.400,68 y la multa del art. 2 de la Ley 25.323 en la suma de $ 15.953,39, con más los intereses determinados en la instancia de grado que llegan firmes a esta instancia.

2. **CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás que se decide;

3. **NO READECUAR** las costas dispuestas, ni los honorarios regulados en la sentencia de grado;

4. **DISPONER** que las costas de Alzada por su orden. (Conf. art. 69 inc. 2 del CPCC);

5. **REGULAR,** los honorarios de los abogados M. C. H. M. e H. G., en conjunto, en el 30 % de los que les correspondiere por su actuación en la instancia anterior, y los de los apoderados de la parte actora, abogados F. A. y M. A. en el 25% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia de grado, con más el IVA de corresponder, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria);

6. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

**Así lo voto.**

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, LA Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Conforme el sentido de mi voto el pronunciamiento que debe dictarse es el que propone el Dr. Julián Jalil.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn,  de noviembre de 2018.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

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

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de grado para ajustar el monto de condena que refiere al pago de la diferencia por indemnización sustitutiva de preaviso en la suma de $ 2.400,68 y la multa del art. 2 de la Ley 25.323 en la suma de $ 15.953,39, con más los intereses determinados en la instancia de grado que llegan firmes a esta instancia.

2. **CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás que se decide;

3. **NO READECUAR** las costas dispuestas, ni los honorarios regulados en la sentencia de grado;

4. **DISPONER** que las costas de Alzada por su orden. (Conf. art. 69 inc. 2 del CPCC);

5. **REGULAR,** los honorarios de los abogados M. C. H. M. e H. G., en conjunto, en el 30 % de los que les correspondiere por su actuación en la instancia anterior, y los de los apoderados de la parte actora, abogados F. A. y M. A. en el 25% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia de grado, con más el IVA de corresponder, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la ley arancelaria);

6. **REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.**

**REGISTRADA BAJO EL N°  /18 SDL. CONSTE.**