En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Julián E. JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"T. R., E. c/ C. S.A. s/ Cobro de pesos e indem.de ley" (Expte. N° 222 - Año 2018)**, venidos del Juzgado Laboral N°1 (Expte.N°26/18), en apelación. Los 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.102.

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

1. La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a C. S.A. a abonar a E. T. R., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en el expediente, la suma de pesos cuatrocientos treinta y cuatro mil trescientos trece con 05/100 ($ 434.313,05), con más los intereses que determina. Impuso las costas a cargo de la parte demandada y reguló los honorarios de los letrados que intervinieron en el proceso.

Para así resolver, liminarmente indicó que debía determinarse cuál era la base de cálculo para las indemnizaciones emergentes del despido sin causa de la trabajadora.

Aludió con base en doctrina y jurisprudencia, a que correspondía la inclusión en la base de cálculo de las indemnizaciones de las sumas otorgadas con carácter no remunerativo.

A esos fines analizó la procedencia de los rubros consignados como “no remunerativos” (“incremento canasta familiar”; “conversión ticket ley 26.341”; “adicional presentismo AC 06-201”; “ropa de trabajo” y “Acta acuerdo STIA”), con el fin de determinar si poseen efectivamente o no tal naturaleza.

Señaló que los incisos b) y c) del Art. 103 *bis* de la LCT fueron derogados por la ley 26.341, suprimiendo así los “beneficios sociales” de vales de almuerzo, tarjetas de transportes, vales alimentarios y canastas de alimentos, por lo que concluye que los conceptos “incremento canasta familiar” y “conversión ticket ley 26.341” carecen del carácter no remunerativo asignado. Tampoco concede ese carácter al adicional por presentismo y el aumento otorgado mediante Acta acuerdo, citando en su apoyo un precedente de CAT. Excluye el rubro “ropa de trabajo” .

Declara en consecuencia que la remuneración base del cálculo

indemnizatorio del actor deberá ser integrada también por los conceptos “incremento canasta familiar”; “conversión ticket ley 26.341”, “adicional presentismo AC 06-201” y “Acta acuerdo STIA”.

Decide que el caso de autos se trata de un supuesto de remuneraciones variables, la indemnización por preaviso omitido y la integración del mes de despido deben calcularse en función del promedio de lo percibido durante los últimos seis meses, que según surge de los recibos obrantes a fs. 9/14 y detalle de remuneraciones de fs. 26 asciende a $ 33.130,18.

Y toma como la MRMNyH a considerar a los efectos del cálculo de la indemnización por despido, la correspondiente al mes de julio de 2017 por $ 33.108,04.

Así consigna que la demanda prospera por los siguientes rubros e importes: 1) Diferencias indemnización por antigüedad: $ 270.496,52; 2) Diferencias integración mes de despido $ 8.115,22; 3) Diferencias indemnización sust.

de preaviso $ 9.927,90, 4)Dif. SAC s/ integ: $ 676,27, 5) Dif. SAC s/preav: $ 827,32.

Luego, admite el incremento indemnizatorio contemplado en el art. 2 de la Ley 25.323, en tanto se declaró la procedencia de las diferencias en los rubros emergentes del despido y acaeció la mora del empleador en el pago de las mismas, por la suma de $ 144.269,82, calculada exclusivamente sobre los rubros indemnizatorios no abonados oportunamente.

A esas sumas le aplica los intereses desde que cada suma fue debida y hasta la fecha de su efectivo pago, intereses a tasa activa para préstamos personales del Bco. d.C. S.A. .

La sentencia es apelada por la demandada a fs.82, los agravios se agregan a fs.84/89 y su réplica a fs.91/94.

2. <u>Los agravios de la demandada</u>

a) La primera queja refiere que no existió una pretensión concreta en la demanda dirigida a que se prive de efectos a la Resolución N° 46/17 que homologó el acuerdo salarial celebrado con el STIA. En la misma se reconocieron rubros remuneratorios y no remuneratorios, restándole efectos a un acto administrativo que goza de presunción de legitimidad y ejecutividad que los torna exigibles y que requiere para provocar su extinción una petición en ese sentido.

b) Para el segundo agravio, cuestiona la aplicación de la indemnización agravada del art. 2do. de la ley 25.323 en tanto sostiene que no ha sido morosa en el cumplimiento de sus obligaciones y que el modo de liquidarlas obedeció a la Resolución N° 46/17 SST- STR.

Dice que el juez está facultado a valorar la existencia de causas que justifiquen la conducta del empleador.

c) A mérito del principio de eventualidad, critica las diferencias declaradas en las indemnizaciones por omisión de preaviso e integración el mes de despido y, aplicando el criterio de normalidad próxima,

promediando los importes percibidos para el período agosto/17 enero /18 llega al importe de $ 58.741,10. Realiza los cálculos aritméticos y concluye que las diferencias son inferiores a las determinadas en la sentencia, influyendo en la determinación del importe del agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323.

3. <u>Tratamiento de los agravios</u>

a) Para dar respuesta al primer agravio diré que la acción procesal es el instrumento a través del cual se introduce la pretensión en el proceso y constituye una petición con relevancia jurídica en la que, a través de la demanda, debe expresarse el petitum y la causa petendi que son los extremos que perfilan el contenido de la pretensión y su oposición, de tal modo que se erige en un límite para el Juez, que no puede fundar su decisorio en hechos que no han sido objeto de alegación ni prueba.

No tengo ninguna duda que la cuestión de las sumas no remunerativas integrando o no la base para liquidar las indemnizaciones por despido, formaban parte de la materia sobre la que debería recaer el pronunciamiento, por lo cual no hay violación al principio de congruencia. El principio iura novit curia importa que los jueces no están vinculados por la calificación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y que incluso pueden suplir el derecho mal invocado por aquellas, facultad que no se extiende a alterar las facultades fácticas del litigio ni la causa petendi, ni tampoco a la admisión de hechos o defensas no esgrimidas por las partes. (CSJN Sentencia M. 342. XXXII. Mallmann, Arturo Julio y otro c/ Estado Nacional (Ministerio del Interior) s/ proceso de conocimiento.26/10/99).

A poco de leer la sentencia de grado puede concluirse que la magistrada de grado ha dado respuesta a la cuestión estimando suficiente tomar como base para su pronunciamiento los precedentes de la CSJN que ha citado y las normas convencionales que rigen la materia.

De tal modo, restó eficacia tal como le propuso la actora a las cláusulas de la Res. N° 46/17 y no advierto en la queja argumento recursivo -más allá de los mismos que se plasmaran al contestar la demanda-, que me lleven a una decisión distinta a la adoptada en la sentencia de grado.

Esta Cámara se ha expedido respecto de la validez de las sumas no remunerativas pactadas en el ámbito convencional (vg. "DIAZ ZAMORANO, Maximiliano c/ FRIOSUR S.R.L. s/ Cobro de Pesos"(Expte. Nº 171 Año 2010) SDL Nº 36/10; "BARRIENTOS Gabriela Noemí c/ LAUTARO S.R.L. S/ cobro de pesos" (Expte. N° 27 – Año 2011) SDL Nº 31/10; "SANTANA, Karina Fabiana C/ PUNTO Y BANCA S.A. S/ Cobro de pesos. LABORAL" (Expte Nº 264 Año 2011) SDL Nº 64/11); y RUIZ C/ PUNTO Y BANCA Expte N° 79 Año 2012) SDL N° 35/12) y MANCHOT Claudio Marcelo C/ PUNTO BANCA S.A. s/ Cobro de Pesos" Expte. N° 85 Año 2012 SDL N° 38/12).

Y a riesgo de reiterar los argumentos sentenciales, con posterioridad a esos fallos la CSJN dijo *"…8°) Que, con relación al concepto "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005", previsto en el convenio colectivo aplicable a la actividad de la demandada, asiste razón al recurrente cuando cuestiona los fundamentos por los que el a qua acepta la validez de su calificación como no remuneratorio, atribuyéndolo al libre ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contratantes y sobre tal razonamiento, desestima la pretensión de que sean incluidos en la base salarial. 9) Que, conforme lo ha señalado este Tribunal en la mencionada causa "Pérez c/ Disco", el trabajador constituye un sujeto de "preferente tutela constitucional, hallándose su salario protegido por un plexo normativo compuesto por disposiciones de la Ley Fundamental, así como de numerosos instrumentos de origen internacional, leyes de derecho interno y fallos de este Tribunal (causa citada, Fallos: 332:2043, en especial considerandos 3°, 4°, 5° del voto de la mayoría y considerandos 7°, 8°, 10 del voto*

de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay)10) Que, en tal sentido, hallándose ratificado por la República Argentina el Convenio nº 95 de la OIT, resulta claro que el concepto en cuestión reviste naturaleza salarial, a la luz de lo dispuesto en el art. 1° de dicho convenio, en cuanto establece que: "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.11) Que, dado que cuando la Nación Argentina ratifica un tratado "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" (Fallos: 315:1492, considerando 20; 318:2639 , considerando 6°; 331:2663 , considerando 7°, entre otros), el a quo solo pudo obviar su aplicación al presente caso señalando la necesidad de adoptar medidas internas si es que existía alguna- para hacerlo efectivo en las concretas circunstancias de la causa.12) Que, por lo expuesto, corresponde declarar la invalidez del derogado art. 103 bis, inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo en su aplicación al caso, así como la de la cláusula convencional mediante la cual se pactó el "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005", en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen. (Díaz Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A. Recurso de Hecho D 485 XLIV. 4-jun-2013. Base MJ-JU-M-79260-AR. MJJ79260. MJJ79260).

Del fallo se deriva que la Corte resolvió que la inclusión de este tipo de conceptos formados del salario, pero excluidos de la calidad de tal, no eran válidos y se contraponían a lo que la legislación consideraba como haber remuneratorio.

Los fallos de esta Cámara que he referido, se han expedido sobre la validez de las asignaciones no remunerativas, desde que fueron incluidas en el marco de la discusión en la negociación colectiva, su posterior incorporación dentro del Convenio Colectivo de Trabajo y sendas resoluciones dictadas por la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación que homologaron los acuerdos salariales celebrados en el marco de las negociaciones convencionales del CCT 130/75.

Lo cierto es que lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sentido opuesto al criterio de este Cuerpo, sobre dicha cuestión, y más allá del carácter no vinculante que se le quisiera asignar a la doctrina contenida en dicho fallo, la misma tiene un valor moral intrínseco por emanar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que no puede ser despreciado por los jueces, los que tienen la obligación de tratar y en su caso, conformar su decisión a la del Alto Tribunal, atendiendo a su carácter de intérprete final de la Constitución y las leyes.

Así fue como en el precedente Leal" (SDL N °38/14) señalé que lo dispuesto en el precedente Díaz de la CSJN, alcanzaba a las cláusulas convencionales que regulaban asignaciones no remunerativas, en cuanto niegan a éstos su naturaleza salarial.

Por lo brevemente expuesto voy a desestimar el agravio.

b) Al exponer su segundo agravio, se queja el apelante que se le condene a la multa del art.2do de la ley 25.323.

El agravamiento indemnizatorio como sanción, se deriva de una conducta patronal disvaliosa y por consiguiente penalizable. Cierto es que no habrá agravamiento o sanción de las indemnizaciones sin que exista la obligación de indemnizar, pero ello no significa que siempre que se esté frente a

indemnizaciones impagas procederá su agravamiento, pues para ello se requiere, además de la morosidad, que ésta sea claramente culpable o maliciosamente intencional.

Asumo así, que el art. 2 de la ley 25.323 no establece una condición objetiva, pues el otorgamiento a los jueces de la facultad de reducir y hasta suprimir la sanción, obedece a la necesidad de valorar, en cada caso, la buena o mala fe patronal y su eventual voluntad de incumplir con una obligación impuesta por la ley. De lo contrario, no se hubiera previsto en la norma tal facultad morigeradora.

El juez debe, en cada caso, verificar en la conducta del demandado la buena fe con que se ha conducido y defendido.

Es cierto que la actora debió iniciar las acciones judiciales para obtener las diferencias salariales a partir de su planteo de incorporar como base para liquidar las indemnizaciones derivadas del despido y que cumplió con el requisito formal que prevé el art. 2do de la ley 25.323.

Pero también es cierto que *"…el dispositivo no reconoce otro propósito que desalentar la litigiosidad innecesaria, en aras de restituir a la ecuación transaccional primigenia una de sus variables, esto es la que computa como beneficio de la clase trabajadora (que compensa la reducción de los daños ínsita en la tarifa legal) el hecho de la automaticidad de la liquidación y el de la celeridad en su cobro. Este correctivo vino a ser necesario ante el hecho evidente de que alentados por unas tasas de interés judicial inferiores a la del mercado-los empleadores han preferido diferir el pago de las indemnizaciones incluso en ausencia de razones valederas para pleitear. ...*" (Ackerman- Tosca Tratado de Derecho del Trabajo Tomo IV pág. 459).

Ya he dejado en evidencia al tratar el agravio anterior, que el empleador queda atado a una disparidad de criterios no solo en el ámbito jurisdiccional sino con otro poder del estado, ya que mientras en opinión de la administración pública se estaría ante verdaderas sumas no

remunerativas y por ello homologadas por el Ministerio de Trabajo y no son objetadas por la AFIP, para el Poder Judicial considerando el fallo “Díaz”, se trata de salarios encubiertos.

Dicho lo anterior y, en el caso concreto, no puedo tener acreditada una conducta evasiva o reticente del demandado.

Voy a sostener que la empresa, al tiempo de liquidar la indemnización, lo hizo con base a las normas convencionales que estaban vigentes, por lo que soy del criterio que no es dable reprochar una conducta disvaliosa que autorice la condena a la indemnización agravada prevista en el art.2do, Ley 25323, por lo que voy a propiciar al Acuerdo se revoque el fallo de primera instancia en cuanto admitió ese incremento.

c) El tercer aspecto de la queja no puede receptarse.

En el límite de los argumentos recursivos, señala la parte que tratándose de un supuesto de remuneraciones variables, la indemnización por preaviso omitido y la integración por despido deben calcularse en función del promedio percibido en el período agosto/2017- enero/2018 y que llega al importe de $ 58.741,10.

Tal suma supera a la consignada en la sentencia de $ 33.130,18, por lo que aplicaré el principio procesal tuitivo de "reformatio in pejus" que impide al Juez superior empeorar la situación de quien recurre una resolución judicial, cuando el oponente no ha interpuesto recurso; concretamente, no es viable decidir en contra del único apelante, empeorando su situación en relación con la que estaría de no haber recurrido (CNCom. Sala B, "Cascella Edelma c/ Valetta Margarita s/ sum.", del 26.05.95).

Por lo que el agravio debe desestimarse.

d) En definitiva, propongo al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia de grado, detrayendo de la condena dispuesta el incremento indemnizatorio del art. 2 ley 25.323 por la suma de $ 144.269,82 (Pesos ciento cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta y nueve con 82/100) y confirmarla en todo lo demás que decide.

4. <u>Las costas.</u>

a) En orden al art. 282 del CPCC, revocada parcialmente la sentencia de grado deberán ajustarse las costas y honorarios al pronunciamiento. Desde esa perspectiva, no se modifica en lo sustancial la sentencia, por lo que soy del criterio que las costas no deben modificarse y que los honorarios se ajustarán al monto de condena que resulte.

b) Las costas generadas en la Alzada, considerando el vencimiento parcial del recurso y que la decisión de la magistrada de grado ha sido sostenida

por la parte actora, voy a proponer se impongan en un 70 % a la demandada y un 30 % a la actora (art. 72 del CPCC).

En cuanto a los honorarios de los letrados M. T. y L. A. N. propicio se fijen en el 28 % a cada uno de ellos, sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria) Voto a la cuestión, **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA <u>A LAPRIMERA CUESTIÓN</u>**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

1.- Las cuestiones fácticas traídas a decisión. Las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por la colega que me precede en el voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos los desarrollos efectuados al respecto por la Sra. Magistrada preopinante. Centraré la atención, para el sustento individual de mi argumentación, en el análisis de los aspectos jurídicos objeto de revisión a esta Cámara.

2.- 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 la Sra. Magistrada que me precede en el voto.

4.- El tratamiento de los agravios de la parte demandada.

4.1.- La vulneración del principio de congruencia en la sentencia de grado. El principio de congruencia exige que exista correspondencia entre lo que la sentencia dispone y las peticiones articuladas por las partes.

En este marco, considero que la sentencia decide dentro del espectro de cuestiones que han sido materia de debate en las presentes actuaciones, pues el pronunciamiento definitivo requiere necesariamente abordar la cuestión acerca de la consideración de las sumas no remuneratorias en la base de cálculo. En razón de ello, advierto que no se encuentra vulnerado el principio de congruencia.

4.2.- La validez de las sumas remuneratorias. Sin perjuicio de tratarse de una cuestión controvertida en doctrina y jurisprudencia, la CSJN ha resulto dicho enclave en el caso "DIAZ", donde sostuvo que ***"…****el derogado art. 103 bis, inc. c de la Ley de Contrato de Trabajo, en tanto rigió durante todo el período del reclamo indemnizatorio del trabajador, así como la cláusula del convenio colectivo de trabajo mediante la cual se pactó un anticipo —Acta Acuerdo Nov. 2005—, son inválidos en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen…"* (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 04/06/2013, Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A., LA LEY 19/06/2013 , 12 LA LEY 25/06/2013 , 6 LA LEY 2013-D , 20 IMP 2013-7 , 225 DT 2013 (agosto) , 1874 Con nota de Carlos PoseIMP 2013-8, 236 ED 09/08/2013 , 1 DJ 21/08/2013 , 41 DT 2013 (septiembre), 2216 con nota de L. E. RamírezED 253, 400, AR/JUR/20023/2013).

Bajo esta doctrina judicial entiendo que estos rubros a los que se les excluye el carácter de salario no resultan válidos pues lesionan los alcances mismos del concepto de haber remuneratorio. Desde este orden argumental, concluyo que la doctrina derivada del fallo precitado resulta aplicable a las

cláusulas convencionales que disponen asignaciones no remunerativas, pues se contraponen con la naturaleza salarial que corresponde asignarles a dichas sumas.

4.3.- La multa del art. 2 de la ley 25.323. El art. 2 de la ley 25.323 establece que *"…cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%..."*

Dicho precepto no goza de aplicación radical y automática por el mero inicio de las actuaciones judiciales. Es decir, la primera parte de ese artículo debe ser aplicado en la medida que "…*no existan causas que justificaren la conducta del empleador…"* En esos casos se puede "…*reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago…"* (Conf. art. 2 de la ley 25.323).

Desde esta perspectiva es menester analizar en el caso concreto si la empresa demandada ha obrado con *buena fe* o si ha existido *mala fe*, y en este último caso si dicho accionar es la causa por la cual el aquí actor se ha visto obligado a iniciar acciones judiciales.

La idea de *buena fe* se asocia necesariamente con el concepto de *previsibilidad*, es decir la buena fe importa una *previsibilidad abstracta* de *resultados*.

En este plano, debo disentir con la distinguida Magistrada que me ha precedido en el voto, pues luego de 5 años de que la CSJN falló en orden a esta cuestión, la patronal no puede desconocer que jurisdiccionalmente esas

sumas detentan el carácter de remunerativas y que su falta de pago implicará el inicio de un proceso judicial cuyo destino desfavorable resulta *previsible*.

Señalaba JOSSERAND, que las leyes tienen una misión, un destino al que no pueden revelarse, esa misión constituye su *espíritu*. (JOSSERAND, LOUIS. *Derecho Civil.* Tomo I. Volúmenes I y III. Traducción de. Santiago CUNCHILLOS Y MONTEROLA. Ed. De Palma. Buenos Aires. 1975). Desde esta arista, la *misión* o *espíritu* del art. 2 de la ley 25.323 no es otro que evitar que el trabajador deba pasar por la vía jurisdiccional de manera innecesaria y dilatoria.

Pues bien, este es un caso concreto en donde el inicio de la acción judicial deviene *dilatoria* pues el resultado deviene evidente teniendo en cuenta la referenciada doctrina de la CSJN en el caso "DIAZ". Bajo esta perspectiva, entiendo que un accionar puro de buena fe del demandado requería la incorporación en la base de cálculo de los rubros "incremento canasta familiar", "conversión ticket ley 26.341", "adicional presentismo AC 06-201" y "Acta acuerdo STIA".

Esa omisión por parte de la demandada trasgrede el estandarte de la *buena fe contractual* en el plano laboral, y resulta ser una consecuencia directa del inicio de estas actuaciones judiciales por parte de la actora que han concluido, -insisto: *previsiblemente-*, en el reconocimiento de su derecho en la esfera jurisdiccional.

4.4.- La suma para el cálculo y la *reformatio in peius*. La suma de cálculo que sugiere el apelante ($ 58.741,10), resulta superior a la consignada en la sentencia de grado ($ 33.130,18), por lo que, por aplicación del principio *non*

reformatio in peius corresponde mantener lo dispuesto por la Sra. judicante de grado en ese sentido.

El principio jurídico procesal mencionado consiste en que el Juez de segundo grado no puede agravar la situación jurídica del quejoso. El ámbito de la prohibición de la *reformatio in peius*, se traduce en que la resolución recurrida no debe ser modificada en disfavor del apelante, desde esta perspectiva, lo peor que puede ocurrir al recurrente es que se conserve la resolución impugnada.

5.- Conclusión. En razón de lo expuesto dejo planteada mi disidencia en lo que concierne a la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323, por lo que propongo la confirmación de la sentencia de grado.

6.- 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, "N., 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, no existen razones para apartarse del principio mencionado por lo que corresponde imponerlas al apelante perdidoso. (Conf. arts. 69 del CPCC).

7. 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, corresponde fijar los honorarios del abog. M. T. en el 30 % y los honorarios del abog. L. A. N. en el 25 %; todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, 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).

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

Ante la disidencia surgida entre los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Julián Emil Jalil al tratar el agravio de la parte demandada

sobre la aplicación del incremento indemnizatorio que establece el Art. 2 de la Ley 25.323 conforme decidiera la Magistrada a quo, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

La sentencia recurrida decidió condenar a la parte demandada al pago del incremento indemnizatorio contemplado por el Art. 2 de la Ley 25.323. Tuvo por cumplido el requisito legal de la intimación fehaciente previa por parte del dependiente y, considerando que había acaecido la mora del empleador en el pago de las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 LCT, declaró a favor de la actora el incremento en cuestión.

La parte demandada planteó su agravio por esta condena, el que ha sido ya referido por los Sres. Jueces preopinantes y a lo que me remito por razones de brevedad.

Al votar en primer término, la Sra. Jueza María Inés de Villafañe dejó sentado que el art. 2 de la Ley 25.323 no establece una condición objetiva y que en cada caso el juez debe verificar la conducta del demandado para analizar y decidir si procede o no condenarlo al pago del incremento. Ha dicho que no tiene por acreditada una conducta evasiva o reticente del demandado y que la empresa, al tiempo de liquidar la indemnización, lo hizo en base a normas convencionales que estaban vigentes por lo que no es dable reprochar una conducta disvaliosa que autorice la condena al pago de la indemnización agravada bajo análisis. Conforme a sus fundamentos, propuso revocar la sentencia de primera instancia en cuanto admitió este incremento.

Al votar en segundo término, el Dr. Julián E. Jalil ha disentido con la Magistrada que votara en primer término y ha dicho que la patronal no

pudo desconocer que la CSJN había fallado sobre el carácter de remuneración que tienen las sumas no remunerativas que se pagan al dependiente, con lo cual era evidente que ante el reclamo judicial de la misma el resultado sería contrario a la postura de la demandada. Esta posición del empleador lo condujo al Magistrado a considerar que no ha existido de su parte buena fe contractual y de allí que proceda la aplicación

de la norma en cuestión, conforme lo decidiera la a quo.

2 – ¿<u>Corresponde en este caso condenar a la demandada a pagar el incremento indemnizatorio previsto por el Art. 2 de la Ley 25.323</u>?

Para dar respuesta al interrogante planteado, he de remitirme a lo que expusiera oportunamente como integrante de esta Alzada al votar, junto al Dr. Mario L. Vivas, in re *"Rispalda, M.E. c/ Cooperativa Ltda. de Prov. de Serv. Públicos y Vivienda de Pto. Madryn s/ Cobro de Pesos"* (Sentencia del 10/02/2015, Reg. N° 07/15).

La norma del art. 2 de la Ley 25.323 impone una sanción indemnizatoria al empleador cuando en forma injustificada obligue al dependiente a iniciar acciones judiciales para obtener el cobro de las indemnizaciones de los arts. 245, 232 y 233 de la LCT. En el caso de autos no se discutió la falta de pago de las indemnizaciones por despido, sino que se trató de un debate vinculado al correcto monto de las mismas y de la base salarial que debía considerarse para efectuar el cálculo. Demás está decir que la propia actora reconoció que la empleadora abonó una suma en concepto de liquidación final y surge de autos que dicha suma fue liquidada por la patronal en función a lo que consideraba ajustado a derecho de conformidad con la Resolución N° 46/17 SST-STR dictada por la Secretaría de Trabajo provincial homologando un acuerdo salarial del gremio.

Lo expuesto me conduce a concluir que no encuentro en la conducta de la parte demandada la situación prevista por el art. 2 de la Ley 25.323. Debiendo recordar que estamos frente a una sanción y por ende de interpretación restrictiva, por lo que deben examinarse puntualmente todos los aspectos antes de aceptar su procedencia (conf. Cám. 6ª. Trab. Mendoza, 02/08/2013, LLOnline AR/JUR/40403/2013).

Es claro que la norma en tratamiento fustiga al empleador que de forma incausada e injustificada resiste el pago de la indemnización. Tengo en cuenta que el artículo 2 de la ley en cuestión es terminante al disponer: *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador,* ***no le abonare*** *las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la ley 20.744 y los artículos 6 y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales…"* (destacado propio).

En autos no se ha imputado la falta de pago por parte de la demandada sino las diferencias numéricas reclamadas por la actora, circunstancias que necesariamente condujeron a un proceso judicial contradictorio, en donde ambas partes ventilaron sus posiciones a los efectos de determinar la naturaleza y alcance de los eventuales créditos surgidos de la vinculación contractual. Por lo tanto, toda vez que no se ha discutido aquí la falta de pago de las indemnizaciones por despido sino su monto y la base salarial que debía considerarse para su cálculo, he de coincidir con la Sra. Jueza María Inés de Villafañe en lo expuesto en su voto al decidir que el reclamo indemnizatorio sustentado en el art. 2 de la Ley 25.323 no resulta procedente en este caso, máxime cuando la trabajadora ha reconocido haber recibido una suma en concepto de liquidación final, la que fue abonada por la empleadora en función de lo que consideró ajustado a derecho.

Es por ello que teniendo en cuenta que la demandada abonó, aunque en forma incompleta, las indemnizaciones derivadas del despido, resulta

improcedente la aplicación de la multa o incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la Ley 25.323, la cual sólo procede frente a la omisión de pago de las indemnizaciones debidas, más no a liquidaciones insuficientes (conf. CNAT, Sala VIII, 18/07/03, Sent. 31.371; íd., íd., 29/07/09, LLOnline AR/JUR/27619/2009; TSJCórdoba, Sala Laboral, 21/12/2010, LLOnline AR/JUR/90067/2010; Cám.2ª.Trab. San Rafael, 14/12/09, LLGran Cuyo 2010 (mayo), 385; CNTrab., Sala VIII, 14/06/2010, LLOnline AR/JUR/33085/2010).

3 – Conclusión

En razón de los fundamentos precedentemente expuestos, corresponde admitir el agravio de la parte demandada y revocar la sentencia apelada en cuanto condenara a la misma al pago del incremento indemnizatorio que establece el Art. 2 de la Ley 25.323. Consecuentemente con ello, el pronunciamiento que corresponde dictar con relación a este punto es el propuesto por la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe. Así lo voto.

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

De compartir los Sres. Jueces de Cámara el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de fs.76/81, detrayendo de la condena el incremento indemnizatorio del art. 2 ley 25.323 por la suma de $ 144.269,82 (Pesos ciento cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta y nueve con 82/100) y CONFIRMARLA en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

2) **SIN MODIFICAR** costas ni honorarios de primera instancia (art. 282 del CPCC)

3) **IMPONER** las costas en la Alzada en un 70 % a la demandada y un 30 % a la actora (art. 72 del CPCC).

4) **REGULAR** los honorarios de los letrados M. T. y L. A. N. en el 28 % a cada uno de ellos, sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el

IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

5) **DE FORMA.**

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

En base a los argumentos expuestos difiero con la resolución propuesta por mi distinguida colega de Cámara, la Sra. Jueza María Inés de VILLAFAÑE, y considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **CONFIRMAR** la sentencia de grado obrante a fs. 76/81 en todo cuanto fuera materia de agravios.
2. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte apelante perdidosa. (Conf. art. 69 del CPCC).
3. **REGULAR** los honorarios del abog. M. T. en el 30 % y los honorarios del abog. L. A. N. en el 25 %; todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, 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).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de diciembre 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 fs.76/81, detrayendo de la condena el incremento indemnizatorio del art. 2 ley 25.323 por la suma de $ 144.269,82 (Pesos ciento cuarenta y cuatro mil doscientos sesenta y nueve con 82/100) y CONFIRMARLA en todo lo demás que ha sido materia de agravio.

2) SIN MODIFICAR costas ni honorarios de primera instancia (art. 282 del CPCC)

3) IMPONER las costas en la Alzada en un 70 % a la demandada y un 30 % a la actora (art. 72 del CPCC).

4) REGULAR los honorarios de los letrados M. T. y L. A. N. en el 28 % a cada uno de ellos, sobre los que resulten determinados en la instancia de grado, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /18 SDL. CONSTE.