En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil diecinueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo Fernando Peral y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando y la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B., M. H. c/ A. S.A. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. N° 115 - Año 2019 CAT)** venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 258. Acto seguido se resolvió plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?----------

---A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expresó:----------

--I. La sentencia de primera instancia de fs. 243/249vta. hizo lugar a la demanda interpuesta por M. H. B. contra A. S.A. por cobro de diferencias indemnizatorias reclamadas y, previa declaración de inconstitucionalidad del tope indemnizatorio establecido en el 2do. párrafo del art. 245 LCT, condenó a esta última a abonar a la actora la suma de $ 399.715,70 con más los intereses respectivos, imponiendo las costas a la demandada vencida. ----------

--- La decisión fue apelada únicamente por la actora, quien presentó su memorial de agravios a fs. 253/254vta. sin que mereciera réplica de la contraria. ----------

-- La actora formula dos agravios contra la sentencia, a saber: 1) cuestiona la determinación de la base para calcular las indemnizaciones por integración mes de despido y preaviso; y 2) el rechazo de la multa del art. 2 de la ley 25.323.----------

--- II. Tratamiento de los agravios. ----------

-- 1) Determinación de la base para calcular la indemnización por integración del mes de despido y preaviso. La sentencia de grado determinó primeramente la existencia de un despido incausado, rechazando el encuadre del distracto en el art. 247 LCT efectuado por la demandada. En su mérito la condenó a abonar las indemnizaciones previstas a dicha forma de extinción del contrato de trabajo en los arts. 231, 232, 233 y 245 de la LCT., considerando el pago efectuado por la empleadora en virtud de la extinción del contrato de trabajo como pago insuficiente en los términos del art. 260 de la LCT y estableciendo las diferencias resultantes.----------

---En lo que respecta concretamente a los rubros indemnizatorios que son materia de agravio -integración del mes de despido y preaviso-, expresó que le asiste razón a la demandada respecto a la aplicación del “principio de la normalidad próxima”, afirmando que el mismo supone que la indemnización debe reflejar el ingreso normal del trabajador correspondiente a la remuneración bruta al momento del cese. Seguidamente el *a quo* practicó liquidación, cuantificando el rubro integración del mes de despido en la suma de $ 16.859,54, SAC proporcional $ 2.809,92, preaviso en $ 33.719,08 y SAC preaviso $ 2.809,92 (ver fs. 249).----------

--- La apelante se agravia del modo de cálculo efectuado por el Magistrado y aduce que no comprende como arribó a la suma de $ 16.859,54 en concepto de integración, ya que ello no se corresponde con el promedio de remuneraciones de la actora en los últimos seis meses ni con los propios reconocimientos de la demandada al contestar demanda, quien cuantificó dicho promedio en la suma mensual de $ 24.206,34. Considera entonces desacertado dicho cálculo, destacando que incluso es inferior a lo planteado como abonado por la propia demandada y realiza un nuevo cálculo del haber mensual promedio, computando para ello las remuneraciones de los últimos seis meses consignadas en el certificado de trabajo art. 80 LCT, arribando a la suma de $ 26.399,19. En su mérito practicó una nueva liquidación, cuantificando los rubros indemnizatorios de la siguiente manera: (i) preaviso: 52.798,24 ($ 26.399,12 x 2); (ii) SAC s/ preaviso: $ 4.399,85; (iii) Integración mes de despido: $ 16.443,53 ($26.399,12 - 9.955,59); (iv) SAC proporcional: $ 1.370,29. ----------

---Se desprende de lo reseñado hasta aquí que la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si el cálculo realizado en la sentencia de la base indemnizatoria de los arts. 232 y 233 de la LCT resulta o no correcto, en tanto arriba firme a esta alzada el criterio de determinación de dicha base elegido por el sentenciante, consistente en el principio de normalidad próxima propuesto por la demandada, computando para ello el promedio de los últimos seis meses por tratarse de un supuesto de trabajador con remuneraciones variables (ver fs. 72 vta.).----------

---Le asiste razón a la apelante al sostener que no se explica de qué modo arribó el juez al monto de $ 16.859,54 en concepto de integración, ya que no se indica mes al que corresponde, salario y días de integración computados. Por otra parte dicho importe es el que evidentemente tomó el sentenciante –multiplicado por dos- para calcular los dos meses completos por preaviso, lo que se deduce de la suma de $ 33.719,08 establecida por dicho concepto. El importe así determinado resulta inferior, inclusive, al reconocido y abonado por la demandada por el mismo concepto por la suma de $ 48.412,70 (conf. contestación de la demanda y recibo de liquidación final de fs. 64). ----------

--- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar al agravio y recalcular los rubros cuestionados, tomando para ello las remuneraciones brutas de los últimos seis meses (marzo a agosto 2016 inclusive) consignadas en la certificación obrante a fs. 22, coincidentes, a su vez, con los importes informados por la AFIP a fs. 122, arribando así a un haber promedio mensual de $ 26.399,11 (158.394,70/6), tal como lo cuantificó la recurrente. ----------

---En su mérito, corresponde confirmar los cálculos consecuentes efectuados a fs. 253 vta. por la apelante, ya que los mismos resultan correctos, quedando determinados los siguientes rubros e importes: 1) indemnización por preaviso: $ 52.798,24; 2) SAC s/ preaviso $ 4.399,85; 3) integración mes de despido mes (agosto 2016): $ 16.443,53 ($26.399,12 - $ 9.955,59) y SAC prop. $ 1.370,29.----------

--- 2) Rechazo de la multa del art. 2 de la ley 25.323. El juez de grado consideró que no resulta procedente en este caso la multa en cuestión por hallarse comprendido el trabajador en un estatuto especial, sosteniendo que es el criterio de esta alzada, Sala "A", SDL 10/2013.----------

--- La recurrente sostiene que se cumplieron los requisitos legales para la condena de la multa en tratamiento y expresa que no se encuentra comprendida en un estatuto especial, ya que si bien se rige por el CCT 372/04, resulta aplicable la ley de contrato de trabajo en cuanto a los rubros indemnizatorios (arts. 245, 232 y 233). Señala que el precedente citado por el *a quo* es un caso distinto al de autos, pues corresponde a un marinero que se regía por un contrato de ajuste.----------

--- Considero que también le asiste razón en este agravio a la recurrente. En efecto, en primer lugar, se ha equivocado el *a quo* al juzgar que estamos en presencia de una actividad alcanzada por un estatuto especial, en tanto si bien la actividad desarrollada por la actora se encuentra regida por un convenio colectivo (CCT 372/04), ello no equivale en modo alguno a la existencia de un estatuto especial o disposiciones que establezca un régimen indemnizatorio diferente para el despido arbitrario, único supuesto que ha dado lugar a posiciones contradictorias en jurisprudencia y en la doctrina en torno a la procedencia de la muta del art. 2 de la ley 25.323 frente al texto de la norma que remite literalmente a los arts. 232,233 y 245 de la LCT. Es en el marco de dicha discusión es que oportunamente se dictó el fallo de esta Sala A citado por el juez de grado, situación que no es asimilable a la que se verifica en esta causa, por lo que el criterio allí expuesto resulta inaplicable.----------

---Asimismo, no puedo dejar de advertir, para que sea tomado en cuenta en futuros pronunciamientos, que el criterio señalado por el magistrado de grado atribuido a esta Sala, en cuanto a la aplicación de la multa en tratamiento a los estatutos especiales, no es el actual del Tribunal. En la SDL 3/19 tuve oportunidad de expedirme al respecto y aclaré sobre la postura de esta Sala. Sostuve allí que "esta Sala que tengo el honor de integrar actualmente también tuvo ocasión de pronunciarse en anteriores oportunidades sobre este tópico (SDL 16/2009; SDL 82/2007 y SDL 28/2017, en esta última con revisión por parte del Dr. Velázquez del criterio contrario expuesto en la SDL 10/2013, volviendo a su posición mantenida en la SDL 82/07), a favor de la aplicación del incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 a los trabajadores marítimos, en forma coincidente con la doctrina que finalmente se plasmó en el plenario "Gauna" por la procedencia del recargo indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 para los trabajadores de mar".----------

---Por lo expuesto, resulta aplicable en este caso la multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, calculada sobre las diferencias indemnizatorias que prosperan, ya que se verifica el supuesto de procedencia de la norma, consistente en el incumplimiento del pago de

las indemnizaciones previstas en los arts. 232,233 y 245 LCT e intimación fehaciente del trabajador (ver TL fs. 13).----------

---III. Conclusión: Por las consideraciones expuestas propicio al Pleno hacer lugar al recurso de apelación deducido por la actora y revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, incrementándose el monto de condena a la suma de pesos seiscientos veintisiete mil setecientos noventa y tres con 72/100 ctvos. ($ 627.793,72), importe que surge del siguiente detalle: ----------

1) Preaviso: $ 52.798,24;
2) SAC preaviso: $ 4.399,85;
3) Integración mes despido: $ 16.443,53
4) SAC proporcional: $ 1.370,29;
5) Antigüedad: $ 495.048,90;

Subtotal: $ 570.060,81

6) Abonado: $ 151.531,66
7) Diferencia indemnizatoria: $ 418.529,15
8) Multa art. 2 ley 25.323: $ 209.264,57
9) Total: $ 627.793,72

--- Respecto a las costas de la alzada, corresponde que sean impuestas a la demandada vencida (conf. art. 57 de la Ley XIV Nro. 1).----------

--- Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios del Doctor M. M., letrado apoderado de la actora, se regulen en un 5,20%, aplicable sobre el monto del proceso que surja de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución y con más el IVA si correspondiere (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).----------

Termino mi intervención, entonces, pronunciándome en la presente cuestión

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

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

-I.- La Dra. Cordón Ferrando reseñó el pronunciamiento apelado e individualizó los agravios expresados por la actora, para evitar innecesarias reiteraciones solo voy a puntualizar las cuestiones que considero esenciales para resolver el planteo recursivo.----II.- La sentencia definitiva estableció las indemnizaciones que corresponden al actor por los art. 232, 233 y 245 LCT y finalmente reconoció diferencias indemnizatorias por la suma $ 399.715,70.- Al realizar el cálculo de las indemnizaciones referidas el Juez de grado estableció la integración del mes de despido en la suma $ 16.859,54 y la indemnización sustitutiva de preaviso en $ 33.719,08.----------

- --- El pronunciamiento fue apelado únicamente por la actora, que formula dos agravios, en el primero cuestiona la base salarial computada por el Juez de grado para calcular la indemnización sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido; y en el

segundo agravio se disconforma con el rechazo de la multa del art. 2 de la ley 25.323.----III.- Efectuado el breve recuento precedente, seguidamente analizaré los agravios reseñados.----------

-III.a.- Base salarial a los efectos de calcular la indemnización sustitutiva de preaviso y la integración del mes de despido. Sostiene la recurrente que el juez de grado se equivocó al momento de cuantificar dichos rubros. Al respecto señala que la remuneración que tomó como base no se corresponde con el promedio de los últimos seis meses laborados por la actora, ni tampoco con el salario que tomó la demandada en la liquidación final.----

--- Para resolver el presente agravio, cabe señalar que el magistrado de la anterior instancia no explicó de que manera arribó a las sumas consignadas en el decisorio. Solamente mencionó que siguió el criterio de normalidad próxima indicado por la demandada, sin ninguna otra aclaración. Ante ello, es preciso aclarar que la accionada sostuvo en su escrito de contestación de demanda que “en lo que respecta a la indemnización por omisión de preaviso (art. 232 de la LCT) su cálculo participa del concepto de normalidad próxima…correspondiendo en el caso de trabajadores con remuneraciones variables considerar el promedio de los últimos seis meses” (fs. 72vta).-

--- Pese a receptar el criterio referido, como señala la actora, los importes establecidos por el magistrado respecto de los rubros referidos no se corresponden con los determinados y reconocidos por la demandada. En efecto, en el recibo correspondiente a la liquidación final (fs. 64) se cuantificó el preaviso en la suma de $ 48.412,70, importe que difiere de los $ 33.719,08 determinados por el magistrado del grado.----------

-- En razón de lo expuesto, no surgiendo de la sentencia como se arribó a sumas inferiores a las reclamadas por la actora y reconocidas por la demandada, corresponde efectuar de manera correcta los cálculos de los rubros en tratamiento, dado que su procedencia y criterio de cálculo arriban firmes a esta sede.----------

--- Por tanto, por aplicación del criterio de normalidad próxima debe computarse el promedio de las remuneraciones de los últimos seis meses para establecer el salario a computar para establecer las indemnizaciones de los arts. 232 y 233 LCT, como señala la propia demandada y por ser este el criterio correcto para estos casos. En tal sentido, la sala IV de la CNAT sostiene que: “A los fines indemnizatorios, cuando se observa la percepción de remuneraciones variables, el criterio de la normalidad próxima rige respecto del preaviso y de los días trabajados en el último mes, partidas cuyos montos deben ser recalculados. El principio de la "normalidad próxima", intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante el lapso del preaviso omitido. Cuando el trabajador es retribuido con rubros variables no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes de retribución

mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente torna procedente la aplicación del promedio mencionado" (Villa, Fabiana Marcela vs. BTS S.A. y otros s. Despido /// CNTrab. Sala IV; 16/03/2016; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; 767/2011; RC J 2811/16).----------

--- Pasando entonces a efectuar los cálculos correspondientes, seguiré la base que tomó la Dra. Cordón Ferrando (remuneraciones informados por AFIP, fs. 122) para arribar a un salario promedio mensual de $ 26.399,11 ($ 158.394,70 / 6). Conforme dicho promedio salarial, resulta correcta la liquidación practicada por la actora en su escrito recursivo (fs.253vta) y en consecuencia corresponde establecer, respecto de los rubros cuya determinación se cuestiona en el agravio bajo análisis, los siguientes montos: (i) preaviso: $ 52.798,24; (ii) SAC s/ preaviso $ 4.399,85; (iii) integración mes de despido: $ 16.443,53 y (iv) SAC prop. $ 1.370,29. Así lo voto.----------

--- III.b.- Multa del art. 2 de la ley 25.323. El juez de grado rechazó la procedencia de la multa referida por considerar que la actora se encuentra alcanzada por un estatuto especial y que tal circunstancia excluye su percepción.----------

--- Al expresar agravios la actora afirma que los requisitos legales para la procedencia de la multa están cumplidos, dado que la demandada fue intimada a abonar la indemnización por despido y que fue obligada a litigar para acceder a sus acreencias. Por otra parte, sostiene que el Juez de grado equivocadamente consideró que el Convenio Colectivo aplicable es un estatuto especial y que confundió el tipo de relación laboral que existía entre las partes dada la actividad pesquera de la accionada y al respecto agrega que el precedente citado corresponde a un criterio jurisprudencial inaplicable al caso de autos por referirse a un contrato de ajuste. Por dichos argumentos, en definitiva peticiona se revoque la sentencia recurrida en tanto rechazó la procedencia de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323. ----------

--- Frente a tales planteos, adelanto que el agravio debe tener favorable acogida, ya que se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia del recargo indemnizatorio pretendido. --Al respecto, cabe puntualizar que el art. 2 de la Ley 25323 establece: "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los arts. 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%".----------

-- Siendo ello así, es preciso destacar que llega firme a esta instancia que a la actora le corresponde percibir las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y que la demandada fue intimada a su pago (telegrama ley 23789 identificado como CD 736782878, fs. 13). Por tales razones, no tengo duda que se

encuentran cumplidos los requisitos para la procedencia de la multa en tratamiento, como se afirma en el escrito de expresión de agravios.----------

--- Además de lo apuntado, es oportuno señalar que asiste razón a la actora cuando sostiene se equivoca él *a quo* al rechazar el recargo indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25323 y citar un fallo de esta Sala en apoyo a su decisión (SDL 10/2013), cuando en el mismo se evaluó y aplicó un régimen indemnizatorio distinto al establecido por la Ley de Contrato de Trabajo. --Al respecto, corresponde precisar que si bien la relación laboral de la actora se regía por un convenio colectivo celebrado entre la Cámara Argentina Patagónica de la Industria Pesquera y la Federación de Trabajadores de la Industria de la Alimentación (CCT 372/04), tal circunstancia no implica que la relación estuviera regida por un estatuto especial con un régimen indemnizatorio diferente al previsto en la Ley 20.744. ----------

--- Si bien no desconozco las distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales existentes respecto a la aplicación de las multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323 a las relaciones regidas por estatutos especiales, el caso de autos no se encuentra alcanzado por dicha controversia, pues la relación laboral que vinculó a las partes estuvo regida por la Ley de Contrato de Trabajo y por tal razón, en la sentencia se estableció que la actora es acreedora de las indemnizaciones previstas en dicho cuerpo normativo.----------

--- Por lo expuesto, propongo al pleno hacer lugar al agravio, disponiendo la condena al pago de la multa establecida por el Artículo 2° de la Ley 25.323, la que se debe calcular respecto de la diferencia indemnizatoria que finalmente prospera.----------

--- III. Conclusiones. Por las consideraciones referidas, compartiendo el criterio expuesto por la colega preopinante y ascendiendo finalmente la diferencia indemnizatoria que debe percibir la actora a la suma de $ 418.529,15 (Preaviso: $ 52.798,24 + SAC s/preaviso: $ 4.399,85 + Integración mes de despido: $ 16.443,52 + SAC proporcional mes despido: $ 1.370,29 + Indemnización Antigüedad: $ 495.048,90 = $ 570.060,81 - lo abonado $ 151.531,66), corresponde incrementar el monto de condena a la suma total de **$ 627.793,72**. ($ 418.529,15.- dif. indemnizatoria + $ 209.264,57.- multa art. 2 ley 25.323).----------

--- Dado que se hace lugar al recurso de apelación articulado por la actora, las costas de esta alzada se deben imponer a la demandada vencida (arts. 57 de la Ley XIV N° 1 y 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios del letrado apoderado del actor, Dr. M. M., deben regularse en el porcentual propuesto por la Magistrada preopinante, ello conforme a la extensión, calidad y resultado de los trabajos efectuados (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y 46 de la Ley XIII n° 4).----------

--- Por todo lo expresado, a la primera cuestión me expido PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTION:** la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:----------

---Visto el acuerdo alcanzado al tratar las cuestiones precedentes, corresponde:---------

-- ---A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, incrementándose el monto de la condena a la suma de pesos seiscientos veintisiete mil setecientos noventa y tres con 72/100 ctvos. ($ 627.793,72), la que deberá ser abonada en el plazo y con más los intereses impuestos en el grado.----------

---B) IMPONER las costas de la alzada a la demandada vencida (conf. art. 57 Ley XIV nro. 1), fijando los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta alzada, al doctor M. M., letrado apoderado de la actora, en un 5,20%, porcentaje aplicable sobre el monto del proceso y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).----------

---Así lo voto.----------

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

---El pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Dra. Cordón Ferrando, 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 (Art. 8º Ley V Nº 17).----------

-------- Trelew, de diciembre de 2019.----------

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

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

--- A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, incrementándose el monto de la condena a la suma de pesos seiscientos veintisiete mil setecientos noventa y tres con 72/100 ctvos. ($ 627.793,72), la que deberá ser abonada en el plazo y con más los intereses impuestos en el grado.----------

---B) IMPONER las costas de la alzada a la demandada vencida (conf. art. 57 Ley XIV nro. 1), fijando los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta alzada, al doctor M. M., letrado apoderado de la actora, en un 5,20%, porcentaje aplicable sobre el monto del proceso y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 8, 9, 13, 18 y 46 de la Ley XIII nro. 4).----------

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

FLORENCIA CORDÓN FERRANDO
JUEZA DE CÁMARA

MARCELO FERNANDO PERAL
PRESIDENTE

---REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2019 – SDL – CONSTE.----------