--- En la ciudad de Trelew, a los 5 días de junio del año dos mil veintitrés, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Florencia Cordón Ferrando y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B., D. H. c/ A. S.A. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. Nro. 33 Año 2023 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado en autos. Las Magistradas resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: es procedente la apelación de honorarios interpuesta por la demandada mediante ID 903489? y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

--- I. El día 22 de noviembre de 2022 la jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda entablada por D. H. B. contra A. S.A. condenándola a pagar al actor la suma de $439.233,83 con más los intereses determinados en el considerando respectivo. Impuso las costas a la vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

---La demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia definitiva mediante presentación digital ID 903488 y recurso de apelación de todos los honorarios regulados en la sentencia mediante escrito digital ID 903489. Concedidos ambos recursos, la demandada expresó agravios mediante ID 915596 que no fueron respondidos por la contraria.

---II. La demandada expresó tres agravios: 1) infracción del art. 245 LCT; 2) cálculo de la antigüedad; y 3) multa art. 2° de la Ley 25.323.

---III. Trataré los agravios en el orden en que fueron expuestos.

---III. a. Infracción del art. 245 LCT.

--- La Magistrada resolvió no aplicar tope alguno al cálculo de la indemnización por despido fundando su decisión en la omisión de la autoridad administrativa en la fijación y publicación de un tope con vigencia a la fecha del distracto. Agregó que al momento del despido eran otras las remuneraciones del sector. Dijo que la publicación del tope es función propia del Poder Ejecutivo cuya omisión no debe ser suplida por el Poder Judicial. Citó, en sustento de sus fundamentos, un voto del Dr. Fernández Madrid en el que señaló que, ante la conducta omisiva del Ministerio de Trabajo, se debe prescindir de la aplicación del tope indemnizatorio y que, además, el art. 16 de la LCT veda la posibilidad de aplicación analógica de las convenciones colectivas. Como consecuencia, declaró la inexistencia de tope publicado y resolvió no aplicar tope alguno a los fines del cálculo de las indemnizaciones del art. 245 LCT. Dijo también que aplicarlo implicaría violentar abiertamente los derechos del trabajador al limitar su indemnización a un tope antiguo, devaluado y no vigente al momento del despido.

--- Frente a estos argumentos, la recurrente afirma, con cita de jurisprudencia de la CSJN y del STJ, que la tarifación de la indemnización por despido es constitucionalmente válida y que la omisión del Ministerio de Trabajo respecto de la fijación de los topes no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento. Dice también que el juez no puede dejar de aplicar un tope indemnizatorio en tanto ello significa fallar en contra de la ley. Agrega que la circunstancia de que el tope salarial correspondiente al CCT 372/04 haya sido fijado en el año 2016, no es razón para dejar sin límite a la base de la liquidación de la indemnización por antigüedad. Afirma que si bien el tope vigente al momento del despido para el CCT 372/04 era de $50.461,65, considerando la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor anterior al despido (enero de 2019) asciende a $89.330,05, aplicando V., corresponde adoptar como base para liquidar la indemnización por antigüedad la suma de $59.851,13, límite de reducción en el 67%.

--- A fin de dar respuesta al agravio en primer lugar corresponde efectuar un repaso del texto del art. 245 LCT vigente. El primer párrafo establece que, en los casos de despido sin justa causa, la empleadora deberá abonar una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como *base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada* durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. En su segundo párrafo el artículo 245 fija el tope a esa base del siguiente modo: "*no podrá exceder el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador,* al momento del despido, por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad" y, especifica que corresponderá al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo. Luego, el tercer y cuarto párrafo también se ocupan del tope del siguiente modo: "…aquellos *trabajadores excluidos del convenio colectivo de trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el del convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o al convenio más favorable*, en el caso de que hubiera más de uno" (3°) y "…aquellos *trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios*, si éste fuere más de uno" (4°).

--- Para continuar con el análisis cabe aclarar que, tal como señala la apelante, la constitucionalidad del tope se encuentra convalidada tanto por la jurisprudencia de la Corte Nacional como por la del Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia. En efecto, la CSJN se ha expedido desde antiguo en este sentido en distintos precedentes entre los que podemos mencionar los siguientes: Fallos: 302:654; 304:543; 306:1964; 313:850; 317:1455; 319:2264; 320:2665; 322:995; entre otros, todos anteriores al año 2004. Y

nuestro Superior de Justicia se expidió al respecto, entre otras, en las causas “Águila” (SD 01/2019), “Mac D.” (SD 02/ 2019) y “G.” (SD 48/2020).

--- En el mes de septiembre de 2004, junto con otros precedentes de relevancia en materia laboral, la CSJN dictó sentencia en la causa “V.” colocando un límite al tope. En este caso la Corte afirmó que *"no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el primer párrafo del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, vale decir, ‘la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si este fuera menor’, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos"* (Fallos: 327:3677). Dos años más tarde, ratificó el criterio diciendo que en V. *"no se descalificaron los topes indemnizatorios, sino que, en virtud de las circunstancias del caso, se acudió a una pauta estimativa para salvaguardar la tutela constitucional contra el despido arbitrario ante la notoria desproporción entre el ingreso del trabajador y la base de cálculo"* (CSJN, 07/02/2006, “Nine, Héctor Aldo c. Automóvil Club Argentino”, Publicado en: La Ley Online, cita: TR LALEY AR/JUR/10879/2006). Finalmente, el 16 de diciembre de 2021, en la causa “Sosa”, con remisión al Dictamen del Procurador, volvió a ratificar la constitucionalidad del tope (Fallos: 344:3700).

--- Sentado lo anterior, y como también señala la recurrente, según doctrina de la CSJN y del STJ *“la demora del organismo del Estado en la fijación de los topes, tarea que le ha sido encomendada con el fin de facilitar la aplicación de la norma, no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye razón válida para determinar el crédito del actor con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión”* (Fallos 323:1765 y 324:1608, entre otros). Criterio seguido por nuestro STJ en las causas “Águila” (SD 01/2019), “Mac D.” (SD 02/ 2019) y “G.” (SD 48/2020).

--- Ahora bien, teniendo en cuenta las posturas de las partes en el marco legal descripto y a la luz de sentencias tanto de la CSJN como del STJ, adelanto que en mi opinión no lleva la razón la demandada en su pretensión por diversas razones.

--- En primer lugar, no es acertada la afirmación de la demandada cuando dice: *“el juez no puede dejar de aplicar un tope indemnizatorio en tanto ello significa fallar en contra de la ley”*. Por el contrario, en la mayoría de los casos no se aplica tope alguno. Y ello ocurre porque la mayoría de las personas no alcanza con su mejor remuneración normal y habitual a triplicar el promedio de la escala salarial correspondiente.

--- Por lo dicho en el párrafo anterior, creo importante resaltar que B. fue contratado bajo la modalidad de trabajador eventual primero y de temporada después como personal de planta para procesar langostino fresco. Esto significa que no estamos frente a una persona con un puesto jerárquico o gerencial dentro de la empresa que hiciera presumir que su

mejor remuneración normal y habitual triplicaría el promedio de las remuneraciones de la escala salarial aplicable a la fecha del distracto.

--- Sin perjuicio de ello, y en la hipótesis de que B. pudiera superar el tope fijado por el art. 245 LCT, corresponde analizar la pretensión de la demandada tanto al contestar demanda como al expresar agravios a fin de resolver si es posible hacer lugar a las mismas. Esto es debido a que en virtud del principio de congruencia que rige tanto en la primera instancia como en la alzada, cualquier decisión debe enmarcarse dentro de las pretensiones de las partes.

--- La demandada, como pretensión principal, solicita la aplicación del tope fijado para el CCT 304/04 en abril del año 2016 por haber sido el último publicado. Y como pretensión subsidiaria de la anterior, solicita que, teniendo en cuenta la doctrina de la Corte en "V.", la mejor remuneración normal y habitual de B. se reduzca en un 33%.

--- En cuanto a la pretensión principal, conforme expresa disposición legal, el tope que debe aplicarse es el que se encuentre en vigencia a la fecha del distracto. En este caso el distracto ocurrió en abril del año 2019, por lo que aplicar el tope elaborado a partir de escalas salariales anteriores a la fecha de publicación del tope (abril de 2016), implicaría ocasionar un evidente perjuicio al trabajador. Resulta imposible imaginar que, de conformidad a los índices inflacionarios de nuestra economía, no haya habido un aumento salarial en la actividad del trabajador entre el 2016 y el 2019. De hecho, la jueza en la sentencia menciona la existencia de una nueva escala salarial publicada con posterioridad y cuyo tope no fue fijado por el Ministerio de Trabajo (aclaro que se refiere a la homologación del acuerdo celebrado el 12 de junio de 2017 y que contiene remuneraciones a partir del 01/05/2017, 01/06/2017 y 01/03/2018, es decir, si bien son posteriores no corresponden a la fecha del distracto).

--- Tampoco puede prosperar la pretensión subsidiaria. Como señalé al comienzo, la aplicación de un tope a la base de cálculo de la indemnización por despido solamente se da en los casos en que la mejor remuneración normal y habitual del trabajador o trabajadora supere "*el equivalente de tres veces el importe mensual de la suma que resulte del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador".* Y la aplicación de "V." solo es procedente cuando la mejor remuneración normal y habitual se ve "*reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos".* Esto significa que la aplicación de V. no es automática, sino que depende de diversos factores. En este caso, no solo no contamos con un tope publicado por el Ministerio de Trabajo y vigente al momento del distracto, sino que, además, la demandada no dio razones para justificar que, en este caso, sería necesario recurrir a la aplicación de "V.". Es por ello que, en mi opinión, esta pretensión tampoco puede prosperar. Es que, frente a la inexistencia de montos que permitan comparar y evaluar una

posible confiscatoriedad en la cuantía indemnizatoria por cese laboral, la pretensión de la demandada debía acompañarse, necesariamente, de una correcta alegación y posterior prueba. La demandada nada dijo ni, mucho menos, probó al respecto. Se limitó a pedir la aplicación de un tope que contaba con tres años de antigüedad a la fecha del distracto y, subsidiariamente, la aplicación de "V.".

--- Hacer lugar a la pretensión de la demandada violentaría gravemente todo el sistema de protección estructurado a partir del art. 14bis de nuestra Constitución Nacional.

--- Es cierto que, de acuerdo con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, la falta de publicación del tope no debería ser un obstáculo para la aplicación de un tope. Lo que ocurre en este caso, a diferencia de todos los precedentes citados, es que la demandada no alegó ni probó que B. tuviera una remuneración que fuera a necesitar fijarle un tope. Por otra parte, y aun dejando de lado lo afirmado en la oración anterior, tampoco solicitó la aplicación de un tope correspondiente a otro CCT aplicado por la empresa o establecimiento. Esa hubiera sido la única manera de poder aplicar al caso los precedentes citados. Es que no encuentro manera, con las constancias de la causa, de aplicar los párrafos 3° y 4° del art. 245 de la LCT dado que su aplicación presupone la existencia de topes fijados para CCT distintos al que rige al trabajador, pero igualmente aplicado por la empresa o establecimiento. Esta cuestión está expresamente prevista en la LCT que en su art. 8 dispone que los convenios colectivos de trabajo (en este caso su tope) para ser aplicados requieren de su debida individualización. Y esta circunstancia no fue traída a la litis por la interesada que es, justamente, la empresa demandada.

--- Por lo expuesto en el párrafo anterior, el presente caso difiere de los tres precedentes del STJ antes citados. Por una parte, en aquellos casos se juzgó el caso de personal jerárquico de una empresa petrolera. Y por la otra, había sido debatido desde el origen la cuestión de la falta de publicación del tope correspondiente al CCT 611/10 y la pretensión de la demandada de aplicar el tope correspondiente a otro convenio aplicado en su establecimiento. En este marco, en estas sentencias se dijo que *"la peculiaridad del CCT 611/10 -no establecer escalas salariales generales, sólo adicionales- pone de manifiesto que la falta de fijación y publicación del tope no es atribuible a la omisión o inactividad del Ministerio de Trabajo, sino a una evidente imposibilidad material, pues su tarea se encuentra supeditada a la existencia de escalas salariales acordadas por las partes signatarias del respectivo convenio colectivo". Y luego, al brindar la solución al caso se dijo lo siguiente: "la solución la encontramos en el precedente 'Nine, Héctor Aldo c. Automóvil Club Argentino' (CSJN, 7/2/09, La Ley Online AR/JUR/10879/2006). Allí, la Corte Suprema resolvió el reclamo de un trabajador que, en su condición de gerencial, no estaba incluido en las categorías del convenio de la actividad inherente al principal y a cuyo tope indemnizatorio no era posible acudir en razón de no haber sido fijado por la*

autoridad competente dada la inexistencia de escalas salariales homologadas. Haciendo suyas las palabras del Procurador General y sobre la base de precedentes anteriores, afirmó que tal extremo 'no constituye óbice que impida preservar el propósito legislativo de establecer un límite a las indemnizaciones en concepto de despido'. Estableció que el 3er. párrafo del art. 245 era la solución legal prevista para el caso y señaló que el límite al monto de las indemnizaciones '...alcanza también a los trabajadores no amparados por convenios colectivos, a quienes les será aplicable el tope que corresponda al convenio de actividad inherente al establecimiento donde preste servicio o al acuerdo más favorable, en la eventualidad que hubiera más de uno'. Refirió también a oportunidades previas donde '...hizo hincapié en la natural gravitación del tope sobre los empleados superiores'. (...) La solución pasó también aquí por la aplicación del párrafo 3° del art. 245, LCT. (...) Ello así, al igual que lo hice en SD N° 1y 2/SRE/19, concluyo que en el marco de ese razonamiento de la Corte Nacional que puntualiza el inequívoco propósito del legislador de imponer un límite a las indemnizaciones por despido a través de la aplicación de topes objetivos calculados por la autoridad de aplicación sobre la base de escalas salariales homologadas, límite del que no está excluido el personal jerárquico o gerencial, en circunstancias como las que se dan en este expediente, la solución legal debió encontrarse dentro del propio sistema indemnizatorio reglado en el art. 245, LCT, puntualmente en su 3° párrafo. Al igual que aquí el convenio inherente a la actividad cuya aplicación se debatía en aquellos precedentes, y que a resultas del 3° párrafo se aplicó fue el CCT 605/10 del personal del sindicato de petróleo y gas privado del Chubut. No obstante lo cual ante la magnitud de la disminución que importaba la aplicación del tope correspondiente a dicho convenio, respecto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, en ambos casos concluí aplicando los parámetros de la doctrina de "V." de la Corte Suprema" (voto del Dr. Vivas en SD 48/2020 con cita y reproducción de lo resuelto en las SD 1/2019 y 2/2019).

--- Como puede verse de manera patente en el voto antes transcripto, no estamos frente a la misma situación. Por un lado, los casos resueltos por el STJ se referían a personal jerárquico dentro de la actividad petrolera. Y, además, en aquellos casos era posible dar como solución al caso el recurrir al párrafo 3° del art. 245 LCT porque había sido introducido de manera oportuna en la litis por la parte interesada en la aplicación de un CCT diferente al que regía a las partes. De hecho, en aquellos casos la demandada ya había liquidado la indemnización por antigüedad según el tope salarial del CCT 605/10 reajustándolo luego de acuerdo a "V.". Es decir, en todo momento estuvo sobre la mesa la posibilidad de aplicar el tope correspondiente a otro CCT como habilita el párrafo 3° del art. 245 y que es el mecanismo a seguir según doctrina de la Corte y del STJ.

--- Sin embargo, y con esto concluyo, frente a las deficiencias en la alegación y prueba por parte de la demandada, resulta imposible en este caso aplicar tope alguno y por ello, sumado a todos los demás motivos expuestos en los párrafos anteriores, es que entiendo que el agravio no puede prosperar.

--- Por lo expuesto, y aunque por motivos diferentes a los brindados en la instancia anterior, propongo rechazar el presente agravio.

---III. b. Cálculo de la antigüedad.

--- La Magistrada de la instancia anterior computó, a los fines del cálculo de la indemnización por despido, la antigüedad del actor desde su ingreso ocurrido el 20/07/2017, hasta el despido ocurrido el 04/04/2019 (dos períodos). Esta decisión fue coincidente con la pretensión del actor que en su demanda afirmó que la vinculación había sido ininterrumpida a pesar de los sucesivos contratos firmados.

--- La demandada afirma en su segundo agravio que la antigüedad del actor al momento del despido fue calculada soslayando la expresa disposición del art. 6 del CCT 372/04. --- Refiere que el actor trabajó para la demandada en calidad de trabajador eventual en los períodos 20/07/2017 al 20/02/2018 y 06/03/2018 al 04/04/2018, acumulando una antigüedad de 8 meses y dos días. Agrega que luego fue incorporado como trabajador de temporada en el período 15/06/2018 al 01/11/2018 y 02/01/2019, de acuerdo con los contratos aportados al contestar demanda, haciéndolo hasta el 01/04/2019, fecha en la cual fue despedido sin cumplir la totalidad del ciclo.

--- Transcribe lo dispuesto por el art. 6 inc. f del CCT 372/04 que establece: *"Se garantiza a todo trabajador/a que sea llamado a desempeñar tareas de temporada un lapso mínimo de quince (15) días de trabajo continuo. A todos los efectos del cálculo de antigüedad del trabajador/a de temporada, se considerará un (1) año de servicio por cada dos temporadas. En el supuesto de que el trabajador prestare servicios efectivos por un período mayor a ciento cincuenta (150) días en un 1 (un) año calendario, se considerara año completo de antigüedad. A los mismos efectos el trabajador/a temporario deberá haber cumplido el ciclo completo establecido por la empresa"*.

--- Afirma que el actor no cumplió dos ciclos de temporada ya que fue despedido durante el curso de la iniciada el día 02/01/2019, ni laboró 150 días en cada año calendario, considerando los períodos 15/06/2018 al 01/11/2018 (139 días) y 02/01/2019 al 01/04/2019 (89 días), por lo cual su antigüedad debe calcularse de acuerdo al tiempo trabajado en calidad de trabajador eventual (8 meses y dos días).

--- No asiste razón a la demandada en su planteo y, en caso de ser compartida mi opinión, este agravio será rechazado.

--- Son diversas las razones por las cuales considero que el cálculo de la antigüedad efectuado en la sentencia es correcto entre las que se cuentan las siguientes:

--- La demandada no explicó los motivos por los cuales hizo firmar al actor dos contratos como trabajador eventual y dos contratos de temporada. De hecho, de la lectura de los contratos surge la misma justificación tanto para los eventuales como para los de temporada. Así, en el contrato de fecha 20/07/2017 (hoja 56) se establece lo siguiente: *"la modalidad prevista en el art. 99 de la LCT obedece a la necesidad del empleador de cumplir con la clasificación de la materia prima (langostino), debido a la captura que vienen efectuando los barcos denominados Amarillos -a la parte- con asiento en Puerto Rawson, lo cual hace necesaria la contratación extraordinaria de trabajadores con experiencia en el procesamiento manual de la misma, la que es fresca, sin congelar, lo cual obliga al procesamiento en forma inmediata toda vez que la dotación efectiva de la planta no alcanza a procesar la totalidad de esta captura"*. En el contrato (eventual) de fecha 03/03/2018 (hoja 53) se estableció exactamente lo mismo que en el anterior. En el contrato de temporada de fecha 15/06/2018 (hoja 51) se estableció lo siguiente: *"el empleador contrata al empleado, en calidad de trabajador de Temporada (art. 6 CCT 372/04) a partir del día de la fecha, para efectuar tareas de procesado de Langostino fresco obedeciendo su contratación a la necesidad de procesar la captura en forma inmediata al ingreso del producto dado su condición de altamente perecedero"*. Finalmente, en el contrato de temporada de fecha 02 de enero de 2019 (hoja 48) se estableció exactamente lo mismo que en el anterior.

--- Sumado a lo anterior, esto es, la falta de justificación de haber recurrido a dos modalidades de contratación diferentes, la demandada tampoco explica los motivos por los que considera que solamente debe indemnizarse el período trabajado como eventual. --- Por otra parte, no dice (ni dijo al contestar demanda, ni en los contratos) cuál es la temporada que toma en consideración. Nótese que un contrato está fechado en junio y el otro en enero.

--- Además, considera como temporada cumplida la iniciada el 15/06/2018 y finalizada el 01/11/2018 sin brindar explicación alguna. Luego, considera como temporada sin cumplir completamente por el actor a la iniciada el 02/01/2019 en virtud del despido ocurrido el 01/04/2019. Lo expuesto me lleva a concluir que prácticamente todo el año es "temporada" para la demandada. O al menos eso es lo que se infiere de los períodos abarcados por el actor dado que desde el 15/06/2018 (comienzo de la primera temporada) al 01/04/2019 (despido del actor antes de finalizar la segunda temporada), solo quedan sin cubrir los meses de noviembre y diciembre. Ahora bien, anteriormente había sido contratado en calidad de "eventual" durante el período comprendido entre el 20/07/2017 y el 20/02/2018, período que comprende los meses de noviembre y diciembre. Esta circunstancia resulta fundamental para llegar a la conclusión de que la contratación del actor en modo alguno puede considerarse como de temporada y, mucho menos, como eventual.

--- En síntesis, la demandada no dijo en ningún momento cuál es la “temporada” de la actividad y, además, quedó demostrado con sus propios contratos que el actor trabajó durante todos los meses del año (aun considerando las breves interrupciones entre contrato y contrato).

--- El art. 6 inc. f del CCT 372/04 que la demandada considera inaplicado en el caso no puede interpretarse del modo en que lo hace la recurrente. Este artículo, como cualquier norma contenida en un CCT, debe considerarse como una mejora al régimen general. Caso contrario, rige el art. 18 de la LCT. Evidentemente, la norma convencional prevé un modo de computar la antigüedad en beneficio de quienes trabajan por temporada. De este modo, cada dos temporadas se considera que sumó un año de servicio cuando matemáticamente no llegara a los 12 meses (dado que si llega o supera los 12 meses se aplica el art. 18 de la LCT). No cabe otra interpretación puesto que no es posible, mediante un CCT, acordar condiciones de trabajo por debajo del mínimo inderogable previsto en la LCT (doctrina del art. 8 LCT).

--- Por lo expuesto, aun considerando que el actor trabajó solamente durante los períodos abarcados por los dos contratos eventuales y los dos de temporada acompañados por la demandada (y no de manera ininterrumpida como afirma el actor) el resultado es el mismo. Conforme surge de la pericia contable obrante entre las páginas 221 y 223, teniendo en cuenta los cuatro contratos acompañados, el actor trabajó para la demandada durante 476 días, que supera el año y tres meses (455 días), por lo que, aún de esta manera le corresponde una indemnización equivalente a dos remuneraciones según el art. 245 LCT.

--- Por último, corresponde tener en cuenta que el art. 9 de la LCT dispone que, en caso de duda sobre la aplicación de normas legales o convencionales, prevalecerá la más favorable, que en este caso es el art. 18 de la LCT.

--- Por lo expuesto propongo al acuerdo el rechazo del segundo agravio expresado por la recurrente.

---III. c. Multa art. 2° de la Ley 25.323.

--- En su último agravio la recurrente manifiesta que, como consecuencia de lo vertido en los agravios anteriores, la multa establecida en el art. 2 de la Ley 25.323 debe reducirse.

--- Este agravio no pude tratarse atento el modo en que se resolvieron los dos anteriores. Así lo propongo al acuerdo.

--- I--V. Conclusión: Por los fundamentos dados propongo confirmar la sentencia apelada con costas a la demandada vencida (art. 57 Ley XIV n° 1).

---En atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo regular los honorarios del Dr. L. A. N., letrado apoderado de la demandada, en el 2,75% del monto del proceso con más el IVA en caso de corresponder (arts. 5, 6, 8, 13, 18, 38 y 46 de la Ley XIII n° 4).

---Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA AFIRMATIVA.

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

-----I.- Los antecedentes del caso fueron suficientemente resumidos con claridad en el primer voto. Me remito a dicha reseña en honor a la brevedad, adentrándome directamente al tratamiento de los agravios.

---Coincide mi opinión con la expuesta por la prevotante de modo que para fundar mi voto individual en cumplimiento de la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará que formule las siguientes consideraciones.

---II. a. Infracción del art. 245 LCT.

---La Jueza de Primera Instancia decidió no aplicar tope alguno para el cálculo de la indemnización, sin necesidad de declaración de inconstitucionalidad, explicitando que a la fecha del despido las remuneraciones pactadas en el CCT 372/04 eran más abultadas que las vigentes al momento de establecerse el tope en la Disposición Nro. 181-E-2017 y que el Ministerio de Trabajo no publicó ni determinó los topes del acuerdo negocial que abarcaba las remuneraciones del período en que el actor fue despedido.

---Dijo que lo contrario implicaría violentar abiertamente los derechos del trabajador al limitar su indemnización a un tope antiguo, devaluado y no vigente al momento del despido, por haberse pactado nuevas remuneraciones sin haberse establecido nuevo tope mediante el acto administrativo pertinente.

---La apelante entiende que el juez no puede dejar de aplicar un tope indemnizatorio ya que ello implicaría fallar contra la ley; cita en su apoyo el precedente del STJ SDL Nro. 48/2020 y el de la CSJN en la causa “D.” (Fallos 324:1608); explica que la circunstancia de que el tope salarial haya sido fijado en el año 2016 no es razón para dejar sin límite a la base indemnizatoria y recuerda que el art. 245 LCT contempla en su tercer párrafo el supuesto de los trabajadores no incluidos en CCT. En base a dichos argumentos insiste en que se debe considerar el tope del CCT 372/04 y por aplicación de la doctrina del precedente “V.” adoptar como base el límite de reducción del 67% de la MRNH. –

--Como ha quedado en claro no se halla en discusión la validez constitucional del tope indemnizatorio, declarada desde antiguo por la CSJN y ratificada en el conocido caso “V.” (Fallos 327:3677), sino cómo resolver la aplicación de la limitación legal prevista en el art. 245 LCT ante la inexistencia de tope fijado y publicado por parte del Ministerio de Trabajo. Mientras la empleadora pretende se aplique el límite del último tope publicado con el alcance de la doctrina que surge de “V.”, el actor pretende que no se aplique tope alguno.

---Adelanto que concuerdo con mi colega de Sala en que corresponde confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto, mas ello por los argumentos que a continuación expongo.

--- Es cierto, como lo señaló la recurrente, que de la doctrina de la CSJN surge que la demora del Estado en la fijación y publicación del tope resultante de la nueva escala salarial acordada en el convenio colectivo o en un acuerdo salarial posterior, como sucede en este caso, no autoriza a prescindir directa y absolutamente del tope por su falta de actualización.

---Así, en el precedente “D.” (Fallos 324:1608), invocado en los agravios, la Corte consideró que el artículo 245 de la LCT, "*al regular el método a seguir para determinar el monto correspondiente al tope que menciona, con sujeción a lo que las partes del convenio colectivo acuerden en materia de salarios, pone en evidencia el inequívoco propósito del legislador de imponer un límite a las indemnizaciones por despido", y que "la demora del Organismo del Estado en la fijación de los topes, tarea que le ha sido encomendada con el fin de facilitar la aplicación de la norma, no puede ser entendida como un obstáculo para su acatamiento, ni constituye razón válida para determinar el crédito del actor con prescindencia de la limitación legalmente contemplada para resolver la cuestión" (el tope indemnizatorio) (CSJN, 15/05/2001, "D., Norberto c/ Editorial Musical Korn Intersong S.A.").* El mismo criterio fue seguido en Fallos 323:1765 y 324:1614.-

---Como bien reseñó mi colega, el mismo criterio fue adoptado por nuestro Superior Tribunal de Justicia en las causas “A.” (SD 01/2019), “M. D.” (SD 02/2019) y “G.” (SD 48/2020).

---Si bien ello es así, la cuestión debe decidirse necesariamente en el marco de las postulaciones de las partes y las reglas de la carga de la prueba.

---A tal fin, es oportuno recordar que el tope es disponible para el empleador y, en consecuencia, es una defensa que debe oponer para que el juez pueda considerarla. Por ello no es válido intimar a que se indique el CCT aplicable ni menos aun hacerlo de oficio. Entonces, cuando se pretenda que la indemnización por despido arbitrario se reduzca de acuerdo al tope vigente del art. 245, LCT –que refiere al salario de convenio colectivo- el interesado debe denunciar el convenio colectivo aplicable y demostrar que el resarcimiento supera el tope. El juez no puede aplicar los convenios colectivos de oficio y éstos deben ser denunciados por las partes si se pretende que se los aplique (art. 8, LCT) porque esta es una cuestión que no compromete el orden público. La ley aplicable al cálculo de la indemnización por despido es la vigente al momento en que se produzca el distracto. Esto es válido también para los montos y topes vigentes a dicho momento (Conf. Juan Carlos Fernández Madrid, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, ed. Erreius, Bs As. 2018, T. III., pág. 1948).

---Ello sentado, como se advirtió en el primer voto, este caso difiere de los tres precedentes del STJ antes citados. En aquéllos, ante la inexistencia de fijación y publicación del tope de convenio aplicable al trabajador, se recurrió a la solución prevista dentro del propio sistema indemnizatorio, puntualmente el tercer párrafo del art. 245 LCT, esto es, la

aplicación del tope correspondiente a otro convenio que rija en el establecimiento, con remisión a la solución dada por la CSJN en el precedente “Nine” (del 7/2/2006). Además, en todos estos casos, se hizo hincapié en la natural gravitación del tope sobre los salarios más altos correspondiente al personal jerárquico.

---Ahora bien, aquella solución fue posible, por haber sido oportunamente planteada por la parte empleadora interesada en la aplicación de la limitación legal.

---En esta causa, tal como lo adelanté, el principio de alegación y las reglas de la carga de la prueba, antes explicadas, en consonancia con lo previsto en el art. 381 del CPCC, impide acceder a una solución distinta a la adoptada en primera instancia, esto es, el cálculo de la indemnización por antigüedad sin considerar tope alguno.

---Ello así por cuanto está fuera de discusión y llega firme a esta alzada la inexistencia de tope fijado y publicado correspondiente a las remuneraciones de convenio pactadas por el periodo en que el actor fue despedido, por lo que incumbía a la demandada, quien pretende prevalerse de la limitación legal, invocar y demostrar que la remuneración base de cálculo del trabajador al tiempo del despido es pasible de tope y a cuánto ascendía el mismo. Agrego que nada hace presumir en este caso el topeo a la base indemnizatoria, en tanto se trata de un trabajador que revistaba en categoría “operario categoría 2” del CCT 372/04 y no de un trabajador jerárquico o con altos ingresos.

---De la contestación de demanda (ver punto III “Hechos”, hoja 58 vta) surge que la empleadora no cumplió con la debida carga de afirmación y prueba de su defensa, limitándose a pretender la aplicación de un tope claramente desactualizado (el del CCT 372/04) frente a la existencia de nuevas escalas salariales homologadas, y por ende no vigente a la fecha del despido (4/4/2019), sin requerir ninguna otra solución, ni ofrecer prueba pericial para probar la existencia de tope y menos aun individualizar y acreditar la existencia de otros convenios diferentes inherentes al establecimiento, con tope indemnizatorio fijado, a los cuales recurrir a los fines del art. 245, tercer párrafo, LCT. ---De más está decir que la solución no puede ser considerar la doctrina del caso V. –como lo pretende la apelante-, aplicando la reducción del 33% directamente sobre la mejor remuneración mensual, normal y habitual de trabajador, sin que previamente se determine el presupuesto de procedencia de la limitación legal.

---En el mismo sentido se ha expedido la jurisprudencia nacional. Se ha dicho: *“... al no haberse probado la existencia de un tope aplicable al vínculo laboral habido entre las partes, es que resulta inoponible la pretendida aplicación y, es por ello que, también se torna inaplicable al caso la doctrina del fallo V., ante la inexistencia de montos que permitan comparar y evaluar una posible confiscatoriedad en la cuantía indemnizatoria por cese laboral”* (CN TRab. Sala VII; 12/05/2021, Rubinzal Online ; 37394/2018 RC J 2640/21).

---Y también se dijo que: *"Ahora bien, más allá de la manifestación que se efectúa a fs. 75 vta., en el sentido de que se aplique el tope del convenio vigente al tiempo del despido o en su defecto la doctrina sentada en el fallo V., lo cierto es la demandada no invocó concretamente cuál era el tope a aplicar ni ha acreditado en autos que la fecha del despido del actor (16/11/17) efectivamente existiera un tope que debiera tenerse en cuenta, nótese en ese sentido que ni ahora al apelar indica cuál sería a su criterio el tope aplicable"* (CNTRab. Sala V; 20/04/2021; Rubinzal Online; 48999/2018 RC J 2026/21).

-----En definitiva, acuerdo en confirmar en este punto la sentencia de primera instancia, por resultar inoponible el tope ante las deficiencias de alegación y prueba por parte de la accionada.

---Por los motivos expuestos, acompaño la propuesta de mi colega de rechazar este primer agravio.

---II. b. <u>Cálculo de la antigüedad.</u>

---En la sentencia recurrida se determinó que el trabajador contaba con dos años de antigüedad a los fines del cómputo de la indemnización dispuesta por el art. 245 LCT considerando que, pese a los contratos suscriptos, la vinculación contractual fue ininterrumpida.

---La demandada sostiene que la indemnización por antigüedad fue calculada en violación al art. 6 del CCT 372/04. Funda su postura en el hecho de que el actor se desempeñó como trabajador eventual por los períodos del 20/07/2017 al 20/02/2018 y del 06/03/2018 al 04/04/2018 y, posteriormente, como trabajador de temporada del 15/05/2018 al 01/11/2018 y, finalmente bajo esa misma calidad, del 02/01/2019 hasta la fecha del despido (01/04/2019).

---En mi opinión, coincidente con la expresada en el voto precedente, no le asiste razón en su agravio. En primer lugar, por cuanto el art. 90 de la LCT fija como regla general que todo contrato de trabajo se entiende concertado por tiempo indeterminado. El trabajo temporal ocupa una posición claramente subalterna frente al contrato de trabajo tipo. (Conf. "Ley de contrato de trabajo comentada y anotada", Juan Carlos Fernández Madrid, T. II, pág. 1.020, ed. La Ley). Se puede decir, entonces, que existe una presunción de que todo contrato es por tiempo indeterminado, salvo prueba en contrario que debe aportar el empleador.

---Debo recordar aquí, siguiendo a Ojeda, que el art. 92 de la LCT en paralelo con el art. 90 de la LCT, consagra una regla procesal, que es consecuencia necesaria, al disponer que pesa sobre el empleador la carga probatoria de cualquier argumentación contraria a la regla de la indeterminación del plazo del contrato de trabajo. Es que las modalidades del contrato de trabajo son formas de contratación de carácter excepcional, sujetas –en la mayoría de los casos- a un plazo determinado o determinable. La utilización de este tipo

de contratos no depende solo de la voluntad del empleador, sino que –además de cumplimentar las formalidades establecidas por la ley- deben existir y probarse razones objetivas que permitan apartarse del principio general, que es el contrato por tiempo indeterminado. Subrayan los autores que “normalmente será el empleador el interesado en acotar la duración del vínculo, fundamentalmente con el interés de liberarse de las consecuencias indemnizatorias o reducirlas”. (Conf. "Ley de contrato de trabajo comentada y concordada", Raúl Horacio Ojeda, T. II, pág. 44, Ed. Rubinzal Culzoni).

---En función de lo expuesto, considero que la parte demandada no acreditó debidamente el extremo por ella invocado.-- Es que no brindó ninguna explicación de por qué recurrió a dos modalidades diferentes de contratación y, menos aún, sobre los motivos por los cuales únicamente debe indemnizarse el período en el que el actor trabajó como eventual. Asimismo, tal como lo destacó mi colega de Sala, los motivos expuestos en los contratos suscriptos para justificar ambas modalidades excepcionales de contratación son exactamente idénticos.

---Por otro lado, la empleadora no aclaró cuál es la época considerada como de temporada en la actividad, cuando por otro lado quedó demostrado que el actor trabajó durante todos los meses del año, ni nada explica sobre por qué la considera únicamente cumplida en el período del 15/06/2018 al 01/11/2018 y no la correspondiente al período 02/01/2019 hasta la fecha de despido.

---Tampoco acompañaré a la recurrente en lo que respecta a la aludida violación al art. 6 del CCT 372/2004 ya que la interpretación que le otorga a la norma no es la adecuada. --- En efecto, la aludida norma establece lo siguiente: “Artículo 6º: –De los trabajadores de temporada–… f) Se garantiza a todo trabajador/a que sea llamado a desempeñar tareas de temporada un lapso mínimo de quince (15) días de trabajo continuo. A todos los efectos del cálculo de antigüedad del trabajador/a de temporada, se considerará un (1) año de servicio por cada dos temporadas. En el supuesto de que el trabajador prestare servicios efectivos por un período mayor a ciento cincuenta (150) días en un 1 (un) año calendario, se considerará año completo de antigüedad. A los mismos efectos el trabajador/a temporario deberá haber cumplido el ciclo completo establecido por la empresa…”.

---Como lo señaló la doctora Spoturno, como cualquier norma convencional, la misma únicamente puede ser válidamente interpretada como una mejora al régimen general (art. 8 LCT), caso contrario, rige el mínimo inderogable que otorga derechos al trabajador en función de su antigüedad previsto en el art. 18 de la LCT.

---De tal modo, a los fines del cálculo de la antigüedad, debe entenderse que se considerará un año de servicio cada dos temporadas, aun cuando de sumarse los días trabajados en ambos períodos no se alcanzare los 12 meses. Si llega o supera ese período, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 18 de la LCT.

---Como consecuencia de ello, aun considerando únicamente que el trabajador se desempeñó durante los períodos abarcados en los contratos de trabajo acompañados (y no de manera ininterrumpida), resulta acreedor de una indemnización por antigüedad equivalente a dos remuneraciones. Ello dado que conforme lo determinó el perito contador el actor trabajó durante 476 días, lo que supera al año y tres meses (art. 245 LCT).

---A todo evento, corresponde recordar que en caso de duda resulta de aplicación el principio de la norma más favorable para el trabajador (confr. art. 9 de la LCT) la que, en el caso concreto, es el art. 18 LCT.

---Por los motivos expuestos, entiendo que corresponde rechazar el presente agravio.

---II. c. Multa del art. 2° de la Ley 25.323.

---En atención al modo en que fueron resueltos los dos puntos anteriores, no corresponde ingresar al tratamiento de este último agravio.

---III. **Conclusión:**

---Por lo dicho, concuerdo con la colega preopinante en que corresponde confirmar la sentencia apelada, con costas de la alzada a la demandada vencida (conf. art. 57 Ley XIV nro. 1). En cuanto a los honorarios profesionales, atendiendo a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en la alzada, estimo justos y adecuados los propuestos por la colega que me precedió en el voto.

---Me expido aquí entonces por la AFIRMATIVA.

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

---Mediante ID 903489 la accionada apela por elevados la totalidad de los honorarios regulados en la sentencia definitiva. Los honorarios del Dr. G. S., letrado apoderado del actor, fueron regulados en el 16% más el 40% por plus procuratorio; los del Dr. L. A. N., letrado apoderado de la demandada, fueron regulados en el 9% con más el 35%, también por plus procuratorio; y los del contador R. G. O. fueron regulados en el 4%.

---- En mi opinión la regulación de honorarios efectuada en la sentencia recurrida es correcta. En efecto, apreciadas las tareas de los profesionales intervinientes, considero que las tres regulaciones cuestionadas se encuentran dentro de los parámetros legales y ajustadas a las pautas arancelarias vigentes según lo dispuesto por el art. 6 de la ley XIII n° 4 y art. 22 de la ley XIII n° 18.

--- Es por ello que propicio el rechazo de este recurso, sin costas porque no las genera la materia regulatoria.

---Me expido en consecuencia, a la segunda cuestión, POR LA NEGATIVA.

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

---Resta analizar el recurso interpuesto mediante ID 903489 contra la totalidad de los honorarios regulados en la sentencia definitiva.

---Apreciadas las tareas de los profesionales, considero que la regulación se adecúa a las pautas arancelarias vigentes razonablemente ponderadas por la jueza de la anterior instancia (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 38 y 46 de la Ley XIII nro. 4) y 11,17, 18, 21, 22, 23 y 26 Ley XIII N° 18), por lo que propicio la confirmación de la totalidad de los honorarios cuestionados. Ello sin costas en esta alzada, en razón de la materia involucrada.

---Por lo expuesto a esta cuestión me pronuncio por la NEGATIVA.

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

---Visto el acuerdo alcanzado corresponde:

---A) CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que fue materia de agravio, con costas a la demandada vencida.

---B) REGULAR los honorarios del Dr. L. A. N. en el 2,75% del monto del proceso con más el IVA en caso de corresponder.

---Tal mi voto.

---**A LA TERCERA CUESTIÓN**, la Dra. Florencia Cordón Ferrando expuso:

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto 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 y encontrarse en uso de licencia el restante vocal de Sala (artículo 274 del C.P.C.C y artículo 9 del Acuerdo Extraordinario 3145 S.T.J.Ch.)

--- Trelew, 5 de junio de 2023.

---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**: ----------

-- CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo que fue materia de agravio, con costas a la demandada vencida.

--- REGULAR los honorarios del Dr. L. A. N. en el 2,75% del monto del proceso con más el IVA en caso de corresponder.

--- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.

NATALIA ISABEL SPOTURNO
JUEZA DE CÁMARA

FLORENCIA CORDON FERRANDO
PRESIDENTA

----REGISTRADA BAJO EL Nº 33 DE 2023 – SDL.- Conste.

R. Fabián GRIFFITHS
SECRETARIO DE CÁMARA