En la ciudad de Trelew, a los 12 días de abril del año dos mil veinticuatro, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Dra. Natalia Isabel Spoturno y la presencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. Florencia Cordón Ferrando y del Sr. Juez de Cámara Dr. Marcelo Fernando Peral, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“Q., H. F. c/ A. S.A. s/ Cobro de Haberes e Indemnización de Ley” (Expte. Nro. 646 - Año 2023 CAT)**, venidos en apelación y expedirse en orden al sorteo practicado. Las Magistradas y el Magistrado resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Son correctos los honorarios regulados en la sentencia de 1ra. Instancia? TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

I. La sentencia de primera instancia de fecha 31 de agosto de 2023 declaró la inconstitucionalidad de las sumas que, como no remunerativas, figuran en los convenios salariales del CCT 372/04 en contraposición a lo normado en el art. 103 de la LCT y el Convenio 95 de la OIT, así como la del tope previsto en el art. 6 del DNU 39/2021. Asimismo, hizo lugar a la demanda entablada por el Sr. H. F. Q. en contra de A. S.A., condenando a esta última a abonar al trabajador, en el término de 10 días, la suma de $4.006.097,19 con más intereses con capitalización a la fecha de notificación de la demanda. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La decisión fue apelada por la parte demandada, quien presentó su memorial de agravios mediante ID 1228081, el que no fue contestado por la contraria.-

II. La recurrente se agravia de siete cuestiones: 1) infracción al art. 245 LCT; 2) cálculo de los rubros preaviso e integración mes de despido; 3) cálculo de los días trabajados del mes; 4) inconstitucionalidad del tope correspondiente al Decreto 39/2021; 5) la condena al pago de la multa establecida por el art. 1 de la ley 25.323; 6) capitalización de intereses del art. 770 inc. b del CCyC; y 7) la condena al pago de la multa del art. 2 de la ley 25.323.-

Por cuestiones de orden lógico, ingresaré al tratamiento de los agravios en el siguiente orden: 1), 4), 2), 3) 5), 7) y 6).

II. a) Infracción del art. 245 LCT.

La Jueza de primera instancia, con sustento en lo resuelto por esta Alzada en la SDL 33/2023, consideró que no resulta adecuado a derecho aplicar el tope de $ 50.461,45 publicado por el MTEySSN y aprobado mediante Disposición 181-E-17 respecto a un trabajador que no posee un cargo jerárquico ni considerar una escala salarial no vigente a la fecha del distracto por haberse firmado nuevos acuerdos posteriores en el sector.

Señaló que la demandada no solicitó la aplicación de ningún otro tope y en consecuencia determinó como mejor remuneración mensual, normal y habitual la

correspondiente al mes de enero de 2021 por la suma de $ 230.711,25, comprendiendo el rubro “Acta acuerdo STIA”, pero sin considerar el rubro no remunerativo “ropa de trabajo”, por constituir un beneficio previsto en el art. 103 bis de la LCT.

La apelante cuestiona la falta de aplicación al caso del tope indemnizatorio correspondiente al CCT 372/04 el que, añade, fue expresamente solicitado en su escrito de responde. Sostiene que se encuentra fuera de discusión que la tarifación de la indemnización por despido resulta constitucionalmente válida, conforme el precedente “V.” de la CSJN.

En base a ello expresa que la base de cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 LCT debe contemplar el tope vigente al momento de la finalización del contrato de trabajo establecido por el CCT 372/04.

A fin de dar respuesta al presente agravio cabe reseñar que la accionada, al contestar demanda, expresó que la liquidación de la indemnización por antigüedad no debe superar en su base al tope indemnizatorio correspondiente al CCT 372/04 que, al momento del despido, era de $50.461,65 (ver contestación de demanda, h. 30 vta. /31, primer párrafo).

El monto del tope citado surge de la Disposición 181-E-2017 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, de fecha 13 de junio de 2017, y con vigencia desde el 01/04/2016. Por su parte, el despido del trabajador acaeció en el mes de agosto del año 2021, por lo que es claro que a dicha fecha el tope indemnizatorio no contemplaba las remuneraciones actualizadas del trabajador.

Que ante dicha circunstancia corresponde discernir si resulta o no de aplicación el tope convencional invocado por la demandada. Sobre esta cuestión me he expedido en los precedentes de esta Sala SDL N° 33/2023 y SDL N° 78/2023, seG.s contra la misma demandada y de análoga sustancia fáctica y jurídica. Por ello la solución será la misma, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto, por los argumentos que a continuación expongo.

Como dije en los mencionados precedentes, 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.

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) 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 seG. en Fallos 323:1765 y 324:1614 el cual, además, fue adoptado por nuestro Superior Tribunal de Justicia en las causas “A.” (SD 01/2019), “Mac D.” (SD 02/2019) y “García” (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, 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, aquélla 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, impiden 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 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.

De la contestación de demanda 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 (05/08/2018), 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.

En el mismo sentido 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 que 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, propongo al Acuerdo que se confirme en este punto la sentencia de primera instancia, por resultar inoponible el tope pretendido, ante las deficiencias de alegación y prueba por parte de la accionada respecto al tope vigente y actualizado a la fecha del despido.

II. b. Aplicación del tope del DNU 39/2021

La Jueza de primera instancia declaró de oficio la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 6 del DNU 39/2021 ($ 500.000), por considerar que dicho artículo efectúa una distinción irrazonable entre los trabajadores y trabajadoras en función de los ingresos que perciben en oposición al fin perseG. por la norma tendiente a evitar y castigar los despidos que desprotegen a aquellos que poseen mayores ingresos.

Indicó que los considerandos del Decreto resultan arbitrarios pues advierte que no existe un nexo de causalidad lógica entre la existencia de indicios de reactivación económica y la justificación de la imposición de un tope al monto de la duplicación. Razona que si hay reactivación económica lo más probable es que ello genere la necesidad de contratar más trabajadores y no de despedirlos. Añadió que el argumento del decreto tampoco explica que

se mantenga la tutela de los trabajadores de menores ingresos, quienes tal vez sean los primeros beneficiarios de aquella reactivación. Juzgó, entonces, que no era razonable la fijación de un tope como instrumento adecuado en las particulares vicisitudes por las que atraviesa el mercado laboral. Agregó que era evidente que estaba destinado a atenuar la protección de los trabajadores de mayores ingresos y que el ingreso del actor no es el de un alto ejecutivo.

Consideró, en suma, que la norma efectúa una distinción irrazonable entre los trabajadores y trabajadoras en función de los ingresos que perciben que se opone al fin perseG. por la norma tendiente a evitar y castigar los despidos injustificados.

Por tales fundamentos y por resultar confiscatorio para el actor, la Magistrada decretó la inconstitucionalidad del referido tope, aplicando como solución analógica el "tope" fijado en el precedente de la CSJN "V.", por lo que determinó la indemnización duplicatoria en la suma de $ 901.696,13.

La demandada argumenta que la sentenciante extrapoló la doctrina "V." que resulta ajena a la cuestión. Alega que debe tenerse presente la presunción de constitucionalidad de la que gozan las leyes o los actos de gobierno.

Sostiene que la declaración "ex officio" de inconstitucionalidad no tiene apoyo en prueba alguna que contraríe las razones que llevaron a la limitación de la sanción impuesta al empleador ante un despido incausado. Agrega que se efectúan apreciaciones conjeturales que se pretenden oponer a la claridad de la norma del Poder Ejecutivo, ingresando a una opinión particular sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de la limitación, lo cual se encuentra vedado al juzgador.

Explica que el dictado de normas tendientes a paliar la emergencia ocupacional dictadas por el Poder Ejecutivo tuvieron diferente intensidad en cuanto a su protección, lo cual queda demostrado con la inaplicabilidad del Dec. 34/2019 a los trabajadores contratados con posterioridad a su entrada en vigencia, sin que ello haga pensar en una situación de inequidad que lleve a su cuestionamiento constitucional.

Culmina señalando que el Dec. 39/2021, si bien mantiene la protección frente al despido injustificado, reconoce la modificación de las causas objetivas que llevaron a la prohibición rígida del despido, lo que demuestra que el derecho patrimonial otorgado al trabajador no fue absoluto sino que estuvo enmarcado y condicionado por el contexto de emergencia económica, por lo que su modificación debe llevar razonablemente a una limitación cuantitativa de la sanción destinada a la protección de la fuente del trabajo.

Pasando a resolver, cabe precisar primeramente que el decreto 39/2021, publicado en el B.O. en fecha 23/01/2021, en su artículo 1° dispuso ampliar hasta el 31/12/2021 la emergencia pública en materia ocupacional declarada por el DNU 34/2019 y ampliada por sus similares N° 528/2020 y 961/2020. Asimismo, en lo que aquí interesa, prorrogó la

prohibición de efectuar despidos sin causa y por las causales de falta o disminución del trabajo por el plazo de 90 días y estableció que durante la vigencia de la emergencia ocupacional, en los supuestos de despidos sin justa causa no cuestionados en su eficacia extintiva la trabajadora o el trabajador afectados, tendrán derecho a percibir el doble de la indemnización correspondiente en los términos del citado DNU 34/2019 (artículo 5°). Finalmente, a los efectos del cálculo de la indemnización antedicha, estableció que el monto de la duplicación, en ningún caso, podría exceder la suma de $500.000.

Cabe precisar que el referido decreto de necesidad y urgencia fue convalidado por el art. 1° de la Resolución 75/2021 del Honorable Senado de la Nación (B.O. 14/12/2021, página 27), ante lo cual cabe recodar aquí la inveterada jurisprudencia de la Corte según la cual, la declaración de inconstitucionalidad, al importar el desconocimiento de los efectos, para el caso, de una norma dictada por un poder de jerarquía igualmente suprema, constituye un remedio de última ratio que debe evitarse de ser posible mediante una interpretación del texto legal en juego compatible con la Ley Fundamental, pues siempre debe estarse favor de la validez de las normas (Fallos: 14:425; 147: 28 6).

Además, cuando exista la posibilidad de una solución adecuada del litigio, por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa, corresponde prescindir de estas últimas para su resolución (Fallos: 300:1029; 305:1304). En suma, la revisión judicial en juego, por ser la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal, solo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad sino cuando ello es de estricta necesidad (confr. mi voto en SDL 15/2019).

Que siguiendo tales premisas, adelanto que no encuentro que la limitación establecida para la duplicación indemnizatoria sea irrazonable en el contexto emergencial y transitorio de las medidas de protección excepcional que se fueron adoptando, modificando y luego dejando sin efecto.

Entiendo, por el contrario, que la jueza de primera instancia ingresó en un indebido análisis de las razones de mérito, oportunidad y conveniencia que llevaron al Poder Ejecutivo –convalidado por el Poder Legislativo– a establecer la limitación, por las que se evaluó la intensidad de la protección que se quería dar a los trabajadores y trabajadoras ante el indicio de reactivación económica del mercado de trabajo, siempre en el marco de la emergencia ocupacional.

A mi juicio, los argumentos sentenciales no pasan el nivel apreciaciones conjeturales y subjetivas y por ende resultan insuficientes para fundar válidamente la declaración de inconstitucionalidad de una norma.

En el mismo sentido, la Sala III de la CNAT consideró que la reducción del incremento indemnizatorio fijado por el art. 6 del DNU 39/2021 no podía ser entendida como regresiva

a los efectos de su tacha. Allí se señaló que “la télesis del decreto 34/2021 que estableció la llamada “doble indemnización” fue la de atender la por entonces palpable crisis ocupacional del sector laboral, situación que, para el momento del dictado del decreto Nro. 39/2021, y conforme surge de los propios considerandos de esa norma, ya se encontraba en otra etapa, dados los “indicios objetivos de reactivación económica”. Así, resulta lógica una reducción decreciente en los incrementos, atendiendo que todo esto no deja de ser una protección “adicional” y temporaria contra el despido arbitrario. Es así mi propuesta en este punto que por este concepto corresponda la suma de $ 500.000, cfr. art. 6 decreto 39/2021” (CNAT Sala III, “O., J. A. c/ M. S. C. S.A. s/ despido", 13/06/2023, Expte. Nº 26.175/2021, voto del Dr. Perugini al que adhirió la mayoría).

Por ello, propongo al Acuerdo la recepción del presente agravio, y que se deje sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 6 del DNU 39/2021. De tal modo el rubro debe reducirse a la suma de $ 500.000.- II. c. Cálculo de los rubros preaviso e integración del mes de despido.

La sentencia de primera instancia consideró que entre las partes medió un contrato por tiempo indeterminado y que la extinción de la relación laboral se dispuso sin causa. Determinó la indemnización por antigüedad del art. 245 LCT en la suma de $922.845, la sustitutiva de preaviso en la suma de $230.711,25 y la integración del mes de despido en $192.259,38.

La demandada señala que no corresponde calcular el rubro omisión de preaviso en base a la misma remuneración que se utiliza para establecer la indemnización por antigüedad.-

Sostiene que se debe seguir el concepto de “normalidad próxima” que implica establecer una remuneración que se presenta como “previsible” de haber seG. el trabajador laborando durante el plazo que establece el art. 231 LCT.-

Añade que determinada la indemnización del art. 232 LCT en base a la remuneración previsible, corresponde, a partir de ella, el cálculo de la integración del mes de despido dado que es subsidiaria de la primera.-

Concluye el agravio en que corresponde ordenar que en la correspondiente etapa de ejecución se determine la indemnización por omisión de preaviso según el promedio de las remuneraciones percibidas por el actor en los últimos seis (6) meses laborados y, a partir de ello, se determine el importe correspondiente a la integración del mes de despido.

El planteo efectuado por la recurrente impone revisar si la base utilizada por la Magistrada de grado para calcular los rubros en tratamiento resulta correcta.-

En torno a la indemnización del art. 232 de la LCT, he precisado con anterioridad que su monto debe ser igual al de la remuneración que hubiera devengado el trabajador en el supuesto de haber trabajado el período del preaviso (conf. mi voto en SDL N° 97/2018, SDL 78/2023 y más recientemente en SDL 1/2024).-

Como explica Fernández Madrid a los fines del cálculo del preaviso omitido debe aplicarse el principio de la normalidad próxima, noción que intenta poner al agente en situación remunerativa lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no se hubiera operado. Resulta admisible que su monto sea establecido en base a promedios tratándose de remuneraciones variables o que se tome algún mes anterior si el empleado ha retaceado el otorgamiento de horas extraordinarias o ha disminuido alguna posibilidad de ganancia por razón del preaviso (Juan Carlos Fernández Madrid, “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, 1era. edición, Erreius, 2018, tomo III, págs. 1760/1761).-

Bajo ese parámetro, se ha pronunciado la Cámara Nacional del Trabajo al señalar 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 (Sala IV, CNAT, "Villa Fabiana Marcela c/BTS SA y otros s/despido", Expte. Nº 767/2011 Sent. Def. nº 100206, elDial.com -AL4983).

En otro precedente el mismo Tribunal citando a la Sala III refirió que “cuando se observa la percepción de remuneraciones variables, el criterio de la normalidad próxima rige respecto del preaviso, la integración del mes de despido y las vacaciones no gozadas. Para el cálculo de dichos conceptos debe aplicarse el citado método de la "normalidad próxima", ya que esta noción supone e intenta poner al agente en situación remuneratoria lo más cercana posible a aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no hubiera operado y cuyo resarcimiento tiene como base la remuneración que el trabajador habría percibido durante dichos lapsos. En ese orden de ideas se ha resuelto que, "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 (CNAT, Sala IV, “Cortese, Eduardo Mateo vs.

Clínica Bazterrica s. Despido, 31/03/2009; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 2619/09, con cita a Sala III, 6/12/96, exp. 73.020 "Ramos, Humberto c/Murchinson SA Estibajes y Cargas y otros s/despido").

El criterio de la normalidad próxima para el cálculo de la indemnización por sustitución de preaviso e integración del mes de despido también ha sido receptado por la Sala B de esta Cámara de Apelaciones mediante SDL Nº 20/2020, 24/2019, 97/2018 y 59/2018.

En el caso, surge de los recibos de haberes acompañados en la demanda (ver h. 5vta./10vta.) en su contestación (vinculado digitalmente con el proveído de fecha 07/12/2021) y en el informe remitido por AFIP (h. 64vta/67 vta.) que el trabajador percibió remuneraciones variables y por períodos discontinuos. Por ello, considero que el cálculo de las indemnizaciones de los arts. 232 y 233 de la LCT se debe efectuar en base al criterio de "normalidad próxima", computando el promedio de las últimas seis remuneraciones.

A tal fin considero apropiado y razonable tomar los seis (6) meses anteriores al distracto laboral (febrero a agosto 2021) en los que el trabajador hubiere prestado efectivo servicio para A. SA. Ahora bien al momento del presente pronunciamiento no se cuentan con la totalidad de los recibos correspondientes al período mencionado, ya que se agregaron únicamente los correspondientes a los meses de febrero y marzo de 2021, por lo que corresponderá efectuar el cálculo del promedio semestral en la correspondiente etapa de ejecución de sentencia, debiéndose previamente requerir a la demandada la totalidad de los recibos correspondientes.

Asimismo, para determinar la integración del mes de despido, deberá tomarse la base fijada precedentemente y como fecha del distracto laboral la establecida en la sentencia de primera instancia, que arriba firme a esta alzada (05/08/2021), debiendo computarse entonces 26 días.

Como lógica consecuencia deberá ser recalculado el SAC sobre los mencionados conceptos.

Por lo expresado, propongo al Acuerdo acoger el presente agravio, debiéndose determinar en la etapa de ejecución la indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido y SAC sobre los mismos, en los términos arriba expuestos.

II. d. <u>Improcedencia del cálculo de los días trabajados del mes.</u>

La demandada cuestiona la condena al pago por los días trabajados del mes, señalando que se determinó su importe en base al haber bruto establecido para el cálculo de la indemnización por antigüedad, cuando es una remuneración sujeta a aportes y contribuciones al sistema de seguridad social y demás descuentos.

Añade que se omitió tener en cuenta que su parte abonó al actor la remuneración devengada hasta el momento de la conclusión del vínculo laboral, conforme surge del recibo

de haberes correspondientes a la primera quincena del mes de agosto/2021, percepción que no fue desconocida por el actor, por lo que “debió ser descontada”.

En la sentencia se determinó por este concepto la suma de $ 38.451,88, más sin explicar el procedimiento de cálculo para arribar a dicha suma. En la demanda se reclamó por este concepto la suma de $ 20.962,52 correspondiente a cinco días de agosto 2021 (ver liquidación). La demandada contestó que los días trabajados hasta el despido fueron liquidados y abonados conjuntamente con el pago del SAC proporcional, depositándose el haber en la cuenta del actor que figura en el recibo de sueldo y acompañó el recibo correspondiente a la primera quincena agosto 2021.

Ahora bien, el actor desconoció la autenticidad de la documental acompañada por la demandada (ID 521952) y lo cierto es que no se ofreció prueba informativa a la entidad bancaria en la cual se depositaban los haberes ni pericial contable, de modo que no es posible tener por acreditado el pago que se denuncia, cuyo descuento se pretende.

Por ello, sumado a la falta de claridad y explicación por parte de la demandada de las sumas que en todo caso correspondía abonar por los días trabajados hasta el despido, el rubro y monto determinado en la sentencia por “Días trabajados del mes” debe confirmarse.

II. e. Multa art. 1 de la ley 25.323.-

La recurrente cuestiona la procedencia de la multa prevista por el art. 1 de la ley 25.323, alegando que la sentenciante incurrió en una violación al principio de congruencia por cuanto la cuestión relativa a la “necesidad de contratar personal” bajo la modalidad de temporada no fue un hecho expuesto por las partes en sus escritos introductorios del proceso. Añade que frente a la negativa del actor sobre la autenticidad de las firmas suscriptas en los contratos celebrados en cada temporada se produjo prueba caligráfica quedando demostrada su autoría. Finalmente, señala que la relación laboral se encontraba correctamente registrada, al amparo del art. 6 del CCT, por lo que no resulta procedente el agravante del art. 1 de la Ley 25.323.

No acompañaré al apelante en el presente agravio. La sentencia de primera instancia determinó que “la multa correspondiente al art. 1 de la Ley 25.323 se declara procedente, puesto que del informe de AFIP que obra en la hoja 64 vta. (baja), se observa que se ha registrado a Q. como trabajador de temporada, cuando en realidad, y conforme se observa de las remuneraciones informadas por el organismo citado, se aprecia que el mismo percibió remuneraciones todos los meses desde mayo de 2017 a marzo de 2020 y desde noviembre de 2020 a marzo de 2021, y luego en agosto de ese año, y no ha acreditado la empresa la necesidad de contratar personal bajo esa modalidad excepcional con criterios objetivos que admitan la misma. De hecho no se aprecia cuáles serían las temporadas si durante casi tres años trabajó de manera continuada, lo cual además surge de los testigos compañeros de Q.

que han dado cuenta de trabajar con él sin señalar época o temporada alguna de contratación".

Advierto, entonces, que sin perjuicio de la escueta fundamentación del actor en su demanda al momento de reclamar la multa del art. 1 de la Ley 25.323, lo cierto es que no se violentó la congruencia procesal por tratarse de una pretensión expresamente introducida por el actor.

Por otro lado, la sentenciante dio adecuado fundamento para la procedencia de la multa teniendo en cuenta que tuvo por no probado el trabajo por temporada, considerando a la relación laboral como un típico contrato de trabajo por tiempo indeterminado.

Por otro lado, tampoco tiene incidencia alguna la conducta procesal del actor que denuncia la demandada, dado que la multa es procedente cuando el trabajador despedido no haya sido registrado o cuando habiendo sido inscripto, lo fue en modo deficiente. En este sentido, la deficiencia puede estar vinculada a la antigüedad, a la categoría profesional, al nivel salarial o a la naturaleza del nexo vinculante (Sappia, J. J., "El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323", D.T. 2001-A, 224).-

Por lo expuesto, se impone el rechazo del presente agravio.-

II. f. Multa del art. 2 de la ley 25.323.-

La demandada también se agravia de la multa del art. 2 de la Ley 25.323 y funda su improcedencia en que la negativa de su parte al pago de los rubros indemnizatorios resultó razonable frente al hecho denunciado por el Sr. M. A. B. (superior jerárquico del actor) ante la Comisaría de Rawson, cuya ocurrencia fue ratificada en esta sede judicial y por el testigo Rodolfo Javier León.

Añade que la circunstancia de que la agresión haya ocurrido fuera del lugar de trabajo, si bien fue valorada en la sentencia para desestimar el despido con justa causa del actor, no era óbice para decidir la desvinculación del actor. Sostiene que la resistencia de la demandada ante la intimación del actor con sustento en el art. 2° de la Ley 25.323 se encontró fáctica y jurídicamente justificada.

En forma subsidiaria solicita su reducción.

Cabe recordar aquí que la intención del legislador al sancionar el art. 2 de la Ley 25.323 fue multar a aquellos empleadores que sin motivo o causa válida omitieran dar cumplimiento con la obligación de pago de las indemnizaciones debidas al trabajador, induciendo a éste a recurrir a la justicia a fin de percibir aquel pago. Esta multa, conforme se ha sostenido, 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 las del mercado los empleadores han preferido diferir el pago de las indemnizaciones incluso en ausencia de razones valederas para pleitear (Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo IV, dirigido por Mario E. Ackerman y coordinado por Diego M. Tosca. Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, pág. 459).

Como ha señalado anteriormente esta Alzada, ante el supuesto de un despido dispuesto por el empleador con invocación de causa, corresponderá la reducción o eximición de su pago únicamente en los casos en que se justificare la conducta del empleador (confr. esta Sala en SDL Nª 33/2020 y SDL 41/2021).

En el presente caso, la causa invocada por la empleadora consistió en una agresión cometida por el actor a su superior jerárquico (M. B.) “sin mediar palabra” ni “provocación previa”. Ahora bien, cabe señalar que la sentenciante consideró desproporcionada esa sanción por no haberse acreditado que el actor haya sido el agresor en el altercado o riña, circunstancia que arribó firme a esta instancia. A ello cabe añadir que frente a la denuncia realizada por B. ante la Comisaría de Rawson, la empleadora no efectuó ninguna investigación interna tendiente a dilucidar cómo ocurrieron los hechos, lo que era necesario, máxime teniendo en cuenta que el actor poseía una antigüedad de 5 años dentro de la empresa y no contaba con ningún antecedente disciplinario.

Por lo expuesto considero que no se encuentra justificada la conducta de la empleadora y por ende no corresponde receptar el presente agravio.

II. g. Capitalización de intereses.

En su último agravio la demandada cuestiona la capitalización de intereses dispuesta con sustento en el inc. b del art. 770 del CCyC, alegando que el derecho del actor a percibir una suma de dinero y la determinación de ésta fue recién declarada al momento del dictado de la sentencia y se hará exigible una vez que ésta adquiera autoridad de cosa juzgada. Añade que el inc. b) de la norma queda reservado para la deuda de dinero líquida y exigible demandada por vía judicial en tanto que el inc. c) de ese mismo artículo resulta de aplicación cuando la deuda de dinero se liquida judicialmente.

En la sentencia apelada se dispuso la capitalización de intereses a la fecha de notificación de la demanda con sustento en la excepción a la prohibición del anatocismo prevista en el inc. b) del art. 770 CCyC, debidamente citada, consistente en el supuesto en que la obligación se demande judicialmente, tal como acontece en este caso.

Como venimos sosteniendo ininterrumpidamente en esta Sala, se trata de un nuevo supuesto de capitalización legal que el legislador del actual Código consagró en el inc. “b” del citado artículo, para cuya operatividad no resulta menester que la deuda se encuentre líquida y exigible, sino que basta la interpelación constituida por la notificación de la demanda (SDL Nro. 17/2017, entre muchas otras).

Asimismo, cabe recordar que la sentencia es declarativa de derechos y no constitutiva, lo que significa que los intereses deben computarse desde la fecha del despido y no, como pretende la apelante, una vez que adquiera firmeza la sentencia definitiva.

El presupuesto de hecho del inc. b. del art. 770 CCyC es que la obligación se demande judicialmente y no la mora en el pago de la liquidación, situación prevista en el inc. c) del mismo artículo 770 inc. c). Dicha postura, cabe añadirse, ha sido ratificada por nuestro Superior Tribunal de Justicia (Sentencias N° 29 y 30 de fecha 31/08/23, Secretaría Laboral).

En resumen, la capitalización ordenada se ajusta a derecho, por lo cual corresponde rechazar este último agravio.

III. Conclusión: Por todas las consideraciones expuestas propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia recurrida a fin de: 1) dejar sin efecto la inconstitucionalidad del DNU 39/2021 y reducir el rubro "Dto. 39/2021" a la suma de $ 500.000 y 2) disponer el recálculo de las indemnizaciones sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido y sus correspondientes SAC en la etapa de ejecución, para lo cual la demandada deberá acompañar los últimos seis recibos de haberes del actor.

En cuanto a las costas de primera instancia, toda vez que el decisorio que se propone no afecta las calidades de vencedora y vencida con que cuentan las partes, resulta innecesaria su readecuación, y los honorarios, al estar fijados en porcentajes, se ajustarán automáticamente al nuevo monto de condena (conf. art. 282 del CPCC).

Respecto a las costas de la alzada, estimo justo y razonable distribuirlas en un 60% a la demandada y un 40% al actor, atendiendo al resultado de los agravios y su implicancia en el total de la condena (art. 72 del CPCC).

Finalmente, en atención a la calidad y resultado de los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, propongo que los honorarios del Dr. L. A. N., letrado de la demandada, se regulen en un 4% del 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, 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. Marcelo Fernando Peral expresó:

I. En el voto precedente la Dra. Cordón Ferrando reseñó el pronunciamiento apelado y detalló los agravios expresados por la demandada. Por tal motivo, por razones de economía procesal y para evitar innecesarias reiteraciones, ingresaré directamente al análisis y tratamiento de las cuestiones planteadas en el orden propuesto por la magistrada prevotante.-

II. a) Infracción del art. 245 LCT.

--En primer término la demandada plantea que la jueza de grado al momento de otorgar la indemnización por antigüedad del actor debió haber aplicado el tope indemnizatorio que corresponde al CCT N° 372/04 vigente al momento de la finalización del vínculo laboral. Expresa que se encuentra fuera de discusión que la tarifación de la indemnización por despido es constitucionalmente válida, conforme el precedente “V.” de la CSJN y que el juez no puede dejar de aplicar un tope indemnizatorio para determinar la indemnización del art. 245 LCT, en tanto ello significa fallar en contra de la ley.

Frente a dicho planteo, cabe señalar en primer término que en la liquidación provisoria practicada en el escrito de demanda el actor estimó la indemnización prevista por el art. 245 LCT en la suma de $ 649.838,25, sobre la base de una remuneración mensual de $ 129.967,65. A su turno, la accionada planteó que dicha indemnización tiene como límite el tope por año de antigüedad fijado por el art. 245 LCT, el que al momento del despido, afirma era de $ 50.461,65 y en base a dicha suma calculó y abonó el haber indemnizatorio.

La jueza de primera instancia, señaló que si bien el tope que la empleadora pretendía aplicar se encontraba aprobado mediante Disposición 181-E-17, lo cierto es que el acuerdo salarial allí establecido no se encontraba vigente a la fecha del despido (año 2021) por haberse celebrado posteriormente nuevos acuerdos salariales en el marco del CCT. Por ello, y con sustento en la SDL 33/2023 de esta Alzada, concluyó que no correspondía aplicar el tope de $ 50.461,45 publicado y que debía calcularse la indemnización tomando como mejor remuneración normal y habitual la suma de $ 230.711,25 y en consecuencia, determinó la indemnización del art. 245 LCT en la suma de $922.845,00.

Adelanto que el cuestionamiento efectuado por la recurrente no va a tener favorable acogida. La suma que pretende que se compute como tope indemnizatorio corresponde al aprobado a partir del 01/04/2016 por Disposición N° 181-E-2017 de fecha 13 de junio del 2017 en la suma de $ 50.461,65, el cual como fue debidamente señalado en el pronunciamiento recurrido no contempla los incrementos salariales otorgados al trabajador hasta la fecha del distracto laboral, ocurrido en el mes de agosto del año 2021. Siendo ello así, no es posible aplicar el tope pretendido, ya que al estar el mismo desactualizado su aplicación importaría un grave perjuicio al trabajador, quien vería menguada su indemnización por antigüedad, la que sin duda debe ser calculada en base al salario vigente a la fecha de distracto y del tope que efectivamente refleje esos salarios, lo que no ocurre con el tope que invoca la demandada.

En refuerzo de lo expresado, cabe señalar que si bien la ausencia del dictado de la normativa específica que refleje la adecuación de los topes indemnizatorios con las escalas salariales actualizadas, no autoriza por sí misma a prescindir de su aplicación de conformidad a los precedentes “D.” de la CSJN y “A.” (SD 01/2019), “M. D.” (SD 02/2019) y “G.” (SD48/2020) de nuestro Superior Tribunal de Justicia, lo cierto es que a la hora de

juzgar la aplicabilidad del tope indemnizatorio también debe considerarse los postulados y pretensiones de las partes, en aras de salvaguardar los principios de congruencia y defensa en juicio.

--Como se indicó en SDC N° 3/2020, 21/2020, 08/2023 y 78/2023 de esta Sala (entre otras), se entiende por congruencia a la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan ese objeto. Así, la observancia del principio de congruencia exige una rigurosa adecuación de la sentencia a los sujetos, el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición. En lo que concierne al objeto, el principio de congruencia requiere que el juez emita pronunciamiento, total o parcialmente positivo o negativo, sobre todas las pretensiones y oposiciones formuladas por las partes y sólo sobre ellas, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos. (conf. Lino, Enrique Palacio, “Derecho Procesal Civil” actualizada por Carlos Enrique Camps, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, T. III, p. 2260/2264).

Teniendo en cuenta lo apuntado en relación a la congruencia y que las cuestiones vinculadas a topes indemnizatorios son libremente disponibles para los empleadores, en atención a que no se encuentra comprometido el orden público, entiendo que la evaluación y aplicación de los topes en cuestión debe ser efectuada conforme a los planteos articulados por las partes.

--En otras palabras, el tope es una defensa que debe oponerse para que el juez pueda considerarla y en consecuencia, su evaluación y aplicación debe realizarse en los términos planteados. Por tal razón, el empleador a quien se reclama el pago de indemnización es quien debe indicar el convenio colectivo aplicable y acreditar que la base a computar para calcular la indemnización excede el tope.

En el caso, la demandada se limitó a solicitar la aplicación del tope indemnizatorio correspondiente al año 2016, sin ninguna otra consideración o planteo subsidiario que refuerce dicha pretensión.

En consecuencia, por lo expresado en párrafos precedentes, ante la falta de un tope salarial vigente y actualizado a la fecha del distracto laboral y en virtud de la pretensión esgrimida por la accionada al contestar demanda, que se pretende se aplique un tope desactualizado, acompaño la propuesta efectuada en el voto precedente de rechazar el agravio en tratamiento.

II. b) Aplicación del tope del DNU 39/2021.

En la sentencia recurrida, la Magistrada de grado declaró la inconstitucionalidad del tope previsto en el art. 6 del DNU 39/2021 por los siguientes fundamentos: 1) el referido artículo efectúa una irrazonable distinción entre trabajadores y trabajadoras en función de los ingresos que perciben lo que contradice al fin perseG. por la norma el cual es evitar y

castigar los despidos de aquellos que poseen mayores ingresos; 2) ausencia de nexo de causalidad lógico entre la existencia de indicios de reactivación económica y la justificación de imponer un tope a la duplicación; y 3) que el decreto no explica adecuadamente cómo se mantiene la tutela de los trabajadores de menores ingresos. Como consecuencia de esa decisión, y aplicando analógicamente el fundamento dado por la Corte Suprema en el fallo "V.", hizo lugar a la doble indemnización del DNU 34/2019 en la suma equivalente a $901.696,13.

La apelante cuestiona la declaración de inconstitucionalidad del referido tope alegando que la Magistrada extrapoló la doctrina fijada en "V.", la que refiere es ajena a la cuestión en debate. Agrega que debe tenerse en consideración la presunción de constitucionalidad de las normas y los actos de gobierno y que la declaración de oficio de inconstitucionalidad carece de apoyo de prueba y se basa en apreciaciones conjeturales de la jueza quien intenta dar una opinión personal sobre la oportunidad, mérito y conveniencia de la limitación de la doble indemnización, lo cual se encuentra vedado.

El agravio referido, a mi criterio es atendible, ya que la inconstitucionalidad de un decreto de necesidad y urgencia sólo puede decretarse si se demuestra, en el caso concreto, que aquel no fue dictado de acuerdo al procedimiento establecido por el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional o que haya sido respecto a alguna de las materias que la norma expresamente prohíbe.

Cabe recordar que el referido decreto DNU 39/2021 dispuso ampliar, hasta el 31/12/2021, la emergencia pública en materia ocupacional declarada por DNU 34/2019, estableciendo en su artículo 5° que para el supuesto de despidos sin justa causa que no resultaran cuestionados en su eficacia extintiva, la trabajadora o el trabajador tendrá derecho a una doble indemnización, sobre la cual el art. 6° estableció un tope de $500.000.

Siendo claro la que la emergencia en materia ocupacional y la duplicación de las indemnizaciones establecida en el DNU 34/2019, fueron establecidas por el Poder Ejecutivo Nacional en ejercicio de funciones legislativas que le reconoce la Constitución Nacional y en razón de la valoración de circunstancias excepcionales como las vidas durante la pandemia, no tengo duda que la valoración de la evolución de la situación de emergencia y de la oportunidad y conveniencia de modificar las normas de excepción establecidas en razón de la misma, era facultad del Poder Ejecutivo que –en principio- estaba exenta del control Judicial. Por tal razón, en mi criterio, la inconstitucionalidad del mencionado art. art. 6 del DNU 39/2021 fue indebidamente decretada en autos.

Como señala Ricardo Haro en la obra "El control de Constitucionalidad", toda declaración de inconstitucionalidad de una norma es un acto de suma gravedad institucional". Por tal razón, los jueces deben ser sumamente cautos al analizar la constitucionalidad de una ley o de un decreto.

En tal sentido, el máximo tribunal de la Nación indicó que “La declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, por configurar un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como última ratio del orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella sino cuando una estricta necesidad lo requiera.”(Id SAIJ: SUA0077422).

Contrariamente a dichas pautas, la magistrada de grado, invocando razones de merito, oportunidad y conveniencia y con apreciaciones personales, con suma liviandad y en exceso de sus facultades, de oficio decretó la inconstitucionalidad que en mi criterio debe ser revocada.

Al respecto, es oportuno recordar que “Las decisiones adoptadas sobre la base de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en cuenta al momento de su dictado no son susceptibles de revisión judicial y sólo corresponde a los jueces controlar la legitimidad del obrar de las autoridades administrativas, no estando facultados para sustituirse a ellas en la valoración de las circunstancias ajenas al campo de lo jurídico.” (CSJN. 2/4/98. SIJ Id SAIJ: SUA0049999).

Por todo lo hasta aquí expuesto, acompaño la propuesta de receptar el presente agravio y, consecuentemente, revocar la declaración de inconstitucionalidad del tope establecido en el art. 6° del DNU y fijar la misma en la suma de $500.000.

II. c) Cálculo de los rubros preaviso e integración del mes de despido.

La demandada expresa que para determinar la indemnización sustitutiva del preaviso e integración del mes de despido no corresponde computar la remuneración prevista por el art. 245 LCT, como se realizó en la sentencia de primera instancia, sino que se debe seguir el concepto de normalidad próxima y que como el actor percibió remuneraciones variables, se debe considerar el promedio de los haberes percibidos en los últimos seis meses anteriores al despido.-

Frente al primero de dichos planteos, cabe señalar que en razón de ser la indemnización sustitutiva del preaviso una reparación cuyo monto tiene que ser equivalente a la remuneración que debió percibir el trabajador durante periodo de preaviso, cuanto la remuneración mensual es variable, por aplicación del criterio de normalidad próxima, es coherente computar el promedio de remuneraciones percibidas en el último semestre o en el último año de trabajo.-

Sobre esta cuestión, la Cámara Nacional del Trabajo ha dicho que: “a los fines de calcular la indemnización sustitutiva de preaviso, 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, en tanto 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 cual, precisamente, torna procedente la aplicación del promedio mencionado" (CNAT, Sala IV "B., G. c. L. B. S.A. s/ despido", 30/08/2021, TR LALEY AR/JUR/132473/2021).-

Con similar criterio, la Sala V de esa Cámara Nacional señaló que a los fines de determinar no ya indemnización por antigüedad, sino los demás rubros, tales como preaviso, integración mes de despido y vacaciones "debe tomarse en cuenta el promedio de remuneraciones correspondientes al último año trabajado, ya que, la base de cálculo que debe utilizarse es la más cercana posible a aquella en que se hubiere encontrado si el despido no hubiese ocurrido, en virtud de lo que se denomina el concepto de normalidad próxima (CNAT, Sala V, "C., R. V. c/ S. E. S. A. SA s/ despido", 5/12/2019, Id SAIJ: FA19040439).-

Conforme el criterio reseñado y surgiendo de los recibos de haberes agregados con el escrito de demanda que el actor percibía remuneraciones variables, entiendo que en caso el preaviso debe calcularse computando el promedio de remuneraciones correspondientes a los últimos seis meses trabajados de manera efectiva previamente al despido. En razón de ello, como la sentencia de primera instancia determinó que el despido se consumó el 5 de agosto de 2021, se deben computar las remuneraciones correspondientes a los últimos seis meses en que el actor trabajó de manera efectiva. Por ello, y por no contarse con todos los recibos de haberes por el período que va desde febrero a julio de 2021, corresponderá que en la etapa de ejecución de sentencia se efectúe el cálculo del promedio semestral, previo requerimiento a la demandada de los recibos correspondientes.

En relación a la integración del mes de despido, cabe señalar que se debe computar sobre la base remunerativa establecida para el cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso. En consecuencia, deberá calcularse el rubro en relación a 26 días, por haberse producido el despido el día 05/08/2021, debiendo realizarse el cálculo correspondiente al momento de practicarse la correspondiente liquidación y adicionarse la suma en concepto de SAC.

II. d) Improcedencia del cálculo de los días trabajados del mes.

La recurrente cuestiona la procedencia del pago por los días trabajados del mes. Al respecto, sin indicar que monto que a su criterio se debió computar, sostiene que el cálculo se realizó teniendo en cuenta la indemnización del art. 245 LCT, siendo que se trata de una remuneración sujeta a aportes y contribuciones al sistema de la seguridad social y demás descuentos. Por otra parte, agrega que abonó el salario del actor hasta el momento de conclusión del vínculo, tal como se refleja en el recibo de haberes de la primera quincena del mes de agosto de 2021.

Adelanto que concuerdo con la Magistrada prevotante en que no corresponde hacer lugar al agravio. Si bien la demandada presentó recibo de la quincena referida, el mismo

fue negado por el actor y el pago en cuestión no fue acreditado por medio idóneo, siendo a tal efecto insuficiente el informe de AFIP.

Por lo tanto, el agravio no puede ser receptado.

II. e) Improcedencia de la multa establecida por el art. 25232 art. 1°.

La demandada expresa que la jueza sentenciante incurrió en violación al principio de congruencia procesal al condenarla al pago de la multa establecida en el art. 1 de la ley 25.323, argumentando que la cuestión en torno a la necesidad de contratar personal bajo la modalidad de temporada no fue expuesta por ninguna de las partes en sus escritos iniciales. Asimismo, sostiene que no se valoró la conducta procesal del actor quien negó la autenticidad de sus firmas en los contratos celebrados, habiendo quedado demostrada su autoría mediante prueba pericial caligráfica.

Frente a dicho planteo, cabe señalar en primer término que el art. 1 de la Ley 25.323 establece que “Las indemnizaciones previstas por las Leyes 20.7440 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7°, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente”.

La recurrente pretende controvertir la procedencia de este rubro, sosteniendo que la registración del vínculo laboral no fue una cuestión sometida a decisión de la Magistrada de grado. Sin embargo, pese a que podría afirmarse que el accionante no fundó su reclamo basado en la multa prevista por la norma, el pronunciamiento recurrido brindó respuesta a la pretensión formulada en la demanda, por lo que no puede tenerse por configurada la alegada violación al principio de congruencia como sostiene la demandada.

En efecto, la jueza de primera instancia indicó que resultaba procedente la multa reclamada toda vez que del informe de AFIP de fs. 64 vta. surge que se registró a Q. como trabajador de temporada siendo que de las remuneraciones informadas surge que percibió remuneraciones en forma continua desde el mes de mayo de 2017 a marzo de 2020 y desde noviembre de 2020 a marzo de 20221 y luego a agosto de ese mismo año y porque la demandada no acreditó la necesidad de contratar personal bajo esa modalidad excepcional.

Habiendo dado la sentencia respuesta a una pretensión del accionante que reclamó la multa prevista en el primer artículo de la Ley 25.323 y encontrándose acreditado que el actor no se desempeñó al amparo de una relación laboral de temporada, sino de manera ininterrumpida y bajo un contrato de trabajo de tiempo indeterminado, resultó acreditado que la relación laboral estuvo deficientemente registrada, la condena a pagar el incremento indemnizatorio previsto por el art. 1 de la ley 25.323 debe confirmarse. En consecuencia, propongo al Acuerdo rechazar el agravio en tratamiento II. f) Improcedencia de la multa del art. 2 de la ley 25.323.

La demandada cuestiona la aplicación de la multa del art. 2 de la Ley 25.323 y alega que debe ser eximida de la misma en atención a la denunciada efectuada ante la Comisaría de Rawson por M. A. B., superior jerárquico de Q., lo que a su entender justifica la resistencia de abonar los rubros reclamados por el accionante. Por ello solicita se deje sin efecto el incremento indemnizatorio y, subsidiariamente, requiere su prudente reducción.

Frente a los planteos articulados, debo puntualizar que el artículo 2 de la Ley 25.323 indica que si el trabajador despedido intima fehacientemente a su empleador a que le abone las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, entre otras, y éste omite su pago obligándolo a iniciar acciones judiciales o actuaciones administrativas para lograr su efectivo cobro, aquellas serán incrementadas en un 50%.

Como señala la colega preopinante, la norma tiene por finalidad constreñir al empleador a abonar en debido tiempo las indemnizaciones por despido para evitar litigios innecesarios y asimismo, también pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato en atención al carácter alimentario de su crédito (confr. Cámara Nacional del Trabajo. Sala III. “O. Miguel A. c. Gestión Profesional S.A.”. 28/11/2006).

La procedencia del incremento indemnizatorio requiere: 1) despido sin justa causa, directo o indirecto; 2) que el empleador se encuentre fehacientemente intimado a pagar las indemnizaciones derivadas del mismo; 3) renuencia en el pago e inexistencia de causas que justifiquen la conducta del empleador; 4) interposición por el trabajador de acción judicial u otra instancia previa de carácter obligatorio para percibir las indemnizaciones (confr. C. Nac. Com., sala C, 5/5/2006, "Marcos Guinsburg SA").

Conforme las pautas reseñadas, es preciso señalar que llega firme a esta Alzada la desproporcionalidad del despedido decidido por la empleadora al no haberse probado que el actor resultara ser el agresor del altercado que tuvo con su superior jerárquico, M. A. B., a lo que debe agregarse que el trabajador desvinculado tenía una antigüedad de 5 años en la empresa y no se acreditó que contara con alguna sanción previa.

Siendo ello así y habiendo establecido la sentencia de grado que el despido dispuesto resultó desproporcionado, el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323 resulta procedente, dado que el actor se vio forzado a iniciar acciones judiciales para obtener el íntegro cobro de las indemnizaciones debidas.

En razón de lo apuntado no resulta posible desestimar la procedencia de la sanción ni reducirse la misma como se peticiona en el agravio.

II. g) <u>Capitalización de intereses.</u>

Por último la demandada se agravia de la capitalización de intereses dispuesta en los términos del art. 770 inc. b. sosteniendo que el derecho a percibir una suma de dinero por parte del accionante y su determinación fue declarada recién con el dictado de la sentencia definitiva, siendo exigible recién cuando esta última adquiera autoridad de cosa juzgada.

Frente al planteo que formula la demandada, cabe puntualizar que el crédito reconocido al actor en la sentencia recurrida no nació con ésta, sino que tiene su génesis en el despido. En otras palabras, la sentencia no es constitutiva del derecho ni del crédito del actor sino declarativa de éstos.

Formulada esa aclaración, cabe puntualizar que si bien la regla sigue siendo que no se deben intereses de los intereses, el art. 770 inc. b) del nuevo Código Civil y Comercial dispone que ello es procedente cuando la obligación se demanda judicialmente y establece que en este caso la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda, como se dispuso en la sentencia recurrida.

Como señalé en la SDL N° 32/2019 y en muchas otras, el inc. c del art. 770 del Código Civil y Comercial y el inc. b de este artículo, sin duda se refieren a dos supuestos distintos que dan lugar a capitalización de intereses, que no se excluyen y que son acumulables.

Ello es así, dado que el art. 770 inc. b) del Código Civil y Comercial dispone que la capitalización de intereses es procedente cuando la obligación se demande judicialmente y establece que en éste caso la acumulación opera desde la fecha de la notificación de la demanda. Por otra parte, el inciso c del mencionado art. 770, establece que a partir de la mora en el pago de la indemnización se acumularan los intereses al capital.

De lo apuntado surge con claridad que en la normativa reseñada se prevén dos eventos distintos que dan lugar a la capitalización de intereses, uno es la notificación de la demanda (art. 770 inc. b CCyC) y el otro es la mora en el pago de la indemnización (inc. c de esa misma norma). Siendo ello así, ningún impedimento encuentro para que dichos supuestos se acumulen y para que la capitalización de intereses se efectúe en dichas oportunidades.

Por tales razones, propongo el rechazo de este último agravio.

III. Por todo lo hasta aquí expresado, acompaño la propuesta realizada por la Magistrada prevotante de revocar parcialmente la sentencia de primera instancia a fin de (i) dejar sin efecto la inconstitucionalidad del tope previsto por el art. 6° del DNU y (ii) disponer se recalculen las indemnizaciones sustitutiva de preaviso y de integración del mes de despido, con más el correspondiente SAC.

Dado que no se altera la condición de vencedora y vencida de las partes y que se readecuan algunos de los rubros de condena, no corresponde modificar la imposición de costas de primera instancia. De igual manera, tampoco corresponde modificar los honorarios regulados en dicha instancia, dado que al fijarse en porcentajes se adecúan automáticamente al nuevo monto de condena.

Respecto a las costas de esta Alzada, coincido con la Dra. Cordón Ferrando en cuanto postula imponerlas un 60% a la demandada y un 40% al actor, dado que de los siete agravios articulados se rechazan cuatro de ellos.

Finalmente, respecto de los honorarios de esta Alzada coincido con la propuesta regulatoria efectuada en el voto precedente, en tanto los mismos reflejan adecuadamente las labores desempeñadas, su extensión y calidad.-

Me expido aquí entonces a la primera cuestión PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.-

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

Resta analizar el recurso de apelación interpuesto por la demandada mediante ID 1212261 contra la totalidad de los honorarios regulados en la sentencia definitiva, por considerarlos altos.

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, 46 y 60 de la Ley XIII nro. 4), 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 AFIRMATIVA.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Marcelo F. Peral expresó:

Como propone la Dra. Cordón Ferrando, el recurso de apelación articulado por la accionada contra la totalidad de los honorarios regulados en la sentencia definitiva por altos (ID 1212261), no puede prosperar dado que la regulación se corresponde con las tareas realizadas y es adecuada a las pautas de la arancelaria local (conf. arts. 5, 6, 7, 8, 38, 46 y 60 de la Ley XIII nro. 4).

Por ello, también propongo la confirmación de los honorarios cuestionados, sin costas en esta alzada.

Por lo expuesto a esta cuestión me pronuncio por la AFIRMATIVA.

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

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

A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de: 1) dejar sin efecto la inconstitucionalidad del DNU 39/2021 y reducir el rubro “Dto. 39/2021” a la suma de $ 500.000 y 2) disponer el recálculo de las indemnizaciones sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido y sus correspondientes SAC en la etapa de ejecución de sentencia.

B) CONFIRMAR la totalidad de los honorarios profesionales regulados en primera instancia.

C) IMPONER las costas de la alzada en un 60% a la demandada vencida y un 40% al actor (art. 72 del CPCC), fijando los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta alzada del Dr. L. A. N. en un 4% del 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). D) REGISTRESE y notifíquese.

Así lo voto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Dr. Marcelo F. 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. 274 del C.P.C.C.), pasándose a dictar:

S E N T E N C I A:

Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:

A) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada a fin de: 1) dejar sin efecto la inconstitucionalidad del DNU 39/2021 y reducir el rubro "Dto. 39/2021" a la suma de $ 500.000 y 2) disponer el recálculo de las indemnizaciones sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido y sus correspondientes SAC en la etapa de ejecución de sentencia.

B) CONFIRMAR la totalidad de los honorarios profesionales regulados en primera instancia.

C) IMPONER las costas de la alzada en un 60% a la demandada vencida y un 40% al actor (art. 72 del CPCC), fijando los honorarios profesionales por las tareas desarrolladas en esta alzada del Dr. L. A. N. en un 4% del 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). D) REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Florencia CORDON FERRANDO
JUEZA DE CÁMARA

Marcelo Fernando PERAL
JUEZ DE CÁMARA

REGISTRADA BAJO EL Nº 20 DE 2024 – SDL.- Conste.

Ricardo F. GRIFFITHS
SECRETARIO DE CAMARA