En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los ocho días del mes de agosto del año dos mil veinticuatro, se reúne en acuerdo la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de la Dra. María Fernanda Zanatta y asistencia del primer vocal Dr. Manuel Horacio Pis Diez y del segundo vocal Dr. Fernando Nahuelanca (tribunal designado según lo establecido en los arts. 5, 6 y 8 del Acuerdo 15/21/CACR), para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., L. H. c/ S. A. SA s/ SUMARIO –Cobro de Pesos e Indem. de Ley-", expte. nro. 808/23**, venidos del Juzgado Letrado de primera instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 216/20), y atento al resultado del sorteo de fecha 25 de octubre de 2023 (art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Manuel Horacio Pis Diez y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la Sentencia nro. 219/23 de fecha 31 de julio de 2023? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de este tribunal, en virtud del recurso interpuesto por la demandada en contra de la Sentencia Definitiva n° 219/23. Concedido el mismo, expresa agravios por escrito ID 1182520. Corrido el traslado de los mismos, contesta el actor por escrito ID 1194853.

1. *El fallo apelado*:

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. L. H. C. y condenó a S.

A. SA a abonarle la suma de $505.358,19 por diferencias indemnización final, conforme lo establecido en los puntos IV.1.2.3, con más los intereses fijados en el ítem IV.4. Impuso las costas y reguló los honorarios profesionales.

2. *Fundamentos del recurso*:

a) En primer lugar, la demandada se agravia por el rubro por vacaciones no gozadas. Remite al capítulo de la sentencia de grado donde se efectuó el cálculo de las vacaciones no gozadas y que decidió atendiendo a la fecha de finalización laboral -el 28 de septiembre de 2018- y la antigüedad del trabajador, en 13 años, 3 meses y 25 días, que correspondían 28 días, fijando un valor de $109.413,08 y su SAC en $9.117,75. Tuvo en cuenta que la demandada había abonado la suma de $55.617,45 y de $4.634,79 respectivamente, prevaleciendo un crédito a favor del actor de $53.795,63.

Entiende que lo expuesto carece de fundamentación y que el razonamiento es erróneo, porque contempló para el cálculo 28 días de vacaciones no gozadas, cuando el despido aconteció el 28/09/18 y que la parte tenía derecho a percibir una indemnización equivalente al salario correspondiente al periodo proporcional del año trabajado.

Sostiene que la sentenciante calcula la indemnización como si el trabajador hubiera prestado servicios todo el año, lo que considera incorrecto. Remite a la norma del art. 156 de la Ley de Contrato de Trabajo y a doctrina nacional y dice que el actor tenía derecho a 21 días de vacaciones (28/12x9).

Por otra parte, critica que se considere el mejor sueldo percibido, violentándose la norma del artículo 151 inciso c de la Ley de Contrato de Trabajo, que según interpreta- impone que en los supuestos donde hay remuneraciones variables, como en el caso del actor, debe estarse al promedio de los sueldos devengados. En un gráfico dice que ese promedio, en el caso del actor, es de un total de $420,389,2 que divididos 6, totalizarían $70,064,87.

Dice que el promedio semestral previo a la desvinculación del actor arroja un importe de $70,064,87 y que, si ese número se lo divide por 25 y se lo multiplica por los días de vacaciones proporcionales, que corresponderían -según su criterio- 21, el resultado sería de $58,854,49 y no de $109,413,08 como lo indicaría el fallo. De modo que la diferencia entre lo abonado en $55,617,45 y lo que correspondía, sería de $3.237,04. Sostiene además que el SAC sobre las vacaciones no gozadas también tiene un error en el fallo, que corresponden $4,904,54 equivalentes a $58,854,49 dividido 12; y que si se resta lo abonado en $4,634,79, la única diferencia es de $269,75. Solicita que se admite agravio y que se reduzca la condena en la forma explicada.

b) Como segundo agravio se queja por el cálculo de la indemnización por antigüedad sin tope. Señala que la jueza de grado admitió la demanda parcialmente y condena el pago de diferencias indemnizatorias, recurriendo para el cálculo de la prevista en el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo al mejor sueldo percibido por el actor.

Entiende que el fallo prescinde del texto legal aplicable y resuelve según parámetros que no surgen de la ley, que allí radica la arbitrariedad que se denuncia e invalida lo resuelto en la causa. Señala que la jueza de grado ha considerado la mejor remuneración mensual, normal y habitual en $88.898,12, pero que, en ningún momento, indica a qué mes del último año trabajado correspondería. Privando a su parte de la posibilidad de cuestionarlo. Cita el fallo "Vizzoti" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Luego, destaca la parte pertinente del fallo en cuanto la jueza de grado entiende que se trata de un trabajador fuera de convenio. Sin embargo, la parte recurrente dice que siempre estuvo encuadrado en el Convenio Colectivo de Trabajo 611/10 y que no resulta controvertido ese encuadramiento. Vuelve sobre el fallo "Vizzoti" y cita los fallos del máximo Tribunal provincial en las sentencias "A." y "M. D.". A continuación, cita el fallo "D. P." del Superior Tribunal de Justicia Provincial y entiende que confirmar el fallo de grado que aquí apela sería contradecir la doctrina fijada por ésta último. Suma a sus argumentos al precedente "M." dictado por el Superior Tribunal provincial.

Respecto a su apelación, insiste en que el cálculo de la sentencia sin tope importa un exceso ilegítimo en las facultades de los jueces por trasgresión al artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, y, además, un acto discriminatorio, por cuanto coloca en una situación preferencial al actor respecto de cualquier otro trabajador.

Luego calcula que, teniendo en cuenta el tope indemnizatorio de $39.630,12 que surge de la resolución número 2535 de la Secretaría de Trabajo, resultaría inconstitucional según el fallo "Vizzoti", que la mejor remuneración mensual normal y habitual $88.898,12 y debe ser reducida un 33%, obteniéndose la suma de $59.561,74, importe que –a su criterio- debe multiplicarse por los 14 años de antigüedad, arrojando un total de 833.864,33, y de allí que lo abonado por su parte en 980.031,75 es superior. Que ello significa que no hay diferencias de ninguna índole. Solicita que se haga lugar al agravio revocándose el fallo de grado en cuanto condena diferencias en la indemnización por despido, con costas.

En el tercer agravio, plantea la improcedencia de la multa prevista en el artículo 2 de la Ley 25323. Remite al segmento pertinente de la sentencia donde la jueza, en definitiva, habría condenado por una multa sobre las diferencias verificadas anteriormente y cuantificada por la suma de $150.520.85. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones en autos "H." y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Sostiene que, en la misma fecha, la titular del Juzgado Laboral n° 2 había resuelto un tema similar de modo totalmente diferente. Que ello constituiría un acto contradictorio con grave afección de la seguridad jurídica. Dice que su parte abonó a la indemnización por antigüedad en exceso del tope indemnizatorio aplicable a la actividad del trabajador, respetando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Superior Tribunal de Justicia Provincial en los pronunciamientos que citó en el agravio anterior.

Afirma que la confirmación de la sentencia convalidaría un pronunciamiento arbitrario y que se aparta de toda la línea jurisprudencial mencionada. Que constituye un factor sorpresivo que su parte nunca pudo prever al momento de liquidar los conceptos derivados del despido del actor. Sigue diciendo que su conducta y el criterio seguido en una causa "H." imponen eximirlo de la sanción impuesta. Así lo solicita, con costas al actor.

d) En su cuarto agravio, impugna la imposición de costas a su parte como parte vencida. Considera que no procede la decisión y solicita su revocación. Explica que se promovió demanda por $1.619.417.71, y la condena ascendió a $505.358.19, se admitió por el 31,20% aproximadamente y fue desestimada en 68.8%. Cita al artículo 72 del Código Procesal Provincial sobre la distribución de las costas y la considera aplicable. Solicita la revocación del fallo apelado, que las costas sean soportadas, como mínimo, en un 70% por el actor y un 30% por su cargo. Para finalizar, ratifica reserva de caso federal.

IV. *Contestación a los agravios*:

Respecto al primer agravio la contraria sostiene en su responde que la demandada incurre en error interpretativo al realizar la liquidación por vacaciones no gozadas.

Señala que el juez de primera instancia dispuso que al trabajador le correspondían 28 días de vacaciones en virtud de lo normado por la LCT. Explica que, de acuerdo a lo previsto en el art. 156 LCT, como trabajó más de la mitad de los días hábiles del año, para liquidar la indemnización por vacaciones no gozadas se debe calcular

los días que hubiese tenido derecho a gozar cuando finalizase el año calendario.

Alega que el razonamiento de la recurrente tendría sentido de haber finalizado el contrato de trabajo el 31 de julio de 2018, no obstante, como finalizó el 28 de septiembre de 2018 le corresponde la indemnización por vacaciones no gozadas completa o de 28 días como resolvió el fallo con sustento en el art. 151 LCT.

Sostiene a continuación que la apelante yerra en invocar la aplicación del inc. c) del art. 155 LCT, ya que en el caso de autos deviene aplicable el inc. a) del dicho artículo toda vez que no se encuentra en una relación laboral a destajo. Ello, indica, porque su remuneración no depende de la producción obtenida por tiempo dedicado.

Aclara que desconoce la razón por la cual el sentenciante cuantifica la indemnización de VNG en $109.413,08 y su SAC en la suma de $9.117,75 e infiere que ello deviene de que partió de una remuneración mensual de $97.690,25.

Detalla los conceptos que componen la última remuneración percibida la que ascendió a $78.305,83 para calcular el ítem vacaciones no gozadas y arribar a un monto final de $87.702,52 y un SAC de $7.305,62.

Con sustento en ello, expresa que debe rechazarse el agravio y, en caso de corresponder admitirse parcialmente en la forma que postula reconociéndosele una diferencia entre lo abonado y lo que correspondía de $32.085,07 por vacaciones no gozadas y de $2.670,83 SAC.

En cuanto al segundo agravio, señala primeramente que el juez determinó la MRNH en la suma de $88.898,12

remuneración bruta correspondiente al mes de julio del año 2018 más proporcional del SAC.

Explica luego que a los trabajadores encuadrados en el CCT 611/10 no se les debe aplicar el tercer párrafo el art. 245 LCT, sino el segundo de la norma cuantificando el tope en el equivalente a 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. Dice que conforme la respuesta del Sindicato del P.J y P. del P y G. P de la P. A., que informó las escalas salariales cuyo promedio calcula, el tope para el caso asciende a $1.305.000 el que no resulta aplicable en función de la remuneración percibida.

A lo dicho agrega que la jurisprudencia invocada por la contraria no deviene aplicable en autos atento a la falta de identidad de la plataforma fáctica y jurídica entre el presente y dichos antecedentes. Considera que el caso de marras en cambio sí guarda relación con lo resuelto en Sentencia n° 41/SRE 2019 STJCh.

Por otra parte, plantea que, teniendo en cuenta que según lo informado por el sindicato, si el inicio de la franja salarial está en los $70.000 -que dista mucho de cualquier promedio que se pudiera efectuar-, multiplicado por tres veces arroja un tope de $210.000 y la MRNH denunciada y utilizada por el juez no supera el límite previsto en el art. 245 segundo párrafo.

Finalmente aclara que la resolución 2535 del 2014 no se aplica al CCT 605/10, sino al CCT 643/12 que se corresponde con otra rama de los trabajadores petroleros

y no a jerárquicos o convencionales de la provincia del Chubut.

Peticiona en función de lo expuesto el rechazo del agravio.

En cuanto a la queja por la condena en los términos del art. 2 Ley 25323 sostiene que la queja debe desestimarse en tanto la demandada en autos y los letrados que los asesoran poseen múltiples fallos en los que se declara la inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas y su integración en las bases de cálculo de las indemnizaciones por extinción de la relación laboral, por lo que la sentencia condenatoria no puede haberle resultado sorpresiva.

Alega que el error se comete adrede financiándose con los créditos y litigios de los trabajadores.

Considera que la jurisprudencia en el sentido que se resolvió en la especie debe mantenerse para que sea disuasiva para con los empleadores que resultan beneficiados con el proceso judicial.

Por último resalta el cumplimiento de los presupuestos formales de procedencia de la norma y peticiona el rechazo del agravio con costas.

V. *Tratamiento de los agravios.*

1) *Primer agravio. Indemnización vacaciones no gozadas:*

Cuestiona la recurrente la liquidación efectuada en la sentencia por este concepto respecto a la cantidad de días liquidados (28) y la consideración del mejor sueldo percibido para su cálculo.

Le asiste razón en su cuestionamiento en cuanto a los 28 días liquidados, toda vez que conforme surge de la demanda no solo no fue un reclamo efectuado, sino que

teniendo en cuenta que el despido se produjo el 28 de septiembre de 2018, corresponde se liquide el salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción de año trabajada (9 meses = 21 días), más aún cuando surge de la propia documental acompañada por el actor, que en el mes de junio/2018 usufructuó vacaciones por 28 días.

Respecto al ámbito de la controversia interpuesta por la demandada sobre el punto (promedio de sueldos devengados a efectos de calcular la indemnización), se han estudiado y emitido las diversas propuestas sobre los alcances de la norma. Precisamente la de la demandada constituye una de los modos de resolver (la promediación de los últimos seis meses de salarios). La otra variante sobre tal modalidad retributiva la enseña el doctrinario Meilij cuando expone, frente a las alteraciones mensuales de la retribución, resulta justo liquidarse la indemnización sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año de trabajo ("Contrato de trabajo", Meilij, T.II, ed. Depalma 1981, pág. 427, parág. 1763. Cita el autor en tal sentido la jurisprudencia de la S.C.B.A., 4/7/79, "L.T." 27-271169, aplicando la doctrina del art. 245 L.C.T.; ídem, aplicando el texto original de la Ley 20744, S.C.B.A., 22/11/77, "E.D." 78-545, sum.10).

Por lo expuesto, se confirma la suma de la mejor remuneración percibida por el trabajador calculada por la magistrada en la suma de $88.898,12 (julio/18 más SAC), para el cálculo de los 21 días de vacaciones no gozadas, lo que arroja una indemnización por este rubro de $74.674,42 ($88.898,12 /25 x21) más $6.222,86 por

SAC, y una diferencia en favor del actor deducido lo abonado de $19.056,97 + $1.588,07 SAC.

Se admite parcialmente el agravio.

2) *Segundo agravio. Tope indemnización por antigüedad*:

El cuestionamiento queda centrado en el texto del fallo, al expresar: "atendiendo a que no hay contradicción sobre que se trata de una trabajadora fuera de convenio y conforme expusiera en su voto (mayoritario) la Sra. Silvia Alonso: "Ergo, la falta de fijación de topes impide su aplicación y no es dable siquiera la disminución que se pretende por la aplicación lisa y llana de la doctrina del precedente Vizzoti, en el marco de lo resuelto por otros tribunales, incluso por la Sala B de esta Cámara porque estamos ante situaciones que no son idénticas y tampoco equiparables. La solución a la que ha arribado la jueza se ciñe estrictamente al propio texto del artículo 245 de la LCT y por lo tanto propongo el rechazo del agravio". Es que concibo que en el caso de marras no es aplicable la doctrina del máximo Tribunal antes expuesta, debiendo utilizarse la base imponible sin tope alguno".

A fin de resolver este agravio tengo en cuenta que el actor en su demanda (pto. IV. 3., fs. 37vta./38) expresó que se desempeñó en el puesto de encargado, vinculado al CCT 611/10 de P. J., que el mismo carece de tope para calcular la antigüedad, por lo que debe utilizarse la mejor remuneración devengada y que al momento de extinguirse la relación los sueldos oscilaban entre $60.000 y $300.000. Dejó planteado en caso de corresponder, la aplicación del fallo Vizzoti.

Por su parte, la demandada al contestar, con cita de fallos del Superior Tribunal de Justicia, consideró que la indemnización debe ser calculada en base al tope salarial del CCT 605/10, afirmando que aun aplicando "Vizzoti", se abonó una indemnización mayor.

Es claro el concepto erróneo y omisivo del fallo cuando dice que al no haber tope fijado, debe utilizarse la base imponible sin tope alguno, desconociendo la proyección del existente conforme a la jurisprudencia de esta Provincia.

En efecto, el Superior Tribunal de Justicia ha desestimado los criterios de no fijación de montos tope por los que en su oportunidad se expidiera esta Cámara. Adviértase el fallo puntual de los autos caratulados: "M. D., D. R. c/ S. A. I. S.A. s/sumario – Cobro de pesos e indem. de ley", expte. n° 24634/2017, donde la Cámara rechazaba el agravio de la parte demandada dirigido a cuestionar la indemnización por antigüedad sin aplicación del tope previsto en el art. 245 LCT, con lo que confirmaba la sentencia de primera instancia en el mismo sentido. Precisamente en el caso "M. D.", el alto tribunal dirimía si correspondía o no aplicar el tope previsto en la norma cuando tratándose de un trabajador jerárquico comprendido en el CCT 611/10, el Ministerio de Trabajo no lo había establecido por no contar con la información necesaria al efecto. Incluso sumaba que se había dado respuesta a idéntico debate en los autos caratulados: "A., D. S. c/ P. A. E. LLC Suc. ARG. s/ sumario – cobro de pesos e indem. de ley", expte. n° 24619/2017, donde apuntaba que el límite no solo regía en la actualidad, sino que con la salvedad de los años 1989 y 1991, la legislación nacional adoptó

siempre el modelo de indemnización tarifada y topeada, con lo que remitía a la lectura de la reseña de la evolución normativa nacional del ap. II.4, voto del Dr. Vivas.

Resulta acertada la observación efectuada por el actor respecto de la Resolución 2355 invocada por la demandada, en cuanto a la misma pertenece a otro Convenio Colectivo y no el 605/2010.

Por otra parte, no corresponde la promediación salarial efectuada por el actor en base a la respuesta dada por el S. el 19/10/21 (entre $70.000 y $800.000), pues tal como se desprende de dicho informe, los montos se encuentra referidos a la fecha del responde.

Queda introducido en consecuencia el tratamiento de la Resolución N° 562–E/16 (CC 605/10) y la doctrina de la CSJN del caso Vizzoti, que debe regir en la suma tope de $42.846,72 (conforme publicación https:// www.argentina.gob.ar/trabajo/topes, respuesta Ministerio de Trabajo 06/05/22).

Ello es, frente a la mejor retribución a considerar del mes de julio/2018, $88.898,12, el tope de la Res. 562– E/16 de $42.846,72 comporta el 48,19% de la misma, clara violación del derecho de propiedad impedido por la jurisprudencia “Vizzoti”.

Por lo tanto, la reducción hasta el 33% que admite deja incólume como base salarial la suma de $59.561,74. Este monto por la antigüedad de 14 años del accionante, determinó el derecho a una indemnización por el rubro de $833.864,36.

Por haber sido abonada la suma de 980.031,75 por tal concepto, no existe diferencia alguna en favor del actor, por lo que el agravio prospera.

3) *Tercer agravio. Improcedencia multa art 2 Ley 25323*:

Cuestiona la recurrente la admisión de la multa, no solo por haber resuelto la magistrada otro caso con criterio disímil, sino porque su parte abonó la liquidación final al actor y para el caso de admitirse diferencias salariales, ello constituye un factor sorpresivo que no pudo prever en el momento de liquidar los conceptos derivados del despido del actor.

En función de lo decidido y diferencias salariales impagas que surgen del presente análisis, que a todo evento hicieron necesaria la acción judicial, entiendo que corresponde la admisión de la multa, empero atendiendo a la segunda parte de la norma, la indemnización sancionatoria recaerá por la diferencia del monto impago que resulte de autos, esto es, por la suma de $18.249,89.

4) *Cuarto agravio. Imposición de costas*:

Cuestiona la demandada que se le hayan impuesto las costas en su totalidad, cuando la demanda prosperó parcialmente por el 31.20% de lo reclamado.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia laboral en la materia, reiteradamente expuesta a lo largo de los años atendiendo al carácter alimentario de los adeudos laborales, jurisprudencia y doctrina del Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: “C., M. A. c/ E. R. C. S.A.”, expte. n° 13.309-C-1991, cuando señala que respecto a la solicitud de la demandada de distribuir las costas conforme al rechazo de acciones deducidas, han de imponerse a la vencida por aplicación del principio general contenido en el art. 68 CPCCCh (hoy art. 69 del Digesto Jurídico), aún cuando la

demanda no hubiera prosperado sino en parte. Aún más terminante resulta en el caso: "V. T., V. c/ P. de E. L. B.", expte. nº 13.707-V-1992, significando que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos y ha de estarse a un enfoque global de su resultado, entonces, cualquiera sea el monto en que prospera la demanda, el vencedor es quien obtiene –aunque sea en mínima proporción– el reconocimiento de su derecho, siendo razonable que no queden a cargo del trabajador los gastos realizados para lograr la justicia del caso.

Se rechaza el agravio.

Costas y honorarios:

Costas de la alzada, conforme fuera decidido y admitido que fueron parcialmente los agravios de la demandada, se imponen por su orden (art. 72 CPCCCh) y sistema arancelario citado más el art. 13 del mismo y restantes valoraciones precedentes, propongo los honorarios del Dr. H. A. S. en 25% y los del Dr. F. F. A. en 30%.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada S. A. S.A. bajo apoderamiento letrado, fundado en escrito ID 1182520 contra la Sentencia Definitiva 219/23 del 31/07/23, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia precedente en cuanto al monto de condena, el que procede por la suma de $75.394,71, con los restantes alcances del punto.

3) Imponer las costas de la alzada por su orden, proponiendo la regulación de los honorarios de conformidad al considerando respectivo.

4) Tener presente la reserva del caso federal de la demandada en ID 1182520.

A la primera cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

1) *Antecedentes*:

Como los antecedentes del caso y el contenido de la expresión de agravios han sido reseñados por el colega preopinante, a tales constancias me remito con el fin de evitar repeticiones estériles.

2) *Tratamiento de los agravios*:

En este capítulo trataré los agravios planteados por el apelante contra la sentencia de primera instancia.

Es preciso señalar que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (ver, *v. gr.*, Santiago C. Fassi en "Código procesal...", t. I, pág. 278), y que no se encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (ver, *v. gr.*, fallos 258:304 entre muchos), por ello, me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión (ver fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., Sala C, 23/03/2011 – "Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A.", en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

Asimismo, la jurisprudencia ha dicho: "Considerando que en el proceso civil campea el postulado dispositivo, el tribunal verificador tiene una serie de limitaciones

en cuanto al objeto de la apelación, ya que por vía de principio, solo posee competencia funcional para examinar el foco litigioso planteado en primera instancia, y además dentro de los límites que lo presente el quejoso, ya que el *ad quem* no puede suplir sus agravios, y no está facultado para abocarse a temas que no fueron motivo de embate por el vencido. Ello significa que el tribunal de apelación tiene cercenado su accionar por dos cortapisas fundamentales, a saber, por un lado la que resulta de la relación procesal de primera instancia; y por otro la que le impone el recurrente por mediación de la fundamentación del escrito impugnativo" ("Consorcio Edificio Mitre vs. Rozas, Luciana y/o quien resulte responsable s. Interdicto recobrar la posesión" - STJ, Chaco, 22/11/2012, Rubinzal Online, 72042/2011, RC J 3838/13).

A continuación, abordaré los agravios.

Con respecto al primer agravio, debo señalar que la recurrente cuestión que la jueza de primera instancia en concepto de indemnización por vacaciones no gozadas otorgó 28 días y tomó para el cálculo el mejor sueldo percibido.

Considero que el razonamiento sobre este tópico por la jueza de primera instancia fue incorrecto, pues está probado que la actora tenía derecho a gozar de vacaciones por 28 días y que la extinción del trabajo sucedió el 28 de septiembre del 2018, razón por la cual se deben tomar 21 días, conforme lo dispuesto por el artículo 156 de la LCT.

Por otro lado, con respecto al agravio vinculado, considero que la solución que es más justa y equitativa (preámbulo de la CN), y que se compadece con los

principios de equidad y con los del derecho laboral, es tomar como base de cálculo, frente a las variaciones mensuales de la retribución, la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año de trabajo.

De modo tal que es correcta la suma establecida por la jueza de primera instancia, por este concepto, en $88.898,12 (julio 18/mas SAC), para el cálculo de los 21 días de vacaciones no gozadas, lo que arroja una suma de $74.764,41, más $6,222,86 por SAC y una diferencia a favor del actor deducido lo abonado de $19.056,97 más $1.588,07 SAC.

Se admite parcialmente el agravio.

En el segundo manifiesta que las diferencias de indemnización por antigüedad fueron fijadas sin tope y por tal motivo se queja.

La jueza de primera instancia para llegar a tal conclusión sostuvo que atendiendo a que no hay contradicción sobre que se trata de un trabajador fuera de convenio y conforme que expusiera en su voto mayoritario la Dra. Silvia Alonso. Agrega que en el caso de marras no es aplicable la doctrina del máximo tribunal expuesta, debiendo usarse la base imponible sin tope.

Cabe señalar que la demandada en su contestación de demanda aseveró que la indemnización debe ser estimada en base al tope del CCT 605/10, afirmando que es aplicable el caso “Vizzoti” y que se pagó una indemnización mayor.

De autos surge que el actor se desempeñaba como encargado y que le era aplicable el CCT ll611/10 de P.

J., y que el mismo carece de tope para calcular la antigüedad.

Ahora bien, una vez descripta la cuestión paso a resolverla.

En tal sentido, debo poner de resalto y con respecto al tope, atento a que el Convenio 611/10 no tiene tope, pues no están informados los promedios por el Ministerio de Economía, considero que de todas maneras se aplicará el tope de Vizzoti, según fallo del Superior Tribunal de Justicia del Chubut.

Al respecto, en el fallo que se cita a continuación, el Dr. Vivas en su voto expresó en "M. D." (SD nro. 02/2019 S.T.J. "M.D.; D. R. c/ S.A.I. S.A. s/ sumario – cobro de pesos e indemnizaciones de ley", expte nro. 24634/2017): "…Es claro entonces que la norma en examen, luego de establecer a la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada como base para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245, primer párrafo), se ocupa de imponer un límite objetivo a dicha base: 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 caso, correspondiendo al Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social fijarlo y publicarlo, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo (art. 245, segundo, tercero y cuarto párrafo)…".

Agregó: "…Así lo interpretó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosas ocasiones. En efecto, es criterio de nuestro máximo Tribunal Nacional que "…el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo prevé un límite al monto de las indemnizaciones por despido a

partir de la aplicación de un módulo que deriva del promedio de las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido y es el Ministerio de Trabajo –con arreglo igualmente a su tenor expreso- el encargado de fijar y publicar el monto que corresponda, junto con las escalas salariales de cada convenio de trabajo" (CSJN, 7/2/09, "Nine, Héctor Aldo c. Automóvil Club Argentino", del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo, La Ley Online AR/JUR/10879/2006)…".

Sostuvo: "…Como argumenté en "A.", la realidad es que la peculiaridad del CCT 611/10 que acabo de apuntar, genera una evidente imposibilidad material para que la autoridad de aplicación ejerza la competencia atribuida por Ley de calcular y publicar el promedio de remuneraciones y, consecuentemente, el tope indemnizatorio. Este es el justo sentido que cabe otorgarle a lo manifestado por el Ministerio de Trabajo cuando informa que "No resulta factible fijar el tope indemnizatorio en razón de no contar con la información necesaria a tal efecto" (fs. 325), circunstancia de la que, frente al claro propósito del legislador en sentido opuesto, no puede derivarse la improcedencia de aplicar tope alguno…".

Remarco: "…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".

Subrayó: "…A su vez en Fallos: 323: 2834, "T., J. c/ B. H. S.A. y otro s/ despido", haciendo remisión a la causa "G., E. H. c/ T. F. S.A.", puntualizó: "…el personal jerárquico está comprendido entre 'aquellos trabajadores no amparados por convenios colectivos de trabajo', por lo cual queda igualmente alcanzado por la limitación… sentada por la norma". La solución pasó también aquí por la aplicación del párrafo 3° del art. 245, LCT…".

Expresó: "...Ello así, en el marco de ese razonamiento, que puntualiza el inequívoco propósito del legislador de imponer un límite a las indemnizaciones por despido a través de la aplicación de topes objetivos, límite del que no está excluido el personal jerárquico o gerencial, la solución legal en el caso debió encontrarse en el párrafo 3° del art. 245, LCT…".

Como se ve, el criterio jurisprudencial no solo del Superior Tribunal de Justicia del Chubut, sino también de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es que aunque no esté invocado el convenio colectivo aplicable por el empleador, debe aplicarse el límite según doctrina "Vizzoti". Y en este caso, conforme el marco factico, se aplica el tope del Convenio Colectivo n° 605/10.

Sin embargo, en este no corresponde tomar la promediación salarial efectuada por el actor en mérito a la respuesta del Sindicato el 19/10/21, pues se refieren a montos posteriores a la extinción laboral.

Ahora bien, conforme la resolución n° 562-E/16 (CC 605/10), y la doctrina Vizzoti, el tope es de $42.846,72.

Tomando la mejor remuneración del mes de julio del 2018, asciende a $88.898,12 y por ende implica el 48,19% y no puede ser mayor que el 33% según "Vizzoti", Por lo tanto, la mase es de $59.561,74. Por el tiempo de 14 años arroja una indemnización de $833.864,36.

A tenor que se abonó la suma de $980.031,75 por tal concepto, no existe diferencia a favor del actor y por lo tanto se admite el agravio.

El tercer agravio cuestiona la multa del artículo 2 de la Ley 25323.

Afirma que su parte pagó la liquidación final al actor y que la admisión de las diferencias salariales fue sorpresiva.

Advierto que no solo que la demandada no abonó las sumas pertinentes indemnizatorias, como se demostró en esta causa, sino que luego de ser intimada a hacerlo no subsanó su conducta.

Conforme las normas aplicables al momento de la extinción de la relación laboral (Convenio 95 de la OIT), la demandada no abonó las sumas que integraban la indemnización y advierto que se cumplió con los presupuestos que fija el artículo 2 de la Ley 25323.

Sobre este punto la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, en "N.", ha dicho: "…La controversia planteada por la parte actora frente a la razones expuestas por

la sentencia para rechazar la aplicación del art. 2 Ley 25323 y sobreseer a la demandada, luego de determinar el fallo la intimación fehaciente a la parte demandada y no obstante reconocer el pago insuficiente de los dos rubros reclamados, comportan olvido del fin de la norma y hasta su finalidad. Primero, que viene a reparar un daño autónomo que consiste en la mora en el pago de tales indemnizaciones, mora que genera evidentemente un daño resarcible no previsto en la Ley de contrato de trabajo y que la Ley 25323 ha venido a restañar. Adviértanse los tiempos de espera a los que se ve compelido el dependiente frente a un despido ocurrido en el mes de agosto/2015. Por otra parte, ante tan extensa oposición, sancionar al empleador que pese a la intimación de pago íntegro por despido sin justa causa no lo hace, viene a morigerar el daño producido al trabajador por su incumplimiento.

”Es justo reiterar el voto del suscripto invocado en la causa “G., M. N. c/ C. SA s/ sumario - cobro de pesos e Indem. de Ley”, expte. n° 324/20, en cuanto que el art. 2 Ley 25323 es asimismo aplicable frente al pago insuficiente de las indemnizaciones por despido. ..”.

En este caso, advierto que la demandada abonó inadecuadamente la indemnización por despido y, aún más, esa conducta no fue subsanada cuando la actora la intimo a que cumpliera.

Por tal motivo el pago es insuficiente, pero dadas las circunstancias apuntadas, y en mérito a lo dispuesto por la segunda parte de la norma precitada, la indemnización sancionatoria recaerá por la diferencia del monto impago que resulte de autos, o sea por la suma de $18.249,89.

El cuarto agravio, versa sobre la imposición de las costas:

Afirma que no corresponde que le impongan las costas en su totalidad, pues la demanda prosperó en forma parcial.

Sin embargo, debe tenerse presente que los créditos laborales, ostentan carácter alimentario.

La jurisprudencia sostuvo: "Al fijar la tasa de interés en el ámbito laboral, deben respetarse los derechos constitucionales clásicos de manera de no agravar el daño (art. 19, Constitución nacional) ni afectar el derecho de propiedad de los trabajadores que han sufrido un menoscabo en su integridad psicofísica (arts. 14 y 17, Constitución nacional). La adecuación de la tasa de interés atento el carácter alimentario del crédito laboral debe tener como premisa alentar el pago inmediato de las obligaciones pendientes, desalentar litigios judiciales y debe ser suficiente para compensar las deudas que pudo haber tomado el trabajador siniestrado en sustitución de su ingreso disminuido o impago. Asimismo, la aplicación de la tasa activa promedio mensual que publica el Banco Central de la República Argentina para las operaciones de descuento de documentos comerciales, compensa la inmovilidad nominal del RIPTE y la rentabilidad frustrada actuando como un factor conminatorio de cumplimiento. Es decir debe aplicarse la tasa activa según Resolución n° 2357 CNAT. (Del voto de la Dra. Craig, en disidencia)" ("Méndez, Ángel Alberto vs. CNA ART S.A. y otro s. Accidente - Acción civil" - CNTrab. Sala VI, 31/03/2014, Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab., 15000/2010, RC J 3295/14.

Aún más, el criterio objetivo de las costas por su derrota (art. 69 CPCCCh), se aplica en algunos casos, aunque no hubiera prosperado en todos los reclamos, siempre y cuando prospere la cuestión troncal.

Por ende, se rechaza este agravio.

Costas y honorarios:

Las costas de la alzada se imponen en el orden causado (artículo 72 CPCCCh).

Los honorarios de los abogados de la actora se fijan en un 25% y los del abogado de la demandada en un 30%, del monto de los regulados en primera instancia, más alícuota del IVA si correspondiera.

A la segunda cuestión, el Dr. Pis Diez dijo:

Adhiero a la fórmula postulatoria del Dr. Nahuelanca.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh, se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. María Fernanda Zanatta no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte demandada S. A. S.A. bajo apoderamiento letrado, fundado en escrito ID 1182520 contra la Sentencia Definitiva 219/23 del 31/07/23, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente el punto 1 de la parte resolutiva de la sentencia precedente en cuanto al monto de condena, el que procede por la suma de setenta y cinco mil trescientos noventa y cuatro con setenta y un centavos ($75.394,71), con los restantes alcances del punto.

3) Imponer las costas de la alzada por su orden.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. H. A. S. en el veinticinco por ciento (25%) y al Dr. F. F. A. en el treinta por ciento (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Tener presente la reserva del caso federal de la demandada en ID 1182520.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. 56 DEL AÑO 2024
DE LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"