



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

Neuquén, 21 de abril del año 2021.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**MOYANO JOSE ANASTASIO C/ DLS ARGENTINA LIMITED SUCURSAL ARGENTINA S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS**", (JNQLA4 EXP N° 504891/2015), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. José Ignacio NOACCO** dijo:

I.- Contra la sentencia dictada el día 5 de junio de 2020 (fs. 397/415) que hace lugar a la demanda interpuesta por José Anastasio Moyano en contra de la demandada DLS Argentina Limited Sucursal Argentina apela esta última a fs. 420/443 con agravios contestados a fs. 445/447 vta. por la contraria.

En primer lugar, la demandada denuncia la gravedad institucional de sostener en forma insistente que la obligación de prorrata del 25% para la primera instancia es una facultad reservada y no delegada al Congreso Nacional como indica la Corte.

Luego de referir los antecedentes del caso, los rubros de condena y los fundamentos del fallo, sostiene en su primer agravio que la sentencia la ha condenado al pago de diferencias de haberes que no fueron objeto de debate en las actuaciones.

Indica que el reclamo del actor consistió en el pago de las diferencias salariales e indemnizatorias nacidas de la errónea aplicación del CCT 611/10 siendo así planteado tanto telegráficamente como también en la demanda.

Continúa diciendo que el a quo rechazó el planteo formulado señalando que el convenio invocado no resultaba

aplicable al tramo de la relación que se desarrolló en esta provincia descartando las diferencias pretendidas.

Que no obstante ello no sigue el mismo criterio en relación a las diferencias en la liquidación final, apartándose de los términos de la litis e introduciendo conceptos ajenos a la discusión.

Así, decreta la inconstitucionalidad de sumas no remunerativas que no fueron impugnadas e incorpora el aguinaldo proporcional en la base de cálculo condenado al pago de diferencias que no fueron reclamadas por el actor.

Entiende que habiéndose circunscripto el reclamo a las diferencias habidas por la aplicación del CCT 611/10, el rechazo de dicha pretensión debió implicar el rechazo de las diferencias indemnizatorias que se proyectaban sobre aquella.

Señala que la condena en dichos términos importa alterar la base fáctica de la acción entablada en el expediente ya que condena por una cuestión no reclamada y sobre la cual la demandada no se ha defendido.

Añade que si bien en materia procesal laboral la ley de la materia permite que el juez falle ultra petita, no puede realizarlo extra petita como aquí ocurrió, violándose el principio de congruencia, debido proceso, defensa en juicio y propiedad, por lo que introduce la reserva del caso federal en base a la doctrina de la CSJN sobre arbitrariedad de la sentencia.

En el segundo agravio, el apelante menciona que el sentenciante ha realizado una dogmática declaración de inconstitucionalidad de las sumas remunerativas sin aclarar si se refiere a normas del CCT 611/10 o del 644/12, ni indicar a qué conceptos remunerativos se refiere ni cuál sería la cláusula negocial violatoria del orden público laboral.

Arguye que la sentencia insinúa la inconstitucionalidad de ciertos rubros que no identifica y que

luego incorpora a la base de cálculo sin una declaración asertiva de inconstitucionalidad de las normas en que se fundan.

En tercer lugar reitera que lo decidido se aparta de los términos de la discusión y considera que la mejor remuneración debe conformarse con sumas no remunerativas más la incidencia del aguinaldo que no fue mencionado por el demandante.

Entiende que esta base de cálculo utilizada para todos los rubros de condena, resulta contrario al criterio de normalidad próxima aplicable tanto a la indemnización por preaviso como a las vacaciones proporcionales.

Advierte que el magistrado considera que la mejor remuneración era la del mes de agosto de 2012 cuando se encontraba encuadrado en el CCT 611/10, pero al momento de la extinción del vínculo la remuneración devengada se encontraba enmarcada en el CCT 644/12.

Sostiene que por el principio de normalidad próxima la indemnización sustitutiva debe equipararse al promedio de salarios percibidos en la ciudad de Neuquén, entre octubre de 2012 y enero de 2013.

Así también aduce que dado el carácter reparatorio de las indemnizaciones sustitutivas por preaviso y vacaciones proporcionales no corresponde imponer el pago de aguinaldo sobre ellas.

En el cuarto agravio, se queja por la condena al pago de la multa de la ley 25.323.

Menciona que la pretensión del actor expuesta en el telegrama -extender los efectos del CCT 611/10 a los periodos posteriores a octubre de 2012 cuando fue trasladado a la cuenca neuquina- era disparatada y por ello fue rechazada tanto en el intercambio epistolar como en la contestación de demanda.

Agrega que siempre sostuvo que la modificación del encuadre convencional no era jurídicamente posible por lo que no puede considerarse que hubo una resistencia injustificada o reticente siendo que la propia sentencia le da la razón.

Tampoco existió conducta dilatoria y considera arbitrario ser sancionado cuando tuvo razón en el debate conforme fue planteado.

Además indica que la sentencia tiene por configurada la intimación del art. 2 de la ley 25.323 siendo arbitrario dado que el requerimiento no se fundó en sumas no remunerativas o en la incidencia del aguinaldo sino en la aplicación de los adicionales del CCT 611/10 que fue resistido, por ende no se puede sostener que la intimación fue perfeccionada respecto de un extremo ajeno al debate e impuesto sorpresivamente en la sentencia.

Afirma que el telegrama en cuestión no menciona indemnizaciones por antigüedad, preaviso, integración sino solamente "liquidación final" no siendo suficiente si se pretende se abone la indemnización del art. 2 de la ley 25.323 ya que la norma requiere una concreta intimación de pago.

En quinto lugar, considera que la condena a la entrega de nuevos certificados es incongruente, puesto que tampoco fue objeto de demanda, no indica cuáles son los datos a modificar y el actor reclamó la multa del art. 80 de la LCT pero jamás la entrega de certificados de servicios y remuneraciones o que se modificaran los entregados.

En el sexto agravio apela por altos la regulación de honorarios de la parte actora.

Por último, se agravia porque el a quo declaró la inconstitucionalidad del art. 277 de la LCT en el entendimiento de que afecta prerrogativas provinciales y

considerar que el criterio seguido por el legislador nacional es irrazonable.

Solicita se revise el criterio seguido en esta Alzada sosteniendo que es falso que la norma involucre facultades reservadas a la provincia cuando la Corte Nacional ha dicho que se trata de potestades delegadas al Congreso Nacional reguladas razonablemente y además no es cierto que deba existir adhesión.

Reitera la denuncia de gravedad institucional al decir que esta Cámara ha resuelto 293 sentencias declarando inconstitucional el prorrateo del 25% invocando el precedente "Chandía".

Cita antecedentes nacionales, los de la Cámara Central y la Cámara del Interior, concluye haciendo reserva del caso federal y peticiona se revoque la sentencia.

II.- Corrido el traslado, el accionante considera que de ninguna manera se ha afectado el principio de congruencia conforme lo prescripto por el art. 40 de la ley 921, pudiendo modificar los montos y rubros que sirven de sustento al cómputo de la indemnización por antigüedad del art. 245 de la LCT.

Sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos no fue dogmática, en tanto se amoldó a lo que el Alto Cuerpo sostuvo al abordar el salario aplicando inmediatamente los tratados internacionales y al criterio de la Corte Suprema que autoriza a aplicar la solución ya consolidada aunque no medie solicitud de parte.

Respecto al agravio por la inclusión del SAC a los rubros vacaciones proporcionales y preaviso, comparte y adhiere a los fundamentos expuestos por el a-quo que fueran contemplados también en autos "González c/ Polimat".

Afirma haber intimado fehacientemente a abonar los conceptos adeudados a lo que la recurrente se limitó a desconocer siendo contrario a derecho desentenderse de las multas de la ley 25323 aduciendo que nada se había reclamado.

Entiende que la inclusión de sumas contempladas como no remunerativas amerita la rectificación del certificado laboral que redundará en los haberes jubilatorios del actor.

Por último señala que la declaración de inconstitucionalidad del Art. 277 de la LCT se ajusta a lo pronunciado en el fallo "Chandía c/ Neuquén Textil".

III. Entrando a analizar el recurso traído a resolver, advierto que la cuestión debatida se centró en determinar diferencias de haberes y diferencias en el cálculo de la indemnización por despido del actor.

Así las cosas, llega firme a esta instancia que las diferencias de haberes reclamadas por la aplicación del CCT 644/12 en lugar del 611/10 pretendido por el actor, no son procedentes.

No obstante, el juez de grado verifica la existencia de diferencias en la liquidación final en razón de que la demandada no consideró para calcular la base indemnizatoria la incidencia del SAC y de las sumas no remunerativas abonadas y condena el pago de las mismas, con más las multas de la ley 25.323 y la entrega de nuevos certificados conforme art. 80 de la LCT.

1. En el primer agravio la accionada refiere que la sentencia al condenar el pago de diferencias surgidas de la inclusión en la base indemnizatoria de sumas no remunerativas y la incidencia del SAC, introdujo cuestiones que no fueron objeto de debate apartándose de los términos de la litis, **tachándola de incongruente.**

Se ha dicho que: "El principio de congruencia, impide el pronunciamiento fuera del objeto procesal propuesto

por las partes, el juez no puede bajo ninguna circunstancia apartarse del mismo, este mandato constituye un límite preciso al deber de juzgar impuesto al tribunal por la ley objetiva. (Conf. Simon, Luis Maria, "Justicia Civil y Congruencia", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Sentencia I, 2007-2, pág. 141.).

Dicho principio procesal encuentra su razón de ser en la garantía constitucional de la defensa en juicio, según la cual nadie puede ser condenado o vencido en juicio sin ser oído previamente (art. 18 CN), siendo precisamente ese el fundamento del recurso que aquí se analiza.

Ahora bien, el rechazo de las diferencias reclamadas por aplicación de convenio colectivo no puede implicar que no se analice el resto del reclamo, más aun cuando en el intercambio epistolar con la empresa demandada, el actor expresamente intimó que se le abonen "*diferencias y omisiones que resultan de la liquidación final*".

Luego, al demandar y practicar planilla, realizó la aclaración de haber "*incluido todos los rubros no remunerativos percibidos en forma normal y habitual*" atento el criterio fijado por la CSJN y el TSJ respectivamente" y calculó los montos correspondientes a la incidencia del SAC en la base indemnizatoria, lo que se refleja en el SAC S/ Indemnización Art. 245 LCT, SAC S/ preaviso y SAC s/ vacaciones proporcionales.

Esta Cámara ha sentado criterio en la causa "Souble" en el sentido que: "cabe tener presente que corresponde, exclusivamente a los magistrados, determinar el derecho aplicable al caso que se tiene a consideración, lo cual supone un análisis previo del ordenamiento jurídico por parte de éstos, que no puede verse limitado a la interpretación o derecho invocado por las partes, pues ello, convertiría en letra muerta el famoso principio: "*iuranovit*

*curia*". Los jueces no están obligados a adecuarse a las normas mencionadas por las partes en sus escritos postulatorios (demanda, contestación, etc.), pudiendo basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos y hasta interpretar de manera diferente el sentido o alcance que las propias partes pretenden efectuar sobre la ley que invocan. No es la norma o conjunto de normas que esgrimen las partes las que individualizan la pretensión, sino los hechos que se exponen como fundamento de la acción o defensa los que delimitan el poder del juez para decidir la contienda. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que por aplicación del principio *iuranovit curia*, los jueces no se encuentran vinculados por la aplicación jurídica que las partes dan a sus pretensiones y pueden suplir el derecho mal invocado, ello así en tanto no alteren las bases fácticas de lo discutido. (Fallos: 300:1015; 313:915, L.L. 2003-E-243, entre muchos otros). En el caso sub-examen, no advierto incongruencia en la sentencia de grado, pues ha sido el demandante quien ha reclamado la diferencia indemnizatoria del rubro "antigüedad", limitándose la actividad del magistrado a integrar en su cálculo las asignaciones no remunerativas; lo cual de ninguna manera modifica los hechos o las pretensiones de las partes, por lo que la actividad interpretativa del Juez ha sido dentro de las facultades que el propio ordenamiento jurídico le otorga al aplicar la ley. En ese orden, la jurisprudencia ha dicho: "En el caso le asiste razón a la parte actora en el pedido del rechazo del planteo de plus petición inexcusable- respecto del cálculo y monto del rubro indemnización por antigüedad (art. 245 LCT)-, por cuanto, conforme lo prescripto por el art. 111 del CPCC (de aplicación supletoria en el fuero laboral), en el caso traído a resolución no existe, ni debe entenderse que hay pluspetición en razón de que el valor de la condena, en



relación con los rubros y montos demandados depende del arbitrio judicial. Es decir, el ejercicio pleno de las facultades contenidas en el art. 34 y concordantes de igual digesto procesal (aplicación del derecho con prescindencia o contra la opinión de las partes), dado a la relación sustancial la calificación que le corresponde, fijando la norma legal que debe aplicarse al caso, respetando las jerarquías de las normas vigentes y el principio de congruencia." (CATrab. De Tucumán, sala VI, 24-10-01, "Condori, Luis A. y otro c/ Sakra S.A. s/ cobros").- Y también que:"Corresponde exclusivamente a los magistrados judiciales determinar el Derecho aplicable a los casos que tienen en consideración, lo que supone un análisis previo del ordenamiento jurídico por parte de éstos, lo que no puede verse limitado por las manifestaciones de las partes relativas a las normas que ellas consideran aplicables.." (CNAT, Sala III, 20-7-2001, "Vega, Luis c/ Ferrum S.A. de Cerámica y Metalúrgica s/ despido"). Conforme a los antecedentes expuestos, al tener el juez facultades para modificar los montos y rubros que sirven de sustento al cómputo de la indemnización por antigüedad del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la incongruencia planteada será rechazada.- (Conf. "Souble Avelino Agustín contra Jugos del Sur S.S. sobre Despido directo por otras Causales" Expte. N° 372594/8, 19/04/2012).

Por lo expuesto, no hubo declaración extra petita ni se violó el principio de congruencia dado que no se concedió algo distinto a lo peticionado ni se introdujeron cuestiones no planteadas por las partes o ajenas a la relación jurídico - procesal, en consecuencia el agravio habrá de ser rechazado.

2. Por otra parte, en relación a la **incorporación de las sumas no remunerativas**, la demandada al contestar

demanda e impugnar la planilla practicada por el actor, no soslayó que el salario tenido en cuenta para practicar la liquidación era muy superior al que surge de los recibos de haberes.

No obstante teniendo la oportunidad de rebatir y ofrecer prueba ninguna distinción realizó acerca del origen y naturaleza de cada rubro no remunerativo incorporado por el actor en la liquidación, tendiente a demostrar su carácter contrario.

Por lo que no habiendo realizado ninguna observación en tal sentido no existen elementos de prueba que permitan considerar que tales sumas escapan al concepto amplio de remuneración.

En la causa "Millahual" (Expte. N° 466908/2012, del 07/02/2017), esta misma Sala en su anterior composición ha sostenido que:

"En principio, y conforme lo expuesto todo rubro salarial que se abone al trabajador en dinero en forma mensual, normal y habitual debe ser tenida en cuenta a los efectos del cálculo para determinar la indemnización por despido, salvo que se trate de alguno de los supuestos previstos por el artículo 103 bis de la Ley de contrato de trabajo."

"Sobre el punto esta Sala ha sostenido (bien que con relación a otros rubros pero cuyos principios son enteramente aplicables al presente), con primer voto de mi colega, en autos 377382 del primero de septiembre del 2.015:"

"La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido conceptos importantes a tener en cuenta en oportunidad de otorgar carácter remunerativo o no a una prestación otorgada por el empleador. Así, al fallar la causa "Pérez c/Disco S.A." (sentencia del 1 de septiembre de 2009), la Corte rescató que la LCT establece que habrá de

considerarse salario o sueldo "la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo", concepto que coincide con la definición internacionalmente aceptada del Convenio n° 95 de la OIT, cuyo art. 1° caracteriza al salario como "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por un acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo...por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". También puso de manifiesto lo dispuesto por los arts. 6° y 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y que debe considerarse salario o remuneración la prestación debida por el empleador al empleado. Por ello, la Corte Suprema, en el fallo señalado, fulminó como inconstitucional la naturaleza no remuneratoria de los vales alimentarios explicando, con argumentos que también son de peso para el sub lite en atención al planteo de la demandada, que nominar como beneficios sociales a dichos vales importa mutar al trabajador en beneficiario de tales prestaciones y al empleador en beneficiador social; suplantarse como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte del empleador, traduce una calificación que resulta "poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido".

"A contrario de lo que opina la demandada, no encuentro elementos que permitan considerar que este adicional tenga naturaleza no remuneratoria. En primer lugar porque la

norma de creación no lo dice expresamente; luego porque, como ya lo dije, reconoce su causa en la relación laboral y retribuye, también como lo señalara precedentemente, un espacio de tiempo que el trabajador no puede utilizar para sí, en su propio beneficio, representando una ventaja patrimonial para aquél."

"Tampoco puede considerarse que este adicional constituya un beneficio social de los previstos en el art. 103 bis de la LCT. Ciertamente es que el inc. 2 de esta norma legal reconoce dentro de los beneficios sociales las tarjetas de transporte, como así también que la enumeración que incluye es meramente enunciativa, pudiendo el empleador o el CCT incluir como beneficio social prestaciones distintas de las allí contempladas (cfr. Pinto, Silvia en "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada" dirig. por Antonio Vázquez Vialard, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T. II, pág. 103), pero insisto en que el adicional por horas de viaje no se encuentra comprendido en esta categoría."

"El mismo art. 103 bis caracteriza al beneficio social como prestaciones de la seguridad social, no remunerativas, no dinerarias, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene por objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo. La primera dificultad para considerar al adicional por horas de viaje como beneficio social es su condición de dinerario, ya que consiste en el pago de una suma de dinero que se abona conjuntamente con la remuneración, en tanto que la ley es expresa en orden a que no puede ser dinerario. Tampoco cumple con la finalidad señalada por la LCT, desde el momento que no mejora la calidad de vida del trabajador, sino que lo compensa por ese tiempo que se extiende entre el inicio del traslado y la llegada efectiva al lugar de trabajo, que no forma parte de

la jornada laboral. Claramente es una ventaja patrimonial para el trabajador y no un beneficio social”.

“El beneficio social, en todo caso, es la prestación del servicio de transporte a cargo de la empresa empleadora, pero no el adicional que se abona por el tiempo que insume el traslado”.

“Siendo de naturaleza salarial, y su percepción, normal y habitual, el adicional por horas de viaje debe integrar la base de cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido incausado, conforme lo ha resuelto la a quo”.

“Agrego a lo dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró los conceptos de la causa “Pérez c/ Disco”, al fallar el caso “Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” (4/6/2013, ED 253, pág. 400), invalidando por inconstitucionales las cifras no remunerativas que surgen como tales sólo a los efectos de no generar cotizaciones a la seguridad social, cuando en realidad significan un pago al trabajador en retribución a la disposición de su fuerza de trabajo.”

“Además, la Sala II de esta Alzada ha sostenido que: “Tampoco incide sobre la calificación de remunerativos de los conceptos convencionales, el hecho que hayan sido establecidos como no remunerativos por la convención colectiva de trabajo ya que, tal como lo ha señalado la CNAT, la negociación paritaria no debe contener cláusulas que resulten violatorias del orden público laboral, por lo que la asignación del carácter de beneficio social a determinadas prestaciones como producto de la negociación colectiva no obliga al juez, quien lo puede incluir como parte de la remuneración [...]”, (“MARTINEZ OMAR CONTRA PERFIL S.R.L. S/COBRO DE HABERES”, Expte. N° 413499/10).”

“Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “Que, en tal sentido, hallándose ratificado

por la República Argentina el Convenio n° 95 de la OIT, resulta claro que el concepto en cuestión reviste naturaleza salarial, a la luz de lo dispuesto en el arto 1° de dicho convenio, en cuanto **establece que: "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo,** siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar".."

"11) Que, dado que cuando la Nación Argentina ratifica un tratado "se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata" (Fallos: 315:1492, considerando 20; 318:2639, considerando 6°; 331:2663, considerando 7°, entre otros), el a quo solo pudo obviar su aplicación al presente caso señalando la necesidad de adoptar medidas internas -si es que existía alguna- para hacerlo efectivo en las concretas circunstancias de la causa."

"12) Que por lo expuesto, corresponde declarar la invalidez del derogado art. 103 bis, inc. c, de la Ley de Contrato de Trabajo en su aplicación al caso, así como la de la cláusula convencional mediante la cual se pactó el "Anticipo Acta Acuerdo Nov. 2005", en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen", ("Díaz, Paulo Vicente c/Quilmes SA y Maltería", del 4 de junio de 2013, Fallo D.485 XLIV").

**"Por consiguiente, todo rubro dinerario que se abone al trabajador en forma mensual, normal y habitual integra la base para determinar la indemnización por despido,**

salvo que la misma encuadre dentro de los supuestos previstos por el artículo 103 bis y 106 (conforme las circunstancias fácticas del caso en este último supuesto), correspondiendo al empleador la demostración de que se está en presencia de la excepción que invoca."

"Para ello no resulta necesario plantear la inconstitucionalidad de la norma -cualquiera sea su naturaleza-, toda vez que se trata de una interpretación de la naturaleza jurídica del adicional que se menciona como no remunerativo, cuestión esta que le incumbe al juzgador."

Siguiendo estos lineamientos, habiendo tomado nota el sentenciante que el actor percibió dichas sumas en forma normal como parte del salario y no habiendo la demandada siquiera alegado que debieran encuadrarse en los supuestos previstos en el art. 103 bis LCT, o en las excepciones del art. 106 del mismo cuerpo legal, lo resuelto por el sentenciante resulta ajustado a derecho.

3. En lo que respecta a la inclusión en la base indemnizatoria de la **incidencia del SAC**, resulta oportuno señalar que nuestro máximo Tribunal Superior de Justicia sentó posición acerca de su procedencia en la referida causa "Reyes Barrientos" al señalar que debe incluirse en la base de cálculo de la indemnización prevista en el Art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

"... Dado su carácter de remuneración de pago diferido que se gana con el salario devengado (día a día, mes a mes) debe ser incorporado en la parte proporcional a la -mejor remuneración mensual, normal y habitual, pues dicha retribución consiste en lo que se ganó ese mes más la incidencia del SAC. Este criterio es también aceptado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (cfr. FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho Laboral, 3° edición actualizada y ampliada, Tomo II,

Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 1468). En consecuencia, a los fines de establecer la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, debe incorporarse la parte proporcional del SAC ..." (Conf. Acuerdo 10/2016 "Reyes Barrientos Segundo B. C/ B.J. SERVICES S.R.L. S/ Cobro de Haberes (Expte. Nro. 70 - Año 2013), 16/6/2016).

De igual manera ocurre con el resto de los rubros derivados del despido.

Así también, el recurrente entiende que esta base de cálculo utilizada para todos los rubros de condena, resulta contrario al **criterio de normalidad próxima** aplicable tanto a la indemnización por preaviso como a las vacaciones proporcionales.

Esta Sala ya se ha expedido en anteriores composiciones en relación a dicho criterio (conf. "Henderson c/ Audubert", Expte. N° 413.663/2010, P.S. 2013-IV, n° 149; "De Monte c/ BJ Services S.A.", Expte. N° 337.844/2006, P.S. 2012-I, n° 35, "Rivera Aros Raul Rodolfo Contra Petreven U.T.E. S/ Despido Por Otras Causales", (Expte.N° 392071/9), entre otros), por la cual para realizar el cálculo de los rubros referidos, corresponde tomar el último mes normalmente trabajado "noción que supone e intenta poner al agente en situación remunerativa lo más cercana posible aquella en que se hubiera encontrado si la rescisión no hubiere operado (C.N.A.T., SALA VIII, 25/7/80, "CORIA Pio F. C Frigorifico Fernarolo S.A.)" (Conf. Fernández Madrid, Juan Carlos en su "Tratado practico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, Tomo iI, pág. 1605).

Realizado el cotejo de los cálculos, se observa que a los fines del cómputo del Preaviso y SAC sobre preaviso, ha tomado la misma suma que la correspondiente a la indemnización por antigüedad, que se calcula -a distinción del preaviso y las vacaciones proporcionales- tomando la mejor



remuneración normal y habitual devengada, cuando correspondía tomar como base el monto del último salario y no el promedio de salarios percibidos en la ciudad de Neuquén, al decir de la accionada, dada la inexistencia de remuneraciones variables.

En consecuencia el **preaviso** asciende a \$7.390,10 (\$16.620,49\*2 = \$33.240,98- \$25.850,88).

El **SAC sobre preaviso** asciende a \$615.84.

En lo que respecta a las **vacaciones del año 2012**, llega firme a esta instancia la sentencia en cuanto condena al pago de las mismas pese a la regla del art. 162 de la LCT.

No obstante ello, el art. 155 inc. a indica que la base de cálculo para liquidarlas es el importe del salario al momento de su otorgamiento, por lo tanto, asiste razón al recurrente al considerar incorrecta la suma liquidada por el aquo (MRMNH), debiendo considerarse para ello la remuneración percibida en el mes del distracto, esto es, con la inclusión tanto de las sumas no remunerativas como la incidencia del SAC.

En consecuencia, dicho rubro procede por la suma de **\$9.825,13** (\$16.620,49/25\*21 - 4.136,08).

Incidencia del **SAC \$818,76**

En relación las **vacaciones proporcionales del año 2013**, conforme al desarrollo anterior su monto asciende a **\$1.143,48** (\$16.620,49/25 \* 1.72)

Incidencia del **SAC \$95,29**

4. En lo que respecta a la **multa del art. 2 de la ley 25.323**, adelanto que la queja será desestimada.

En efecto. El artículo citado establece que "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a

iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, éstas serán incrementadas en un 50%."

Dicho incremento contiene dos condiciones: una explícita -la intimación a su pago en forma fehaciente- y otra implícita: -la existencia de mora del empleador o mejor dicho, la falta de pago en tiempo oportuno.

En relación al primer requisito, la accionada menciona que el requerimiento del actor no se fundó en sumas no remunerativas o en la incidencia del aguinaldo sino en la aplicación de los adicionales del CCT 611/10 que fue resistido.

Sin embargo tal como lo señalé anteriormente, se intimó fehacientemente el pago de las *diferencias y omisiones* en la liquidación final, esto es, la que surge del recibo de fs. 6 conteniendo tanto los conceptos correspondientes al último mes trabajado como así también todos los rubros derivados del despido.

Por ello, siendo que el incremento dispuesto por la norma procede además ante la ausencia de cancelación de las sumas debidas al trabajador quien debe iniciar acciones para obtener su cobro y dado que el pago efectuado por la empresa de ningún modo resultó íntegro, no dejó otra opción al actor que iniciar acciones legales para percibir la totalidad de los montos correspondientes.

Por todo lo cual la multa resulta procedente, no obstante lo cual, dado el nuevo monto señalado del preaviso más su incidencia del SAC, debe ser recalculado, ascendiendo la **multa del art. 2 ley 25.323, a la suma de \$171.996,97** (335.988,01 + 7.390,10 + 615.84 / 2).

5. En relación a la **rectificación y nueva entrega de certificados** dispuestos por el magistrado, la queja no puede tener andamio.

Ciertamente el objeto de la demanda consistió entre otros rubros, en el reconocimiento del verdadero salario del trabajador con la incorporación de las sumas no remunerativas, lo que así ha quedado reconocido tanto en su faz monetaria, con un monto cierto y determinado, como en la faz registral al ordenarse la rectificación de los certificados entregados en tanto estos no reflejan la realidad de los hechos.

6. En el sexto agravio apela por **altos** la regulación de **honorarios de la parte actora** y cotejando la misma, observo que el juez de grado ha regulado el máximo de la escala del Art. 7 de la ley 1594 a los letrados de la parte actora.

Sin embargo, aun teniendo en cuenta la valía y corrección de la actuación de los letrados observo que tal regulación no se adecua a las pautas de la ley arancelaria habiendo considerado además la complejidad del proceso, el resultado obtenido, la calidad, la eficacia y extensión del trabajo profesional realizados, por lo que el porcentaje señalado aparece como excesivo.

En consecuencia los honorarios fijados a los letrados de la parte actora, serán reducidos estableciéndolos en conjunto en el 22,4% de la base regulatoria todo de conformidad con lo dispuesto por los arts. 6, 7, 8, 9, 10, 20, 39 y cc.de la ley 1594.

7. Por último, en relación al agravio por la **declaración de inconstitucionalidad del art. 277 de la LCT** sosteniendo que es falso que la norma involucre facultades reservadas a la provincia cuando la Corte Nacional ha dicho que se trata de potestades delegadas y reguladas razonablemente y no es necesario que deba existir adhesión, nuestro Máximo Tribunal Superior de Justicia recientemente ha dictado una nueva resolución.

Por el rigor con que trata el tema y su meridiana claridad me permito transcribir dicho voto que dice:

"...la pacífica doctrina de este Tribunal Superior de Justicia ha considerado inconstitucional la reforma introducida por la Ley nacional N° 24432, por regular una materia cuya reglamentación se corresponde con una facultad local privativa y, por ende, vulnerar atribuciones provinciales reservadas."

"Este Tribunal Superior de Justicia, en anterior composición, fundó tal decisión expresando que "...el art. 1 de la Constitución Nacional consagra el régimen federal. Su art. 5 determina que cada provincia dictará para sí una Constitución que asegure, entre otras cosas, su administración de justicia. El art. 121, por su parte, establece que las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal. Finalmente, el art. 126, entre las facultades que las provincias no pueden ejercer -lo que implica delegarlas al gobierno nacional- menciona el dictado de los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, a los que habría que agregar, conforme el art. 75 inc. 12, el Código del Trabajo y Seguridad Social. En cuanto a estos Códigos, este último artículo, en el mismo inciso, determina: `... sin que tales Códigos alteren las jurisdicciones locales ...´. Agregando el inc. 32, que corresponde al Congreso Nacional: `hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes ...´. Pero en ningún caso, más allá de lo que le está estrictamente permitido por delegación expresa de los estados provinciales ...".

(...)

"Reafirmada la competencia local en el tópico debatido, cabe postular entonces como regla general que -en virtud de la tacha de inconstitucionalidad antes resaltada-,

en nuestra provincia no resulta aplicable el límite de responsabilidad por costas previsto en la norma nacional.”

“Sin embargo, esta regla ha sido excepcionada en los procesos laborales a partir de la causa “Reyes Barrientos, Segundo B. c/ B.J. Service S.R.L. s/ Cobro de Haberes” (Acuerdo N° 10/16, del registro de la Secretaría Civil), en la que este Tribunal Superior de Justicia sostuvo que “... con la sanción de la Ley 2933 queda saldada la discusión que motivó el agravio planteado en autos, al consignar el legislador local en forma explícita que rigen los límites y formalidades de la Ley 20.744, el que fuera reformado en el tópicó por la Ley 24.432, cuya aplicación petitiona la quejosa ...” (postura mantenida luego en los Acuerdos N° 23/16 “Cardellino”, N° 32/16 “Sucesores de Pino Hernández”, N° 34/17 “Barra Castillo” y N° 14/18 “Micheli”, todos del registro de la Secretaría Civil).”

“Y si bien el suscripto adhirió a dicha tesitura, un nuevo y profundo examen de la cuestión, me lleva a sostener la inconveniencia de su mantenimiento.

“En esta oportunidad, a diferencia de lo acontecido en las causas anteriormente nombradas, se ha puesto en crisis la validez constitucional de la norma local (N° 2933), lo que impone la necesidad de un nuevo análisis, de suma prudencia, que intente fundamentalmente sortear dicha máxima descalificación, mediante una interpretación conciliadora o conforme al ordenamiento suprallegal (volveré sobre estos conceptos más adelante).

“En esa senda, desde ya adelanto que esta mirada renovada de la problemática, en línea asimismo con los nuevos argumentos que se han aportado en esta causa, me persuaden de que no corresponde admitir excepciones -siempre en el orden local- a la regla de la inaplicabilidad del límite de

responsabilidad por costas procesales establecida por la Ley N° 24432.”

“En suma, propicio reafirmar la inveterada doctrina de este Tribunal en tanto lleva dicho, como pauta general, que tal limitación no resulta aplicable en el ámbito local, sin que quepa formular salvedades para los pleitos laborales. A la postre, ello importa dejar de lado la solución de excepción antes mencionada...”(Conf. Acuerdo TSJ N° 1/21 en autos “Yañez, Sergio Alberto c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de trabajo con art” (Expediente JNQLA5 N° 508.843 - Año 2016), 5/2/21).

Por lo expuesto no considero aplicable en el ámbito provincial el art. 277 de la LCT, ni el artículo 730 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación, y el agravio deberá ser rechazado.

IV. Por consiguiente, propongo al Acuerdo rechazar en su mayor extensión el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, modificando el monto de condena a la suma de **\$527.873,58**.

Así también se modifican los honorarios profesionales regulados en primera instancia a los letrados de la parte actora, Dr....., en el 6.4% en su carácter de apoderado, ..... en el 12.8% y ....., por su actuación en audiencia de fs. 108/109 y presentaciones de fs. 375 y 381 en el 3.2% ambos en carácter de patrocinantes, de conformidad con la ley arancelaria vigente.

Atento el modo que se resuelve, existiendo vencimientos recíprocos, las costas de esta instancia se imponen en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor (Art. 17 de la ley 921 y 71 del CPCyC).

Los honorarios de los letrados intervinientes corresponde se regulan en el 30% de lo establecido en la

instancia de grado para los que actuaron en igual carácter, de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I. Modificar la sentencia dictada el día 5 de junio de 2020 (fs. 397/415) fijando el monto de condena en la suma de \$527.873,58 y confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de recursos y agravio.

II. Regular los honorarios de los letrados de la parte actora por su actuación para la primera instancia, del modo dispuesto en el Considerando respectivo.

III. Imponer las costas de esta instancia en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor (art. 17 de la ley 921 y 71 del CPCyC).

IV. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, Dres....., apoderado, .... y ..... como patrocinantes, por la parte actora, y los de los Dres ..... como apoderado y ..... y ....., patrocinantes, por la parte demandada, en el 30% de lo establecido en la instancia de grado para los que actuaron en igual carácter (art. 15 de la ley 1594).

IV. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO- Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**