



ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los doce (12) días del mes de Febrero del año 2019, la Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, la Dra. Alejandra Barroso y el Dr. Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"ANTILEO VICTOR ALEJANDRO C/ SECURITAS ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"**, (Expte. Nro.: 52500, Año: 2017), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

I.- A fs. 117/125vta. luce la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 21 de septiembre del 2018 mediante la cual se hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el actor Sr. Víctor Alejandro Antileo contra la demandada Securitas Argentina S.A., condenando a esta firma al pago de la suma allí consignada, en concepto de liquidación final y diferencias indemnizatorias, con más intereses devengados.

El sentenciante impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada quien expresa agravios a fs. 129/132, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 134/135vta.

II.- 1. Agravios de la parte demandada:

a) En el primer agravio, la recurrente argumenta que el juez de grado incurre en error al afirmar que la empresa no ha arrimado prueba alguna que confirme la existencia de la



subcontratación con la firma Bayersegu SA ni la intempestiva rescisión contractual del SENASA, lo que llevara al despido directo en el marco del art. 247 de la LCT.

Afirma que si bien no se adjuntó referencia alguna, ofreció prueba informativa al respecto, oficios que fueran librados a la provincia de Buenos Aires, declarándose negligente la prueba sin tener en cuenta la distancia y el plazo transcurrido.

Aduce que tales informes eran importantes para dilucidar la verdad material de los hechos y que el decreto de caducidad ocasiona graves perjuicios a su parte y contraría principios que informan la materia.

Alega que no hubo desinterés de su parte, dado que se estaba esperando recibir los informes oficiados, teniendo en cuenta que los mismos debían realizarse fuera del territorio de la provincia y era razonable el tiempo transcurrido.

Requiere la producción de la prueba en segunda instancia, siendo indispensable para llegar a la verdad material y sin que existan motivos imputables a su parte en la falta de cumplimiento oportuno.

b) En su segundo agravio, arguye que se ha incluido indebidamente el rubro "gratificación especial", en la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

Puntualiza que el ítem fue calificado de exento respecto de los aportes y contribuciones y ha surgido del libre ejercicio de la autonomía en la negociación paritaria, siendo homologado por la autoridad de aplicación e integrando el CCT N° 507/07.

Refiere que el CCT al ser homologado por la máxima autoridad del trabajo, tiene fuerza de ley, es erga omnes, es decir, que es obligatorio para las partes en el ámbito de aplicación, publicado debidamente no requiere prueba en juicio.



Señala que se desconoce la naturaleza "no remunerativa" que la propia autoridad administrativa le ha reconocido en la homologación correspondiente.

c) En el tercer agravio cuestiona la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323, por cuanto está prevista para la sanción ante la falta de pago de las indemnizaciones por despido, remitiéndose a jurisprudencia que cita.

Solicita la apertura a prueba en esta instancia, disponiéndose la prueba informativa que fuera declarada negligente, y oportunamente se revoque el fallo recurrido, rechazando la demanda con costas.

2. Contestación de la parte actora:

En forma preliminar, denuncia el incumplimiento de lo prescripto en el art. 265 del CPCC, pidiendo así se declare ante la falta de confrontación de los fundamentos centrales brindados por el magistrado.

Subsidiariamente, contesta:

a) Recuerda que la accionada no ha adjuntado documental alguna tendiente a demostrar la vinculación contractual con las entidades mencionadas, que de ser cierta la relación contractual, estaría en su poder y en condiciones de acompañar al expediente.

Indica que no se trata de un agravio, sino de un pedido de prueba en segunda instancia sin criticar la decisión judicial y sin siquiera aclarar los extremos que pretende acreditar con esta prueba y de qué manera ello cambiaría la suerte del litigio.

Imputa falta de fundamentación suficiente en el pedido de prueba, destacando que la misma reviste carácter excepcional, omitiéndose también atacar el argumento del juez en cuanto a que aunque se probara lo alegado, igual correspondería el reclamo dado que la demandada no invocó ni tampoco acreditó los nocivos efectos económicos atribuidos a la supuesta rescisión contractual.



b) Asegura que otra vez la quejosa se limita a plantear un punto de vista distinto y a transcribir jurisprudencia, sin atacar directamente las motivaciones dadas por el juez de origen.

Expresa que el Convenio N° 95 de la OIT prevalece sobre cualquier convención colectiva de trabajo y que el sentenciante especificó que la demandada no invocó ni acreditó la existencia del supuesto acuerdo paritario que habría establecido esta partida.

c) Insiste en la falta de crítica concreta y razonada que requiere el art. 265 del CPCC.

Dice que igualmente el actor ha cumplido con los requisitos legales para la procedencia de la indemnización pedida, ya que ha intimado a su pago y la demandada lo ha omitido, obligando a iniciar acción judicial, no existiendo causas que justifiquen la conducta incumplidora de la empleadora, quien ha obrado de mala fe puesto que la reducción del art. 247 LCT era a todas luces improcedente.

Solicita se rechace la apelación con costas.

III.- Análisis de los agravios vertidos:

1. En primer lugar, y atendiendo lo manifestado por la actora, subrayo que considero que las quejas traídas cumplen con la exigencia mínima del art. 265 del C.P.C.C., procediendo a su consideración con las salvedades que se precisarán puntualmente.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), en el marco del principio de congruencia.

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que



expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimientes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

2. Cabe tener presente que el sentenciante principia dando cuenta de los hechos consentidos por las partes, tales la existencia de la relación laboral, la fecha de inicio, la categoría del actor, la CCT aplicable, las remuneraciones percibidas y la forma en que se produjo el distracto, despido directo dispuesto por razones de índole económica conforme lo dispuesto por el art. 247 de la LCT.

Procede al análisis del supuesto alegado para la extinción contractual, determinando que la carga probatoria pesaba sobre la accionada, y que ninguna prueba documental agregó en relación al acuerdo referido con Bayersegu S.A., relativo al servicio de vigilancia en SENASA, San Martín de los Andes, declarándose negligente la prueba informativa.

Analizados los restantes elementos probatorios, considera que no habiéndose comprobado en qué términos se acordó la subcontratación del servicio y tampoco cuando ocurrió la supuesta rescisión contractual, mal podría tenerse por acreditada la circunstancia invocada para intentar justificar la extinción por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo.

Precisa que tampoco se explicó cuáles eran los nocivos efectos económicos atribuidos a la supuesta rescisión del contrato por parte de la tercera contratante, estimando que debió invocar la imposibilidad de mantener el contrato de trabajo, y producir prueba contable del giro empresarial que justifique tal extrema decisión. Recuerda el carácter restrictivo de la reducción indemnizatoria conforme la jurisprudencia mayoritaria.

Admite la indemnización del art. 245 de la LCT, determinando la MRMNH a los efectos, y liquidando los rubros de procedencia.



Señala que se ha excluido el ítem viáticos no remunerativos, de conformidad a lo dispuesto en el art. 33 inc. c del CCT 507/07 y en el art. 106 de la LCT, y que al contrario, corresponde computar la gratificación especial.

En este punto establece que no se ha probado el acuerdo paritario referido, y que a su vez ninguno de los últimos acuerdos salariales vinculados a la actividad contempla tal rubro, siendo criterio pacífico en doctrina y jurisprudencia que deben contemplarse a los fines indemnizatorios.

Finalmente, acoge el incremento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la ley 25.323, dado que el actor cumplió con el único requisito previsto en la norma para su procedencia, al intimar fehacientemente al pago de las indemnizaciones adeudadas, no advirtiendo ningún motivo que justifique la morigeración, estimando la misma sobre las diferencias admitidas en este pronunciamiento.

3. a) Primer agravio. El mismo, relacionado con el pedido de prueba en segunda instancia, ha sido extensamente tratado a fs. 140/142, a cuyos fundamentos me remito, debiéndose estar a su rechazo.

b) Segundo agravio. La apelante cuestiona la inclusión del rubro "gratificación especial" en la base de cálculo de la indemnización por despido, invocando su carácter no remunerativo y exento de aportes y contribuciones.

El juez ha establecido que no se ha acreditado el acuerdo paritario denunciado y que igualmente de haberse establecido el carácter no remunerativo, correspondería declarar su inconstitucionalidad por resultar contrario al Convenio N° 95 de la OIT y al art. 14 bis de la CN.

De las constancias de autos, surge que en los recibos de sueldo de los últimos meses presentados por el actor, esto es de febrero a julio del año 2017, éste percibía mes a mes el rubro "gratificación especial" por el mismo monto (fs.



110/116), y de los recibos acompañados por la propia demandada se puede observar que esta gratificación se viene percibiendo mensualmente desde abril 2016 a agosto 2017 (fs. 34/52).

Las gratificaciones son mencionadas en el artículo 104 de la Ley de Contrato de Trabajo: "El salario puede fijarse por tiempo o por rendimiento del trabajo, y en este último caso por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquiera de sus formas o modalidades." (cfme. arts. 14 bis de la CN; 38 inc. d y e de la Const. Prov.; 103 y 245 de la LCT).

Las mismas son una recompensa pecuniaria que se otorga al trabajador por un motivo especial, casi siempre a fin de año, o en ocasión del balance anual de la empresa. También suelen pagarse gratificaciones en ocasiones aisladas, como por ejemplo, aniversarios de algún suceso importante en la vida de la empresa o del propio trabajador. Se trata de una retribución por los servicios prestados y por consiguiente tiene carácter oneroso, no gratuito y por eso no es donación (Carlos Alberto Etala; Contrato de Trabajo, Ed. Astrea, t. 1, pág. 354).

Es un pago en su origen espontáneo y discrecional de carácter complementario que los empleadores hacen a sus dependientes, por el trabajo prestado por ellos o por la expectativa de buenos trabajos futuros y consecuentes mayores rendimientos para la empresa. Pero espontaneidad, liberalidad o discrecionalidad no implican donación ni gratuidad. La causa del pago son los servicios del trabajador cristalizados en el rendimiento de la empresa medidos en ganancias o determinantes de expectativas futuras de obtenerlas (CNAT, sala I, 15.2.1994, Estonllo Carlos c. Indupa SA, DT 1995-A-220) El empleador cuando gratifica, modifica de modo unilateral las obligaciones a su cargo en beneficio del trabajador pero no cambia el título ni la causa de los pagos, que sigue siendo



laboral y tiene fundamento en el contrato. Por consecuencia se trata de una prestación remuneratoria aunque de carácter complementario. La remuneración principal tiene normalmente plazo corto no superior al mes, en cambio la complementaria por la periodicidad de su pago, como las gratificaciones, se caracterizan por su periodicidad extraordinaria, por ejemplo, anuales. Desde antiguo es uniformemente aceptada la naturaleza salarial de las gratificaciones, conforme el fallo plenario de la CNAT N°35, Piñol Cristobal c. Genovesi SA, acuerdo 13 septiembre de 1956, (DT 1956-647) y criterio de la CSJN in re Jimenez Antonio Rafael c. Bonafide SA, fallo 27 octubre 1969, (LT XVIII-A-47).

Por aplicación del principio de realidad carece de importancia para determinar la naturaleza de la gratificación que el empleador la denomine liberalidad, donación, acto graciable o gratuito, si se ha otorgado con motivo del trabajo. La doctrina nacional de modo uniforme, se enrola en la tesis de que las gratificaciones en principio tienen su razón de ser en el contrato de trabajo y por tanto su naturaleza es remuneratoria. (Juan Carlos Fernandez Madrid; Tratado Práctico de derecho del trabajo, Ed. La Ley, t. II, pág. 1442).

En relación a si las gratificaciones tienen incidencia dentro de la base de cálculo del art. 245 LCT, existen dos posturas enfrentadas.

Una primera postura entiende que en virtud del propósito limitativo del legislador que se observa en los requisitos de la base, no puede considerarse una remuneración anual o semestral en términos mensuales, dado que la ley colocó un límite máximo al periodo de exigibilidad para excluir aquellos rubros que no se liquidan todos los meses. La otra parte de la doctrina considera que las gratificaciones deben ser incorporadas en su parte proporcional a la base remuneratoria, por cuanto se trata de un salario



complementario de pago diferido, que aunque no surja del texto expreso de la ley se devenga a medida que se trabaja, pero que por circunstancias ajenas a la voluntad del trabajador es abonada en determinadas épocas del año solamente (Mario Ackerman- Alejandro Sudera; Extinción de la relación laboral, Ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 457).

De todas maneras, y más allá de las posturas citadas, en el presente caso la gratificación se devengaba y se percibía todos los meses, no habiéndose acreditado que el CCT haya establecido el rubro como no remuneratorio.

Ciertamente, la recurrente no se hace cargo de manera alguna de que no ha individualizado debidamente el Acuerdo Paritario denunciado y que el mismo no surge de las publicaciones de la autoridad de aplicación, como asimismo de que en su caso sería inconstitucional la pauta de "no remuneratorio" de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. Fundamentos brindados explícitamente por el magistrado (art. 265 del CPCC).

La apelante se limita a disconformarse, reiterando argumentos del responde, y citando una jurisprudencia que no es aplicable al caso, tal como lo refiere su propio texto, dado que se trataba de una asignación que no se devengaba mes a mes, distinto al presente en que se viene cobrando tal asignación todos los meses.

En concreto, la llamada "asignación especial" es de carácter remuneratorio ya que obedece a la prestación laboral, como lo acepta la doctrina referida supra, más allá de que haya sido liquidada como exenta de aportes y contribuciones por el empleador; y teniendo en cuenta su percepción mensual desde hace más de un año reúne indudablemente las condiciones de ser una remuneración mensual, normal y habitual, en el marco del art. 245 de la LCT.

La jurisprudencia ha dicho conforme lo expresado que: "Reiteradamente se ha considerado que la gratificación, cuando



reúne los requisitos de normalidad y habitualidad, tiene carácter remuneratorio, precisamente por configurar un reconocimiento que efectúa al empleador y que tiene su origen y razón en la actividad del trabajador subordinado, aún cuando emane de una decisión unilateral del empleador. No obstante, cuando su pago resulta anual cabe concluir que no reúne las condiciones necesarias requeridas para ser computado como salario básico para la fijación de la indemnización por antigüedad, de conformidad con las pautas impuestas en el art. 245 LCT." (González. Rodríguez. 78637/96, Menendez, Cristina L. c/ Banco Cooperativo de Caseros Ltda. s/despido. 30/04/1996, S/D 78637, Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Sala II. LDT).

"La ley laboral ha establecido un concepto amplio de salario que lo define como la contraprestación que percibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo y como compensación por la puesta a disposición de la fuerza de trabajo. Además, admite que puede estar integrado por gratificaciones, premios e incluso por viáticos abonados sin rendición de cuentas (art. 103, 105, 106 y conc. LCT). En tal sentido para que el reclamo de los trabajadores sea viable con respecto a los componentes del salario que sirve de base para el cálculo de las indemnizaciones, es necesario que acrediten que durante el último año de prestación de servicio percibieron de modo regular los adicionales y premios en cuestión." (Expediente: 55876, CHUMBITA, RAMON c/ FEMESA s/ DESPIDO, 13/03/1997, CAMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO, Sala V- ídem).

Con ello, corresponde confirmar lo resuelto en primera instancia, desestimando la exclusión salarial propiciada por la quejosa.

c) Tercer agravio. Aquí, se plantea la improcedencia de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323,



aduciendo que sólo es aplicable para los casos en que no se abonan indemnizaciones.

Se acoge tal ítem en razón de que el actor realizó la intimación requerida por la norma, no advirtiendo motivo alguno que justifique la morigeración solicitada y dejando constancia de que se liquida únicamente sobre las diferencias adeudadas.

Tal como se puede observar del confronte de argumentos, la recurrente no se hace cargo de que específicamente el juez refiere que reunidos los recaudos legales procede la indemnización solamente sobre la diferencia por la que ha tenido que litigar el accionante, de conformidad a la finalidad de la norma, cual es desalentar la litigiosidad innecesaria (art. 265 del CPCC).

Luego, se advierte también que tal capítulo no fue propuesto oportunamente al contestar demanda, por el contrario justamente solicitó eventualmente que se calculara la indemnización sobre las diferencias reconocidas, entrando en contradicción con estos agravios (ver fs. 60 vta.).

Por todo ello, corresponde confirmar lo decidido, habiéndose aplicado el criterio que ya he sostenido con anterioridad: "Con relación al art. 2 de la misma normativa, he de receptar parcialmente el mismo. Tengo para ello especialmente en cuenta que dicho incremento ha sido calculado por el a quo sobre el monto total de las indemnizaciones sin considerar los montos abonados oportunamente. En estos términos habré de efectuar su cálculo sobre las diferencias indemnizatorias receptadas, haciendo uso de las facultades conferidas por el último párrafo de la norma ya que considero que no puede ser lo mismo no pagar que pagar, aunque sea parcialmente, como en este caso. En este sentido: "... corresponde puntualizar que la multa no guarda relación con el cumplimiento o incumplimiento de todas las obligaciones que la ley pone en cabeza del empleador, sino sólo con el pago de las



indemnizaciones emergentes del despido que expresamente detalla la norma. Sentado ello, corresponde aclarar que el sentenciante condenó al pago de la multa prevista en el art. 2º de la ley 25.323 sólo sobre las diferencias entre las indemnizaciones que Salomón debió percibir con motivo del despido, calculadas sobre la base del salario comprensivo de las horas extras, y las sumas consignadas en los presentes por la empleadora, imputadas a tales conceptos. De este modo, no puede predicarse que el sentenciante no hubiese apreciado el cumplimiento parcial por parte de la quejosa en el pago de las indemnizaciones, pues si así no lo hubiese hecho, el incremento habría recaído sobre el total de las indemnizaciones contempladas en la norma, supuesto que no acontece en la especie..." [Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Transporte El Provinciano S.R.L. c/ Salomón, Luis Alberto", 10/06/2009, Publicado en: La Ley Online, citado en "GONZALEZ SONIA IRMA CONTRA/ DELACAR S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 26160, Año: 2010), Of. APG Cutral C6).

IV.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios.

Las costas de esta Alzada he de imponerlas a la recurrente perdedora conforme lo dispuesto en los arts. 17 de la ley 921 y art. 68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Mi voto.

A su turno, el **Dr. Dardo W. Troncoso**, dijo:

Adhiriendo al voto de la colega que me precede en la opinión, y con relación al segundo de los agravios que sustenta el recurso, en tanto pareciera poner en crisis la aplicación del Fallo Plenario N° 322 "Tulosai" que hizo el



sentenciante, merece puntualizarse que el mismo no descarta *per se* la inclusión de la parte proporcional correspondiente al bonus/gratificación/premio que se abone periódicamente según el caso, en la base de cálculo prevista por el art. 245 de la LCT, sino que limita esta hipótesis excepcional al supuesto de comprobarse la existencia de un fraude laboral, toda vez que el pago de aquellos rubros -más allá de la denominación puntual que utilicen las partes en el contrato laboral- se encuentra previsto por ley (cfr. arts. 103 y 104 LCT) por lo que en principio su percepción no implica ilegitimidad alguna ("Rivas Alvarado Víctor Hugo c/ Jumbo Retail Argentina S.A. s/ despido", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala IV Fecha: 20-dic-2013 MJJ84634).

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarla en aquello que fuera motivo de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la apelante perdedora (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

**Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo W. Troncoso
Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara**