



NEUQUEN, 10 de noviembre de 2016

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**CASAJUS SANTIAGO JOSE C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES**", (Expte. N° **471538/2012**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori** dijo:

**I.-** Que a fs. 420/428 la demandada interpone y funda recurso de apelación contra la sentencia de fecha 15.02.2016 (fs.407/414); pide se la revoque conforme los términos de los agravios que introduce.-

En primer punto cuestiona que a los fines de los cálculos indemnizatorios adoptara como mejor remuneración mensual normal y habitual aquella que incluye el item denominado "Incremento Garantizado" que fue acordado por la Asociación Bancaria Nacional y la Cámara de Empresarios ABAPPRA por Acuerdo del 22.12.2003, y que tiene carácter remunerativo, así como el proporcional del SAC cuyo pago no tiene periodicidad mensual.-

En segundo lugar, cuestiona que se haya considerado el tope a los fines indemnizatorios establecido por Resolución MTSSN N° 790/12 (\$sancionada con fecha 07.06.12 cuando el despido se produjo el 27.04.2012, y su parte liquidó aquellos conforme el fijado por Res. 1056/96 y 384/2004 (\$2.749,86) siguiendo la doctrina de la CSJN en la causa "Vizzoti".-

En tercer agravio critica la aplicación automática de la multa estipulado en el art. 1 de la Ley 25323, cuando no existe prueba que denote que durante el tiempo que duró la vinculación comercial, o los 8 años de



relación laboral posteriores, se haya efectuado reclamo verbal o escrito sobre aquella inicial mantenida; que ello demuestra cabalmente que la relación era de locación de servicios, con lo que su parte no tenía ningún tipo de motivo para entender que debía modificar la registración; subsidiariamente cuestiona la cuantía de la indemnización considerando tales antecedentes.-

Critica también la aplicación automática y al barrer que realiza la a quo respecto a la pretensión indemnizatoria basada en el art. 2 de la Ley 25323, atento a que conforme la documental acompañada por el actor, su parte liquidó y abonó en forma íntegra todos los rubros correspondientes a la desvinculación sin causa, y que las "diferencias indemnizatorias" no constituyen un presupuesto de la ley.-

Cuestiona que se haya viabilizado la multa del art. 80 de la LCT, y para ello se omite reflexionar de que su parte hizo entrega de la certificación de servicios y remuneraciones al desvincular al actor y en la misma oportunidad el certificado de cesación de servicios, que fue debidamente confeccionado con todos los requisitos; luego, al contestar la demanda se acompañó un nuevo certificado con formato diferente, el cual jamás fue retirado; por ello resulta falso que no se haya cumplido con la entrega de los documentos.

Se agravia por la condena en costas por el progreso parcial de las postulaciones del actor, y por la elevadísima regulación de honorarios efectuada a favor del perito contador, que representa el 8% de lavase de cálculo de capital más intereses, y que no tiene relación con la de los letrados de las partes.-

Finalmente formula reserva de plantear casación y el caso federal conforme Ley 48.-



**II.-** Sustanciado el recurso, responde el actor a fs. 435/448, pide se lo rechace con expresa imposición en cosas; considera que la crítica no cumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC, y subsidiariamente plantea que los rubros admitidos en la demanda son derivación de la correcta aplicación de la ley y jurisprudencia que cita, y conforme los hechos acreditados.-

**III.-** Que abordando la cuestión traída a entendimiento resulta que la sentencia en crisis hace lugar a la demanda por diferencias en la liquidación por despido incausado, la multa por su insuficiente pago, la deficiente registración y por falta de entrega de certificados laborales, todo ello con sus intereses, condenando a abonarlo dentro de los cinco días de adquirir firmeza, así como a entregar los certificados de trabajo, servicios y cesación, bajo apercibimiento de astreintes en caso de incumplimiento.-

En lo que también es materia de recurso, impone las costas a la demandada en virtud de lo dispuesto por el art. 17 de la Ley 921 y 68 del CPCyC -art. 54 de la Ley 921- y teniendo en cuenta el modo en que prospera la demanda, regulando los honorarios del letrado patrocinante del actor en el 16%, el de la demandada en el 15,68% y al perito contador en el 8% de la base regulatoria integrada por capital e intereses.-

Que por razones metodológicas procede atender en primer término el cuestionamiento respecto a la base utilizada para cuantificar la indemnización derivada del despido, para luego cotejarla con el tope legal aplicable, aspecto que también critica, y finalmente atender la procedencia de las multas por incumplimientos y el porcentaje de honorarios para el perito contador interviniente.-

**1.-** Que a fs. 280 el dictamen contable informa como mejor remuneración normal y habitual del actor a los fines del cómputo del art. 245 de la LCT la suma de \$18.934,39



correspondiente al último mes laborado -Abril de 2012- y que incluye el rubro "Incremento Garantizado" de \$340,86 que se comprueba abonado en forma mensual bajo dicha denominación desde agosto de 2008 a la fecha del distracto (ver recibos de fs. 4/62).-

Que el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone expresamente que: "Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores excluidos del Convenio Colectivo de Trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al convenio aplicable al establecimiento donde preste servicios o el convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el convenio al que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa o establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes del sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo." (ref. 25.877)" (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.;



38 inc. e) de la Const. Prov.; 103 y cc. de la L.C.T.; y 163 inc. 6 del C.P.C.C.).-

La doctrina define la terminología en cuestión sosteniendo que habitual es el rubro que se devenga a favor del trabajador en forma reiterada y persistente, debiendo excluirse los que se devengan excepcionalmente; normal implica aquello que ordinariamente ocurre, dentro de los rubros devengados habitualmente se deben excluir los de cuantía groseramente anormal; y mejor, realizados los procesos precedentes, corresponde tomar la remuneración de mayor cuantía dineraria. (p.115, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, Julio Armando Grisolia; p.544, Contrato de Trabajo, Carlos Alberto Etala; y p.1.737, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Juan Carlos Fernandez Madrid).-

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: "El art. 245 LCT establece las pautas indispensables para calcular cual es la indemnización por antigüedad que corresponde a un trabajador despedido sin justa causa, indemnización que se acumulará a la sustitutiva del preaviso cuando no se hubiera cumplido con el deber de preavisar. Esta norma toma como base para determinar la indemnización por antigüedad "la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor". La "habitualidad" implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que "habitual" significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repite, o reitera. A su vez, lo "normal" es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remuneratoria es un término que puede ser conceptualizado en virtud de su opuesto: lo "anormal", que sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional. La mejor remuneración mensual que el artículo 245 de la LCT tomó como base para



determinar la indemnización por antigüedad, es aquella que ha significado un mayor ingreso para el trabajador y se halla condicionada por la "normalidad y habitualidad" de su percepción. El 2º párrafo del artículo 245 ib. establece un tope máximo que se aplica solo a la remuneración base mensual y no a la indemnización total. ..".(Id. del fallo: 98160406 - Fecha: 10/03/2000 - Tribunal: SALA 2 CAMARA DEL TRABAJO - Fuero:LABORAL - Tipo de proceso: Sentencia - Carátula: Dearchi Enrique B.C/Cormec S.A.S/Demanda-LDT).-

Conforme el plexo fáctico y jurídico expuesto, procede incluir al rubro objetado por la demandada para determinar el módulo de cálculo previsto en el art. 245 de la LCT, al haberse devengado en forma mensual, normal y habitual a favor del actor, con lo que resulta incuestionable su carácter salarial, e incluso sujeto a tributo, resultando inoponible a aquel por ser ajeno a los eventuales alcances que se le haya otorgado en el acuerdo paritario al calificársele de "no remunerativo".-

En definitiva, esta crítica introducida por la accionada habrá de ser rechazada.-

**2.-** Que en relación al criterio interpretativo seguido por la juez de grado que la llevó a agregar el proporcional mensual del SAC como componente de la base salarial para liquidar las indemnizaciones derivadas del distracto, la doctrina y jurisprudencia se encuentra dividida en el tema en cuestión.

Se ha considerado en particular que el recaudo de "mensual", significa que no se debe incluir en la base a considerar aquello que aun siendo remuneratorio, no se liquida y percibe en forma mensual, excluyendo por ello el aguinaldo y otras prestaciones que por su naturaleza no son susceptibles de ser ganadas todos los meses.(p. 1201, t. II, Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Julio Armando Grisolia).-



El Plenario N° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en la causa "TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), expresamente sentó: "1°) No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario. ...". Los argumentos principales de la mayoría fueron: "El cálculo de la indemnización prevista en el artículo 245 L.C.T. debe ejercitarse a partir de la mejor remuneración normal, mensual y habitual. Como el sueldo anual complementario (pese a su denominación subsistente) es una prestación semestral, no integra aquel cálculo aunque su pago sea ciertamente normal y habitual." (Dr. Guibourg) "El sueldo anual complementario, no es una remuneración de pago "mensual", como lo exige el art. 245 de la L.C.T. como condición para su consideración en la base de cálculo de la indemnización por despido." (Dr. Pirolo).-

Que ya en "CAÑICURA CARLOS C/ EMPRESA ZILLE SRL Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 377378/8- sent. 05 de julio de 2011) me expedí apoyando la posición del plenario nacional en el sentido de la incompatibilidad de tal integración, entendiendo que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N°25.877 modificado tal módulo.-

Conforme lo analizado, el agravio de la demandada tal como también fuera introducido como planteo en su responde (fs. 160vta/161) tendrá favorable acogida.-

**3.-** Consecuencia de lo desarrollado en los dos puntos anteriores, resulta que en el caso la mejor remuneración mensual, normal y habitual, devengada a favor del actor durante el último año es la informada por el perito a fs. 280 de \$18.934,39.-



4.- Que a los fines de la aplicación del importe antes hallado, llega a resolución también la crítica que la demandada dirige contra lo resuelto por la juez de grado respecto al tope legal le impone a aquel valor base el mismo art. 245 de la LCT al establecer que "no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el promedio resultante, juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo".-

Que se comparte el análisis de la a quo respecto a que no resulta necesario recurrir a la doctrina sentada por la CSJN en la causa V. 967. XXXVIII "Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/despido", porque en el caso el módulo de cálculo, \$18.934,39, es inferior al tope comunicado por el Ministerio de Trabajo mediante la Resolución N° 790/12 dictada el 07.07.2012 donde homologa el aplicable a partir del 01.05.2011 por \$40.054,20, conforme lo informa el perito a fs. 276 y surge del texto de la misma norma agregada a fs. 316/336, y que no fueron impugnados por la demandada.-

Más allá de la improcedencia de intentar justificar la liquidación que pretende con los principios y valores constitucionales sentados por el Máximo Tribunal Provincia donde interpretando el art. 14 bis de la Const. Nacional se establece como doctrina que *"El hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el*





mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad.", e incluso recurrir a un profuso desarrollo de doctrina y jurisprudencia respecto a la aplicación de la ley en el tiempo y acerca de eventuales efectos retroactivos, lo que indudablemente y en definitiva desatiende el apelante es que, aún el tardío dictado de la Resolución MTSS 790/12 del 7 de junio de 2012, recién publicada en el B.O. el 23/7/12, no impide comprobar que -según sus considerandos- fue consecuencia del acuerdo salarial que celebraron con bastante anticipación en el Expte. 1.438.154/11 "la Asociación Bancaria (Sociedad de Empleados de Banco), por la parte sindical, y la Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina (ABAPPRA), por la parte empresarial, en el marco del Conv. Colect. de Trab. 18/75, conforme lo dispuesto en la Ley de Negociación Colectiva 14.250 (t.o. en 2004)" que fue, a su vez "homologado por el art. 2 de la Res. S.T. 738/11 y registrado bajo el N° 921/11".-

Es con motivo de este acuerdo que la autoridad de aplicación en el art. 2° de la resolución fijó "los importes promedio de las remuneraciones y el tope indemnizatorio correspondiente" y "conforme los valores detallados para cada una de ellas en el Anexo II" que incluyó: "Banco Provincia de Neuquén S.A.: - Localidades Grupo C, art 25, C.C.T. (40%) - Fecha de entrada en vigencia 1/5/11 Base Promedio \$13.351,40 Tope indemnizatorio \$40.054,20".-

Se comprueba así que, lejos de tratarse de un supuesto de aplicación retroactiva, existió mora administrativa en publicar el resultado de cálculos derivados de la ley a partir de escalas salariales vigentes desde el 01 de mayo de 2011, mucho antes del despido incausado del actor que se le comunicó el 27 de abril de 2012.-



En consecuencia, se habrá de rechazar este agravio de la accionada.-

**5.-**Conforme a lo expuesto, resultando aplicable la base de cálculo determinada en el punto 3 por \$18.934,39, y multiplicado por los 10 años de antigüedad reconocidos, el quantum de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT asciende a \$189.343,90, importe al que deducido el monto ya percibido de \$99.631,32 (fs. 2), se concluye que la diferencia adeudada al actor por la demandada asciende a \$89.712,58.-

**6.-**Abordando ahora el cuestionamiento de la accionada a que la condena incluya las multas previstas en los arts. 1º y 2º de la Ley 25323, se comprueba que la crítica no cumple con los recaudos que le impone a la parte el art. 265 del CPCyC.-

En principio, cabe observar que la magistrada claramente expone las premisas de su razonamiento en cuanto a la deficiente registración al tiempo del despido, al no justificarse la prestación bajo la modalidad de locación de servicios entre los años 2002 y 2004, así como la comprobada insuficiencia del pago de la indemnización del art. 245 de la LCT, y la intimación cursada reclamando la correcta confección del 21 y 29 de agosto de 2012 (fs.99/100) sucesivamente rechazados (fs.102/103).-

Los agravios vertidos resultan en gran parte incongruentes o tergiversatorios frente a la sentencia dictada y los hechos acreditados, en principio, no es veraz respecto a la obligación de la correcta registración y que el pago de la indemnización fuera conforme la ley, surgiendo de la propia documental el rechazo del reclamo.-

En definitiva, el apelante se limita a insistir en su hipótesis de partida haciendo caso omiso a todo lo sentado por el juzgador, que lo lleva a omitir la confrontación concreta y razonada que le era imperativa,



pecando de la insuficiencia avisada por la contraparte, en los términos del art. 265 del C.P.C.C..-

Sin embargo, en orden a los montos resultantes del análisis hasta aquí concretado, procede adecuar la condena por ambos rubros, ascendiendo a la suma de \$189.343,90 la multa por el incremento al doble de la indemnización del art. 245 de la LCT, conforme el art. 1° de la Ley 25323, y a \$44.856,29 la prevista en el art. 2° de la norma, siguiendo el mismo análisis y pautas sentadas por la juez de grado.-

**7.-** El recurrente incurre en el mismo incumplimiento señalado en el punto anterior cuando argumenta contra la multa que le fuera impuesta por la suma de \$56.803,17 (\$18.934,39 x 3) en base a la previsión del art. 80 de la LCT cuando, más allá de que el certificado de trabajo haya sido adjuntado al contestar la demanda, y el de servicio, remuneraciones y cese fuera entregados antes al actor, no ha podido ser desvirtuado que es deudor de aquella documental cuyo contenido se conforme a la correcta información que valida la sentencia de grado.-

En definitiva, queda incólume el principal fundamento en que se apoya la condena, sin que lo referido se corresponda con antecedentes reconocidos en la sentencia.-

**8.-** En relación a las costas devengadas en la instancia de grado, procede confirmar que sean a cargo de la demandada, que resulta vencida en la totalidad de los rubros reclamados, y así lo contempla el art. 17 de la Ley 921.-

**9.-** Señalado como alto el porcentaje del 8% del capital e intereses que resulte de la planilla a practicarse, y asignado al perito contador, considero razonable reducirlos al 7% de tal forma que resulten proporcionados a los restantes fijados.-

**IV.-** Conforme las consideraciones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso,



propiciaré rechazarlo en su mayor parte y declararlo desierto respecto a los puntos 6 y 7 (arts. 265 y 266 del CPCyC), y parcialmente procedente, conforme al que, se habrá de reducir el monto de la condena a la suma de \$380.715,94, importe que devengará intereses conforme lo estipula la sentencia de grado.-

**V.-** Atento a la forma en cómo han prosperado los agravios de la demandada, estimo ajustado cargar a ésta con el 90% de los honorarios devengados en esta Alzada y el 10% a cargo del actor (art. 68 y 73 del CPCyC).-

Los honorarios de los letrados intervinientes por la parte actora y demanda se fijan en el 30% y 25% de los que resulten de la instancia de grado, respectivamente (art. 15 L.A. vigente).-

Tal mi voto.

**El Dr. Ghisini dijo:**

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA III**

**RESUELVE:**

**1.-** Rechazar el recurso articulado por la demandada en su mayor parte y declararlo desierto respecto a los puntos 6 y 7 (arts. 265 y 266 del CPCyC), y parcialmente procedente, conforme al que, se habrá de reducir el monto de la condena a la suma de \$380.715,94, importe que devengará intereses conforme lo estipula la sentencia de grado.

**2.-** Reducir los honorarios del perito contador, ....., fijándolos en el 7% de la base establecida.

**3.-** Atento a la forma en cómo han prosperado los agravios de la demandada, estimo ajustado cargar a ésta con el 90% de los honorarios devengados en esta Alzada y el 10% a cargo del actor (art. 68 y 73 del CPCyC).

**4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada, por la parte actora y demanda en



el 30% y 25% de los que resulten en la instancia de grado, respectivamente (art. 15 L.A. vigente).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini-Juez      Dr. Marcelo Juan Medori-Juez      Dra. Audelina Torrez-  
SECRETARIA