NEUQUEN, 23 de julio de 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GIMENO MAXIMILIANO ARIEL C/ CERVECERIA Y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A. Y G. S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA5 EXP** Nº **508697/2016**), venidos en apelación 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. Ghisini, dijo**:

I.- Que a fojas 150/158 la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fecha 29 de septiembre de 2017 que condena a su representada a abonar al actor la suma de pesos 99.165,00, con más sus intereses y costas, por causarle un gravamen irreparable.

Argumenta como primer agravio que la sentencia hace lugar a rubros no reclamados en la base indemnizatoria, ello habida cuenta que ante el despido directo sin invocación de causa propinado por su parte, el demandante alega que la indemnización percibida era insuficiente por no haberse considerado para su cálculo lo percibido en marzo de 2015, equivalente a la suma de pesos 33.759,84.

Que justamente el demandante considera que la mejor remuneración normal y habitual es la de dicho mes pero entiende su parte que esa suma contiene además del sueldo básico, un bonus por desempeño, comisiones por ventas de cerveza minoristas, comisiones por ventas de agua minoristas, comisiones por ventas de gaseosas, gestión comercial y una asignación no remunerativa extraordinaria, que totalizan la suma antedicha.

Asegura que al contestar la demanda señaló que ésa petición carecía de todo asidero, puesto que en el mes tomado por el actor y sólo en dicho mes, percibió un bono por desempeño de pesos 12.628,61; suma ésta, que por no revestir

el carácter de normal, ni mensual, ni habitual, no debía incluirse en la base de cálculo indemnizatorio.

Pero más allá de ello, asegura que la sentencia condena a su representada al pago de diferencias en la liquidación final computando de oficio tres rubros que no fueron peticionados ni liquidados en el escrito de demanda, como son, el SAC proporcional, el “bonus proporcional“, la incorporación de los descuentos, y el adelanto del bono.

Señala que los mismos fueron incorporados en la sentencia sin petición de parte y sin posibilidad de ejercer su defensa. Entiende que se ha incurrido en arbitrariedad por incongruencia en el dictado de la sentencia, solicitando por lo tanto su revocación en este sentido.

Agrega que el fallo carece de una fundamentación adecuada, dado que con cita del antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos “Pérez c/ Disco”, e invocando el artículo 14 de la Constitución Nacional y el art. 1 del Convenio Número 95 de la OIT, concluye en que debe considerarse como integrativa del salario la suma no remunerativa pautada en el recibo de sueldo.

Por último asegura que aun cuando esta suma extraordinaria de naturaleza no remuneratoria pueda ser considerada salarial e incluida como base de cálculo, no reviste el carácter de normal y habitual y debe ser, por tanto, excluida de la base de cálculo.

Seguidamente se disconforma de los rubros variables, (preaviso, integración del mes de despido y vacaciones no gozadas) en tanto para su cálculo, se debió aplicar el criterio de la normalidad próxima, sobre todo en aquellos trabajadores, que como el actor, perciben comisiones.

Asimismo agravia a su parte que la sentencia calcule las indemnizaciones sobre el sueldo bruto percibido y luego descuente el neto pagado en la liquidación final, en lugar de descontar todo lo abonado en el recibo de fojas 10.

Por último y como segundo agravio manifiesta que debe revocarse la multa del art. 2 de ley 25.323, que le fuera impuesta conforme los fundamentos que expone, efectuando reserva del caso federal.

Corrido del pertinente traslado, el mismo es contestado por la actora a fs. 160/162.

Manifiesta que conforme surge de los escritos postulatorios del proceso, su parte solicitó que ambos rubros fueran incluidos como mejor remuneración normal y habitual por ser habituales y que el demandado en su contestación de demanda acepta que los mismos fueron abonados en forma anual y habitual. Y además con relación al bono por desempeño la accionada lo tilda de práctica común, abonándolo una vez al año, por lo cual deduce que está alegando su propia torpeza.

En cuanto a las sumas remunerativas destaca que fue la demandada, la que insistentemente en su contestación de demanda, como en su apelación señala que no corresponde tal ítem por ser “suma no remunerativa” con lo cual, su parte no comprende que se pida que no se la tenga presente y después afirme que no fueron solicitadas.

Argumenta que el descuento de las indemnizaciones se efectúa sobre el neto y no sobre el bruto como se ha efectuado.

Finalmente responde el agravio referido a la aplicación de la ley 25323, sosteniendo que debe confirmarse, ya que el trabajador fue despedido sin que se le abonen las indemnizaciones correspondientes, a pesar de estar debidamente intimado, reuniéndose los dos elementos necesarios para su procedencia.

Solicita el rechazo del recurso de apelación de la demandada con costas.

II.- Como cuestión previa abordaré el planteo referido a la incongruencia de la sentencia de primera instancia, en donde se utilizó de oficio para el cálculo de la

indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, rubros que no fueron peticionados en el escrito de demanda o bien de naturaleza no remunerativa, dada la importancia y trascendencia del planteo, ya que del mismo depende la existencia de un acto jurisdiccional válido.

Sobre la cuestión esta Sala III, ha sentado criterio en la causa "Souble" en el sentido que: *"Así entonces, 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: "iura novit curia".* (cfr. "Souble Avelino Agustín contra Jugos del Sur S.S. sobre Despido directo por otras Causales" (del voto del suscripto en Expte. Nº 372594/8 Sent. 19/04/2012).

Seguidamente se expresó: *"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 iura novit 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)".

Subsumiendo el caso bajo análisis en la doctrina antes citada, debo decir que 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, el SAC proporcional, el "bonus proporcional" y la incorporación de los descuentos; lo cual de ninguna manera modifica los hechos o las pretensiones de las partes, por lo que la actividad interpretativa del Juez ha sido desarrollada 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), dando 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, motivo por el cual la incongruencia planteada será rechazada, máxime teniendo en cuenta la disposición expresa del art. 40 cuarto párrafo de la Ley 921.

Ahora bien, ingresando en el análisis de la queja, cabe expresar, que la decisión en crisis hace lugar a la demanda por diferencias en la liquidación final de los rubros indemnizatorios por despido directo, incluyendo el "bono por desempeño" y el rubro "1686 Asignación No Remunerativa Extraordinaria" en la base de cálculo salarial indemnizatoria, los cuales no fueron tenidos en cuenta al momento del distracto, lo que le significó al actor, una considerable merma en el módulo MRMNH, que es el hecho constitutivo de la pretensión.

Sentado lo anterior y abocándome al examen de los agravios en forma integral, y en especial, en relación a la remuneración que se ha de considerar para el cálculo de la indemnización reclamada, cabe seguir lo dispuesto en el art. 245 de la L.C.T., que establece que el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de la prestación de servicios si éste fuera menor.

Sobre la forma de interpretar jurídicamente los alcances de este artículo esta Sala III se ha expedido en los siguientes términos: *"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".* (Sala III, del voto del suscripto "Morales Julia Ester contra Roldan Juan Esteban s/ despido" (Expte. Nº 331260/05), Sentencia del 12/06/2008).

Y se señaló: *"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).

A su vez y en igual sentido en la causa "Toro Marín Rodrigo C/ Twardowski Matías Marcos S/ Despido por Causales Genéricas", (Expte. Nº 504974/2015 Sent. 30/05/2017) en primer voto del Dr. Medori esta Sala III sostuvo: *"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".*

"La remuneración que se toma para el cálculo debe ser la mejor, pero con la condición de que a la vez sea normal y habitual. No se computan por tanto los pagos no mensuales (gratificaciones, sueldo anual complementario) o que no son habituales pues dependen de hechos contingentes que no se repiten regularmente (premios extraordinarios). La retribución correspondiente a horas extraordinarias será computable en la medida en que se las trabaje habitualmente...Por normal se entienden aquellas situaciones que sirven de norma o regla, o desde otro punto de vista, las cosas que se hallen en estado natural. Habitual, por su parte es sinónimo de periodicidad o continuidad, según la definición de la mayoría en el Plenario Piñol, Cristóbal Antonio c. Genovesi S.A.".(p. 610 y 611, Fernández Madrid, Practica Laboral)".

Por las consideraciones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, lleva razón el recurrente, en tanto el pretendido “Bono por desempeño” al no ser una remuneración que en este caso concreto se devengue mensualmente, no corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT. No revestía a su vez, las notas de habitualidad (en forma reiterada) y normalidad (que ordinariamente ocurría) y, por ende, que deba integrar la remuneración del actor a los fines del cálculo de las indemnizaciones derivadas de la cesantía.

En esta línea conceptual, la Sala III que integro ha declarado en numerosas oportunidades –entre otras en la causa: “CARRASCO JORGE HUMBERTO CONTRA TEXEY S.R.L. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (Expte. Nº 420662/2010), que el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, debe realizarse a partir de la mejor remuneración normal, mensual y habitual; y como el Sueldo Anual Complementario es una prestación semestral, no forma parte de aquel cálculo aunque su pago sea normal y habitual.

Así, en el antecedente citado, se señaló: “*En relación a la apelación subsidiaria, diré que ya me he expedido, apoyando la posición del plenario Nº 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en: "TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), in re “MOLINA ITALO JAVIER CONTRA PRIDE INTERNATIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (Expte. Nº 352439/7), sent. del 27 de diciembre de 2012, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad. Considero que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente del art. 245 de la LCT, 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, no coincidiendo con el criterio del magistrado de origen*”.

Aclarado lo anterior, y habiendo descartado la inclusión del bonus para el cálculo indemnizatorio, se hará lugar a su vez al planteo impugnativo de la cuantificación **de la indemnización sustitutiva del preaviso, integración del mes y vacaciones no gozadas**, toda vez que los montos que se observan a partir de los recibos de sueldo de noviembre de 2014 hasta el mes de abril de 2015 –de rubros variables- permiten deducir que el tomado como base por la "a quo" no se ajusta al principio de "normalidad próxima" esgrimido por el recurrente; criterio éste, que sí fue tomado en cuenta en la liquidación que la demandada practicó al momento de su despido y que obra a fs. 10 de estos autos.

En ese orden de ideas se ha resuelto que: "*cuando el trabajador es retribuido con rubros variables, no hay modo de determinar exactamente cuánto habría ganado durante el preaviso no otorgado, por lo que resulta equitativo tomar el promedio del semestre. Si en ese lapso existe un mes de retribución mayor que los demás, no existen motivos para suponer que el dependiente ganaría la misma suma durante el preaviso, pero tampoco los hay para pensar que ganaría una inferior, lo que precisamente torna procedente la aplicación del promedio mencionado*". (CNAT, Sala III, 6/12/96, Exp. 73.020 "Ramos, Humberto c/ Murchinson S.A. Estibajes y Cargas y otros s/ despido"); (CNAT Sala IV, autos "Cortese, Eduardo Mateo c. Clínica Bazterrica s/ despido", 31/3/2009 entre otros) http://www.actio.com.ar Actio Reporte Diario Nº1748-24/07/2009.

Con tal base, y promediando lo abonado en los últimos seis meses, resulta un monto de $ 19.189,55 para el cálculo del preaviso, arribo a la conclusión que es inferior al considerado en el decisorio de grado, pero similar al de la liquidación final abonada ($ 19.212,64).- Aunque ésta última –cabe acotar- omite el pago del SAC sobre el rubro.

Finalmente, para el cálculo de la indemnización por despido del art. 245, no serán promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales (art. 245 L.C.T, conforme la doctrina del Acuerdo Plenario N° 298 del 5 de octubre de 2000, en la causa "Brandi, Roberto Antonio e/Lotería Nacional S.E. s/ despido").

Ahora bien, en cuanto a la inclusión del rubro “1686 Asignación No Remunerativa Extraordinaria”, esta Sala III se ha expedido en el sentido que: *“Si bien no es pacífica la doctrina ni la jurisprudencia respecto de si las prestaciones no remunerativas deberían integrar o no dicha base, soy de la opinión que, en principio, los aportes no remuneratorios no deben –ante la clara directiva del art. 245- integrarla”*.

Y que: *“...Sin perjuicio del alcance que otorga la Corte, en cuanto interpreta que en función del Convenio 95 OIT, todo lo que contenga valor pecuniario dentro del contrato de trabajo es remuneración, considero que dicha interpretación es demasiado extensa, por lo que cada caso particular debe ser analizado a los fines de decidir si la prestación de naturaleza no remunerativa -más allá de su denominación- forma parte de la remuneración (art. 103 LCT) para integrar el cómputo indemnizatorio”.*

Además se sostuvo: *“...Asimismo, creo conveniente señalar que la propia Ley de Contrato de Trabajo, diferencia las prestaciones de carácter remuneratorio de las que no reúnen tal carácter, situación ésta que viene a validar la consideración expuesta en el párrafo anterior”.*

“...Por otra parte, soy de la opinión que en principio las prestaciones no remuneratorias no integran la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, salvo en los casos de fraudes efectuados en perjuicio del trabajador, es decir, en aquellos supuestos donde la denominación “asignaciones no remunerativas” se utiliza para pagar parte

del salario con miras a evadir ciertas responsabilidades de índole laboral (indemnizaciones por despido, aguinaldos, etc.)".

"...Ello así, en función de que las asignaciones no remunerativas están expresamente consagradas en la Ley de Contrato de Trabajo (art. 103 bis); y el art. 245 de la mencionada normativa no las incluye expresamente para el cálculo indemnizatorio, pues hace referencia solamente a la "mejor remuneración", por lo tanto, al ser prestaciones de naturaleza "no remuneratoria" en principio, no corresponde incluirlas como base del referido cálculo". (conf. "Souble Avelino Agustín contra Jugos del Sur S.A. sobre Despido directo por otras Causales" (Expte. Nº 372594/8, Sent. 19/04/2012)".

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al agravio y en consecuencia deberá recalcularse la indemnización por antigüedad, teniendo en cuenta lo dispuesto precedentemente, apartando el rubro en cuestión, que significaba la suma de $1.000,00.

De igual modo tendrá acogida favorable la queja referida al descuento de las indemnizaciones adeudadas que se determinan sobre el neto pagado en la liquidación final, en lugar de descontar el bruto abonado en el recibo de fs. 10.

En este orden esta Sala III se ha pronunciado adhiriendo a la jurisprudencia que expresa: "*La indemnización debe calcularse con base en el salario bruto percibido por el trabajador, los descuentos que se efectúan sobre el salario constituyen una remuneración indirecta que le asegura al trabajador servicios que de otra manera tendría que afrontar de su peculio; de modo que dicha indemnización no debe estimarse de acuerdo a la remuneración neta del trabajador, sino que debe ser determinada con arreglo a su sueldo bruto (citado en la causa* "Campos Carlos Javier c/ Ibáñez

Instalaciones SRL s/ Indemnización", (Expte. Nº 367619/8,- Sent. 21/08/2011).

En efecto y si bien en la liquidación practicada en la sentencia se tomó para su cálculo, la mejor remuneración bruta y no neta, percibida por el trabajador durante el último año de servicio, correspondía entonces deducir la diferencia de lo percibido por el actor del total de la remuneración bruta del recibo de fs. 10.

De acuerdo las pautas reseñadas, es que se practicará la nueva liquidación acorde como han prosperado los agravios, esto es, sin tomar en cuenta el bono por desempeño, el SAC proporcional en la base de cálculo del art. 245 LCT y la asignación no remunerativa extraordinaria.

No ocurrirá lo mismo en relación a la incorporación del "descuento préstamos personales", de $ 1.143,15 el cual será tenido en cuenta para la base remuneratoria por resultar una porción salarial que fuera descontada por deuda.

Tenemos entonces que para la indemnización del art 245 LCT se considerará el monto de 33.759,84 (fs. 11) al cual tenemos que restarle las siguientes sumas: $ 1.000,00 (Asignación No Remunerativa Extraordinaria); y $ 12.628,61 (Bonus por desempeño) y sumarle $ 1.143,15 (descuentos por préstamos personales).

El monto resultante de $ 21.274,38 constituirá la base remuneratoria a considerar.

Indemnización Art. 245: **$170.195,04.-** (8 salarios).-

Preaviso y sac: **$41.577,35** (19.189,55*2+3.202,10).-

Integración mes de despido y sac: **$4.850,69.-** (19.189,55/30*7+373,13).-

Días trabajados mes de despido y sac: **$17.793,02**.-(21.274,38-4.850,69+1.368,64).-

Vac. Prop y sac: **$4.993,56** (21.274,38/ 30*6.5+384,12).-

Vac. no gozadas y sac: **$10.810,10**(19.189,55/25*13 +831,54,88).-

Sac proporcional: **$6.677,66.-** (113 días).-

Total: $256.897,42.-

Deduciendo lo percibido por el actor conforme el recibo de liquidación final de fs. 10, asciende lo adeudado la suma de: **$6.950,03** (256.897,42- 249.947,39).

En lo que respecta a los recaudos fácticos y formales que hacen a la procedencia de la indemnización del art. 2 de la Ley 25.323, me he expedido en la causa "PINILLA MARGARITA DEL CARMEN CONTRA SUR TOOLS SRL S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. Nº 345.267/6), entre tantas, sosteniendo que: *"...si bien se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido, estando fehacientemente intimado y que obliga al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales, cada caso debe ser analizado de manera particular, pues la misma norma ante la existencia de motivos fundados consagra la posibilidad de disminuir y hasta eximir del pago a la firma".*

"El mentado art. 2 in fine de la Ley 25.323 expresamente establece: "Si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador, los jueces mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago.".

Y agregué: *"Si bien no todo despido con invocación de causa serviría de sustento para eximir o reducir el pago de la multa dispuesta, el ejercicio de tal facultad sería procedente si de las circunstancias de la causa surge que el empleador pudo considerar un acto del dependiente como injuria suficiente a los fines de propiciar su despido".*

En mi criterio, en el caso bajo estudio, el recurso interpuesto debe prosperar, habida cuenta que la falta de pago de la indemnización del art. 2 de la Ley *25.323* reclamada, se debió al hecho que la empleadora pudo haber considerado que la suma abonada mediante recibo de fs. 10 –liquidación final- era ajustada a derecho a los fines indemnizatorios.

Situación que justificó -en alguna medida- que ésta se abstuviera de abonar el importe reclamado por este concepto, hasta tanto se dirimiera el conflicto en sede judicial, por lo que, en función de ello considero que la multa dispuesta en la instancia de grado habrá de ser revocada.

Consecuentemente el monto de condena ascenderá a la suma de $6.950,03.

En lo relativo a la imposición de costas, y como es sabido, el proceso laboral es una justicia especial que contiene principios que favorecen al trabajador, en donde no rige en forma absoluta e invariable la imposición de costas al vencido que impera en el proceso civil, y donde se aplica el criterio rector que surge de las normas de la Ley 921.

En su art. 17 establece *como principio general el pago de las costas al vencido, consagrando como una excepción a dicha regla la posibilidad de que los jueces puedan dejar de lado ésta normativa cuando exista razón fundada. En igual sentido el art. 68 segunda parte del Código Procesal Civil de aplicación supletoria en virtud del art. 54 Ley 921.*

En autos, si bien existe un rechazo prácticamente íntegro de la pretensión contra CERVECERÍA y MALTERIA QUILMES S.A.I.C.A., existe -a mi modo de ver- una razón más que fundada para eximir de costas a la actora vencida, tanto en primera instancia como en la alzada, imponiéndolas en el orden causado, por tratarse, la debatida en autos de una cuestión dudosa de derecho.

Nótese en este sentido, que en la mayoría de las cuestiones controvertidas existe divergencia doctrinaria y jurisprudencial, tanto en lo que respecta a los distintos criterios de las Salas de esta Cámara, como de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo y la Suprema Corte de Provincia de Buenos Aires, en cuanto algunos siguen la posición mayoritaria del Plenario Tulosai, y otros se apartan de esa opinión, adhiriendo al voto de la minoría en tal precedente, por citar algunos ejemplos, además de las diversas corrientes doctrinarias sentadas en uno y otro sentido.

Así lo enseña Gozaíni con cita de Alcalá Zamora y Castillo cuando dice: *"Por las características del caso y por tratarse de una situación de dudosa solución, que hizo que los actores pudieran considerarse con derecho a litigar, se justifica el apartamiento del principio general de la derrota que establece el art. 68 párrafo primero del Código Procesal, por lo que las costas deben imponerse por su orden, en ambas instancias". (cfr. Osvaldo Gozaíni "Costas Procesales", 2da. edición, editorial Ediar, pág 81/82).*

Por todo lo expuesto y considerado, es que propondré al Acuerdo: **1.** Acoger parcialmente el recurso de apelación de la demandada de fs. 150/158, haciendo lugar a la exclusión de los rubros Bono por desempeño, Asignación No Remunerativa Extraordinaria, SAC sobre el art. 245 en la base de cálculo para la MRMNH y multa del art. 2 Ley 25323, **modificando el monto de condena que asciende a un total $ 6.950,03** al 23 de abril de 2015, fecha del distracto. **2.** Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 17 Ley 921 y art. 68 segundo párrafo del C. Procesal), manteniendo los honorarios regulados en la anterior instancia por adecuarse al nuevo pronunciamiento. **3.** Los honorarios profesionales en esta Alzada serán regulados conforme art. 15 de la L.A.

El Dr. Medori dijo:

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**,

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 142/146 y vta., haciendo lugar a la exclusión de los rubros Bono por desempeño, Asignación No Remunerativa Extraordinaria, SAC sobre el art. 245 en la base de cálculo para la MRMNH y multa del art. 2 Ley 25323, **modificando el monto de condena que asciende a un total $ 6.950,03** al 23 de abril de 2015, fecha del distracto, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 17 Ley 921 y art. 68 segundo párrafo del C. Procesal).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

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