NEUQUEN, 14 de Febrero del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RUIZ GALLARDO LUZ MARIA C/ ACTUAL S.A. S/ DESPIDO" (JNQLA6 EXP 508769/2016)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- Apela la parte actora la sentencia dictada, en cuanto morigera el porcentaje indemnizatorio de la multa del art. 2 de la ley 25.323, fijándola en un 15% de su valor.

Entiende que no existen razones para tal procedimiento.

Destaca que la demandada si bien puso a disposición de la actora un cheque que representa un escaso porcentaje de lo que realmente debía liquidar, ello no acredita la cancelación de dicha obligación ni la exención de pago, toda vez que tendría que haber consignado judicialmente esa suma.

Cita Jurisprudencia.

Entiende carente de motivación la decisión del juez, en tanto por un lado afirma el incumplimiento de la demandada, y por otro limita arbitrariamente el porcentaje que indica la ley en protección del trabajador, máxime que están dados todos los presupuestos que la misma exige.

Entiende que contrariamente a lo sostenido en la sentencia, la conducta de la demandada no fue por una equivoca interpretación jurídica, lo fue a sabiendas y con mala intención.

Destaca que al momento de la intimación, esa parte hizo referencia expresa del error producido en los cálculos, y como respuesta la parte demandada ofreció un importe equivalente al 24% de las diferencias salariales adeudadas.

Señala que la demandada, por su actividad, tiene cabal conocimiento del costo del dinero.

Corrido el pertinente traslado, es contestado en hojas 128/129.

Refiere que esa parte no dejó de pagar las indemnizaciones, sino que se cuestionó la suficiencia de algunos rubros mediante colacionado laboral, por lo que se reanalizó la liquidación final y reconoció la existencia de una diferencia a favor de la trabajadora.

Señala que se requirió expresamente que liquidara y fundamentara la diferencia cuya existencia sostenía, y la respuesta fue el inicio de estos actuados luego de negarse a cobrar a cuenta, cuando menos, lo que ya estaba a su disposición.

Entiende que fue confusa la pretensión de la contraria.

Cita jurisprudencia.

2.- Ingresando en el examen del recurso deducido, adelanto que ha de prosperar parcialmente.

Como es sabido, la ley 25323, mediante su artículo 2, tiene como finalidad la de resarcir daños autónomos de los que causa el distracto en sí mismo. La normativa intenta minimizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago oportuno, de las reparaciones fijadas en la LCT, a modo de garantizar que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de su crédito.

De esta manera, se presenta como un medio para desalentar la conducta de los empleadores que, al eludir el pago, obligan al trabajador a afrontar las consecuencias de un juicio que puede llevar varios años de tramitación. En otros términos, sanciona el ejercicio abusivo por parte del empleador de despedir, lo que se configura al no pagar en tiempo y forma las correspondientes indemnizaciones.

En este contexto, la aplicación del precepto exige examinar las circunstancias concretas del caso: la sanción

puede reducirse o ser dispensada, si –por caso- existe una controversia seria y fundada sobre la causal de despido o bien, sobre la conformación de algún rubro indemnizatorio.

En el caso bajo estudio, el juez -en mérito de la facultad otorgada en el segundo párrafo del artículo transcripto- morigeró la multa en cuestión, valorando a este fin que *"su reticencia al "pago correcto" de la liquidación final lo fue por sostener una interpretación doctrinaria y jurisprudencial no aplicable mayoritariamente para el caso de remuneraciones "por comisiones", conducta que en definitiva obligó a la actora a judicializar el reclamo para definir la base indemnizatoria*".

3.- Ahora bien, debo indicar que ni del intercambio epistolar, ni de la contestación de demanda, resulta que funde su proceder en tal circunstancia.

Su oposición a tomar el mes de noviembre 2015 como base para el cálculo de las indemnizaciones, se centra en que durante ese periodo percibió $ 10.010,15 en concepto de "comisión por producción".

En esa dirección, y partiendo del plenario 298 de Capital Federal, en autos "Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional", concluye que para que una remuneración "variable" sea considerada en su máxima expresión, tiene que ser normal y habitual.

Destaca como requisito la "normalidad", que implica "la imposibilidad de considerar una remuneración excepcional o exorbitante, como sería el pago de una cifra extraordinaria e irrepetible".

Continua en su desarrollo y expresa en relación al art. 245 LCT, que la mejor remuneración mensual, normal y habitual, no es cualquier "mejor", sino la que inexorablemente se percibe.

Y finalmente, en lo que aquí nos interesa, agrega que “la comisión no es una remuneración habitual. Se debe generar mes a mes el derecho al cobro, tampoco tiene un valor normal.”

He entendido pertinente precisar los fundamentos de la parte demandada, puesto que fundándose la morigeración en su interpretación doctrinaria y jurisprudencial, cabe analizar si el equívoco en que incurrió puede justificarse.

Es así, que no se advierte como, partiendo del plenario citado, arribó a la conclusión esbozada.

El motivo de la convocatoria al citado plenario fue a efectos de responder sobre el *“supuesto singular de aquéllos trabajadores que perciben, con habitualidad, remuneraciones mensuales variables y lo que se trata de dilucidar es si corresponde o no efectuar un promedio para calcular la indemnización respectiva o si se debe partir, lisa y llanamente, de "la mejor" retribución, entendida como la de mayor cuantía”.*

Se resolvió que "*Para el cálculo de la indemnización por despido no deben ser "promediadas las remuneraciones variables, mensuales, normales y "habituales (art. "245 L.C.T.)".*

A lo largo de todo el plenario, resulta claro que no debe confundirse variabilidad con normalidad y habitualidad.

Se destaca que el sistema parte de la base que las remuneraciones varían en su monto, puesto que en caso contrario no tendría sentido el adjetivo “mejor”, puesto que todas la remuneraciones serían idénticas.

Solo se dejan a salvo los supuestos en que se diera un mes de ganancias exorbitantes, supuestos en las que se las debería excluir de la base de cálculo (voto del Dr. Fernandez Madrid- último párrafo).

3.1 Desde esta perspectiva, los argumentos de la parte demandada se presentan insuficientes para fundamentar la morigeración de la sanción.

Nótese que si consideró que, durante el mes de noviembre 2015, el actor tuvo una ganancia exorbitante, y por lo tanto no debía ser considerada, no se advierte por qué razón no tomó el mes de Mayo 2016, Enero 2016, Diciembre 2015, junio 2015 o Mayo 2015, todos los cuales arrojaban una base superior a la en definitiva tomada.

Asimismo, la demandada se contradice al entender que las comisiones no son normales y habituales, y luego incluirlas promediadas en la indemnización.

4.- Sin embargo, no puedo dejar de sopesar, que si bien la demandada limitó las indemnizaciones emergentes de los arts. 232, 233 y 245 de la LCT a un monto inferior, lo que dio origen al presente reclamo por diferencias, teniendo en cuenta tal proceder y esta especial circunstancia, corresponde imponer la multa, "pero sobre la diferencia existente entre lo abonado por tales rubros y lo que en definitiva debió haber cancelado en su oportunidad (art. 2 in fine ley 25323)" (cfr. CNAT Sala IX Expte nº 26851/01 sent. 10441 25/4/03 "Efron, Ernesto c/ Amsa SA s/ despido").

Tal solución se compadece con lo entendido por el Tribunal Superior de Justicia, al expresar que *"… si bien se otorga virtualidad al cumplimiento parcial de la obligación de indemnizar por parte de la empleadora, ello no lo desobliga del pago de las diferencias reconocidas en las instancias anteriores.*

Considero justo que la indemnización del art. 2 de la ley 25.323 se efectúe sobre esta diferencia en las indemnizaciones que debe abonar la empresa demandada" ("PACHECO, CARLOS ARGENTINO C/ PETROBRAS ENERGIA S.A S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" Expte 45/2014).

Al revisar la cuestión, ya sea desde el vértice de la facultad morigeradora o de la interpretación del precepto en su aplicación concreta, entiendo acertada tal solución para el caso, a poco que se advierta que es razonable que cuando el

art. 2 de la ley 25.323 expresa *“éstas serán incrementadas en un 50%”,* necesariamente se refiere a las sumas para cuya percepción ha sido necesario *“iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio”.*

Las dos restantes interpretaciones posibles, arrojarían resultados injustos: Así, si se entendiera que el artículo en cuestión no abarca los supuestos de pago parcial, en tanto expresa “no le abonaré las indemnizaciones previstas” y en el caso se abonó parcialmente, se vaciaría de contenido la norma.

Cualquier empleador, abonando una suma ínfima quedaría exceptuado de su aplicación.

Por el contrario, si se considerare que cualquier deuda por los rubros en cuestión genera derecho a percibir la multa sobre el total de los rubros determinados, se podrían generar grandes desproporciones entre la infracción cometida y la sanción impuesta.

5.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo hacer lugar al recurso, estableciendo que la multa del art. 2 ley 25.323 se fijará en el 50 por ciento de las diferencias aquí condenadas, y correspondientes a los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

Atento al modo en que se resuelve las costas serán impuestas en el orden causado. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 113/118, estableciendo que la multa del art. 2 ley 25.323 se

fija en el 50% de las diferencias aquí condenadas, y correspondientes a los arts. 232, 233 y 245 de la LCT.

2.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, atento al modo en que se resuelve (arts. 17, ley 921 y 68, Código Procesal).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA