NEUQUEN, 14 de mayo del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ZANOTTI ALEJANDRO C/ SP ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (**JNQLA1 EXP** N° **505777/2015**), 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, la Dra. Patricia **CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 184/190 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

Los letrados de la parte actora apelan los honorarios regulados a su favor, por bajos.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por la inclusión en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, de rubros no remunerativos.

Dice que se han incluido sumas que han sido homologadas por el Ministerio de Trabajo, como no remunerativas.

Sigue diciendo que también se han incluido sumas que no revisten el carácter de normales y habituales, por no representar el promedio percibido en forma normal, sino que importan el 100% de dicho promedio.

Se refiere a que significan los conceptos de normal y habitual.

Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Como segundo agravio señala la omisión de aplicar el tope indemnizatorio.

Sostiene que el actor no ha planteado la inconstitucionalidad del tope del art. 245 de la LCT.

Afirma que esa parte, al contestar la demanda, requirió la aplicación del tope, y ofreció prueba informativa al Ministerio de Trabajo, a fin que informara los topes indemnizatorios aplicables al convenio colectivo de petroleros jerárquicos (CCT n° 673/2011) para el mes de octubre de 2015, surgiendo de la contestación del oficio la página web a la que hay que ingresar.

Entiende que, de todos modos, el a quo no puede excusarse de aplicar el tope sólo por considerar que la demandada no le permitió ubicar el mismo. Agrega que el precedente de la Sala III de esta Cámara de Apelaciones que invoca el juez de grado no guarda relación con lo obrado en estas actuaciones.

Se queja de que la sentencia recurrida utiliza la mejor remuneración mensual, normal y habitual para liquidar la indemnización sustitutiva del preaviso, la integración del mes del despido y las vacaciones no gozadas, cuando estos rubros deben cuantificarse de acuerdo con el criterio de la normalidad próxima.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 203/204.

Respecto del primer agravio, afirma que es abstracto, ya que no indica la prueba documental en que se sustenta.

Dice que la recurrente infiere que las sumas no remunerativas no contienen ni la normalidad ni la habitualidad, pero esa crítica no se sustenta en las constancias de autos.

Sostiene que el convenio de petroleros jerárquicos no tiene escala salarial y, por ende, no tiene tope.

Se pregunta cómo la actora puede pedir la inconstitucionalidad de un tope inexistente.

Con relación al último agravio señala que no existen diferencias notorias entre los meses que pretende tomar la demandada y el considerado por el a quo.

II.- Llega firme a esta instancia que el despido determinado respecto del actor resulta injustificado, circunscribiéndose los agravios al modo en que se liquidó la indemnización del art. 245 de la LCT, como así también la indemnización sustitutiva del preaviso, la integración del mes del despido y las vacaciones no gozadas.

Comienzo por la indemnización del art. 245 de la LCT.

El juez de grado no ha aplicado tope alguno a la base de cálculo de la indemnización referida, señalando que la demandada no ha denunciado cuál es el tope, la resolución ministerial que lo fija, ni el convenio colectivo de aplicación; y que habiéndose procedido oficiosamente a la búsqueda del tope que resultaría aplicable, éste no fue encontrado.

Cabe señalar que ambas partes son contestes en que el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador de autos es el n° 637/11, ya que en sendos oficios al Ministerio de Trabajo (uno confeccionado por la parte actora y el otro por la demandada) consta tal número de convenio colectivo.

Asiste razón a la recurrente respecto a que el Ministerio de Trabajo de la Nación remitió a la página web oficial, dando indicaciones de cómo encontrar la información pertinente, a efectos de conocer el tope que resultaría aplicable al caso de autos (fs. 113/114).

Habiendo realizado la búsqueda en cuestión en la nueva página oficial (www.argentina.gob.ar/trabajo/topes), dado la fusión del ministerio de trabajo con el de producción, encuentro que para el CCT n° 637/11 la Dirección de Relaciones Laborales informa "no resulta factible fijar el tope indemnizatorio en razón de no contar con la información necesaria a tal efecto".

De ello se sigue que, si la autoridad administrativa encargada de fijar los topes indemnizatorios por imposición legal (art. 245 de la LCT), no lo ha determinado para el caso concreto, el mismo no puede ser aplicado en autos.

José Daniel Machado sostiene que el cómputo y la publicación de los topes fijados por el art. 245 de la LCT es incumbencia del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (hoy Ministerio de Producción y Trabajo), *"lo cual constituye un acto formal del cual depende la invocación del tope. Al publicarse se establece la fecha de entrada en vigencia, lo cual es determinante para definir cuál es aplicable a cada despido en particular"* (cfr. aut. cit. "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. III, pág. 214).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha resuelto que la sentencia que, ante la ausencia de tope indemnizatorio del convenio colectivo aplicable, determinó que debía aplicarse analógicamente lo

dispuesto en otra convención colectiva, es arbitraria, pues no corresponde aplicar por analogía una norma que le es ajena; además de que *"la fijación de topes que prescribe el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo redunda en interés del empleador en tanto y en cuanto los mismos hayan sido fijados por la autoridad de aplicación"* (autos "Nine c/ Automóvil Club Argentino", 3/10/2001, LL AR/JUR/6344/2001).

Lo dicho resulta suficiente para rechazar el agravio de la demandada referido a la no aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT.

III.- En cuanto a la inclusión de los conceptos no remunerativos en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, lo decidido por el juez de grado no es sino la aplicación de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Pérez c/ Disco S.A." (sentencia del 1/9/2009), "González c/ Polimat S.A." (sentencia del 19/5/2010) y "Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." (sentencia del 4/6/2013); criterio que también ha sido aplicado reiteradamente por esta Cámara de Apelaciones.

Así en autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. n° 413.499/2010, sentencia de fecha 23/8/2012) y "Zurita c/ ISS Argentina S.A." (expte. n° 465.883/2012, sentencia de fecha 12/2/2019), entre otros, en anterior y en actual composición, esta Sala II ha dicho que: *"En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. "Inta*

Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT".

Bajo este prisma, los adicionales "no remunerativos" incluidos por el a quo (viandas y torre mensual), más allá de lo convenido en la negociación colectiva y homologado por la autoridad administrativa, no aparecen como ajenos al contrato de trabajo, y a la contraprestación debida al trabajado como consecuencia de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador, ni menos aún tal extremo fue acreditado por la demandada.

Tampoco se entiende la crítica de la demandada referida a la falta de normalidad y habitualidad de dichos rubros, cuando ellos aparecen invariablemente en los recibos de haberes incorporados a la causa. A todo evento cabe recordar que conforme reiterada jurisprudencia, a los fines de calcular la indemnización por antigüedad, no deben ser promediadas las remuneraciones variables mensuales, normales y habituales (cfr. autos "Brandi", fallo plenario de la CNAT, DT 2000-B, pág. 2.176; CNAT, Sala V, "Falcón c/ Orígenes AFJP S.A.", 28/11/2005, LL AR/JUR/7935/2005).

De ello se sigue el rechazo de la queja de la demandada referida a esta cuestión.

IV.- Finalmente la parte apelante se queja de la base de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso, de la integración del mes del despido y de las vacaciones no gozadas.

En primer lugar, el a quo no ha condenado a la demandada al pago de la integración del mes del despido, por lo que la queja, en este aspecto, no se vincula con las constancia de la causa.

Luego, y respecto de los restantes rubros indemnizatorios, surge de la liquidación plasmada en la sentencia que ellos se han calculado sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

Ahora bien, asiste razón a la recurrente que tal base de cálculo es errónea, por cuanto los rubros antedichos deben ser liquidados de acuerdo con el criterio de la normalidad próxima, pero si tomamos tal criterio, que nos lleva a considerar el salario abonado al trabajador durante el mes de enero de 2015 (el despido le fue comunicado el 31 de enero de 2015), deduciendo el SAC e incorporando los rubros no remunerativos arribo a una remuneración de $ 76.624,53 –superior a la utilizada por el a quo-. En consecuencia, y en virtud de la regla que prohíbe la reformatio in pejus, ha de confirmarse el fallo de grado.

V.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Los letrados recurrentes han intervenido en autos como patrocinantes del actor, fijándose su retribución, en conjunto, en el 15% de la base regulatoria.

Dicho porcentaje se encuentra dentro de la escala prevista en el art. 7 del arancel para abogados, y entiendo que

retribuye adecuadamente la labor profesional, valorada de acuerdo con las pautas que brinda el art. 6 de la ley arancelaria.

Por otra parte, el porcentaje fijado en primera instancia es prácticamente igual al que utiliza esta Cámara de Apelaciones para determinar los honorarios en causas de mediana complejidad, como se entiende que ha sido ésta, más allá del monto comprometido.

Lo dicho resulta suficiente para confirmar la regulación de honorarios de la primera instancia.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y la queja arancelaria, confirmando el resolutorio recurrido en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... e ..., en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594, y considerando que si bien la apelación se circunscribió al monto de algunos rubros, de acogerse la queja referida a la mejor remuneración mensual, normal y habitual se tendrían que haber modificado todos los rubros por los que progresa la demanda.

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 184/190 vta. en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... e ..., en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado, de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.-

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

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria