



NEUQUEN, 28 de mayo de 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**MARTINEZ, HORACIO RAUL C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL SRL S/ INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD ABSOLUTA**", (JNQLA1 EXP N° 501646/2013), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHSINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini, dijo:**

**I.-** La sentencia de primera instancia que luce a 283/292, hace lugar a la demanda por las indemnizaciones previstas en los artículos 212 párrafo 4° y 232 de la LCT -con más la incidencia del SAC sobre esta última-, integración del mes de despido (art. 233 LCT), indemnización por vacaciones no gozadas e incidencia del SAC sobre el rubro (art. 156 LCT), vacaciones años 2011 y 2012, SAC proporcional, deducción indebida de ganancias y multa del artículo 2 de la ley 25.323 y, previa detracción de los importes abonados, condenó a la demandada a abonar la suma de \$869.675,42.-

Del mismo modo estableció que la suma devengaría intereses de acuerdo a lo dispuesto por el TSJ en la causa «Alocilla» -tasa activa del BPN-, impuso las costas del proceso a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Para decidir de este modo, el *a quo* fijó la cuestión litigiosa en la controversia acerca de la determinación de la existencia de diferencias salariales por la no aplicación de un aumento salarial dispuesto por la resolución 1399/12 y la incidencia de determinados rubros rotulados como «no remunerativos» en la base de cálculo de la indemnización abonada por el art. 212 de la LCT y sobre la liquidación de las vacaciones, así como respecto de la



procedencia de la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323 y, finalmente, la del artículo 80 de la LCT.-

Del mismo modo, en la delimitación del *thema decidendum*, el magistrado estableció que debía tomarse como fecha de finalización de la relación laboral el 9 de octubre de 2013, a mérito del carácter recepticio que tienen las comunicaciones postales y la fecha de recepción de la comunicación mediante la cual el trabajador puso fin a la relación laboral.

Luego de repasar las constancias de la causa, el juez entendió que existían diversos rubros calificados como no remunerativos que deben ser incorporados a la base de cálculo, con un profuso tratamiento de la cuestión constitucional y con remisión al caso «Perez c/Disco» de la CSJN, así como diferentes pronunciamientos en análogo sentido de la CNAT y de nuestra Cámara local.

Asimismo resolvió admitir el agravamiento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la ley 25.323, por hallar configurados los presupuestos que la norma exige e, inversamente, rechazar el reclamo con fuente en el artículo 80 de la LCT, por la ausencia de acatamiento de lo dispuesto por el artículo 3 del dec. 146/2001 y el acompañamiento de los instrumentos por parte de la demandada al replicar la demanda.

El fallo es apelado y fundado por la parte demandada en la pieza procesal que corre agregada a fojas 295/300 vta.; cuya réplica de la parte actora obra a fs. 302/306, solicitando el rechazo del recurso, con costas.

**II.-** En primer lugar, cuestiona la parte demandada la sentencia en cuanto se incluyeron en la base de cálculo [corresponde entender que se refiere a la indemnización prevista por el artículo 245 de la LCT, al que remite el artículo 212, 4° párr.], los conceptos «reintegro expte. 1169.854/06» y/o «reintegro expte. 1.191.770/06» y/o «Vianda Res. 448/08» y 495/08.



Luego de transcribir el artículo 65 del CCT 637/11, argumenta que los conceptos incluidos en la base de cálculo, no son más que el reintegro del importe equivalente a la retención del impuesto a las ganancias que le corresponde tributar al trabajador y que el reintegro surge de los montos ya abonados. De ello concluye que no corresponde volver a calcular incorporando dichos importes.

Posteriormente señala que se han incluido sumas que no revisten caracteres indispensables de normalidad y habitualidad, sin explicitar concretamente a qué rubros se refiere. Seguidamente formula una cita textual de diferentes segmentos de un trabajo de doctrina.

Al respecto debo señalar que el recurso bordea la situación que impone declarar su deserción, en los términos del artículo 266 del Código Procesal, por cuanto su lectura evidencia un razonamiento fragmentario e inconcluso, del que no se sigue un concreto rebatimiento de los fundamentos empleados en la sentencia de grado.

A modo de ejemplo, no se cuestiona la inclusión en la base de cálculo del "adicional mensual bono torre" - calificado como remuneración por el *a quo*. Tampoco se expone por qué motivos los rubros «reintegro expte. 1169.854/06» y/o «reintegro expte. 1.191.770/06» y/o «Vianda Res. 448/08», no resultarían de carácter mensual, normal y habitual.

El trabajo de doctrina citado, sin aditamento, no supe la indispensable demostración que debía efectuar el recurrente en relación al genérico yerro que se endilga al sentenciante. Sin esa carga procesal no puede comprenderse el alcance concreto del agravio.

La alegación respecto a que se han incluido sumas que no revisten caracteres de normalidad y habitualidad por no representar el promedio percibido, sino que implican más del 100% de dicho promedio y/o que su pago no se repite más de cinco veces, resulta difusa y vaga. Para comprobar esta



calificación basta con señalar que no se indica a cual o cuales «sumas» se refiere el recurrente. Sin incurrir en formalismos impropios, resulta francamente imposible comprender la dirección que pretende imprimir a su recurso.

No puedo entonces, ingresar en el estudio de la calificación de los conceptos en relación a su carácter de mensualidad, normalidad y habitualidad.

Por otro lado, la regla convencional que cita la parte apelante, lejos de darle la razón, confirma no sólo el carácter remuneratorio, sino además el de mensual, normal y habitual del concepto allí tratado.

En primer lugar, un correcto examen del sistema de integración de fuentes de regulación del contrato de trabajo, indica que el convenio colectivo de trabajo 637/11 estableció en su artículo 65 un mecanismo de «[...] reintegro mensual del importe equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la retención en concepto de impuesto a las ganancias [...]» (el subrayado me pertenece).

Debidamente homologado mediante resolución 1595 de la Secretaría de Trabajo del entonces M.T.E. y S.S pasó a integrar en forma automática el contrato individual de trabajo del aquí actor (arts. 1 inc. "c", 7, 8 y 12 LCT, 8 de la ley 14.250).

Sentado ello, corresponde desentrañar a la luz de los preceptos convencionales, constitucionales y legales en vigor, cual es el alcance que corresponde asignar al vocablo «reintegro».

Los motivos y fundamentos que expongo a continuación, que tienen profunda raigambre en aspectos de orden constitucional y convencional, luego de un profundo reexamen de la postura adoptada en anteriores pronunciamientos, me persuaden de la necesidad de abordar la cuestión desde otra perspectiva y dar otra solución



jurisdiccional a conflictos como el presente, en que se pone en tela de juicio ni más ni menos que el salario.

La consideración del salario como inescindible soporte para la realización de otros derechos expresamente tutelados por los instrumentos constitucionales y convencionales (v. Corte IDH, caso "Lagos del Campo Vs. Perú", sent. del 31-8-2017, entre otros), me lleva a ajustar el criterio a los estándares provenientes del sistema interamericano de derechos humanos.

La cuestión examinada aparece con fuerza como un aspecto patológico en el ordenamiento jurídico por el proceso de *desalarización* de la remuneración, provocado en nuestro país por las recurrentes crisis económicas que colocaron por delante la necesidad de paliar la pérdida del poder adquisitivo de la remuneración y al mismo tiempo satisfacer las exigencias del sector empresario (fundadas o no) de atender a tales situaciones, sin que ello implicara un aumento en la base de tributación con destino a los diferentes subsistemas de la seguridad social. El único perjudicado en todo ello fue el financiamiento de tales sistemas; sin embargo, la premura y la urgencia a menudo, termina por perforar la construcción de verdaderos arreglos intergeneracionales.

Ello conllevó que la Corte debiera ocuparse de la poda de diferentes aspectos de la composición salarial a través de subterfugios tales como la utilización desviada de la calificación de beneficios sociales del artículo 103 de la LCT (CSJN, causa "Perez", fallos, 332:2043, sent. del 1-9-2009), del establecimiento de asignaciones no remunerativas por D.N.U. (CSJN, causa "González", fallos, 333:699, sent. del 19-5-2010) y finalmente del establecimiento de asignaciones o aumentos salariales calificados como "no remunerativos" en el marco de la negociación colectiva (CSJN, causa "Díaz", fallos, 336:593, sent. del 4-6-2013).



Las sentencias referidas tienen un importante valor por cuanto -al margen de provenir de la Corte Suprema- consolidan una práctica constitucional tendiente a jerarquizar y ordenar en forma adecuada los derechos y valores involucrados.

Corresponde además sopesar que nuestro Tribunal Superior de Justicia ha fijado similares directrices en la causa "Bustamante" (Acuerdo 4/2019, del 20-2-2018, entre otras), que se irradian a todos los órganos inferiores, en virtud de la potestad constitucional y legalmente diferida de desarrollar la casación (art. 242 inc. "b" del texto Constitucional; art. 15 inc. "d", ley 1406).

En este orden, resulta inobjetable la tesitura a la que recurre el magistrado de grado, en cuanto asocia el origen salarial de un concepto determinado en orden a la contraprestación por el trabajo cumplido, con prescindencia de la calificación jurídica empleada.

Refinando aún más el concepto, el artículo 103 de la LCT remite, en palabras de Justo López, a «...la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado...» (aut. cit, "El Salario", p. 35, Ediciones jurídicas, 1988).

Esta conceptualización resulta consistente con el artículo 1 del convenio 95 de la OIT, ratificado por nuestro país mediante decreto-ley N° 11.594 del año 1956, en cuanto la define como «[...]la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo [...]».

Vale decir, entonces, que todo beneficio que tenga su origen en la prestación y resulte susceptible de apreciación pecuniaria integra el concepto de remuneración.

La cláusula convencional en examen establece una prestación complementaria que, por lo tanto, integra la retribución del trabajador (art. 105 LCT).



Ello es precisamente así por cuanto, de no existir la cláusula convencional, es el trabajador quien debería soportar íntegramente el pago del impuesto a las ganancias que el empleador debe retener. Como resulta evidente, entonces, la regla convencional establece un beneficio apreciable en dinero, una ventaja patrimonial que tiene su fuente en el contrato de trabajo.

No se trata, como postula la parte apelante, de volver a calcular conceptos ya computados, sino de incluir en la base de cálculo un concepto que goza de ostensible carácter remunerativo y que -al reunir el resto de los recaudos legalmente exigibles-, la integra en forma imperativa.

Por los fundamentos expuestos, corresponde rechazar el agravio en cuestión.

En otro orden, se agravia del cálculo realizado para determinar las sumas correspondientes a la indemnización por omisión de preaviso, integración del mes de despido y vacaciones no gozadas.

Dividiré el tratamiento del agravio en dos partes. En la primera agruparé el tratamiento del agravio relativo a las indemnizaciones con fuente en los artículos 232 y 233 de la LCT. En el segundo me referiré al cuestionamiento que se efectúa, respecto de las vacaciones no gozadas.

**A.-** Cuestiona la parte demandada la forma en que se han cuantificado las indemnizaciones con fuente en los artículos 232 y 233 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Para tratar la cuestión traída esta Alzada, vinculada a los conceptos enunciados, indispensablemente debe retomarse en plenitud la jurisdicción. Si bien debería además sopesarse el límite del *tantum appellatum quantum devolutum* (art. 277 CPCC), que marca -por regla- el límite objetivo de la apelación, para una correcta dilucidación de la cuestión debo analizar -en forma oficiosa- la existencia de un vicio de incongruencia objetiva en la decisión de primera instancia.



Aun cuando el déficit en cuestión pasó inadvertido para el recurrente, no puede soslayarse al tratar el agravio, por cuanto se trata de aspectos inescindibles que hacen a la coherencia interna de la decisión.

El *a quo* admitió la procedencia de la indemnización sustitutiva de preaviso (art. 232 LCT) y de la integración del mes de despido (art. 233 LCT), que no formaron parte de la demanda.

Cuestionada por el apelante la cuantificación de tales conceptos -mas no su procedencia sustancial-, se presenta una peculiar situación que coloca en aparente tensión el límite subjetivo que se imprimió al recurso -de lo que se seguiría indefectiblemente el consentimiento de la resolución sobre el punto- con principios de carácter superior vinculados a la noción misma del proceso judicial, de contradicción y bilateralidad y fundamentalmente a la obligación del suscripto de dar tratamiento -en tan irregular marco- a aspectos concernientes al cuestionamiento de ambos rubros.

Ello aun soslayando que en el marco sustancial en que las partes y el magistrado encuadraron la contienda, esto es, una hipótesis de extinción del contrato de trabajo por un hecho objetivamente ajeno a la voluntad de las partes, como lo es la incapacidad absoluta (art. 212, cuarto párrafo), no resulta exigible, -valga la obviedad- el otorgamiento de preaviso y por tanto tampoco resulta de aplicación el artículo 233 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Desde el punto de vista procesal, la sentencia de primera instancia incurrió en una hipótesis de incongruencia objetiva «*extra petita*», por cuanto el magistrado de grado accedió a una pretensión que no formaba parte del litigio.

La cuestión a dilucidar gravita en establecer si la parte apelante podría lícitamente consentir este aspecto del pronunciamiento y si al cuestionar la cuantificación de los rubros -lo que obliga a esta Alzada a expedirse sobre la





fundabilidad plena del recurso- revirtió al conocimiento de esta instancia superior la plenitud de la jurisdicción.

Para resolver esta situación procesal, corresponde señalar inicialmente que no puedo tratar el agravio vinculado a la cuantificación de los rubros en cuestión, sin atender a su improcedencia sustancial, por cuanto los rubros admitidos no formaron parte del proceso judicial.

Y, si bien la consecuencia de la trasgresión no es otra que la nulidad parcial del pronunciamiento, corresponde dar afirmativo tratamiento a la cuestión, toda vez que debe y puede preservarse el resto de la sentencia, en cuanto no resulte alterada por el vicio bajo tratamiento.

Por otra parte, el remedio de nulidad está comprendido -en el diseño adjetivo- en el marco de la apelación (art. 253 CPCC).

Conforme ello, la advertencia de una infracción manifiesta al principio de congruencia conlleva a la revocación oficiosa del pronunciamiento en todos aquellos aspectos alcanzados por el exceso jurisdiccional, toda vez que, no puede jamás y bajo ningún concepto quedar alcanzado bajo el concepto de la cosa juzgada aquello que no fue objeto de juzgamiento.

Por otro lado, cabe referir que el cuestionamiento a la cuantificación y tal como se refirió, abre la competencia revisora, y con ello la necesidad de enderezar el pronunciamiento conforme elementales premisas atinentes al debido proceso.

Sentado ello, por los motivos y fundamentos expuestos, se revoca de oficio el pronunciamiento de grado en cuanto incluyó en la condena las indemnizaciones previstas por los artículos 232 y 233 de la LCT.

También quedará por lo tanto alcanzada por la revisión oficiosa la cuantificación de la indemnización del



art. 2 de la ley 25.323, en cuanto se incluyeron como pauta para determinar su alcance las indemnizaciones por preaviso e integración del mes de despido.

Ello sin perjuicio del tratamiento que se formulará en otro segmento respecto del agravio específico dirigido por la recurrente en relación a la forma en que debió calcularse la indemnización, conforme la proporción en las diferencias indemnizatorias por las que prosperó la acción.

Los agravios específicamente introducidos, respecto del yerro en la base utilizada para cuantificar ambos rubros (mejor remuneración en lugar de normalidad próxima), no serán tratados por el sentido en que se resuelve la cuestión.

**B.-** Cuestiona la decisión de grado en cuanto entiende que para liquidar la indemnización por vacaciones proporcionales corresponde estarse al criterio de normalidad próxima y no al de mejor remuneración mensual, normal y habitual. Cita en apoyo de su postura el artículo 155 de la LCT.

Si bien el razonamiento dogmático es correcto, resulta inconexa con el caso la alegación de que el actor era retribuido con «rubros variables», lo que remite a una forma remuneratoria extraña a la que ambas partes invocaron en las piezas introductorias del proceso, concordantes con los recibos de haberes incorporados por las ellas a fs. 5/13 y 59/71 y la certificación que en copia corre agregada a fs. 39/42.

La remuneración tomada en cuenta por el *a quo* se corresponde con la de mayo de 2013 -v. fs. 290 vta., segundo párrafo- y si bien es cierto que se apartó del criterio de normalidad próxima, no lo es menos que conforme los recibos de fs. 67 y 68, correspondientes a los meses de junio y julio de 2013 -últimos en los que el actor devengó remuneración y que por lo tanto deben tomarse en cuenta, conforme artículo 155 de



la LCT-, la cuantía de los conceptos resultaría superior a la que emerge de la sentencia.

Por aplicación del principio de *reformatio in pejus* y toda vez que de admitirse el agravio se colocaría al apelante en un lugar más gravoso y frente a la ausencia de cuestionamiento de este aspecto del pronunciamiento por parte del actor, corresponde rechazar el agravio y confirmar la sentencia.

El tercer agravio se vincula a que se incluye dentro del capital de condena la suma total retenida en concepto de impuesto a las ganancias.

Centra su crítica en el hecho que no se discriminó en modo alguno el porcentaje de tal deducción aplicado a otros conceptos ajenos a la indemnización por antigüedad, tales como las vacaciones no gozadas, haberes, aguinaldos, integración del mes de despido y preaviso.

El agravio debe ser rechazado, toda vez que el apelante no demuestra la existencia de un error de juzgamiento, ni tampoco formula o proporciona elementales distingos que permitan inferir que la retención de ganancias efectuada en la liquidación final alcanza a los conceptos que enumera.

En este sentido, si bien reprocha haber decidido de la forma en que se lo hace, no demuestra que el sentenciante haya equivocado el sentido jurídico de la decisión.

En el recibo de fs. 71 se lee la deducción de la suma de \$43.531,13, sin que de allí se colija una imputación o detalle desglosado de la incidencia de tal suma sobre concepto o conceptos determinados. De esta forma, no existe desacierto en el criterio empleado por el *a quo*, que tiene apoyatura en las constancias de autos, en la normativa que regía la situación al tiempo de la extinción (20 inc. "i" ley 20.628) y en la inexistencia de elementos que permitan afirmar que el



monto emergente del recibo alcanza a los rubros que expresa el recurrente.

Por ello, corresponde confirmar también este aspecto del pronunciamiento.

El último agravio se refiere a la cuantía de la indemnización del artículo 2 de la ley 25.323, en cuanto se efectúa sobre el total de los importes y no sobre eventuales diferencias.

En primer término dejo a salvo mi opinión en relación a que la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323 no resulta de aplicación a casos como el que nos ocupa, en que no existe obligación de pago de la indemnización por despido derivada de tal situación (sino antes bien de una reparación que remite a la pauta del artículo 245 de la LCT), ni indemnización por despido arbitrario propiamente dicha, de lo que se sigue necesariamente que no puede hablarse de «contumacia» del empleador que decide disolver un contrato de trabajo (debo recordar que la causa que motiva la extinción es ajena a la voluntad de las partes).

Sin embargo, no puedo dejar de observar que la procedencia sustancial de la indemnización arriba firme a esta instancia, en que sólo se cuestiona su cuantificación.

En este punto, no le asiste razón al recurrente en su planteo, toda vez que el artículo 2 de la ley 25.323 establece que es una facultad judicial la de morigerar o eximir a la obligada al pago de la indemnización.

No ejercitada esta facultad por el juzgador de grado, incumbía a la parte apelante invocar los motivos por los cuales -en su razonamiento- correspondía adoptar tal temperamento de morigeración.

Lejos de ello, se limitó a postular una discrepancia en torno a la hermenéutica de la norma, que no se corresponde con la literalidad ni teleología de la regla legal.



Por tal motivo, entiendo que debe rechazarse el planteo y confirmarse la procedencia de la indemnización sobre la totalidad de la indemnización del artículo 212, párrafo 4°, que reenvía a la del artículo 245 de la LCT.

Por lo tanto, la indemnización en cuestión ascenderá a \$285.902,205 (\$ 571.807,41/2).

**III.-** En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en lo sustancial, declarar la nulidad de oficio de la procedencia de las indemnizaciones previstas por los artículos 232 y 245 de la LCT, modificando la sentencia en este aspecto y en la cuantía de la indemnización del artículo 2 de la ley 25.323, confirmándola en lo restante.

Las costas de ambas instancias serán soportadas por la demandada en su objetiva condición de vencida (arts. 17, ley 921 y 68, 279 CPCC), regulando los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

**El Dr. Medori, dijo:**

**I.-**Habré de adherir en su mayor parte al voto que antecede, y disentir en punto a la inclusión de la suma de \$1.121 correspondiente al reintegro del impuesto a las ganancias para el cálculo de los rubros indemnizatorios incluidos en la liquidación final, vacaciones no gozadas, aguinaldo y multa art. 2 ley 25323, que adopta el juez de primera instancia siguiendo el valor consignado en el recibo del mes de mayo de 2013 (fs. 66).

En consecuencia postularé al acuerdo que se modifique el monto de sentencia, el que ascenderá a la suma de \$ 714.887,88.

**A.-**Comienzo por destacar que del recibo del período mayo de 2013 -al que se alude en la sentencia de



primera instancia y agregado a fs. 66- surge el monto de \$1.121 bajo el concepto "Reintegro Expte. 1.169.854/06", en la columna de "haberes sin aportes", es decir, claramente caracterizado como no remunerativo.

Las partes no controvierten que se trate de la aplicación de lo regulado en el último párrafo del Art. 65 CCT 637/11 de Petroleros Jerárquicos de Neuquén y Río Negro, aplicable al caso y vigente a la fecha del cese laboral, por restitución del 50% de la retención al salario de cada trabajador por aplicación de la Ley de Impuesto a las Ganancias (Ley N° 20.628-T.O. Decreto 649/97-B.O. 06/08/97 y sus modificatorias), y donde se establece:

*"Dentro de lo normado en las disposiciones precedentes, las partes acuerdan prorrogar con los alcances, limitaciones, exenciones y características ya regulados, el reintegro mensual del importe equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la retención que en concepto de impuesto a las ganancias les corresponde tributar a los trabajadores hasta la suma mensual de pesos un mil cuatrocientos veinte (\$ 1.420). La suma resultante del párrafo anterior, se continuará pagando con el concepto "asignación vianda complementaria no remunerativa".*

Concurre a la evaluación que el actor en su pretensión inicial no alude expresamente a este reintegro, y bajo el capítulo "D) CARÁCTER REMUNERATORIO DE LA SNR ABONADAS POR LA EMPLEADORA" expresa que "Salvo las "viandas", ... el resto de los rubros no remuneratorios abonados mensualmente por la demandada..." deben considerarse para el cálculo, para referirse especialmente al "Adicional Mensual Bono Torre", y citando los antecedentes de la CSJN en "Diaz" y "Perez" (fs. 28), y a su respecto la empleadora demandada rechazó que deban incluirse sumas no remunerativas en el cálculo (fs. 75vta).



**B.**-Que el análisis conduce a atender si la enumeración prevista en el art. 103 bis de la LCT es taxativa o meramente enunciativa en relación a los rubros que deben ser considerados no remunerativos, y a su respecto, *"más allá del mayor o menor mérito de la disquisiciones doctrinarias volcadas al respecto, consideramos que resulta más conveniente analizar cada caso concreto a la luz de los principios de nuestra disciplina (en especial, los principios protectorio y de razonabilidad), máxime si consideramos los profundos cambios que se han producido en los últimos años en la composición de los salarios, que pasaron a incorporar con frecuencia cláusulas novedosas ..., que por lo general impiden una clasificación acerca de la naturaleza jurídica sin atender al contexto en el que se materializan"* (conf. Julio A. Grisolia y Ernesto J. Ahuad, Ley de Contrato de Trabajo Comentada, 6° Edición, Ed. Estudio, p. 164/165).

En el antecedente "SOUBLE AVELINO AGUSTÍN CONTRA JUGOS DEL SUR S.A. SOBRE DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 372594/8 - Sentencia del 19 de abril de 2012), esta Sala III aludiendo lo sostenido por la CSJN en cuanto a la incorporación en la base de cálculo del art. 245 de la LCT de sumas consideradas no remunerativas, expresó que ello exigía analizar cada caso concreto a los fines de su exacta caracterización:

*"... haciendo un somero repaso de esos antecedentes de la Corte, en el fallo "Blockbuster" se estableció que un acuerdo firmado en el marco del convenio colectivo 130/75 de empleados de comercio, homologado en ese contexto por el Ministerio de Trabajo, que había fijado un aumento no remunerativo era violatorio del Convenio N° 95 de la OIT, por lo que debía considerarse dicha suma como parte de la contraprestación en los términos del art. 103 de la LCT. En el caso: "Disco", la Corte con un criterio amplio, determinó que conforme lo dispuesto en el Convenio 95 de la OIT, toda*



*prestación que reciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo, (en el caso vales alimentarios) cualquiera sea su denominación es remuneración. Finalmente en "Polimat", la Corte vuelve a expedirse sobre las prestaciones no remunerativas establecidas por Decreto del Poder Ejecutivo, sosteniendo su inconstitucionalidad por estar en contradicción con lo establecido por el Convenio 95 de la OIT. 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."*

También sostuve en la causa "TORO MARIN RODRIGO C/ TWARDOWSKI MATIAS MARCOS S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" (EXP JNQLA1 N° 504974/2015, Sent. 30.05.2017):

*"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). "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. ...Cabe observar que cuando el despido coincide con la finalización de un lapso no remunerado (servicio militar, período de espera por enfermedad) una importante corriente jurisprudencial considera aceptable como remuneración base la que el trabajador habría devengado en el momento del cese (básico de convenio, salario mínimo, vital y móvil o salario de la categoría en la empresa según el caso) con el objeto de impedir el otorgamiento de una indemnización sobre la base salarial desactualizada. ..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 504974/2015 mayoría en el Plenario Piñol, Cristóbal Antonio c. Genovesi S.A.". (p.610 y 611, Fernandez Madrid, Practica Laboral). 1) Horas viajes y extras: Cuestionado por la demandada el monto denunciado al accionar y adoptado el juez de grado, ponderando que el actor regularmente puso a disposición la fuerza de trabajar al desarrollar trabajo extraordinario tanto como en el transcurso de su traslado desde y hasta su domicilio, tanto como improcedente hacer distinciones donde la ley no lo hace, estimo que no requiere mayor análisis interpretativo la previsión del art. 245 de la LCT cuando determina que se debe efectuar el cálculo indemnizatorio considerando el mejor haber mensual, normal y habitual percibido o devengado durante el último año o el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. La doctrina judicial ha dicho en tal sentido que: "Dado que la LCT ordena promediar las remuneraciones en caso de vacaciones y licencias, pero silencia el tema en materia de indemnización por despido, una elemental lógica indica que en tal supuesto no deben promediarse toda vez que la directiva contraria no ha sido emitida y nadie está obligado a hacer lo que la ley no le ordena (Art. 19 de C.N.). Debe aplicarse a estos casos la doctrina plenaria emanada en el acuerdo Nro.



298 "Brandi, Roberto c/ Lotería Nacional" en cuanto la base de cálculo de la indemnización de que se trata está compuesta por la mejor remuneración percibida por el actor. (Del voto del Dr. Capón Filas, en mayoría)." (Autos: López Teresa c/ SIEMBRA AFJP SA s/ despido. Remuneraciones variables. Base de cálculo. Plenario 298. Magistrados: De la Fuente. Capón Filas. Fernández Madrid. Sala: Sala VI. - Fecha: 18/12/2000 - 11 Nro. Exp.: 53754/00 Nro. Sent.: S/D 53754-LDT).- En igual forma se ha expedido esta Cámara de Apelaciones in re "ALONSO DANIEL OMAR C/ CONSOLIDAR A.F.J.P. S.A. S/ DESPIDO", (Expte. N° 1247-CA-2), sala II... ".

**C.-A** tenor del marco fáctico y jurídico expuesto, la conclusión acerca de que el mencionado reintegro del impuesto a las ganancias no procede incluirlo en la base de cálculo para cuantificar los rubros indicados, no es más que la consecuencia de tener como origen una carga tributaria que debe afrontar y tiene por responsable exclusivo de su pago al trabajador.

En el caso se caracteriza porque:

- No tiene relación con las tareas desarrolladas.
- No tiene relación con la cobertura de una contingencia cuya reparación debe afrontar el empleado por mandato legal; solo actúa como agente de retención.
- No tiene relación con el contrato de empleo individual del actor, sino que se trata de una medida colectiva.

Luego, la circunstancia que de manera convencional se haya definido como un "reintegro" con carácter común para todos los trabajadores del encuadramiento, y sin perjuicio de que represente el 50% de lo que a cada trabajador se le retiene por el impuesto a las ganancias, no altera la originaria naturaleza jurídica de constituir un costo a cargo del dependiente ajeno al concepto de salario en los términos de los arts. 103 LCT y 1° del Convenio N° 95 OIT,



entendida como remuneración o retribución por el trabajo, resultando indiferente su cuantificación en dinero.

**D.-**A tenor de las consideraciones expuestas, se reformularán los cálculo para determinar la cuantificación de los rubros contenidos en la planilla incluida en la sentencia donde se consideró el salario de \$33.635,73 (fs. 291 y vta), ahora conforme la suma de **\$32.514,73** resultante de descontarle el importe de \$1.121,00:

a) Indemnización 4to p. art. 212 LCT. ..	\$552.750,41
b) Indem. sustit. preaviso (art. 232 LCT) ..	\$65.029,46
c) SAC s/ preaviso.....	\$5.419,13
d) Integr. mes despido (art. 233 LCT).....	\$ 22.760,30
e) Vac. no gozadas (21,4 días, art. 156 LCT)	\$28.732,61
f) SAC s/ vacaciones.....	\$2.319,39
g) Vac. 2012 (28 días).....	\$36.416,49
h) Vac. 2011 (33 días).....	\$42.919,44
i) SAC prop. (art. 123 LCT).....	\$ 3.576,62
j) Multa art. 2 ley 25.323 (50% de la dif. a, b, c y d y \$236.879,50 fs. 71)...	\$204.539,90
K) Deducción de ganancias .....	<u>\$43.531,13</u>
Subtotal .....	\$1.007.994,88
Menos pago (fs. 71).....	<u>\$293.107,00</u>
Total adeudado.....	\$714.887,88

**II.-** Como anticipara, y haciendo lugar parcialmente al recurso de la demandada respecto a la inclusión del reintegro del impuesto a las ganancias en la base de cálculo los rubros indemnizatorios incluidos en la liquidación final, vacaciones no gozadas, aguinaldo, aguinaldos y multa art. 2 ley 25323, propiciaré al acuerdo se modifique el monto de condena a la suma de \$714.887,88.

**III.-** Las costas devengadas ante este Tribunal se imponen en un 95% a cargo de la accionada y un 5% a cargo del actor (arts. 17 OL. 921 y 71 del CPCyC).



IV.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes por las partes en el 25% de los que resulten del cálculo conforme los porcentajes establecidos y base de cálculo por la labor concretada en el mismo carácter en la instancia de grado(art. 15 L.A.).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

En primer lugar debo señalar que no comparto lo expuesto en el primer voto respecto a la "*jurisdicción plena*" de la Alzada para la revisión de la decisión recurrida y la nulidad de oficio parcial de la sentencia que se dispone por cuanto eso excede la competencia funcional de esta Cámara de Apelaciones.

Es que las facultades decisorias de los tribunales de segunda instancia (competencia funcional) se encuentran limitadas al conocimiento de las cuestiones que: fueron propuestas oportunamente a la decisión del inferior (arts. 277; 163 inc. 3° del CPCyC); no hayan sido expresamente o implícitamente excluidas por el *apelante*, sea en la expresión de agravios o en el memorial (art. 265); además se carece de facultades para modificar la sentencia en perjuicio del litigante que apeló si su contrario no lo hizo (*reformatio in peius*).

Sin perjuicio de ello, la disidencia entre los vocales intervinientes se limita a la inclusión de la suma de \$ 1.121 correspondiente al reintegro del impuesto a las ganancias para el cálculo de los rubros indemnizatorios y en ese punto adhiero al voto del Dr. Medori.

Tal mi voto.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

**RESUELVE:**



**1.-** Declarar la nulidad de oficio de la procedencia de las indemnizaciones previstas por los artículos 232 y 245 de la LCT.

**2.-** Modificar la sentencia dictada a fs.283/292, y reduciendo el monto de condena a la suma de \$ 714.887,88, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

**3.-** Imponer las costas de Alzada en un 95% a la parte demandada y un 5% a cargo del actor (art. 17 Ley 921 y 71 C.P.C.C.).

**4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

**5.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

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