



Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO -
SALA V

Expte. n° CNT 63409/2016/CA1

SENTENCIA DEFINITIVA N° 85325

AUTOS: “SARAPURA, GASTON GUILLERMO c/ MOLFINO HNOS. S.A. s/ DESPIDO” (JUZGADO N° 47).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, a los 11 días del mes agosto de 2021 se reúnen las señoras juezas de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente la Doctora BEATRIZ E. FERDMAN dijo:

I- La sentencia definitiva de fs. 189/193 que admitió parcialmente la acción incoada por *Gastón Guillermo Sarapura* contra *Molfino Hnos. SA*, en reclamo de las diferencias indemnizatorias que detalla, recibe apelación de la parte actora a mérito de la presentación digital incorporada el 20/12/2020, replicado por su contraria el 30/12/2020. Se registra asimismo la apelación que articula la representación letrada de la demandada el 16/12/2020, por estimar reducidos los honorarios que le fueron regulados.

II- En principio cabe recordar liminarmente que la Sra. Juez de la anterior instancia admitió parcialmente las diferencias indemnizatorias reclamadas al establecer que la base salarial de \$ 53.934,25 es la que se correspondió con la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida por el accionante, monto que comprende a la doceava parte de la gratificación el accionante percibía en forma trimestral sin justificación que respalde la modalidad de pago apuntada, y que si bien dicha suma resultó superior a la utilizado por la ex empleadora al liquidar las indemnizaciones derivadas del despido sobre una base salarial del orden de \$ 38.924, devino inferior al invocado por el actor en la suma de \$ 81.875, conforme el sueldo básico percibido en abril de 2014.

Tal conclusión motiva los agravios que formula el actor que se proyectan exclusivamente en torno a la base remuneratoria que a los fines de la indemnización del art. 245 LCT fue determinada por la sentenciante *a quo* en la suma de \$ 53.934,25, sosteniendo al respecto que si bien se ponderó favorablemente el salario básico invocado por la suma de \$ 47.564 y se determinó que las gratificaciones abonadas al actor reunían los requisitos de normalidad y habitualidad, determinándose además la inaplicabilidad al caso de la doctrina plenaria Tulosai en el entendimiento de que la demandada no acreditó las razones y condiciones que originaban las gratificaciones que abonaba, no obstante ello, la magistrada decidió promediar la porción variable de la remuneración del trabajador, arribando a una base salarial claramente inferior a la pretendida, al descartar la mejor remuneración, en contradicción con la doctrina que emana del fallo plenario CNAT 298, todo lo cual conlleva además a la aplicabilidad del tope previsto por el CCT 2/88, que no compensa adecuadamente las responsabilidades y funciones cumplidas y desnaturaliza la protección constitucional otorgada por el art. 14 bis.



Delineado los agravios bajo estudio, resulta que arriba firme e incuestionada a esta alzada la decisión de grado en cuanto estableció que “*el fallo plenario 322 “ de la Cámara Nacional del Trabajo , in re “Tulosai, Alberto Pascual c/ Banco Central de la República Argentina, del 19/11/2009” no es aplicable al caso de autos, dado que “condiciona la exclusión de la bonificación abonada sin periodicidad mensual de la base salarial prevista en el párrafo del art. 245 de la LCT, no solo a que se descarte la configuración de un supuesto de fraude a la ley laboral, sino además a que se reconozca con base en un sistema de evaluaciones de desempeño del trabajador (...) y la demandada no ha acreditado las razones y condiciones por las cuales se realizaba el pago de las gratificaciones. (...). En consecuencia, las gratificaciones percibidas trimestralmente con normalidad y habitualidad por el accionante, sin que la accionada acreditara las razones de su pago, por lo que debe integrar la base remuneratoria”*”

Sentado ello, merece puntualizarse que la aplicación en el *sub examine* de la doctrina de esta Cámara en el Fallo Plenario N° 322 "Tulosai", no elimina per se la inclusión de la parte proporcional correspondiente a la denominada gratificación que se abone periódicamente según el caso, en la base de cálculo prevista por el art. 245 de la LCT, sino que limita esta hipótesis excepcional al supuesto de comprobarse la existencia de un fraude laboral, toda vez que el pago de aquellos rubros -más allá de la denominación puntual que utilicen las partes en el contrato laboral- se encuentra previsto por ley (cfr. arts. 103 y 104 LCT) por lo que en principio su percepción no implica ilegitimidad alguna.

De este modo surge que el módulo indemnizatorio diseñado a los efectos del art. 245 LCT en su párrafo primero contempla el concepto de base salarial a los efectos del cómputo de la antigüedad en virtud de la *mejor remuneración mensual, normal y habitual*, lo que excluye todo crédito salarial que no responda a esas características, a condición de que fuera percibido por el trabajador en último año de prestación o período inferior si no se hubiere alcanzado dicha antigüedad, sin perjuicio del tope regulado en el segundo párrafo de la misma norma.

Debe recordarse en lo referente al término normal y habitual de los rubros que componen el salario, que en los casos como el que aquí nos ocupa, en que el pago de la gratificaciones no se estipulo con base a algún resultado u objetivo (y si lo estuvo no surge de las notas de compensación obrantes en autos o no pudo la accionada acreditar dicha circunstancia) debe entonces presumirse que fueron simples aumentos de salario que se liquidan por plazos mayores con una finalidad elusiva.

En materia de “habitualidad” de los conceptos que integran el salario, lo ordinario es que haya un segmento de aquélla de composición invariable que se percibe todos los meses, y otros ítems en cambio pueden devengarse en algunos meses y no en otros. Pero lo determinante en tal sentido no es el número de veces a partir del cual se lo





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO - SALA V

califique de habitual, porque en definitiva habitual es lo que acostumbra suceder aunque no sea indefectible ni necesariamente ocurra (conf. Mario E. Ackerman Ley de Contrato de Trabajo comentada, segunda edición Tomo III pág 211). Por su parte, Carlos Etala al respecto sostiene que *“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”*

Bajo tales premisas, dado que los pagos variables formaban parte de la remuneración normal y habitual, teniendo en cuenta que la demandada no acreditó la razón, las condiciones ni la naturaleza de los pagos trimestrales, todo lo cual arriba firme e incuestionado a esta alzada, no coincido con lo resuelto en la instancia anterior al computar la incidencia mensual a los efectos del art. 245 LCT, de conformidad con la doctrina que emerge del fallo plenario de la CNAT 298, *in re* "Brandi, Roberto A. vs. Lotería Nacional SE" por el cual se estableció que *"para el cálculo de la indemnización por antigüedad no se deben promediar las remuneraciones variables, mensuales, normales y habituales"*-, debe tomarse en consideración aquella remuneración cuyo monto - con la inclusión de las sumas variables - es el mejor salario mensual normal y habitual percibido durante el año anterior al distracto.

Dicho en otros términos, establecida la reiteración trimestral de los pagos en los términos y condiciones establecidos por la sentenciante a quo, teniendo en cuenta que el artículo 245 de la LCT expresamente requiere que a sus efectos, se considere la "mejor" remuneración, esto es, la que alcance a la mayor cuantía dineraria una vez estipulados los rubros que la componen, y no un promedio, concretamente en el caso bajo estudio, no debe confundirse el promedio como pauta de normalidad considerada a los fines de determinar el valor dinerario de las indemnizaciones sustitutivas, con la base de cálculo de la antigüedad en los términos del art. 245 LCT, pues ese criterio importaría la violación de la norma bajo análisis, que no asiente en su inteligencia la sustitución de la expresión "mejor remuneración" por "remuneración promedio", y en ese orden de ideas, en consonancia con la doctrina plenaria señalada, propicio tomar en consideración aquella remuneración cuyo monto, es el mejor salario mensual normal y habitual percibido durante el año anterior al distracto que en el caso corresponde al mes de abril de 2014, que alcanzó a la suma de \$ 81.875, que debe ser considerado como base de la indemnización prevista por el art. 245 LCT, pues se ajusta a la doctrina reseñada.

Sentado ello y en la medida en que la ley 27.500 (BO 10/01/2019) que derogó la ley 26.853 (a excepción de su artículo 13), obliga a los magistrados a respetar la doctrina plenaria sobre el que se fundamenta la conclusión en el aspecto cuestionado en el memorial recursivo, conforme lo normado por el art. 303 CPCCN, cuya vigencia resulta incuestionable a partir de la sanción de la ley citada.



Conforme lo expuesto, resulta irrelevante en el contexto de la causa analizar la norma convencional que aplica la demandada en su establecimiento, por cuanto lo determinante es que el art. 245 tercer párrafo de la LCT alude al convenio colectivo “*aplicable*” de acuerdo con la actividad desarrollada, tal como ocurre en el caso. Por lo tanto le es oponible y aplicable al actor el sistema de topes convencionales en materia de indemnización por despido, ello es así por cuanto conforme lo ha establecido la jurisprudencia en forma mayoritaria, todos los trabajadores aun aquellos que no se encuentran amparados por convenciones colectivas de trabajo se les debe aplicar un tope determinado (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 27/5/1999, “*Genova V. c/ Televisión Federal S.A.*” Sala II, 24/6/2000 “*Ureña María T. c/ Embajada de la República Federativa de Brasil en la República Argentina*”, Sala II, 8/6/2001, “*Lopez, Pedro c. Pérez Redrado Hernán y otro*”, entre muchos otros), sin que obste a ello la modificación introducida por la ley 25.877 al sustituir trabajadores “*no amparados*” por la de trabajadores “*excluidos*”, por cuanto resulta claro que la norma comprende tanto a unos como a otros, puesto como se ha señalado no tiene fundamento establecer una distinción entre ellos, por cuanto a las dos categorías de trabajadores no se les aplica el convenio colectivo de trabajo (cfr. Etala Carlos Alberto, *Contrato de Trabajo* Ed. Astrea, pág. 681).

Siendo ello así, la demandada liquidó la indemnización por antigüedad siguiendo los lineamientos de la doctrina que surge del fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “*Vizzoti, Carlos A. c/ AMSA S.A.*” del 14 de septiembre de 2004. Así nuestro máximo tribunal estableció que “*(...) no hay dudas en cuanto a la validez constitucional de un régimen tarifado de indemnizaciones por despido sin justa causa, esto es, un sistema que resigne la puntual estimación del daño en pos de determinados objetivos, entre otros, la celeridad, certeza y previsibilidad en la cuantía de aquéllas. Con todo, si el propósito del instituto es reparar, tampoco hay dudas con respecto a que la modalidad que se adopte, en todo caso, debe guardar una razonable vinculación y proporción con los elementos fácticos que el propio legislador eligió como significativos para calcular la prestación*” (considerando nro. 6), agregando que “*no resulta razonable, justo ni equitativo, que la base salarial prevista en el párrafo 1º del citado art. 245 LCT (...) pueda verse reducida en más de un 33% por imperio de sus párrafos 2º y 3º*” (considerando 11), de lo que se sigue que el Tribunal estableció entonces que corresponde aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrs. 2º y 3º del citado art. 245 LCT sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable.

En atención a ello, y al carácter vinculante que a mi juicio, tienen los fallos dictados por la Corte Suprema de Justicia para los tribunales inferiores, en virtud de que en definitiva dicho tribunal es el intérprete final de las normas de la Constitución (art.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO -
SALA V

116 CN) corresponde determinar que en el caso la aplicación del tope previsto por el CCT 130/75 de \$ 26.226,45 (cft. Resolución ST 863/14 del 1/7/14) y la remuneración devengada de \$ 81.875, - integrada por \$ 47.564 por salario básico + \$ 34.311 en concepto de gratificación abril 2014 - produce una disminución superior al límite fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, corresponde aplicar la variable de reducción consagrada en el caso “Vizzoti” (33% s/ 81.875; tope \$ 26.226,45). Desde tal perspectiva de análisis, la base de cálculo para la indemnización por antigüedad alcanza a la suma de \$ 54.856,25.

Por las razones expuestas, corresponderá diferir a condena la suma de \$ 111.525,75 en concepto de diferencia habida en la indemnización por antigüedad, resultante de la suma de \$ 383.993,75 que debió abonar la accionada al momento del despido, descontando \$ 272.468 que pagó efectivamente con la liquidación final.

Ello impone modificar, asimismo, el monto diferido a condena por artículo 2 de la ley 25.323, el que ascenderá a la suma de \$ 62.665,64 (\$ 13.805,54 + 111.525,75 / 50%), teniendo en cuenta que el objeto de la pretensión es el cobro de las diferencias indemnizatorias que según *Sarapura* le correspondían.

Dichos montos, sumados a los restantes rubros cuya procedencia llegara firme a esta alzada (cft. fs. 192) arroja una condena total de \$ 196.851,40, que llevará los intereses dispuesto en la sede de origen que arriban firmes e incuestionados a esta instancia.

De este modo, propicio modificar la sentencia de grado en el aspecto cuestionado.

III- La solución propuesta implica adecuar la imposición de costas y regulación de honorarios de primera instancia (conf. art. 279 del CPCCN) y proceder a su determinación en forma originaria, motivos por los cuales deviene inoficioso expedirme sobre los recursos articulados al respecto.

En materia de costas, teniendo en cuenta que en el caso han prosperado las diferencias en la indemnización derivada de la extinción del contrato de trabajo, aunque en una medida significativamente menor a la reclamada, sin dejar de soslayar que su distribución debe basarse esencialmente en un criterio jurídico y no meramente aritmético, propicio imponer la totalidad de las costas del proceso en el orden causado (art. 68 párrafo segundo CPCCN).

Por otra parte, teniendo en cuenta la entrada en vigencia de la ley 27.423, la observación del art. 64 del texto normativo sancionado por el Congreso de la Nación y la promulgación parcial dispuesta por el decreto 1077/2017 (art. 7), corresponde determinar cuál es la ley aplicable a los trabajos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de dicho texto normativo.



Al respecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido por mayoría –con arreglo a lo decidido por ese Tribunal ante situaciones sustancialmente análogas- que en el caso de los trabajos profesionales el derecho se constituye en la oportunidad en que se los realiza, más allá de la época en que se practique la liquidación (Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros). Por ello, concluyeron que “el nuevo régimen legal no es aplicable a los procesos fenecidos o en trámite, en lo que respecta a la labor desarrollada durante las etapas procesales concluidas durante la vigencia de la ley 21.839 y su modificatoria ley 24.432, o que hubieran tenido principio de ejecución (arg. art. 7 del decreto 1077/2017, considerandos referidos al art. 64 de la ley 27.423 y doctrina de Fallos: 268:352, 318:445 - en especial considerando 7-, 318:1887, 319:1479, 323:2577, 331: 1123, entre otros” (CSJ 32/2009 (45-E) /CS1, originario, “Establecimiento Las Marías S.A.C.I.F.A. c/ Misiones, Provincia de s/ acción declarativa”, sentencia del 4 de septiembre de 2018).

Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas tareas pasadas durante la vigencia del régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema.

De tal modo, en el caso, en tanto los trabajos profesionales por la labor cumplida en primera instancia se realizaron estando en vigencia la ley 21.839, el art. 38 L.O., el art. 13 de la ley 24.432 y el decreto ley 16.638/57, habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

A tal efecto, corresponde regular al patrocinio y representación letrada de la parte actora (que incluye su actuación ante el SECLO), de la demandada y los correspondientes a la perito contadora *Noemí Defilipo*, por sus actuaciones en primera instancia en el 17%, 15% y 6%, respectivamente, del capital de condena más intereses.

IV- Sugiero regular los honorarios de las representaciones letradas intervinientes en alzada, en el 30% de lo que, en definitiva, le corresponda a cada una de ellas por sus labores en la sede anterior (cft. art. 30 de la ley 27.423).

La Doctora **MARIA DORA GONZALEZ** manifestó: que por análogos fundamentos adhiere al voto de la Sra. Juez de Cámara preopinante.

En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, **el TRIBUNAL RESUELVE:**
1º) Modificar la sentencia de primera instancia y elevar el monto de condena a la suma de PESOS CIENTO NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UNO CON CUATRO CENTAVOS (\$ 196.851,4), que devengará los intereses dispuestos en la sentencia de grado; 2º) Dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior; 3º) Costas y honorarios en ambas instancias conforme lo propuesto los considerandos III y IV del primer voto de este acuerdo; 4º) Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856, Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO -
SALA V

señores jueces por ante mí, que doy fe. La Dra. Graciela Liliana Carambia no vota (art. 125 LO).

Beatriz E. Ferdman

Juez de Cámara

María Dora González

Juez de Cámara

