

## Horario y pago comision

**Partes:** Pesce Santiago Pablo c/ Forest Car S.A. s/ despido

**Tribunal:** Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

**Sala/Juzgado:** II


**Fecha:** 3-jul-2009

La calidad de vendedor remunerado a comisión no resulta suficiente para considerar al trabajador incluido en la excepción al régimen de la jornada legal cuando el vendedor debe permanecer en el lugar de trabajo y someterse a un estricto control horario por parte del empleador.

### Sumario:

1.-Corresponde revocar la sentencia de grado en cuanto rechazó el reclamo por horas extras atento que, si bien el accionante se encontraba exceptuado del régimen horario previsto por el convenio colectivo para otras categorías -CCT 379/04 art. 18 inc.

2. 


-, tal circunstancia no determina que estuviera exceptuado del régimen legal de jornada de trabajo dado que su categoría laboral -vendedor- no está comprendida ni se encuentra asimilada a las mencionadas en el art. 11 

del dec. 16115/33 -


cobradores o investigadores de cobranzas y corredores (viajantes)- como para que se lo considere incluido dentro de las excepciones previstas al régimen legal.

2.-Aunque la remuneración estuviera integrada por comisiones, si el actor se desempeñó como vendedor en los salones de ventas de la demandada, con un horario fijo ya determinado, y no gozaba de autonomía para decidir la medida de su dedicación horaria, tal situación no encuadra como una de las excepciones en materia de jornada de trabajo.

3.-Respecto de la disposición contenida en el art. 3 

de la ley nacional 11.544 y en el art. 8 

del decreto reglamentario 16115/33,

es necesario realizar en cada caso un escrutinio cuidadoso de las circunstancias fácticas relativas a las funciones que habría cumplido el trabajador, ello no sólo en atención a la naturaleza misma del instituto -que reviste carácter excepcional-, sino también considerando que lo que se afecta mediante esta restricción es una previsión legal de carácter higiénico, claramente protectorio y de raigambre constitucional. En casos de duda, la mera denominación de la función que desempeña el trabajador no basta para ceder frente al examen de la realidad que demuestre la correspondencia de lo fáctico con lo nominal. Tal postura es coincidente con el imperativo de supremacía de la realidad; así si el trabajador no desempeñó tareas 'remuneradas exclusivamente a comisión' que permitan aplicar una excepción al límite de la jornada, pero su remuneración en su mayor parte estaba compuesta por comisiones, esta condición no permite soslayar el régimen tuitivo de la ley nacional 11.544 y de la LCT. En igual sentido, esta Sala -en su anterior integración- ha dicho que la calidad de vendedor remunerado a comisión no resulta suficiente para considerar al trabajador incluido en la excepción -y para eximir al principal de la obligación de remunerar el trabajo realizado en exceso de la jornada máxima legal- cuando el vendedor debe permanecer en el lugar de trabajo y someterse a un estricto control horario por parte del empleador (cfr. 'Parra Carlos c/ Dabra S.A.' 

del 31/5/99 pub. Trabajo y S.

Social 2000-1187)

### Fallo:


En la Ciudad de Buenos Aires, el 3 de julio de 2009, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación.



Miguel Ángel Piroló dijo:

La sentencia de primera instancia rechazó las pretensiones deducidas en el escrito inicial en concepto de indemnizaciones por despido, horas extras impagas y agravamientos indemnizatorios. A fin que sea revisada esa decisión por este Tribunal de Alzada, interpuso recurso de apelación la parte actora, en los términos y con los alcances que explicita en su expresión de agravios y ampliación (fs. 237/242vta. y fs. 245/247 vta. -respectivamente-), que no merecieran réplica de la contraria.

A fs. 249/250 vta. la parte actora denunció un hecho nuevo.

En forma preliminar, cabe memorar que la figura del "hecho nuevo" tiende a preservar el principio de seguridad jurídica cuando un hecho o algún documento conducente para resolver la cuestión sometida a juzgamiento llegase a conocimiento de alguna de las partes con posterioridad a la traba de la litis, a fin de que ésta pueda incorporarlo al proceso.

En el presente caso el actor denuncia el inicio de otra acción contra la demandada pero con distinto objeto -como él mismo lo reconoce-; y dicha tramitación no constituye en sí misma un hecho nuevo, dado que en nada resulta conducente para resolver la cuestión controvertida en estas actuaciones. Cabe señalar que en cada expediente debe efectuarse un juzgamiento independiente según los elementos de juicio en él acumulados ("Albella, Jorge Vicente c/ Muresco SA s/ Diferencia de Salarios" , S.I. N°57821 del 23-06-09 Expte.N° 11156/07  ).

No constituye técnicamente un hecho o documento "nuevo" la demanda deducida en otro expediente ni la prueba que allí se produzca, dado que el Tribunal está llamado a conocer en esta causa conforme las cuestiones concretamente ventiladas en este proceso y la prueba rendida bajo el control de las partes y letrados intervinientes en estos actuados ( arg. art. 78  LO y 365  C

PCCN.

Desde tal perspectiva, es evidente que la pretensión de la parte actora resulta inadmisibile, pues la resolución que podría dictarse en la causa que invoca no satisface los recaudos establecidos en el citado art. 78 LO y en el art. 365 CPCCN. En efecto aún cuando se trate de hechos idénticos o similares a los ventilados en autos, lo cierto es que la valoración de los hechos y pruebas efectuadas en otra causa no puede suplir el cumplimiento de las cargas probatorias propias de los presentes actuados.

En tal sentido, doctrinariamente se ha señalado que no revisten el carácter de hecho nuevo la prueba rendida en otro expediente ni la sentencia que en él recaiga, aunque los hechos debatidos en ambas causas sean idénticos (ver "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional

del Trabajo, comentada, anotada y concordada" dirigida por Amadeo Allocati; comentario de Héctor Guisado y sus citas jurisprudenciales, en Tomo II, pág. 167, ed. Astrea, 1999, segunda edición).

En tales condiciones, corresponde desestimar la introducción como "hecho nuevo" a la nueva acción iniciada contra la demandada y que tramita ante el Juzgado de Trabajo N° 62.

En cuanto recurso deducido por el accionante contra la sentencia definitiva observo que el denominado primer agravio, a mi juicio, no cumplimenta el recaudo de admisibilidad formal previsto en el art. 116

de la LO, porque se basa en consideraciones de carácter genérico que no llegan a constituir una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que se estiman equívocas. Creo conveniente recordar aquí que la expresión de agravios debe constituir una exposición jurídica que contenga el análisis serio, razonado y crítico de la sentencia recurrida, a través de argumentos tendientes a descalificar los fundamentos en los que se sustenta la solución adoptada en el decisorio, mediante la invocación de la prueba cuya valoración se considera desacertada o a la puesta de manifiesto de la incorrecta interpretación del derecho declarado aplicable a la controversia (art. 116 LO). A tal fin, se debe demostrar, punto por punto, la existencia de los errores de hecho o de derecho en los que pudiera haber incurrido el juzgador y se deben indicar en forma precisa las pruebas y las normas jurídicas que el recurrente estime le asisten (cfr. esta Sala, in re: "Tapia, Román c/ Pedelaborde, Roberto", S.D. N°73117, del 30/03/94, entre otras). Por ende la queja, en tal aspecto debe declararse desierta.

En cambio, respecto al rechazo del reclamo por horas extras y por las indemnizaciones por despido, estimo que le asiste razón al apelante.

El Sr. Juez a quo fundó su decisión en que la jornada del actor no era la establecida convencionalmente para el resto de las categorías, como lo prevé el art. 18 inc. 1° ap. a) y b)

del CCT 379/04

, sino que, por el contrario, para los vendedores y/o promotores, dicha norma dispuso -por las nuevas condiciones de mercado que impusieron distintas modalidades horarias para hacer sustentable la actividad y permitir a los vendedores mayores oportunidades de concretar ventas- que se rigieran por las modalidades existentes de acuerdo a las normas vigentes, considerando que son remunerados en base a comisiones por la actividad exclusiva de ventas. De esa forma concluyó que el actor no está comprendido dentro de la jornada convencional de 45 horas semanales sino en la excepción prevista por el art. 11 inc. b) párrafo 2do.

Del dec.16.115/33 para el personal


remunerado exclusivamente a comisión.

Frente a este argumento, el actor señala en el escrito recursivo que dicha excepción (cfr. art. 11 inc. b decreto 16.115/33) es aplicable sólo a cobradores o investigadores de cobranzas y corredores que sean remunerados exclusivamente a comisión; y estimo que en este punto le asiste razón.

Aunque la remuneración estuviera integrada por comisiones, si el actor se desempeñó como vendedor en los salones de ventas de las concesionarias de la demandada, con un horario fijo ya determinado, y no gozaba de autonomía para decidir la medida de su dedicación horaria, tal situación no encuadra como una de las excepciones en materia de jornada de trabajo contenida en la norma citada supra (cfr. "Olivera, Silvia c/ Distribuidora de Confecciones Johnson's Ltda. s/ despido" CNAT Sala VIII Expte. N°21883/00 Sent. N°31990 del 16/7/04).

Al respecto, mi distinguido colega Dr. Miguel Ángel Maza ha sostenido que: "Respecto de la disposición contenida en el art. 3 de la ley 11544 y en el art. 8 del decreto reglamentario 16115/33, es necesario realizar en cada caso un escrutinio cuidadoso de las circunstancias fácticas relativas a las funciones que habría cumplido el trabajador, ello no sólo en atención a la naturaleza misma del instituto (que reviste carácter excepcional), sino también considerando que lo que se afecta mediante esta restricción es una previsión legal de carácter higiénico, claramente protectorio y de raigambre constitucional. En casos de duda, la mera denominación de la función que desempeña el trabajador no basta para ceder frente al examen de la realidad que demuestre la correspondencia de lo fáctico con lo nominal (Vázquez Vialard, Antonio "Ley de contrato de trabajo comentada y concordada" Ed Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2005 tomo III pág 31). Tal postura es coincidente con el imperativo de supremacía de la realidad; así si el trabajador no desempeñó tareas "remuneradas exclusivamente a comisión" que permitan aplicar una excepción al límite de la jornada, pero su remuneración en su mayor parte estaba compuesta por comisiones, esta condición no permite soslayar el régimen tuitivo de la ley 11544 y de la LCT", voto al que adherí por compartir sus fundamentos (cfr. esta Sala in re: "Sosa Castillo, Teresa c/ Mostaza y Pan SA s/ despido" Expte n° 13053/05 sent. 95360 del 6/11/07).

En igual sentido, esta Sala -en su anterior integración- ha dicho que la calidad de vendedor remunerado a comisión no resulta

suficiente para considerar al trabajador incluido en la excepción -y para eximir al principal de la obligación de remunerar el trabajo realizado en exceso de la jornada máxima legal- cuando el vendedor debe permanecer en el lugar de trabajo y someterse a un estricto control horario por parte del empleador (cfr. "Parra Carlos c/ Dabra S.A." 

del 31/5/99 pub. Trabajo y S.

Social 2000-1187).

Asimismo se ha dicho que " en el artículo del decreto reglamentario mencionado sólo están comprendidos dentro de las excepciones de la ley "cobradores o investigadores de cobranzas y corredores que sean remunerados exclusivamente a comisión, pero en el caso, el dependiente cumplía un horario impuesto por la demandada y sus tareas eran de vendedor" (sent. 32290 24/6/99 "Lozes, Carlos c/ James Smart SA s/ despido" CNAT Sala VII Expte n° 7223/96)

Sentado lo expuesto, corresponde señalar que si bien el accionante se encontraba exceptuado del régimen horario previsto por el convenio colectivo para otras categorías (ver CCT 379/04 art. 18 inc. 2), asiste razón al apelante al puntualizar que tal circunstancia no determina que estuviera exceptuado del régimen legal de jornada de trabajo (ley 11.544 y dec.16.115/33) dado que, contrariamente a lo decidido por el Sr. Juez de primera instancia, su categoría laboral -vendedor- no está comprendida ni se encuentra asimilada a las mencionadas en el art. 11 del dec. 16115/33 (cobradores o investigadores de cobranzas y corredores -viajantes-) como para que se lo considere incluido dentro de las excepciones previstas al régimen legal (cfr. art. 11 citado).

En esa inteligencia y en tanto resulta aplicable a la prestación del actor el régimen legal de jornada de trabajo de la ley 11.544, dados los términos en los cuales quedó trabada la litis, le correspondía acreditar que trabajó en exceso a los límites fijados por dicha ley y el Dec.16.115/33 a la

jornada de trabajo (conf. art.377 CPCCN); y, valorados los elementos probatorios aportados a esta causa, estimo que lo ha logrado.

En efecto, respecto a los horarios de trabajo, surge de la prueba testimonial rendida en autos que el testigo Muñoz (fs. 100) trabajó al igual que el actor como vendedor en la casa central de la demandada, en el mismo ámbito y sector, ambos en el horario de 8.30 a 20 hs. toda la semana, con pocos francos y sin descanso durante el día. La concesionaria abría al público de 8.30 a 20 hs. y los sábados, domingos y feriados trabajaban todos.

Figuerola (fs. 101) manifestó que trabajaba en la sucursal Juan B. Justo y esporádicamente lo hizo en el mismo lugar que el actor, aunque iba todos los días -y más de una vez- a la casa central, en cualquier horario, y a su vez el actor podía ir a la sucursal donde estaba el testigo. Agregó que trabajaban de lunes a domingo de 8.30 a 20 horas, pero que no había control horario, y tenían tres o cuatro francos por mes.

Smaldone (fs. 102/103) refirió que el actor era vendedor y cumplía el horario de 8.30 a 13 hs. y de 14 a 20 hs., que los vendedores tienen guardias y hay días que no trabajan, van rotando; respecto al horario de la concesionaria dijo que abre de lunes a lunes de 8.30 a 20 hs. y que los sábados y domingos están los vendedores; de 13 a 14 hs. la concesionaria está abierta porque se quedan los vendedores de guardia, para atender ventas y el teléfono.

El testigo Lotero (fs. 193) era vendedor de salón en la casa central (Av. Forest 1350 Capital) y manifestó que tanto el actor como el testigo laboraron todos los días, de lunes a lunes, de 8.30 a 20 ó 21 horas.

Chazarreta (fs. 194) expresó que el horario de trabajo de los vendedores era de 8 a 20.30 horas de lunes a lunes, que no había francos y que el horario de apertura y cierre del local eran los mismos.

Los testimonios analizados acreditan los días y horarios de trabajo a los que hacen referencia, porque los deponentes tuvieron un conocimiento directo de los hechos sobre los que declararon ya que fueron compañeros de trabajo del actor; y porque, además, dieron suficiente razón de sus dichos en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar en las que tomaron conocimiento de esos hechos.


Tampoco fueron objeto de impugnaciones por las partes, por lo que les otorgo plena eficacia probatoria con respecto a la cuestión analizada (art. 90 LO). La circunstancia que el testigo Chazarreta haya incurrido en alguna imprecisión respecto al horario es insuficiente para restarle valor probatorio habida cuenta del tiempo transcurrido desde que acaecieron los hechos y el momento en que prestaron declaración testimonial.

Asimismo, la circunstancia de que el testigo Muñoz admita tener pleito con la accionada no resta de por sí eficacia probatoria a su declaración porque, en estos autos, ha descrito en forma objetiva y coherente los días y horarios de trabajo del actor, sin incurrir en contradicciones ni en exageraciones que puedan llevar a dudar de la veracidad de sus afirmaciones. Por otra parte, las manifestaciones del testigo -sobre el tema examinado- resultan concordantes con los dichos de los restantes deponentes y no denotan una intención o un interés personal en perjudicar a la demandada ni en favorecer injustificadamente al accionante. Nada prueba en autos que sus manifestaciones sean falsas; ni está demostrado que tuvieran algún grado de enemistad, animadversión, o rencor personal hacia la demandada que lo indujera a declarar del modo en que lo hizo.

Valorados en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica los elementos precedentemente reseñados (art.386 C.P.C.C.N. y 90 L.O.), no cabe duda que el accionante trabajó para la demandada en el horario de 8.30 a 20 hs., a razón de 11 horas y media diarias, ya que durante la pausa de 13 a 14 hs. a la que hizo referencia el testigo Smaldone, permanecía a disposición de su empleador.


En efecto, como he señalado con anterioridad, nuestro derecho positivo recoge el criterio nominal ("nominal time") para definir la jornada de trabajo, al considerar el art.1º del Dec.16.115/33 como trabajo real o efectivo todo el tiempo durante el cual el trabajador permanece en su puesto de trabajo para ejecutar las órdenes de su empleador (aunque no trabaje efectivamente), es decir, a disposición de éste último. Se excluye expresamente como integrativo de la jornada laboral el tiempo de traslado desde el domicilio hasta el lugar de trabajo (art. 1º, decr. 16.115/33), porque durante ese lapso el trabajador, en realidad no está "a disposición de su empleador". Tampoco se computan los descansos intercalados ni las interrupciones durante las cuales el trabajador no está obligado a realizar ninguna prestación y puede disponer de su tiempo, como podrían ser las pausas destinadas a su alimentación y reposición de energías (art. 1º, decr.16.115/33). No es óbice, para la exclusión del cómputo de estas pausas, que durante ellas el trabajador deba permanecer en el establecimiento o requerir permiso de salida; pero sí debe tenerse en claro que, si toma un refrigerio o almuerzo en el establecimiento patronal (aun contando con la posibilidad de retirarse), no debe estar afectado al cumplimiento coetáneo de una tarea ni sujeto a orden de ninguna especie (en "Curso de

Derecho del Trabajo", dirig. por Rodríguez Mancini, 4ta.ed., Astrea, pág.305 y subs.; y también en "Legislación del Trabajo Sistematizada", 2001, Astrea, pág.222). Los testigos Muñoz (fs. 100), Figueroa (fs. 101) y Lotero (fs. 193) afirmaron que la jornada laboral del actor se extendía de 8.30 a 20 hs., sin hacer mención a la existencia de una interrupción de la jornada. Smaldone (fs. 102/103) afirmó que el actor trabajaba de 8.30 a 13 y de 14 a 20 horas, pero que de 13 a 14 hs. la concesionaria permanecía abierta porque se quedan los vendedores que están de guardia, para atender el teléfono y ventas que pueda haber. En consecuencia, esa hora resulta computable a los fines de establecer la extensión diaria de la jornada, pues queda claro que durante dicho lapso el actor seguía sujeto a las facultades de dirección del empleador, a poco que se aprecie que no podía disponer del tiempo en beneficio propio (arts. 90 LO y 386 CPCCN).

De las declaraciones de Muñoz (fs. 100), Figueroa (fs. 101) y Smaldone (fs. 102/103) -que son contestes en afirmar que al Sr. Pe sce le eran otorgados los francos compensatorios- y del reconocimiento de las planillas de guardias identificadas con el N° 1 del anexo 3466 (testigos Lotero a fs. 193 y Chazarreta a fs. 194)), se concluye que las horas extras realizadas por el actor, no fueron cumplidas durante los días destinados a su descanso semanal por lo que deben liquidarse con un 50% de recargo -conf. art.201 

LCT-. De acuerdo con ello, como lo manifiesta el actor a fs. 15 vta., trabajaba un promedio de 24 días por mes (30 promedio menos 6 de descanso), durante 11hs. 30' en cada uno de ellos, es decir, durante 2 horas y 30' extras por día. Si bien el CCT 379/04 exceptuó al actor del límite semanal de cuarenta y cinco horas allí previsto para otras categorías, como ya se ha señalado, carece de virtualidad para desplazar el régimen legal que imperativamente rige la jornada de trabajo (conf. art. 8 ley 14.250). Por otra parte, está claro que, la circunstancia de que el convenio colectivo haya exceptuado a la categoría del actor del horario establecido para otras categorías no impide considerar aplicable a su situación los límites fijados a la jornada de trabajo por la ley

11.544; y que, por lo tanto, sólo la superación de estos límites legales genera el derecho a percibir la retribución de las "horas extra".


Ahora bien, más allá de que resulta excedido el límite semanal que fija dicha ley, tal como lo expuse en las obras citadas más arriba, no obstante la alternativa que brinda el art. 1° de la ley 11.544, al utilizar la conjunción disyuntiva "o" (lo que parecería indicar que, en realidad, sólo existe el límite semanal), está claro que, en nuestra legislación (salvo para las excepciones), existe un límite de nueve horas de trabajo diario, más allá del cual debe considerarse que se produce un exceso en la jornada de trabajo, aún cuando no esté? sobrepasado el tope semanal. No cabe duda de que los principios de orden ético, técnico y económico en que se fundan tanto la ley 11.544 como su decreto reglamentario, así como también la evidente finalidad higiénica que estas normas persiguen en resguardo de la integridad psicofísica del trabajador, no autorizan a considerar que sólo existe un límite semanal que permita "desentenderse" del límite diario, en cuyo caso hasta carecería de sentido la institución que analizamos. Al contrario, veo claro en el espíritu de las normas en juego que la prestación de servicios que supere el máximo de nueve horas por día (salvo las excepciones legalmente admitidas), aun cuando no se sobrepase el límite semanal, genera las consecuencias que esas mismas normas prevén para el trabajo efectuado en tiempo suplementario o extraordinario. (op. cit. Ed. Astrea 2da. Edición, pág.291). Por ello, creo indudable que el exceso de ese límite diario no puede tener otra consecuencia que no sea la prevista por el propio legislador, es decir, la consideración del excedente como tiempo suplementario que debe ser abonado con los recargos respectivos (conf.art.3, ley 11.544, art.201 


LCT y CCT 379/04 art. 18

inc. II.5).


En consecuencia, acreditada la jornada de 11 horas y 30' de trabajo del actor por día y que el actor trabajó en exceso del límite legal de nueve horas, deben reconocerse como "extra" esas dos horas y 30' diarias excedentes. Por lo tanto, cumplió un promedio de 60 hs. extras mensuales (24 días x 2 horas y me día) que debieron liquidarse con el 50% de recargo (conf. art. 201 LCT). Como la demandada no ha acreditado la cancelación de esa deuda salarial, es evidente que debe admitirse la procedencia de este rubro.

Como trabajó a razón de 60 horas por mes durante los últimos 24 meses de la relación laboral totalizando 1.440 horas extras; el valor hora surge de promediar el salario de los últimos seis meses (\$3.678,97 -cfr. fs.110-), dividirlo por 200 y adicionar el 50% de recargo ( $\$3.678,97 / 200 + 50\%$ ), que alcanza a \$27,58; consecuentemente 1.440 horas extras x \$27,58 valor hora extra totalizan \$39.712,20 que, con la incidencia en el SAC, alcanza a \$43.024,80.

Con respecto a los agravios de la parte actora referidos al rechazo de la pretensión por afectación de los descansos, observo que no resulta procedente el reclamo en concepto de "francos compensatorios" supuestamente adeudados porque el actor no ha explicitado ni ha demostrado cuáles serían las circunstancias fácticas que darían origen a una percepción dineraria por ese rubro y la causa fuente de su derecho a dicha percepción. En la hipótesis de que su pretensión esté referida a los francos compensatorios que deben otorgarse cuando se omite la concesión del descanso semanal, creo necesario señalar que no podrían generar un crédito dinerario en su favor en la medida que no se invocó ni probó que haya hecho goce compulsivo de los descansos, previa comunicación al empleador y dentro de la semana subsiguiente a la hipotética omisión, como lo exige el art. 207 

LCT. La demanda por el rubro, en tales condiciones, no podrá recibir favorable acogimiento (art. 499 

Código Civil).

Ahora bien, mediante despacho del 24-7-06 (fs. 3, rec. fs. 58 vta.) el actor reclamó -entre otras cosas- que la empleadora le abone las horas extras que, como se ha visto más arriba, le adeudaba; pero, por el contrario, la demandada rechazó esa petición (fs. 6). Es evidente -entonces- que no sólo se sustrajo a sus deberes esenciales (arts. 63 

, 74 

y 201 

LCT), sino que -


además- carecía de intención de cesar en esos graves incumplimientos. En tales condiciones, y ante la deuda mantenida por la demandada en el pago de horas extras, creo indudable que existía una injuria patronal que no admitía el mantenimiento del vínculo (art.242 LCT), y que, por lo tanto ,la decisión resolutoria del 4-8-06 (ver fs. 4) se funda en causa legítima. En virtud de ello debe hacerse lugar a las indemnizaciones derivadas del despido (art. 232, 233 y 245 LCT).

Asimismo entiendo que resulta procedente el agravamiento indemnizatorio dispuesto por el art. 4° de la ley 25.972 dado que el despido se produjo dentro del lapso contemplado en el art. 16 de la ley 25.561 prorrogado por la ley 25.972 y la demandada no ha invocado ni probado que la contratación de los servicios del actor (17/11/03) haya implicado un aumento en la plantilla total de trabajadores que tenía al 31/12/02 (conf. art. 4° ley 25.972), por lo que debe admitirse el agravamiento del 50% (conf. dec. 1. 433/05) de la indemnización por antigüedad o "despido" previsto en esa norma legal.

Sin embargo estimo que no procede la indemnización establecida en el art. 10° LNE por cuanto no ha sido verificado que la demandada registrara una remuneración inferior a la realmente abonada (ver informe pericial contable fs. 110/117). No obstante lo antedicho, tampoco se encuentra acreditado en autos el cumplimiento de la remisión a la Administración Federal de Ingresos Públicos de la copia del requerimiento dispuesto en el art. 11° inc. a LNE por lo que, en definitiva, este aspecto de la queja debe ser rechazado.

El otro agravio del recurrente está referido a la cuantía de la remuneración del actor. El Sr. Juez a quo estableció, para el cálculo de los rubros que progresaron, un salario de \$4.260; no obstante ello, y examinado el informe pericial contable de fs. 110/117 -no impugnado al respecto por las partes- observo que la mejor remuneración mensual, normal y habitual del Sr. Pesce fue la percibida en marzo de 2006 por \$4.486,38 (cfr. planilla fs.110); por lo que este aspecto de la queja debe recibir recepción favorable en el estricto marco del agravio.

El accionante se agravia también porque no le abonaron las comisiones convenidas, aunque -si bien reconoce que no efectuó el reclamo oportunamente en el inicio-, sostiene en el recurso que esa deuda fue reconocida por la demandada y no fue tenida en cuenta por el a quo.

Al respecto estimo que este segmento del recurso no puede tener recepción favorable. Surge del escrito inicial (fs. 8/19) que no se reclamó el pago de comisiones ni diferencias en su liquidación, por lo que las cuestiones contempladas son ajenas al objeto del litigio (conf. art. 34, inc. 4), 163, inc. 6) y 277 C.P.C.C.N.). Desde esa perspectiva, estimo que, admitir la viabilidad del agravio podría implicar fallar extra petita, soslayar el principio de congruencia (cfr. art. 34, inc. 4 y 163, inc. 6, del C.P.C.C.N.); y, por esa vía, afectar la garantía al derecho de defensa en juicio de la contraparte (cf. art. 18 

C.N.). En consecuencia, propicio se

desestime el agravio en el punto.



La queja respecto al agravamiento indemnizatorio dispuesto por el art. 2° de la ley 25.323 sugiero sea atendida favorablemente. En la especie, el actor intimó fehacientemente a su ex-empleadora -entre otras cosas- para que le abone las indemnizaciones correspondientes al despido incausado (ver fs. 4, rec. a fs. 58 vta.); y la demandada no se avino en modo alguno a abonarle dichas indemnizaciones. Por otra parte, es evidente que colocó al accionante en situación de tener que promover esta acción para procurar su cobro. En consecuencia y como no se han esgrimido causas que justifiquen la falta de pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, entiendo corresponde admitir el incremento indemnizatorio reclamado con base en el art. 2° de la ley 25.323.

El agravio del actor relativo a la indemnización que determina el art. 80, modificado por el art 45 de la ley 25.345, a mi entender, también resulta procedente. En efecto, el reclamo efectuado ante el SECLO, en el que se incluyó la pretensión de entrega del certificado previsto en el art.80 de la LCT, debe considerarse razonablemente constitutivo del requerimiento formal que prevé la norma citada. Habida cuenta de la gestión conciliatoria que se llevó a cabo en ese organismo, estimo prudencial considerar que la intimación referida a la entrega del certificado, en un caso como el de autos, adquirió virtualidad a partir de la fecha de conclusión del trámite administrativo, es decir el 26/9/06 (ver acta obrante a fs. 7). Indudablemente, el actor cumplió con los recaudos previstos en el art. 3 del decreto 146/01 reglamentario de la ley 25.345 -ésta última norma modificatoria del art. 80 de la LCT- porque, luego de haber transcurrido el plazo de 30 días corridos a contar desde la extinción del contrato sin que la empleadora haya hecho entrega de la certificación respectiva, el trabajador requirió en forma concreta el cumplimiento de la obligación que establece el art. 80 LCT, conforme la modificación que introdujo esta norma al art. 45 de la ley 25.345, y la requerida no se avino a cumplir con la obligación a su cargo dentro de los 2 días hábiles posteriores. En consecuencia, estimo que corresponde revocar en este aspecto el decisorio de grado y hacer lugar al rubro en cuestión.

Por todo lo que llevo expuesto, de compartirse mi voto, corresponde modificar el pronunciamiento recaído en la instancia anterior y, de acuerdo a los considerandos precedentes, sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual (\$4.486,38 cfr. fs. 110) a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad (conf. art. 245 LCT), del SAC proporcional 2° semestre 2006 y del art. 80 LCT y sobre la base del promedio de los últimos seis meses (\$3.678,97 cfr. fs. 110) para el resto de los rubros, establecer que se adeuda al accionante: indemnización art.245 LCT (\$4.486,38 x 3) = \$13.459,14; indemnización sustitutiva del preaviso, computada la incidencia del SAC \$3.985,55; salarios 4 días agosto de 2006 \$490,52; integración mes de despido computada la incidencia del SAC \$3.454,14; SAC proporcional 2° semestre 2006 \$430,20; vacaciones proporcionales 2006 \$1.214,06; SAC sobre vacaciones \$101,17; incremento art. 2° ley 25.323 \$10.316,56; indemnización

prevista en el art. 80

de la LCT \$13.459,14; agravamiento art. 4°

ley 25.972 \$6.729,57; horas extras durante los últimos 24

meses, computada la incidencia del SAC \$43.024,80; lo que lleva en consecuencia a elevar el monto de condena a la suma de \$96.664,85, con más los intereses establecidos en la sentencia recurrida que llega firme en este aspecto.

Asimismo, el resultado que propongo implica dejar sin efecto lo dispuesto en la instancia previa en torno a las costas y regulaciones de honorarios, y proceder a su determinación en forma originaria (art. 279 CPCCN), por lo que la apelación de la parte actora y de la perito contadora devienen cuestiones abstractas.

En lo que concierne a las costas del proceso por la acción que prospera sugiero, imponerlas en ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor (art. 71

CPCCN). Reiteradamente he sostenido que en los supuestos en

los que la demanda prospera parcialmente, aquéllas deben ser distribuidas en la forma que prevé el art. 71 del CPCCN pues, cuando puede considerarse que el demandante se vio obligado a litigar, ello es exacto únicamente en relación con la porción admitida de su reclamo; por lo que no habría fundamento objetivo para que quien sólo en parte es vencedor resulte eximido de las costas y éstas sean íntegramente soportadas por quien también obtuvo una victoria parcial (cfr. esta Sala, sent. 72.160, del 26/10/93 in re Soria, Carlos D.C/ Butomi SRL).

Asimismo, en atención a la extensión y calidad de las tareas realizadas sugiero regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandada y perito contadora, por sus actuaciones en la instancia anterior, en el .%, .% y .% -respectivamente- del monto de condena mas los intereses establecidos en la instancia anterior (cfr. arts. 38

L.O., 6, 7  
, 9  
, 19  
, 37  
de la ley 21.839 y decreto ley 16.638/57  
).

Asimismo y con arreglo a lo establecido en el art.14 de la ley 21.839, habida cuenta del mérito y extensión de labor desarrollada en esta instancia por la representación y patrocinio letrado de la parte actora, propongo que se regulen los honorarios por esa actuación en el 30% de la suma que corresponde por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

La Dra. Graciela A. González dijo: Que adhiere a las conclusiones del voto del Dr. Miguel Ángel Pirolo, por análogos fundamentos.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede (art. 125 de la ley 18.345), el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar la sentencia de grado y elevar el monto de condena a la suma de PESOS NOVENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO CON OCHENTA Y CINCO CENTAVOS (\$96.664,85), importe que deberá ser abonado en los plazos y con los accesorios fijados en origen; 2) Imponer las costas de ambas instancias en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo del actor (art. 71 CPCCN); 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, demandada y perito contadora, por sus actuaciones en la instancia anterior, en el .%, .% y .% -respectivamente- del monto de condena mas los intereses establecidos en la instancia anterior; 4) Regular los emolumentos de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, por los trabajos realizados en esta Alzada, en el . por ciento (.%), de lo que corresponde respectivamente por la totalidad de lo actuado en la instancia anterior.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Graciela A. González - Juez de Cámara

Miguel Ángel Pirolo - Juez de Cámara