

ella resuelve declararse incompetente para entender en el caso.

2ª INSTANCIA:

El Fiscal de Cámara al emitir su dictamen se remite al art. 3º de la Ley Nº 11.845 que establece: "Las S. R. L. son comerciales y quedan sometidas, para todos sus efectos, al Código y ley: de Comercio. Podrán realizar cualquier clase de operaciones civiles o comerciales con excepción de las de Bancos, seguros, capitalización y ahorro". De acuerdo a este artículo —dice— todas las actos realizados por estas sociedades dentro de su objeto, son considerados mercantiles, esa prescindencia de la naturaleza de los mismos. Al respecto expresa Hálperin (Sociedad de Responsabilidad Limitada, págs. 19 y 20, Nº 9) "que el citado artículo elimina las cuestiones de competencia y la determinación de si el objeto es o no comercial y si es accionario o principal". El criterio de que para determinar si un acto es civil o comercial debe estarse a su propia naturaleza más que a la calidad de comerciante de las partes (teoría objetiva), que sigue buena parte de las últimas resoluciones judiciales, no es aplicable al caso de autos. Rige esta interpretación cuando no media expresa disposición en contrario, como ocurre con el art. 3º de la Ley número 11.845. Por ello la resolución apelada, en suma, hubiera sido inobjetable en otras situaciones, no así en la presente. La demandada es una S. R. L. y el mandato o locación de servicios que motiva la presente está dentro del objeto de la misma por lo cual la competencia es comercial y no civil. Siendo la competencia *Ratione materiae* de carácter inprorogable el Ministerio Fiscal solicita la revocación de la sentencia apelada.

Los camaristas doctores Zavala Rodrí-

guez y Casares citando las consideraciones del Fiscal de Cámara y por sus fundamentos resuelven revocar la resolución de primera instancia, con costas.

El camarista Dr. Malagarriga considera igualmente revocable la resolución pero por los siguientes fundamentos:

Si bien las cuotas cuya cobranza el actor encargó a la demandada son parte del precio de la compraventa de inmuebles, y la compraventa de inmuebles compete a la jurisdicción civil, no es manera del juicio al cumplimiento de este contrato sino el del mandato para la cobranza de las cuotas que le fuera conferido. Nada tiene que hacer en este caso que no sean mercantiles las compraventas de inmuebles.

En cambio lo que hay que contemplar es la naturaleza del mandato que en el caso resulta comercial por ser su objeto la cobranza de créditos, sin que obste a a esta resolución que dichos créditos se originen en una compraventa de inmuebles, entre otros motivos, porque se sancionaría el abuso de que una sociedad comercial constituida para recibir el mandato de cobranzas de saldos de precios, hubiese realizado actos de comercio cuando la causa de los créditos fuera la venta de esas inmuebles.

ROSA AMANDA GALINDETI.

Derecho del Trabajo. Acuerdo Plenario Nº 35. Gratificaciones. Cuando son exigibles.

"Las gratificaciones otorgadas en forma habitual, son derecho, en principio, a reclamar su pago en periodos sucesivos y, por consiguiente, autoriza a recurrir a la vía judicial para exigirlos compulsivamente; salvo que se acredite por quien lo afirma que reconocieron como causa servicios extraordinarios o que

no se han cumplido las condiciones sobre cuya base se liquidaron en otras oportunidades."

Autor: "Fidel Cristóbal Antonio c/Genovesi S. A. S/salarios", 13 de Septiembre de 1956.

El tema de la naturaleza jurídica de las gratificaciones ha motivado encontradas opiniones en la doctrina y en la jurisprudencia. La discusión se ha centrado en torno, a si son éstas, otorgadas por un acto gracioso del principal, o por el contrario si pueden ser exigidas constitutivamente en caso de desahucio.

El problema es evidente que no se plantea en un campo sencillo, muy por el contrario, es arduo llegar a una solución. Nuestro intento es sólo bosquejarlo sin pretender que ésta sea la única ni la más justa, pero en derecho como en todas las ciencias hay que arriesgar soluciones y aquí va la nuestra.

El profesor Devallí define la gratificación como "la cantidad que la empresa abona espontáneamente a todos o a parte de sus dependientes, en ocasión de alguna solemnidad o acontecimiento, o de algunas fechas periódicas"; asimismo caracteriza la habilitación como "la participación en las utilidades que las empresas otorgan a algunos empleados, generalmente de jerarquía elevada". El citado profesor hace el siguiente distinción entre ambos institutos: la gratificación tiene carácter voluntario, la habilitación es obligatoria por estar prevista en el contrato individual celebrado entre empleado y empresario; la primera es de importe variable, la segunda debe abonarse en una medida predeterminada; la gratificación es abonada a todos los empleados, la habilitación beneficia normalmente a pocos empleados. (Rev. Derecho del Trabajo, t. XV, p. 554).

Ludovico Barassi en su Tratado de Derecho del Trabajo (traducción del

Dr. Miguel Samiá h.), t. III, p. 62, de fide la gratificación como "una dádiva voluntaria con la que el patrón reconoce las ventajas que se derivan de la colaboración normal del dependiente para la prosperidad de la empresa".

La disparidad de criterio existente en este tópico se pone en evidencia con la sola lectura del plejario que nos ocupa.

Cinco comentarios sostienen la improcedencia de la exigibilidad de las gratificaciones; sintetizaré algunas de las opiniones negativas.

Para el Dr. Valetta: "La gratificación no concede derecho a su goce sino que se la disfruta una vez concedida y, que si no es concedida no da derecho, se abstiene a exigir constitutivamente su goce por ser un acto voluntario y sujeto exclusivamente a la voluntad del dador". Además, no siendo la "gratificación una contraprestación de servicios del empleado, ésta tiene carácter precario y, por consiguiente, está exenta de obligatoriedad coercitiva, sea cual fuere la forma, persistencia y graduación en que la misma se haya concedido".

El Dr. Seber afirma en contra del criterio que afirma que la habitualidad en cuanto a su concesión le otorgaría obligatoriedad, diciendo: "la naturaleza del acto "concesión graciosa del empleador" se mantiene "ab initio" y no puede alterarse por la habitualidad de las entregas, desde que no ha habido intención jurídica de obligarse". Asimismo manifiesta que "el uso, la costumbre o la práctica no pueden crear derechos sino cuando la ley se refiere expresamente a ellas".

El Dr. Ratti retirándose a este mismo problema dice: "la sola repetición de un acto no modifica su naturaleza jurídica, y una liberalidad no transforma su carácter en onerosa porque sea regularmente consentida".

El Dr. Videla Morón también vota en sentido negativo y se remite a su opinión emitida in re "Lazarri Pedro A. c/Goffre y Carbone", fallo registrado en la Revista de Derecho del Trabajo, año 1938, p. 519. El citado Jefe de Cámara en el mencionado fallo expresó "La jurisprudencia ha calificado a la "gratificación" como acto gracioso de liberalidad del empleador, quien tiene la libertad de concederla o no, no pudiendo ser exigida coactivamente por el empleado, pues perdería uno de sus caracteres esenciales y dejaría de ser eso para pasar a configurar un estatuto distinto (Rev. La Ley, t. 48, p. 606, y t. 48, p. 568). Es, por lo tanto, más bien una promesa de un pago facultativo y no puede confundirse con la participación en los beneficios, por carecer de una determinación en la proporcionalidad, nota típica de la habilitación (Rev. La Ley, t. 50, p. 834, y t. 51, p. 295). En caso de ser una liberalidad la "gratificación", puede revocarla el empleador, en cualquier momento, como lo hizo en el presente caso (Rep. La Ley, X, V, "Contrato de Trabajo", tom. 148). Al no ser compatible a los efectos del cálculo para establecer las indemnizaciones de despido injustificado, resulta impropósito el tenerlas como remuneratorias y dárles el carácter de contraprestación por los servicios prestados (Rev. La Ley, t. 40, p. 189; Rep. La Ley, VII, V, "Contrato de Trabajo", tom. 355; Rev. La Ley, t. 48, p. 768; Rev. La Ley, X, V, "Contrato de Trabajo", tom. 558; Rev. La Ley, t. 50, pág. 593, y t. 45, p. 578). Alguna vez se la consideró un acto oneroso, calificándosele de "donación remuneratoria", mas lo fue por tratarse de quien antes disfrutaba de habilitación (Rev. La Ley, t. 32, p. 36). La obligatoriedad puede surgir de la intención puesta por el empleador al reconocer la "gratificación" como incremento del salario, en atención a su insuficiencia (Rev. La Ley, t. 50,

p. 235), pero debe, en ese supuesto, ser percibida inintermitentemente, durante varios años, para integrar sueldo posesivo (Rev. La Ley, t. 51, p. 573) y ser regular y habitual (Rep. La Ley, V, "Contrato de Trabajo", tom. 423, y Rev. La Ley, t. 51, p. 717), mas en este caso, no se trata de incremento de salario si de ser éste insuficiente, sino del propósito del patrono de asociar a su empleado a la empresa e integrarlo en su negocio. Falta, por cierto, en este tipo de "gratificaciones", las notas esenciales para dárles el carácter de una permanente, estable, regular (y) proporcional forma de pago, típica de todo beneficio remuneratorio y, en cambio, revisten los propios de la "concesión graciosa", otorgada por la libre voluntad de quien la da, realizada en acto discrecional, de acuerdo a facultades propias, sin estar sujeta a norma rectora alguna, salvo la de su autolimitación, pudiendo el beneficiario aumentarla, disminuirla, suspenderla o suprimirla, de acuerdo a su arbitrio o criterio, según fueren las posibilidades de su negocio, por tratarse de un acto unilateral de voluntad, no está referido a los elementos constitutivos del contrato de trabajo y nacer de una causa distinta, como lo es en voluntad del patrono de asociar a su empleado y así también lo resuelve".

Asimismo agregó: "... tanto la participación en los beneficios, llamada "habilitación", como la "gratificación", cuando en el ejercicio del comercio se ha realizado de acuerdo a un porcentaje establecido e impuesto por el convencimiento de la costumbre, se tornan obligatorias y constituyen en esencia, una fuente de integración del salario, quedando desvirtuada su obligatoriedad (Rev. La Ley, t. 62, p. 555), pero aquí falta ese porcentaje (se refiere al caso de antes) y la costumbre se evidencia más en el deseo del empleador de asociar a su personal y no adjudicarle sumas de

dinero proporcionales a utilidades o utilidos".

He aquí a nuestro criterio el meollo de la cuestión; para determinarse la exigibilidad o no de una "gratificación" otorgada en forma habitual, debemos referirnos al concepto de "regularidad" (en cuanto al cálcu lo para determinarlas) o "uniformidad" (como dice el Prof. Devetti en su nota crítica publicada al pie del plenario en la Rev. de Derecho del Trabajo, t. XVI, p. 647).

El Dr. Cattaneo en su voto, insiste en este criterio, sosteniendo la exigibilidad de las "gratificaciones" otorgada en forma periódica y regular "siempre que se trate de cantidades fijas y uniformes o cuando pese a ser variables en cuanto a su monto, sean la consecuencia de un porcentaje determinado por rubros de la explotación comercial o industrial que por su naturaleza son variables en los distintos ejercicios económicos (ganancias, producción, ventas, etc.), pero cuando una suma entregada por el empleador no responde a tales condiciones sino que invierte el carácter de dádiva discrecional del principal de cuya exclusiva voluntad depende su asignación y monto, entonces pierde su exigibilidad por parte de quien la recibe aunque hubiera sido otorgada en años anteriores", y luego agrega, que solamente serían exigibles "aquellas gratificaciones que además de reunir las características de periódicas y regulares, se trate de cantidades fijas y uniformes o cuando, si bien fueran variables en su monto lo sean como consecuencia porcentual de rubros determinados"; esta postura es insubstancial.

Para los doctores Miguel Santos y Marchesi el hecho de que las gratificaciones sean dadas en forma "habitual", les conviene en consecuencia y por lo tanto el que las percibe tiene derecho a exigir su pago en períodos posteriores.

El Dr. Santos argumentando la obli-

gatoridad dice: "La obligación contractual, que prevé la ley 11.729, no es, por otra parte, posible admitir la gratuidad en las entregas que efectúa el empleador con motivo de la prestación de servicios que desarrolla el dependiente. El artículo 218. inc. 5º del Código de Comercio establece que "los actos de los comerciantes nunca se presumen gratuitos" y el art. 8º, inc. 5º del mismo cuerpo legal declara como "actos de comercio", asimismo, "las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes". En consecuencia, bajo el prisma de vista legal, en función de los preceptos que se han indicado anteriormente, no es posible admitir la gratuidad de las gratificaciones, cuando, como ya he manifestado en numerosos pronunciamientos que me ha tocado emitir, aquellas que se encuentran afectadas por los caracteres de la habitualidad y permanencia. Las liberalidades están postscriptas en las relaciones comerciales que contempla el art. 8º y concordantes del Código mercantil".

A nuestro juicio, la sola "habitualidad" no puede tener exigible ningún derecho, nadie puede cambiar por el transcurso del tiempo la naturaleza de su derecho y por lo tanto mejorarlo, pero, cuando al elemento "habitualidad" unimos el de "proporcionalidad", "determinación" o "uniformidad", cualquiera sea la forma en que se designe ese elemento, la circunstancia cambia.

Nadie niega el carácter público que en cuanto a su exigibilidad tiene el Derecho Social, asimismo nadie ignora que en este derecho más que en ningún otro los jueces deben valorar las situaciones jurídicas que se plantean, con prescindencia de la calificación que haga las partes de sus relaciones; por lo tanto que la gratificación sea exigible o no será materia de prueba; cuando se prueben los dos requisitos enumerados "al supus" es evidente la procedencia del cobro compulsivo, pero insistimos que el

este elemento "habitualidad" no puede concurrir en exigible la gratificación.

Sitúenose ante el siguiente caso concreto: una empleadora premia habitualmente (es decir todas las años) a sus subordinados con una gratificación, la que en su monto y proporción es variable y condicionada a la voluntad discrecional de la empleadora; en un ejercicio en el cual la empresa por diversas razones no ha producido ganancias o es más, ésta no quiere continuar con dicha práctica; le basará otorgar una gratificación exiga en cuanto a su monto y ya habrá cumplido en cuanto a la obligación de su otorgamiento.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido con todo acierto lo re "Porchino Raúl c/Fauna y Cia." (Rev. Derecho del Trabajo, t. XVI, página 381): "Es cierto que tanto la participación en los beneficios que toma el nombre de *habilitación*, como la *gratificación*, cuando en el ejercicio del comercio se han realizado de acuerdo con un porcentaje establecido e impuesto por el convencimiento de la costumbre, se tornan obligatorias y constituyen en esencia una especie de integración del salario quedando decretada su obligatoriedad...", sosteniendo que "La gratificación abonada por la empresa al personal dependiente, que suaba subordinada a los resultados del ejercicio de cada año, quedando libre el criterio de aquélla la cantidad a otorgarse a cada empleado, tiene carácter de liberalidad y no es exigible por el dependiente".

En gran parte el problema que tratamos aquí en la terminología empleada. En a nuestro criterio en tanto impropio hablar de gratificación obligatoria, es decir que ésta se torna exigible cuando ha sido otorgada habitualmente

por el empleador. En cambio si usamos al carácter de "habitualidad" el de "uniformidad, proporcionalidad o determinación" en cuanto a su monto, a nuestro criterio, nos hallamos ante la figura jurídica de la "habilitación", es decir que la "gratificación" sujeta a esta suerte puede ser compulsivamente exigida, por cuando a ésta por un error terminológico se la califique como tal y revista los caracteres de la "habilitación", entonces sí se podrá ante su desconocimiento recurrir a la vía judicial para su cobro.

Analizando el pleenario llegamos a la siguiente conclusión: tenemos que cinco camaristas votan en sentido de que las gratificaciones, aunque sean concedidas en forma habitual, no dan derecho al cobro compulsivo; tres sostienen que el solo hecho de la habitualidad las convierte en obligatorias; para el Dr. Allacani son exigibles en principio, es decir, siempre que no se pruebe que las mismas obedecen a servicios extraordinarios o que no se cumplieron los extremos en virtud de los cuales se otorgaron; asimismo el Dr. Castiño en la abstención de su voto manifiesta que "corresponde al Juzgado valorar en cada caso la existencia o inexistencia de los extremos precedentemente establecidos", y él se halló de los elementos de habitualidad y proporcionalidad en cuanto a su monto, a su vez, teniendo en cuenta que el Dr. Petrocchi se adhiere al voto del Dr. Castiño, nos preguntamos hasta dónde la síntesis que figura en el acpite es la expresión de la opinión mayoritaria de los votantes del acuerdo. A nuestro parecer debió haberse consignado en el sumario el elemento "proporcionalidad", en ese caso no resultamos objeción que formular.

F. O. Horta Covi