



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 19 de noviembre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"REYES PATRICIA CRISTINA C/ BANCO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ COBRO DE HABERES"** (JNQLA4 EXP 502548/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:**

1.- En hojas 247/249 apela la parte actora.

Como primer agravio, cuestiona que no se le haya reconocido el derecho a percibir las vacaciones no gozadas.

Destaca que padeció una enfermedad que derivó en su jubilación por invalidez, y durante el transcurso de tal padecimiento no pudo tomar las vacaciones en los plazos establecidos por el art. 157 LCT.

Destaca que no se abonaron correctamente las vacaciones correspondientes a 2010, respecto de las cuales solo se abonaron 4 días, y en punto al periodo 2011, solo se abonaron 12 días. Dice que tampoco se abonó el SAC sobre tales rubros.

En segundo lugar, solicita que se liquide el SAC sobre el rubro precedente.

En su tercer agravio, sostiene que corresponde reconocer la diferencia reclamada con respecto a la indemnización del art. 212 inc. 4 LCT.

Dice que de admitirse la tesitura del sentenciante, se estarían avalando el pago de salarios, por enfermedad e indemnizatorios, computando haberes de más de dos años de

antigüedad, con claro perjuicio patrimonial, y la confiscatoriedad que ello conlleva.

Recuerda lo normado por el art. 208 LCT, remarcando que deben contemplarse los aumentos acordados a los de su misma categoría.

Dice que no se computó la suma de \$ 7.912,89, que multiplicada por la antigüedad arroja \$ 261.125,37.

Entiende que el salario de la trabajadora de Enero 2013 debe calcularse por la suma de \$ 16.188,88, que la demandada le reconoce por Licencia por reserva de puesto, más la diferencia que existe entre el básico devengado (de acuerdo al acta ST 889/12- \$ 9.686,80) y el efectivamente abonado (\$ 1.773,91), lo que totaliza una remuneración devengada de \$ 24.031,77 (\$ 16.118,88 + 7912,89).

Alega que en el sueldo abonado no se encontraban englobados estos rubros. Cita Jurisprudencia.

Asimismo, se refiere a la incidencia de la zona desfavorable, determinada por el art. 25 de la CCT N° 18/75, sobre todos los rubros salariales. Cita jurisprudencia.

Como cuarto agravio, afirma que el Magistrado se equivoca al no considerar la impugnación de esa parte a la pericia contable.

Destaca que la contraria omitió la entrega de tal documental que le fue requerida por auto de hoja 162, lo que genera una presunción en su contra.

1.2.- Corrido el pertinente traslado, es contestado por la parte demandada en hojas 252/254.

Destaca el acierto de lo decidido por el Juez, y explica el procedimiento de la liquidación de la licencia vacacional, habiéndose reconocido 35 días por el año 2012 y 12 días por el año 2011.

En punto al pago de los salarios por enfermedad e indemnización, señala que, conforme la escala salarial

vigente, el sueldo básico para la categoría de la actora era de \$ 16.621,16. Que sin perjuicio de ello, el perito practicó la liquidación tomando como base de cálculo la utilizada por esa parte, esto es \$ 17.794,58.

Agrega que la suma en cuestión incluye la zona desfavorable.

En cuanto a los aumentos acordados durante el periodo de interrupción, remarca que el experto señaló que, el incremento realizado a través de acta acuerdo del 17 de Mayo de 2012, está incluido.

2.- Por razones de orden, corresponde abordar inicialmente los cuestionamientos esbozados como tercer y cuarto agravio, en tanto se vinculan con la conformación de la remuneración que servirá de base para calcular las diferencias indemnizatorias reclamadas.

Hecha esta aclaración, debo recordar que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que, para merecer dicho adjetivo, debe reunir características específicas.

Tal como frecuentemente hemos indicado "el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás

deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado, pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto..." (cfr. Sala II, en autos "PROTTI MARIA EUGENIA CONTRA CORTEZ RAUL Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" (EXP N° 377138/8), sentencia de fecha 28/06/2011).

Y, como puede advertirse de la síntesis del tercer y cuarto agravio, la parte actora escasamente cumplimenta el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto no conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido.

2.2.- Pretende el apelante que se le reconozca una diferencia de \$ 261.125,37, bajo el entendimiento de que no se ha considerado el salario básico de acuerdo a la resolución 889/12 (\$ 9.686,80).

El perito interviniente, en hojas 196, al ser consultado sobre si «*la liquidación final practicada por el BPN incluye el incremento realizado a través del acta acuerdo del 17/05/12 para los empleados bancarios*» (punto J), contestó que «*Según la documentación que he tenido a la vista, el incremento realizado a través del acta acuerdo del 17/05/12 para los empleados bancarios, está incluido*».

En hojas 189/190, acompaña las escalas salariales, de las que se deducen los cálculos tomados en cuenta para arribar al salario que le correspondía a la parte actora.

Impugnada la pericia (hojas 205/206), en hojas 221 el perito ratificó su informe.

2.3.- En este punto, cabe recordar que el principio general que rige en materia de valoración de dictámenes periciales, es que no constituyen prueba legal.

Este principio es trascendente en tanto implica que el juez no está sometido a sus conclusiones, sino que tiene libertad para apreciarlas; es más, puede dictar sentencia en contra de lo que se dispone en las pericias.

Esto es de fácil comprensión, en tanto resultaría absurdo que el Juez se viera obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera -así proviniera de dos o más peritos en perfecto acuerdo- sí, pese a ello, le pareciera absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia o a hechos notorios. *"Esa sujeción servil haría del juez un autómatas, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa, lo cual es inaceptable"* (cfr. Koch, Eduardo Alfredo; Rodríguez Saumell, Mariana, *"Informe Pericial (su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y Deberes del Juez)"*, La Ley 1990-a-881, con cita de Devis Echandía, Hernando, *"Teoría de la Prueba judicial"*, T.II, pág. 334).

También resulta claro que la posibilidad de disentir no es absoluta: rige aquí la idea de la "sana crítica".

Como sostiene Ammirato: *"si bien la ley no ha definido a las aludidas reglas de la sana crítica, suponen la existencia de ciertos principios generales que han de guiar en cada caso la apreciación de la prueba en tanto operación de la inteligencia, y que excluyen, en consecuencia, la discrecionalidad absoluta del juez. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica y de las reglas del correcto entendimiento humano, y por otro de las llamadas máximas de experiencia, esto es, los principios extraídos de la observación corriente del comportamiento del hombre."* (cfr.

Ammirato, Aurelio Luis "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial", LA LEY 1998-F, 274).

Corolario de lo expuesto es que para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que obren en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

2.4.- Bajo estas consideraciones, los cuestionamientos formulados en el tercer y cuarto agravio, no resultan procedentes.

Es que, el apelante, incurre en la misma omisión que al impugnar la pericia (hoja 205/206), no realizando la liquidación de la remuneración que entiende debería haber percibido.

Pretende que la discusión se circunscriba a la diferencia existente entre la suma consignada en los recibos, bajo el nomenclador "salario base" (\$ 1.773,91), y el básico que resulta de la Res. S.T 889/12 (\$ 7.912,89), sin analizar los restantes rubros liquidados.

Omite considerar que, en los recibos de haberes, se consignaron los distintos acuerdos salariales celebrados, y éstos, de acuerdo al carácter remunerativo que se les haya acordado, impactaron en el salario básico.

Tampoco puedo dejar de señalar que, mediante la Res. 889/12, se homologó el acuerdo de fecha 17/05/12, en el que se convino «un incremento salarial remunerativo del veinticuatro coma cincuenta por ciento (24.50%), sobre las remuneraciones mensuales brutas totales percibidas en el mes de diciembre de

2011, para todos y cada uno de los trabajadores bancarios sin excepción.»

De la comparación entre las sumas percibidas en diciembre 2011, con respecto a las liquidadas a los fines indemnizatorios, se advierte que el incremento fue considerado.

Es en este marco, y ante la insuficiencia de los fundamentos esbozados por el apelante, que no resulta posible apartarme de lo dictaminado por el perito, correspondiendo confirmar la sentencia en este aspecto.

Con respecto a la incidencia de la zona desfavorable, debo señalar que no corresponde su tratamiento, en tanto se trata de un capítulo no propuesto al Juez de primera instancia (conf. art. 277 LCT).

3.- Despejado el punto anterior, cabe abordar la crítica vinculada al pago de las vacaciones no gozadas. El recurrente reclama 31 días del año 2010 y 23 días del año 2011.

El Magistrado rechaza su procedencia (hoja 242), en tanto *«las vacaciones no fueron tomadas en los plazos establecidos por el art. 157 de la LCT y las mismas no pueden cambiarse por dinero conforme el art. 162 de la LCT.»*

Agrega que *«...tampoco existe constancia del pedido de dichas licencias y que hayan sido denegadas por la demandada.»*

Finalmente señala que las vacaciones del año 2011 fueron consideradas por el empleador.

3.2.- En relación a este último punto, cabe realizar una primera aclaración.

Conforme resulta de la misma contestación de agravios, la empleadora consideró sólo 12 días de vacaciones del año 2011, por lo que el reclamo de 23 días formulado por la parte actora, es concordante con los 35 días que le correspondían de licencia.

3.3.- En lo demás, entiendo que no se valoró adecuadamente que la trabajadora se vio imposibilitada de gozar de las licencias en cuestión.

Conforme lo dispuesto por el art. 154 LCT, el empleador debe comunicar a la trabajadora, con 45 días de anticipación, la fecha en que comienza su licencia por vacaciones.

Esta licencia debe gozarse entre el 1 de octubre del año en que se devengó, y el 30 de abril del año siguiente.

«Si vencido el plazo para efectuar la comunicación al trabajador de la fecha de comienzo de sus vacaciones, el empleador no la hubiere practicado, aquél hará uso de ese derecho previa notificación fehaciente de ello, de modo que aquéllas concluyan antes del 31 de mayo.» (art. 157).

De no hacerlo, *«Las vacaciones previstas en este título no son compensables en dinero, salvo lo dispuesto en el art. 156 de esta ley.»* (Art. 162 LCT).

Este último artículo, expresa *«el conocido principio de no compensación de las vacaciones en dinero, con lo que el legislador persigue lograr la única finalidad del instituto, o sea que el trabajador goce efectivamente de un receso anual con fundamentos esencialmente higiénicos y luego familiares, culturales, sociales, etc.; sin que tal beneficio se desvirtúe como objeto de una transacción lucrativa, en tanto, muchas veces, las necesidades del dependiente por incrementar sus ingresos lo impulsan a trabajar en ese período de reposo —como sucede también con la realización excesiva de horas suplementarias—, y a la empresa, a propiciarlo, por razones temporales de necesidad de aumento de mano de obra.*

Por este principio, una vez vencido el plazo que surge del mencionado art. 154, párr. 1º, LCT, si las vacaciones no fueron otorgadas, queda excluida la posibilidad del trabajador de interponer acción alguna de orden

patrimonial para compensar el beneficio perdido. En tal sentido, el art. 157 establece virtualmente la caducidad del derecho al goce efectivo del beneficio si negadas las vacaciones (o no comunicadas) por el empleador, el dependiente no las toma por sí de modo que finalicen antes del 31 de mayo; con lo que pasada dicha oportunidad legal para tomar las vacaciones, ese derecho se pierde, y tampoco se las puede percibir en virtud de lo prescripto por la disposición comentada.» (Ley de contrato de Trabajo Comentada, concordada y anotada- Director Jorge Rodríguez Mancini - Comentario al art. 162- hoja 444).

3.4.- Sin embargo, como sostiene Grisolia, «En caso de enfermedades inculpables (art. 208, LCT), plazo de conservación del empleo (art. 211, LCT) y accidentes (pendiente el lapso de incapacidad temporaria), el trabajador no puede empezar a gozar de las vacaciones, por lo cual no cabe otorgárselas durante dicho período.

La enfermedad genera derecho a vacaciones sin limitación alguna y en las mismas condiciones que el trabajo efectivo.

En cuanto al modo de ejercer ese derecho, es necesario tener en cuenta que la finalidad de las vacaciones es distinta de la que motiva la protección legal de la enfermedad: la ley busca que el trabajador, sano y en condiciones de trabajar, disponga libremente de algunos días del año para descansar física y mentalmente, para disfrutar plenamente de la vida familiar y el esparcimiento general.

Por ello, debe admitirse la postergación de dicho cumplimiento sin privar por ello al trabajador de su derecho.

No es procedente reclamar el pago de las vacaciones durante el lapso de licencia por enfermedad, ya que puede solicitarse su otorgamiento una vez finalizada la licencia o al reincorporarse al empleo.» (Tratado de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social Doctrina. Legislación. Jurisprudencia. Modelos - Tomo III - Julio Armando Grisolia).

En igual sentido, Julián A. De Diego, expresa que «A los fines del instituto de las vacaciones que analizamos, si la dolencia se extiende durante el período de otorgamiento de las vacaciones, entre el 1 de octubre y el 30 de abril, y se reintegra a comienzos de mayo, puede aún solicitar el goce del período vacacional conforme a lo que dispone el art. 157, LCT, siempre y cuando éstas concluyan antes del 31 de mayo.

Si así no fuere, no existe una previsión legal.

Sin embargo, el padecimiento de una enfermedad o accidente no pueden inhibir al trabajador del goce de un derecho legal que, por otra parte, es independiente de la licencia por enfermedad y con objetivos diversos.

En síntesis, si aún no concluyó el mes de mayo, y a pesar de que el período vacacional finalice después del límite legal, debemos admitirlo para evitar la desnaturalización del instituto.

Si se vence el término total, el del período de goce y el del mes suplementario de mayo, aun así, el trabajador que se reintegra de alta puede solicitar el período vacacional del cual se vio privado en el período legal por causas ajenas a su voluntad. » (Tratado de Derecho de Trabajo- Tomo III- hojas 386/387).

3.5.- De lo hasta aquí expuesto resulta que, si el trabajador que se encuentra en condiciones de gozar de su licencia, no cumple con lo ordenado en el art. 157 LCT, pierde la posibilidad de su goce, sin derecho a indemnización.

En caso de encontrarse imposibilitado de cumplir con la carga que se le ha impuesto, esta circunstancia debe ser contemplada, su derecho no caduca, y podrá ejercerlo una vez que se reintegre a prestar tareas.

Finalmente, si la relación laboral cesa sin que haya podido gozar de las licencias por vacaciones postergadas, no puedo más que concluir que, el derecho que no se ha perdido, debe ser indemnizado.

Adviértase que en este supuesto desaparecen las razones que justifican la prohibición del art. 162 de la LCT.

Con respecto al art. 156 LCT, al que remite como excepción el artículo antes citado, no pretendo soslayar que circunscribe la indemnización por vacaciones no gozadas al "proporcional a la fracción del año trabajado", sin embargo, conforme los fundamentos hasta aquí expuestos, dicha norma se inscribe en la lógica del Capítulo I en que está inserta, que parte de la premisa de un trabajador que se encontró en condiciones de gozar de las licencias previas.

3.6.- Aplicando estas consideraciones al caso, advierto que la actora se encontró imposibilitada de gozar de las licencias vacacionales correspondientes a los periodos 2010 y 2011.

Del cotejo del informe de ausencias obrante en hojas 208, se advierte como, a partir de enero 2011, se sucedieron las licencias de la actora hasta ingresar en el periodo de reserva de puesto y, posteriormente, su renuncia para acogerse a jubilación por invalidez.

Si consideramos que a la actora le correspondían 35 días de vacaciones por cada periodo, a fines de cumplir con la carga que el art. 157 pone en cabeza del trabajador, debió comenzar con sus licencias antes del 27 de Abril del año 2011 y 2012 respectivamente. Caso contrario, éstas no habrían concluido el 31 de Mayo de 2011.

En relación a la licencia vacacional del 2010, exceptuando el día 22 de Abril de 2011, la actora se encontró de licencia por enfermedad durante todo Abril y Mayo de 2011,

de lo que resulta que no se encontró en condiciones de emprender su goce.

Luego, con respecto a la del año 2011, la actora ingresó en reserva de puesto el 28/03/12, por lo que, con respecto a este periodo, padeció la misma imposibilidad.

En este contexto, no habiendo caducado su derecho a gozar de las vacaciones de los períodos en cuestión, y no resultando posible otorgar estas licencias por haber cesado la relación laboral, corresponde hacer lugar su indemnización.

En consecuencia, tomando como base la suma de \$ 17.794,58 (Conf. informe del perito- hoja 193), dividida por 25 y multiplicada por los días reclamados (31 días del 2010 y 23 del 2011), obtengo que corresponde reconocer la suma de **\$ 38.436,29** (\$ 22.065,28 - año 2010/ 16.371,01- año 2011).

4.- Finalmente, con respecto a la incidencia del Sueldo Anual Complementario, en autos "CORSINO CLAUDIA ANDREA C/ STRATEGOS SRL Y OTROS S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (EXP N° 418128/2010), he compartido la posición de la Sala II, quienes se pronunciaron en los siguientes términos:

"Conocida es la disparidad de criterios que se encuentra en la jurisprudencia respecto del cálculo del SAC sobre las vacaciones no gozadas.

Parte de los tribunales del trabajo coinciden con la posición de la a quo entendiendo que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 156 de la LCT, el salario correspondiente al período de descanso proporcional a la fracción del año trabajada, posee naturaleza indemnizatoria por lo que no corresponde el cálculo del SAC con motivo del cese del dependiente (cfr. CNAT, Sala VII, "Luna c/ Buenos Aires Embotelladora S.A.", 18/10/1996, DT 1997-A, pág. 964).

Sin embargo, y sin perjuicio del respeto que me merece la opinión de la jueza de grado, adhiero al criterio de

la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires respecto a que el SAC debe considerarse para determinar la indemnización por vacaciones no gozadas, porque si bien esta suma tiene carácter indemnizatorio, debe ser equivalente al salario correspondiente, y aquél constituye un salario diferido (autos "Alonso c/ A.I.D.O.S.S.", 31/7/1984, LT XXXII, pág. 1.131). De otro modo, conforme lo sostienen Juan Carlos y Diego Fernández Madrid, se privará al trabajador de una parte del salario que ya ha ganado, porque si no hubiera ocurrido el distracto, el lapso de la vacación gozada se hubiera contado como tiempo trabajado para el cómputo del SAC -cfr. aut. cit., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", Ed. La Ley, 2011, pág. 617-" ("PASCHETTA SABRINA PAOLA C/ STRATEGOS SRL Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES", Expte. N° 419895/2010).

En tal virtud, sobre las vacaciones no gozadas corresponde reconocer la incidencia del SAC por **\$3.203,02**.

5.- En resumidas cuentas, propongo al acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso, solo en lo que respecta a las vacaciones no gozadas de los periodos 2010 y 2011, debiendo la parte demandada abonar por este concepto la suma de **\$38.436,29**, con más el SAC proporcional de **\$3.203,02**.

En lo demás, se confirma la sentencia de grado.

Las sumas condenadas devengarán intereses a la tasa activa desde el 28 de febrero de 2013 (hoja 55), y a hasta su efectivo pago (Conf. TSJ Ac. N° 1590 autos "ALOCILLA", Expte. n° 1701/06).

En atención a la solución propuesta, y en virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, corresponde adecuar las costas de primera instancia.

Esta Sala ha sostenido que: "[...] en esta materia no cabe atenerse forzosamente a un criterio exclusivamente

aritmético, sino apreciar las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso.”

En este sentido, debe indicarse que para evaluar el carácter de vencida de la parte, ha de estarse a las pretensiones que progresan y a las que son rechazadas y no al valor económico de cada una de ellas. Asimismo, que en materia laboral debe tenerse presente que los créditos del trabajador poseen naturaleza alimentaria, por lo que corresponde ser más cuidadosos al momento de apreciar el vencimiento parcial y su incidencia en la imposición de las costas procesales (cfr. esta Sala en EXP N° 372951/8 y Sala II, “MORAND”, Expte. N° 378320/8).

Así, apreciando las posturas asumidas por las partes en sus respectivos escritos de constitución del proceso, la medida en que prosperó la demanda y analizando los vencimientos parciales y mutuos, entiendo que corresponde imponer las costas en un 80% a la actora y en un 20% a la demandada.

En cuanto a las costas de esta instancia, se imponen en el orden causado en atención al resultado obtenido (art. 17 Ley 921 y 71 CPCCyC).

TAL MI VOTO.

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso deducido por la parte actora, en lo que respecta al reconocimiento de las vacaciones no gozadas de los periodos 2010 y 2011, debiendo la parte demandada abonar por este concepto la suma de \$38.436,29, con más el SAC proporcional de \$3.203,02, confirmando en lo demás la sentencia de grado. Las sumas

condenadas devengarán intereses a la tasa activa, desde el 28/02/2013 y a hasta su efectivo pago.

2.- Adecuar las costas de primera instancia, que se impondrán en un 80% a la actora y en un 20% a la demandada (Conf. arts. 279 y 71 CPCC, 17 Ley 921).

3.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, en atención al resultado obtenido (arts. 17 Ley 921 y 71 CPCC).

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - dR. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA