

**ACUERDO N° 22.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veinte (20) días del mes de agosto de dos mil veinte, en Acuerdo, la **Sala Laboral** del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales doctores **EVALDO D. MOYA y ROBERTO G. BUSAMIA**, con la intervención del señora Subsecretaria Civil doctora CELINA BARTHES, procede a dictar sentencia en los autos caratulados **"CHEUQUETA, YOLANDA EDIT c/ QUINTANA WELLPRO S.A. s/ COBRO DE HABERES"** (Expediente JNQLA2 N° 500.156 - Año 2013), del registro de la Secretaría interviniente.

**ANTECEDENTES:**

A fs. 321/340, la actora -Sra. Yolanda Edit Cheuqueta, por sí y en representación de sus hijos menores de edad- deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario contra la sentencia dictada a fs. 308/319vta. por la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad, que modifica la sentencia dictada en primera instancia, acoge parcialmente el recurso de apelación articulado por la parte actora -receptando el subsidio por fallecimiento y la multa del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT)-, acoge parcialmente el recurso de apelación de la demandada - admitiendo la exclusión de la base indemnizatoria del artículo 248 de la LCT de los rubros "no remunerativos" designados como "Adicional Compensador CCT 2011", "Adicional Torre", "Suma Adicional Expediente N° 1439583/11" y "Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas"- e impone las costas en el orden causado.

A fs. 341 se confiere traslado a la parte demandada, quien contesta a fs. 344/345, solicitando se declare la inadmisibilidad de los recursos impetrados.

A fs. 349/351 toma intervención el Sr. Defensor General y propicia se declaren admisibles los recursos deducidos por la parte actora.

A fs. 356vta. se notifica el Sr. Fiscal General.

A fs. 358/361vta., por Resolución Interlocutoria N° 188/19, la Sala Civil declara admisibles los recursos interpuestos por la parte actora.

A fs. 363/366vta. contesta la vista conferida la Fiscalía General y propicia la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario.

A fs. 367 se asigna la causa a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia.

A fs. 368/370 dictamina el Sr. Defensor General, propiciando se declare procedente el recurso de Nulidad Extraordinario.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES:** a) ¿Resultan procedentes los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

**VOTACIÓN:** Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dice:

**I.** A fin de lograr una mejor comprensión de la materia traída a conocimiento de este Cuerpo, realizaré una síntesis de los antecedentes relevantes de la causa.

**1.** La demanda es promovida por la Sra. Yolanda Edit Cheuqueta, viuda del Sr. Hugo Juan Di Filippo, por sí y en representación de sus hijos L. y J. I. Di Filippo, contra

Quintana Wellpro S.A., en reclamo de cobro de haberes, diferencias en la liquidación final e indemnización por fallecimiento, entrega de constancias y certificados del artículo 80 de la LCT, aportes y contribuciones, multas de las Leyes N° 25.323 y N° 25.345 y daño previsional, por la suma de \$2.409.233,36.-, con más intereses.

Refiere que el Sr. Hugo Juan Di Filippo fue contratado en Neuquén por la empresa demandada el 18/09/08, cumpliendo tareas de oficial electricista, encuadrado en el CCT N° 396/04 en el establecimiento que la accionada poseía en la provincia de Santa Cruz. Relata que, con fecha 18/05/11, encontrándose en cumplimiento de sus tareas sufrió un accidente que terminó con su vida, cuando la aeronave de la empresa Sol en la que se trasladaba desde Neuquén hacia Comodoro Rivadavia, se estrelló cerca de la Meseta de Somuncura de la provincia de Río Negro, hecho que -según dice- habría sido público y notorio en los periódicos del día 19/05/11.

Sostiene que la empresa empleadora le pagó solamente una parte de la indemnización del artículo 248 de la LCT y que -ante ello- intimó mediante telegrama para que le fueran abonadas las diferencias de liquidación final que surgirían -a su entender- de la falta de inclusión de sumas no remunerativas. Reclama además la entrega de las certificaciones pertinentes.

Señala que la demandada mediante carta documento habría rechazado la intimación y requerido que envíe el detalle de los rubros reclamados.

Acota que la demandada habría dejado de pagar el adicional por desarraigo del CCT N° 536/08, y que debería computarse como base de la indemnización.

Manifiesta que no se habría hecho entrega de las certificaciones del artículo 80 de la LCT, lo que obstruiría

el derecho a la pensión y que tampoco se reconocerían las sumas pagadas como remuneración, lo que le generaría daño previsional, que debería ser remediado con la entrega de las constancias y la realización de los aportes conforme a la remuneración real.

Solicita el pago del subsidio especial del artículo 24 del CCT N° 644/12 de julio de 2011, cuando el suceso de autos apenas había acontecido y se estaban negociando las indemnizaciones de los trabajadores fallecidos en el accidente.

Relata que durante la negociación colectiva se habría dispuesto el pago de \$25.000.- como incremento salarial y el pago de un aguinaldo adicional.

Reclama el pago de adicional por desarraigo del 10% que se habría dejado de pagar y que tendría base remuneratoria y sostiene que debería incorporarse a la base de la indemnización por fallecimiento prevista en el CCT N° 644/12.

También manifiesta que los montos de ayuda alimentaria, viandas, asignación vianda complementaria, bono paz social y adicional torre, habrían sido ingresos que recibió el Sr. Di Filippo todos los meses, así como también los adicionales del CCT del 2011 y los de los expedientes N° 1439853/11 y N° 16992/10, y solicita que se ordene el ingreso de los aportes y contribuciones.

Formula consideraciones en torno al carácter remuneratorio de dichas sumas.

Solicita la entrega de certificaciones y la restitución de las sumas deducidas, en concepto de impuesto a las ganancias.

En relación a los intereses, solicita se aplique la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Expresa que durante la relación laboral, la empleadora habría omitido el pago de las cargas inherentes a

la remuneratividad de las sumas mencionadas, por lo que pide que se certifique ante la ANSES o se integre a los derechohabientes la suma necesaria para compensar la pérdida de la pensión.

Reclama supletoriamente de lo que resulte de los autos "Cheuqueta, Yolanda Edit c/ Sancor Cooperativa de Seguros Ltda. s/ Cobro de Seguro de Vida", Expediente N° 457.658/2011, la suma de \$230.000.-, en función de los artículos 24 del CCT N° 644/12 y artículo 25 de la Ley N° 921, y en los autos "Cheuqueta, Yolanda Edit c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo con ART", Expediente N° 454.769/2011, que tramitan ante el Juzgado Laboral N° 3, la suma de \$1.940.863,34.-.

Practica liquidación, por la suma de \$2.409.233,36.-.

**2.** Corrido el pertinente traslado de ley, a fs. 55/60 se presenta la accionada -Quintana Wellpro S.A.- y contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas.

Formula la negativa de hechos conforme la Ley de rito y recalca que la actora ya habría iniciado procesos contra la aseguradora y contra la empleadora por indemnización integral.

En cuanto a la no inclusión de ciertas sumas, refiere que el propio sindicato les otorgó el carácter de no remunerativo y que el CCT N° 644/12, que solicita sea aplicable la actora, no se encontraba vigente al momento del fallecimiento del Sr. Di Filippo.

En cuanto al adicional por desarraigo, sostiene que no es procedente en tanto que el Sr. Di Filippo regresaba a su casa y que tampoco corresponde el reclamo por adicional de comidas, ayuda alimentaria y viandas, y lo atinente al reclamo por falta de entrega de los certificados laborales correspondientes.

**3.** La causa se abre a prueba y producidas, se certifican a fs. 200/vta. y 202.

4. La sentencia de Primera Instancia hace lugar a la demanda, condenando a la empresa demandada a abonar a la actora la suma de pesos catorce mil cuatrocientos treinta y siete c/ 28/100 (\$14.437,28.-), en concepto de diferencias de liquidación final por fallecimiento del trabajador en los términos del artículo 248 de la LCT, con más sus intereses y que al 30/04/18 ascienden a pesos veintitrés mil trescientos noventa y siete con 5/100 (\$23.397,05.-). Asimismo dispone que en igual plazo la empleadora deberá hacer entrega de un nuevo certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones.

Para así decidir sostiene que asiste razón a la Sra. Yolanda Edit Cheuqueta, respecto de la indemnización reclamada en la normativa prevista en el artículo 248 de la LCT, por cuanto se encuentra acreditado el vínculo con el acta de matrimonio de fs. 11.

Respecto de la aplicabilidad del CCT N° 644/12, considera que analizada la prueba obrante en autos, se observa que el actor estaba encuadrado en el CCT N° 396/04, lo que no fue controvertido por las partes, en la categoría de Oficial electricista categoría 7 (recibos de sueldo fs. 12/24), que de la copia del CCT N° 396/04 (fs. 84/106) se extrae que el mismo tenía vigencia desde el 01/11/04 hasta el 31/12/07. Añade que a fs. 149/155 se acompaña copia del Expediente N° 331/2011 en el cual se indica que *"... las empresas abonarán a los trabajadores comprendidos en los CCT 396/04 ... una suma no remunerativa de \$25.000 por única vez para el período de abril de 2011 hasta diciembre del 2011. Dicha suma se abonará en cinco cuotas de \$5.000 cada una, con el pago de los haberes de abril 2011, mayo 2011, agosto 2011, octubre de 2011 y noviembre de 2011 ..."*.

Acota que -sin embargo- respecto del CCT N° 644/12, la fecha de entrada en vigencia de dicho Convenio es a partir

de julio del año 2011, fecha en la cual el Sr. Di Filippo lamentablemente ya había fallecido, no correspondiendo la aplicación de un convenio de forma retroactiva.

Aclara, en ese sentido, que no es de aplicación la norma más favorable en caso de duda, que es lo que prevé el artículo 9 de la LCT, sino que se trataría de una aplicación retroactiva del CCT N° 644/12, lo cual no es procedente en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación -en cuanto a la aplicación de la ley en el tiempo-. A ello debe sumarse lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Espósito" y por el Tribunal Superior de Justicia en el caso "Núñez Urra", en materia de accidentes y la que zanja la aplicación irretroactiva de la ley. Es así que concluye que el CCT N° 644/12 no es de aplicación al presente caso, en atención a que el cónyuge de la actora falleció el 19/05/11 en un accidente de trabajo, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia del citado Convenio Colectivo de Trabajo.

Respecto de los adicionales que forman parte de la base de cálculo del artículo 248 de la LCT, concluye que dichos adicionales formarán parte de la base de cálculo.

**5.** En cuanto a la procedencia del adicional por desarraigo, entiende que no corresponderá el pago por cuanto no se encuentra probado que el Sr. Di Filippo fuera trasladado. A mayor abundamiento, la demandada en su contestación a fs. 58 señala que el accidente aéreo que le quitó la vida al Sr. Di Filippo se produjo cuando el trabajador se encontraba "volviendo a su casa", no habiendo la parte actora producido prueba para la acreditación de su procedencia (artículo 377, Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

**6.** Respecto del reclamo vinculado con la supuesta retención indebida del impuesto a las ganancias, entiende que

conforme lo señalado por el informe pericial contable de fs. 163/179, la retención del impuesto a las ganancias no fue aplicada a los conceptos indemnizatorios por no corresponder, sino que se practicó sobre los restantes conceptos, encontrándose dicho punto de pericia firme y consentido por las partes, razón por la que dicho rubro no prospera.

7. En cuanto a lo pretendido en concepto de "daño previsional" y lo afirmado por la actora en cuanto a que durante la relación con Quintana WellPro S.A. la empleadora de manera fraudulenta omitió el pago de las cargas inherentes a la remuneratividad de las sumas en cuestión, la Jueza señala que en éste caso concreto, deberá desestimarse el daño previsional solicitado.

Considera que la propia demandada acompañó -aunque tardíamente- la certificación de servicios, remuneraciones y aportes, los cuales fueron confeccionados con posterioridad a la finalización de la relación laboral y que esa documentación integra la agregada con la contestación de demanda. Agrega que -además- de la informativa a ANSES (fs. 199) resulta que las personas indicadas (la actora Cheuqueta y sus dos hijos) perciben una pensión directa por fallecimiento de un trabajador.

Concluye que no encuentra tampoco la existencia de un daño cierto futuro sobre el monto y el tiempo de aportes, ya que la actora puede efectuar el reclamo de quedar firme la presente ante el organismo correspondiente, a fin de que se le reconozcan las sumas incluidas en la base de cálculo de mejor remuneración, no causándole daño material en la forma que reclama la accionante.

8. En cuanto a la procedencia de la multa por el artículo 80 de la LCT, la Jueza sostiene que surge de la documental que la actora realizó la intimación con fecha 07/09/11 (fs. 4), conforme lo prevé el Decreto N° 146/01, y



que se produjo la informativa al Correo a fs. 196, quien constató la recepción del telegrama en cuestión. A su vez, indica que transcurrieron más de 30 días desde la finalización de la relación laboral (18/05/11) y la confección del certificado (09/09/11) y, por lo tanto, la multa resultaría procedente.

Empero, cita el criterio sostenido por la Sala II de la Cámara de Apelaciones, en autos "Martínez, Omar c/ Perfil S.R.L. s/ Cobro de Haberes", Expediente N° 413.499/2010, respecto a que en supuestos dudosos como el de autos, donde la defectuosa registración deriva no ya del ocultamiento de la realidad del contrato, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no resulta razonable la aplicación de esta multa, puesto que las certificaciones fueron entregadas de acuerdo con las constancias obrantes en los recibos de haberes del trabajador, por lo que no se cumple con la finalidad perseguida por la norma, deviniendo en una excesiva onerosidad para la demandada, por lo que corresponde rechazar el reclamo por la multa del artículo 80 de la LCT.

En cuanto al pedido de una nueva entrega de certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones, entiende que en función de lo ya analizado corresponde una nueva entrega bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retardo (artículo 804, Código Civil y Comercial de la Nación).

Con relación a la procedencia de la multa de la Ley N° 25.323, entiende que el demandado fue debidamente intimado y notificado de la intimación (fs. 5 y 196) y sostiene que sin perjuicio de la interpretación literal del texto, la conducta que se sanciona es la omisión deliberada del pago de las indemnizaciones devengadas. Considera que en el caso concreto la indemnización que el demandado entendió adeudar fue

abonada, por lo que siguiendo la misma línea argumental referida a la procedencia de la multa del artículo 80 de la LCT y la finalidad que tiene de compeler al empleador al cumplimiento, la multa del artículo 2 de la Ley N° 25.323 no prosperará, ya que se abonó liquidación final y ese pago fue reconocido por la propia actora, sin perjuicio de la diferencias reclamada que prosperan en esta instancia.

En definitiva, hace exclusivamente lugar al reclamo de la actora, en los términos del artículo 248 LCT, teniendo en consideración que según surge del informe pericial contable de fs. 163/179 la mejor remuneración mensual normal y habitual (MRMNH) corresponde al mes de abril de 2011 y alcanza un total de \$23.677,80.-.

Practica la liquidación del artículo 248 de la LCT, deduciendo lo percibido y, en definitiva, resuelve que la demanda prosperará por la suma de \$14.437,28.-, al que le adiciona los intereses respectivos, mediante la aplicación de la tasa activa desde la mora (01/11/12; fs. 5, TCL 81400234) al 30/04/18, alcanzando el 162,06%, de conformidad con lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en autos "Alocilla, Luisa del Carmen y Otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa" (Expediente N° 1701/06).

Impone las costas a la actora en un 30% y en un 70% a la demandada. Y, a los efectos del cálculo de honorarios, establece que se tomará como base regulatoria el capital con más los intereses determinados al momento de practicar planilla del artículo 51 de la Ley N° 921 o, en su caso, los mínimos dispuestos por Leyes N° 1594 y N° 2933.

En definitiva, condena a Quintana Wellpro S.A. a abonar a la parte actora la suma de \$14.437,28.-, en concepto de diferencias de liquidación final por fallecimiento del trabajador, en los términos del artículo 248 de la LCT, con

más sus intereses, que al 30/04/18 ascienden a \$23.397,05.-. Asimismo, dispone que deberá en igual plazo la empleadora hacer entrega de un nuevo certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones, bajo apercibimiento de aplicar \$200.- de astreintes por cada día de retardo.

9. A fs. 286/299vta. la actora apela la sentencia. Se agravia por el rechazo del adicional por desarraigo. Sostiene que -desde su punto de vista- no se habría advertido que en la demanda habría señalado que el occiso se dirigía a Chubut (el vuelo debería de aterrizar en Comodoro Rivadavia), pero que desde ahí partiría a trabajar a un yacimiento cercano a Las Heras, provincia de Santa Cruz, donde desarrollaba su labor. Añade que ello tampoco habría sido controvertido por la demandada, como tampoco que habría sido contratado en la ciudad de Neuquén y que la empresa le pagaba los traslados habitualmente hasta su lugar de trabajo. Indica que surgiría también de la pericial contable que se le pagaba el adicional por zona en el 85% correspondiente a Santa Cruz.

En este orden, critica el decisorio de grado en cuanto sostiene que no se ha probado que el demandante hubiera devengado un adicional por desarraigo, pero entiende que si faltaba hacer esa probanza debería haberse aplicado el artículo 38 de la Ley N° 921.

Añade que el causante falleció entre la vigencia de dos convenios colectivos marco, esto es, el N° 536/08 y el N° 644/12, y expone su punto de vista en cuanto a que resultaría aplicable el último, sin perjuicio de lo cual en el tema adicional por desarraigo ambos convenios colectivos incluirían normas similares.

Concluye entonces que las diferencias sin pagar en concepto de desarraigo totalizarían la suma de \$24.515,95.- y -desde su posición- deberían ser reconocidas por la Alzada.

Seguidamente, sostiene que si el resolutorio indica que toma para el cálculo del artículo 248 de la LCT, la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada en el mes de abril de 2011, luego dicha cifra no se compadecería con el concepto indicado. Agrega que es probable que ello se deba a la falta de introducción del adicional por desarraigo y solicita se revise la sumatoria del cálculo final.

También se agravia de la falta de incorporación del sueldo anual complementario a la liquidación del artículo 248 de la LCT, entendiendo que de acuerdo a la interpretación efectuada por el Tribunal Superior de Justicia del artículo 245 de idéntico cuerpo legal, en el Acuerdo N° 10/16 "Reyes Barrientos", debería haber sido incluido a los fines de la liquidación.

Expresa a su vez su agravio por el rechazo de la indemnización por daño previsional y se explaya sobre la magnitud del mismo, para culminar exponiendo su punto de vista sobre la pérdida de la chance jubilatoria como daño resarcible por el empleador.

Además, cuestiona que no se haya hecho lugar al mismo rubro, cuando -desde su punto de vista- la ART habría pagado de menos las prestaciones de la Ley de Riesgos del Trabajo, debido a que la demandada denunció un ingreso base menor.

Expresa su queja por el rechazo de la multa del artículo 80 de la LCT; aduce que habrían transcurrido más de treinta días desde la finalización de la relación laboral, razón por la cual el rubro -en su opinión- debería haber sido admitido.

Expone su agravio en torno a la aplicación del artículo 276 de la LCT, sobre el que -sostiene- la sentencia de grado no se habría expedido.

Finalmente, recurre la imposición de las costas establecidas en un 30% a su cargo y un 70% a la empresa

demandada, solicitando que sean impuestas en su totalidad a ésta última.

**10.** Corrido el traslado de los agravios (fs. 300), el demandado responde a fs. 302/304vta. y solicita el rechazo del recurso, con costas.

Afirma que el actor no estaría desarraigado ya que el accidente habría tenido lugar en el itinerario desde su casa al lugar de prestación eventual de trabajo.

Sostiene que no correspondería que se aplique el artículo 23, inciso "b", del CCT N° 644/12, ya que no habría estado en vigencia al momento del fallecimiento.

Solicita -a su vez- la exclusión de la base indemnizatoria del artículo 248 de la LCT de los rubros "no remunerativos" conceptuados como "Adicional Compensador CCT 2011", "Adicional Torre", "Suma Adicional Expediente N° 1439583/11" y "Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas". Y también rechaza el cuestionamiento a la tasa de interés.

**11.** La Cámara de Apelaciones dicta sentencia a fs. 308/319vta. En primer lugar, formula consideraciones en torno a la ultraactividad de los Convenios Colectivos de Trabajo y sostiene que en la fecha del accidente del actor se encontraba vigente el CCT N° 536/08.

Luego, bajo el título "IV.- *Agravios de la demandada (fs. 302/304vta.)*" -textual-, analiza la inclusión de los rubros de naturaleza no remunerativa en la base de cálculo de la indemnización del artículo 245 de la LCT, a los fines de determinar el monto indemnizatorio previsto por el artículo 248 de la LCT, destacando su importancia y trascendencia, ya que del mismo depende la existencia de diferencias en la liquidación final que fuera oportunamente percibida por la viuda del trabajador.

Cita antecedentes jurisprudenciales y concluye que los rubros conceptuados como "no remunerativos", tales como el "Adicional Compensador CCT 2011", "Adicional Torre" y "Suma Adicional Expte. N° 1439583/11" continuarán en su misma condición de "no remunerativos".

Igual solución adopta respecto de los rubros "Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas". Afirma que corresponde excluir estos rubros, como conceptos a computar a los fines de establecer la base de cálculo de la indemnización del artículo 245 de la LCT, por tener carácter no remunerativo en el marco de los CCT N° 396/04, su sucedáneo N° 536/08 y su continuador N° 664/12.

Respecto del "Bono de Paz Social", concluye que a partir de la Resolución N° 1677/10 del 04/11/2010 del MTEySS, se le otorgó carácter remunerativo.

Concluye que en respuesta a la queja del demandado, se reformulará la decisión de grado, conservando el carácter de "no remunerativos" los rubros: "Adicional Compensador CCT 2011", "Adicional Torre", "Suma Adicional Expte. N° 1439583/11" y "Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas"; y que integrará la base salarial sobre la cual se liquidó oportunamente la indemnización del artículo 248 de la LCT solo el "Bono de Paz Social", por perder tal condición, ya que el reclamo por la inclusión del concepto "Desarraigo" no prospera.

Luego, aborda los agravios de la actora (fs. 286/299vta.). En relación al reclamo por diferencias en la liquidación del concepto remunerativo "Desarraigo", sostiene que la pericial contable da cuenta que la empresa lo contrató en la ciudad de Neuquén para desempeñarse en el área de trabajo de Las Heras, provincia de Santa Cruz, constando ello en su solicitud de ingreso, todo de conformidad por el trabajador (fs. 133 - punto 5). Acota que ello fue reconocido

por la misma actora en su demanda, al afirmar que "... el Sr. *Di Filippo* cumplía tareas como oficial electricista en el establecimiento que la citada empresa posee en la provincia de Santa Cruz ...".

Establece que la normativa del CCT N° 536/08 es clara en cuanto a la previsión de los traslados permanentes y transitorios a iniciativa de la empleadora, por razones operativas de la empresa, estableciendo las obligaciones patronales en consecuencia, y diferenciándose uno de otro, según se movilice al operario con o sin el grupo familiar (artículos 33 y 59).

Señala que, en el caso particular, el trabajador fue contratado desde un inicio para laborar en el yacimiento mencionado, que así lo reconoce la demandante al señalar que siempre trabajó en el mismo lugar y que nunca hubo traslado a iniciativa de la empresa. En consecuencia, determina que el supuesto fáctico no encuadra en ninguna de las hipótesis contempladas en la Convención, traslado permanente o provisorio, mucho menos éste último, que genera justamente el adicional por desarraigo.

Entiende que el hecho de la constatación del pago de un solo boleto aéreo de traslado del trabajador (fs. 112 - punto 12), refiere más a una situación consensuada entre las partes -por los gastos que origine el retorno del trabajador a su lugar de origen a cargo de la empresa- que a una situación de desarraigo.

Concluye que no corresponde pagar el adicional por desarraigo al reclamante, por lo que rechaza el agravio expresado por ese rubro.

En relación al planteo de la inclusión del SAC a la MRMNH, sostiene que no puede tener recepción favorable, en tanto la cuestión fue introducida recién ante la Cámara, impidiendo el ejercicio de la defensa del demandado, por lo

que le está vedado cualquier tratamiento a la Alzada, de conformidad a lo expresamente estipulado en el artículo 277 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén.

En cuanto a la petición de indemnización por daño previsional y conforme la adopción del CCT N° 536/08, considera que no prosperarán las previsiones establecidas para accidentes en el artículo 10 del CCT N° 644/12 y el subsidio especial por fallecimiento establecido en el artículo 24 del referido Convenio.

Sin embargo, entiende que habiéndose efectuado la reserva de solicitud del subsidio especial por fallecimiento previsto en el artículo 16 del CCT N° 536/08, el mismo será admitido por la suma fija de \$3.951,00.-, prevista en la escala salarial vigente al momento del infortunio.

Finalmente y conforme lo manifiesta la sentenciante de grado, además de la pensión directa por fallecimiento que reciben la viuda y sus hijos (informativa al ANSES de fs. 199), *"... puede efectuar el reclamo de quedar firme la presente ante el organismo correspondiente a fin de que se le reconozcan las sumas incluidas en la base de cálculo de mejor remuneración, no causándole el daño material en la forma que reclama la accionante ..."*.

En lo que respecta al agravio planteado por la falta de procedencia de la multa del artículo 80 de la LCT, considera que tendrá acogida favorable, desestimando lo establecido en el decisorio de grado, aunque por distinta motivación. Señala que conforme las constancias que obran en la causa, la actora remitió el telegrama intimatorio correspondiente (fs. 4) el viernes 07/09/11 solicitando la entrega de las certificaciones laborales, esto es, vencido el plazo de 30 días desde la extinción del vínculo laboral, todo conforme al artículo 3° del Decreto N° 146/01, reglamentario del artículo 45 de la Ley N° 25345, empezando el inicio del



cómputo de dos días hábiles y el posterior derecho a una indemnización, en tanto recién en ese momento lo constituyó en mora respecto de la obligación de entregar las certificaciones aludidas. En ese sentido, señala que la demandada concreta tal reclamo, conforme la certificación de firma efectuada a través del Banco Patagonia, el lunes siguiente 12/09/11 (fs. 49/53) y el martes 13/09/11 le envía el telegrama correspondiente de la puesta a disposición de la certificaciones de ley (fs. 54), las que finalmente son retiradas el 22/09/11, esto es, nueve días después. Dicho lo cual, el plazo de 48 horas hábiles para su entrega no había transcurrido cuando ya la demandada los había confeccionado y certificado, poniéndolos a su disposición telegráficamente. Por este motivo considera que hubiere resultado improcedente la sanción perseguida. Sin embargo, considera que el "Bono de Paz Social", que estuvo mal conceptualizado como "no remunerativo", convierte esa penalidad en operativa, en tanto se trata de una deficiente registración laboral, que incide finalmente en la base indemnizatoria del artículo 248 de la LCT.

Por ello, resuelve que corresponderá entonces la sanción prevista en esa norma y una nueva entrega de certificaciones laborales, en función de lo analizado y reconocido en el pronunciamiento, a los fines de lo que sus deudos estimen necesario, con las constancias documentadas de los aportes y contribuciones efectuados, bajo apercibimiento de astreintes (artículo 804, Código Civil y Comercial de la Nación) que se determinen en la instancia de origen por cada día de demora.

Desestima el agravio referido a la aplicación de la tasa de interés, conforme el artículo 276 de la LCT, y adhiere al criterio establecido en el Acuerdo N° 1701/06 "Alocilla", por resultar justo y compensatorio de la pérdida del valor de la moneda.

Practica liquidación e impone las costas de ambas instancias en el orden causado.

De ese modo, la Alzada acoge parcialmente el recurso de apelación de la demandada, desestimando el rubro desarraigo y excluyendo de la base indemnizatoria del artículo 248 de la LCT los rubros "no remunerativos" conceptuados como "Adicional Compensador CCT 2011", "Adicional Torre", "Suma Adicional Expediente N° 1439583/11" y "Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas".

Modifica el monto de condena que asciende a un total \$50.396,10.- con más sus intereses fijados desde el 01/11/12, de conformidad con el Acuerdo N° 1701/06 del Tribunal Superior de Justicia.

Deja sin efecto la imposición de costas establecida en la sentencia de grado y las impone en ambas instancias en el orden causado.

**12.** Contra ese decisorio, a fs. 321/340, la actora - Sra. Yolanda Edith Cheuqueta, por sí y en representación de sus hijos- deduce recursos de casación por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario.

Por la vía del artículo 18° de la Ley N° 1406, la recurrente alega que la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad, habría incurrido en incongruencia, toda vez que en el considerando IV del pronunciamiento dictado a fs. 308/319vta. habría receptado un agravio inexistente, al excluir los rubros adicionales acogidos en la sentencia de Primera Instancia, reduciendo la base de la mejor remuneración mensual normal y habitual (MRMNH), cuando la demandada no habría apelado el decisorio de la 'a-quo', por lo que alega que tal exclusión atentaría contra la garantía del debido proceso legal.

En este sentido, esgrime la quejosa que la Alzada viola el principio de congruencia y con ello lo dispuesto por

los artículos 163, inciso 6, y 277 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, tornando nula la sentencia dictada.

Agrega que los agravios vertidos por su parte en la apelación fijaron el límite de la actuación de la Cámara sentenciante, pues lo contrario importaría una franca vulneración al deber de fallar solo en la medida de lo expuesto por el recurrente, conforme el aforismo "*tantum devolutum, quantum appellatum*".

Señala que habría sido objeto de agravio en particular que la decisión de la Jueza de grado tomara como base de cálculo la suma de \$26.670,80.- como correspondiente al mes de abril de 2011 (punto IV.2 del memorial), por considerar que era la remuneración que surgía del informe pericial contable.

En ese sentido, sostiene que su recurso de apelación habría señalado que según el informe de fs. 164, la mejor remuneración mensual normal y habitual devengada en el mes de abril de 2011 era de \$38.866,13.-, suma que contendría todos los adicionales mal llamados no remunerativos.

Expresa que la base de la indemnización no debería ser la de \$15.005,45.- que aplicó la Cámara y concluye la esencialidad del yerro y las consecuencias dañinas del vicio en que incurriría la Alzada, al modificar la sentencia haciéndola más gravosa para el apelante en lo que ha quedado consentido por la otra parte.

Sostiene que conforme el principio *non reformatio in peius*, el Tribunal de apelación no puede modificar la sentencia recurrida en forma desfavorable al único apelante.

Asimismo, alega la omisión de una cuestión esencial en relación a la incidencia de los pagos que considera fraudulentos en la merma indemnizatoria en materia de riesgos de trabajo.

Luego, funda el recurso por Inaplicabilidad de Ley por la vía del artículo 15, inciso "c", de la Ley N° 1406 y alega la arbitrariedad del decisorio por no receptor la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que excluyen del concepto de salario las ganancias del trabajador. Menciona los fallos "González" y "Pérez" e indica que el Máximo Tribunal Nacional habría descalificado normas estatales y convenios colectivos que intentaron dividir el salario en sumas remunerativas y no remunerativas y acordaron aumentos así tergiversados.

Esgrime asimismo que la sentencia recurrida desestimó la indemnización que solicitó con fundamento en que la ART habría pagado de menos las prestaciones de la Ley de Riesgos de Trabajo, debido a que la demandada denunció un ingreso de base menor. Sostiene que el daño que se le habría ocasionado al retirar las reales remuneraciones del monto del ingreso base mensual afectaría la garantía de una reparación adecuada, que habría sido omitida en la sentencia recurrida.

Además, endilga la tacha de autocontradicción a la decisión impugnada y denuncia la violación de los artículos 14bis de la Constitución Nacional, 6 y 7 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de la jurisprudencia de la Corte Nacional (Fallos: 332:2043 y 333:699).

También señala que la Cámara incurre en arbitrariedad en el tratamiento dado al desarraigo y por el rechazo del rubro pérdida de chance jubilatoria o daño previsional.

Finalmente, alega la causal del artículo 15, inciso "d", de la Ley Casatoria, sosteniendo la violación a la doctrina legal emanada del Tribunal Superior de Justicia en Acuerdo N° 10/16 dictado en la causa "Reyes Barrientos",

respecto del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo y la incorporación del aguinaldo a la base remuneratoria.

**II.** Cumplido el recuento de las circunstancias relevantes de la causa y conforme el orden de las cuestiones planteadas al iniciar este Acuerdo, cabe ingresar al estudio del recurso de Nulidad Extraordinario.

En tal senda, cabe señalar que el vicio que la recurrente imputa al fallo en crisis y sobre el cual sostiene el recurso de Nulidad Extraordinario es el de incongruencia por extralimitación, por considerar que modifica aspectos de la sentencia que se encontraban firmes.

El motivo se encuentra contemplado por la Ley Casatoria, en el segundo párrafo del artículo 18°, que declara que el recurso de Nulidad Extraordinario procederá cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviera sustento suficiente en las constancias de autos, o resolviere sobre cuestiones ajenas a la *litis*, o que se hallaren firmes.

Según lo ha afirmado reiteradamente este Tribunal Superior de Justicia, dos son los vértices que, como mínimo, deben tenerse en cuenta en el juicio de procedencia de un recurso que persigue la nulidad.

Por un lado, no perder de vista que la invalidez es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva.

Por otro, que su finalidad "*... es asegurar la observancia de algunas reglas constitucionales atinentes al pronunciamiento final, con total prescindencia del contenido de la providencia, pues esto último se inspecciona por mediación del recurso de inaplicabilidad de ley, y por ende constituye materia ajena a [esta] vía impugnatoria ...*" (Hitters, Juan Carlos, *Técnica de los Recursos Extraordinarios*

*y de la Casación*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Librería Editora Platense, 2ª edición, 2002, p. 633).

En concreto, la congruencia entre la sentencia y las peticiones de las partes, constituye una ineludible exigencia de cumplimiento de principios sustanciales relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la *litis* fija los límites y los poderes del Tribunal (cfr. Acuerdos N° 17/19 "G.A.J." y N° 6/20 "Zapata", del registro de la Secretaría Civil).

Ahora bien, el principio referenciado debe ser también observado en la segunda instancia, ámbito donde se verifican algunas particularidades.

Es que, el resultado de la tarea jurisdiccional de la Alzada, para ser eficaz, deberá atender a la totalidad de los agravios conducentes, en tanto estos no se aparten, en forma prohibida, de la pretensión y oposición, tal como se delimitaron en las piezas liminares del proceso.

No cabe que la sentencia exceda las pretensiones de las partes, ya que el pronunciamiento judicial que acuerde o desconozca derechos no debatidos es como principio incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Es necesario considerar que el principio de congruencia está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional, por imperio del cual debe existir identidad entre lo resuelto y lo controvertido oportunamente por los litigantes, y en relación a los poderes atribuidos en cada caso al órgano jurisdiccional por el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, el Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, al referirse a los recursos y al procedimiento ordinario en segunda instancia, expresamente prescribe que "*... Poderes del Tribunal. El Tribunal no podrá fallar sobre*

*capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia ..."* (artículo 277).

Con lo cual, el pronunciamiento judicial debe atenerse a las pretensiones de las partes.

Cuando ello no es observado se configura el vicio de incongruencia y, consecuentemente, se atenta contra el derecho de defensa en juicio consagrado en la Ley Fundamental (artículo 18).

Es que, el Juez debe administrar justicia sin exceder los límites a los que las partes han circunscripto el contenido del litigio y el objeto de la pretensión (cfr. Acuerdo N° 41/07 "Ferrari", del registro de la Secretaría Civil).

Ahora bien, el motivo de justificación objetiva que nos ocupa -nulidad por incongruencia- tiene raigambre constitucional, pues hace a la fundamentación del decisorio (artículo 238 de la Constitución Provincial). Su configuración incide en la regular construcción del contradictorio.

En el proceso laboral, el principio de congruencia tiene un cariz particular toda vez que el judicante puede fallar *ultra petita* (cfr. Livellara Carlos Alberto, "La facultad del juez laboral para calificar la acción y de fallar 'ultra petita'", Santa Fe, Revista de Derecho Laboral, Procedimiento Laboral-I, N° 2007-1, Rubinzal Culzoni Editores, 2007, p. 67). Tal facultad ha sido receptada expresamente en el artículo 40 de la Ley N° 921 (cfr. Acuerdo N° 3/00 "Marchena", del registro de la Secretaría Civil).

Hecha esa salvedad, rige en toda su extensión la congruencia, como coto a la actividad jurisdiccional desplegada por los magistrados (cfr. Acuerdo N° 3/09 "Panguilef", del registro de la Secretaría Civil).

En definitiva, aquello que no fue objeto de la expresa crítica de la parte apelante, queda consentido y no

puede ser controlado por la Alzada, dado que el principio de congruencia condiciona la tarea de la segunda instancia revisora.

En ese sentido, el resultado de la tarea jurisdiccional de la Cámara, para ser eficaz, deberá atender a la totalidad de los agravios conducentes, en tanto estos no se aparten, en forma prohibida, de la pretensión y oposición, tal como se delimitaron en las piezas liminares del proceso (cfr. Acuerdo N° 20/18 "Umansky", del registro de la Secretaría Civil).

Resulta claro, entonces, que se incurre en el vicio de incongruencia, si la resolución no se encuadra en el marco de los recursos impetrados por las partes, pudiendo cometerse este vicio, por exceso o por defecto.

**III.** Dentro del marco jurídico reseñado, corresponde entonces, realizar un examen de los términos de la resolución de primera instancia apelada, los recursos deducidos, los agravios expresados y su contestación y del decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones, a fin de verificar si se ha afectado el principio de congruencia por extralimitación -como denuncia la recurrente-, o si por el contrario el pronunciamiento dictado se ajusta a derecho.

Ya ingresando en el análisis de los extremos antedichos, cabe señalar que el decisorio dictado por el Juzgado Laboral N° 2 (fs. 271/277vta.), hizo lugar a la demanda, condenando a la demandada a abonar a la actora la suma de \$14.437,28.-, en concepto de diferencias de liquidación final por fallecimiento del trabajador en los términos del artículo 248 de la LCT, con más sus intereses, que ascienden a \$23.397,05.-, y a hacer entrega de un nuevo certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones. Asimismo, impuso las costas en un 30% a cargo de la actora y un 70% a cargo de la demandada.



Apelado el decisorio por la parte actora, expresa agravios a fs. 286/299vta., que son contestados por la parte demandada a fs. 302/304vta.

Corresponde destacar que la parte demandada no apela la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia.

Sin embargo, la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones a fs. 308/319vta. contiene un apartado denominado "... IV.- Agravios de la demandada (fs.302/304) ..." en el cual aborda supuestos agravios expresados por la demandada y concluye que "... en respuesta a la queja del demandado, se reformulará la decisión de grado, conservando el carácter de 'no remunerativos' los rubros: 'Adicional Compensador CCT 2011', 'Adicional Torre', 'Suma Adicional Expediente N° 1439583/11' y 'Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas' ..." (fs. 313, tercer párrafo).

Como consecuencia de ello, formula una nueva liquidación en el punto "... XI. Liquidación de lo adeudado ..." (fs. 318), en la cual establece un nuevo monto base para calcular la indemnización prevista por el artículo 248 de la LCT, que resulta inferior al establecido por la sentencia de primera instancia, incurriendo de tal modo en "*reformatio in peius*".

Concluye, en el punto XIII, acogiendo parcialmente el recurso de apelación de la actora y también el -erróneamente asumido- recurso de apelación de la demandada.

Finalmente, en la parte resolutive, dispone modificar la sentencia dictada, de conformidad a lo explicitado en los considerandos, imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, dejar sin efecto las regulaciones de honorarios formuladas y regular nuevamente tales emolumentos.

Vale recordar, nuevamente, que la queja de la parte impugnante consiste en que la Cámara habría resuelto respecto de cuestiones que se hallaban firmes y con exceso de los

límites que corresponde a su actuación, por no haber sido objeto de cuestionamiento por las partes. Concretamente, por no haber mediado recurso de apelación de la parte demandada, lo que surge del examen del expediente.

En suma, la tacha de incongruencia se asienta en que la demandada no dedujo recurso de apelación contra la sentencia dictada en la Primera Instancia, por lo que no solicitó la exclusión de los rubros conceptuados como "Adicional Compensador CCT 2011", "Adicional Torre", "Suma Adicional Expte. N° 1439583/11" y "Asignación Vianda Complementaria No Remunerativa y Viandas" de la base indemnizatoria del artículo 248 de la LCT -como erróneamente consigna la sentencia recurrida- y, en consecuencia, la Cámara de Apelaciones carecía de facultades para tratar aquellos tópicos.

De lo expuesto, se infiere que el pronunciamiento bajo examen adopta una decisión que trasgrede los límites impuestos en las piezas procesales obrantes en autos - apelación y expresión de agravios de la parte actora y su contestación-, fallando por fuera de lo llevado a su jurisdicción, sobre aspectos que se encontraban firmes, circunstancia ésta que conduce a la nulidad -en tal aspecto del fallo controvertido-.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por arbitrarios este tipo de pronunciamientos. Así, ha dicho que *"... El principio de congruencia, como expresión del derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso esté orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos; de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales -sin hacer prevalecer*

*tampoco la forma sobre el fondo, pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencias ..."* (Fallos: 329:5903, 327:1607).

Con mayor sencillez, ha señalado que *"... El principio de congruencia procesal veda el pronunciamiento sobre peticiones o defensas no postuladas por las partes ..."* (Fallos: 319:2354).

Y, también, ha sostenido que *"... esta Corte ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304: 355; 308:552, entre muchos otros) ..."* (CIV 69715/2004/1/RH1, "Bercum Carlos y otros c/ S.A. La Nación y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 04/09/18).

Sobre la base de lo señalado, se concluye que el vicio nulificante denunciado -incongruencia- se encuentra configurado, tornando procedente el recurso de Nulidad Extraordinario instaurado.

Ahora bien, la sentencia en crisis deberá nulificarse parcialmente en lo atinente al denominado -erróneamente- recurso de apelación de la demandada, sin que corresponda la nulidad *"in totum"* del fallo bajo examen (cfr. Acuerdos N° 180/96 "Kees" y N° 23/09 "Carrasco", del registro de la Secretaría Civil).

Ello así, merced a que el acto jurisdiccional puede contener diversos aspectos en cuanto al objeto litigioso, que aun cuando se cierran en su debate en la sentencia total definitiva, constituyen parcialidades escindibles, con lo que su nulidad no acarrea necesariamente la del acto

jurisdiccional todo (cfr. Acuerdos N° 180/96 "Kees", N° 8/99 "Arenas", N° 10/99 "Ramos", N° 11/99 "Mercado" y N° 25/00 "Frias", del registro de la Secretaría Civil).

En consecuencia, propongo al Acuerdo declarar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la parte actora y nulificar parcialmente el pronunciamiento dictado a fs. 308/319vta., circunscribiendo esta decisión a los capítulos de la sentencia de la Alzada antes mencionados y designados como "IV *Agravios de la demandada (fs.302/304vta.)*", "XI. *Liquidación de lo adeudado*", "XII." (costas) y "XIII."

**IV.** Nulificada parcialmente -con el alcance referido- la sentencia recurrida, corresponde analizar en lo que respecta a la sentencia válida que subsiste (y que resuelve el recurso de apelación de la parte actora), el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido a partir del punto VI. del escrito casatorio (fs. 327vta.), con invocación del artículo 15° de la Ley N° 1406.

Al respecto, cabe señalar que realizado un detenido análisis del escrito en lo atinente al remedio deducido por la vía referida, he de postular el reexamen de la admisibilidad en su oportunidad declarada.

Ello, porque el planteo recursivo resulta técnicamente deficitario en los aspectos que se detallan a continuación y, por lo tanto, no reúne los recaudos exigidos por la Ley de rito.

En efecto, se encuentra ausente el requisito atinente a una adecuada y suficiente fundamentación recursiva.

En primer lugar, se verifica que si bien al inicio del escrito la actora expresa que deduce recurso por Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario (y desarrolla los fundamentos de este último en el *punto "... V. Nulidad Extraordinaria. (Art.18 L.1406) ..."*), luego no cumple

con una correcta introducción del recurso por Inaplicabilidad de Ley, omite mencionarlo expresamente y comienza el desarrollo de sus quejas a modo de agravios, a partir del punto "... VI. Arbitrariedad supletoria ...".

En efecto, la recurrente expresa en forma confusa sus fundamentos y omite encauzarlos debidamente dentro de las hipótesis previstas en la Ley Casatoria.

El referido déficit se evidencia en el tratamiento que expone bajo los títulos "VI. Arbitrariedad supletoria", "VI.1. Autocontradicción", "VI.2. Violación de los arts. 14bis, 6 y 7 PIDESE y la interpretación de la Corte Nacional", "VI.3. La magnitud", "VI.4. Violación de la propia lógica del fallo", "VII. Arbitrariedad respecto del desarraigo", "VIII. Violación del art.245 LCT y su doctrina legal (inc. D) art. 15 Ley 1406)", "IX. Arbitrariedad (art. 15, inc. c) Ley 1406", "IX.1. Daño previsional actual", "IX.2 la magnitud del daño", "IX.3. La pérdida de la chance jubilatoria como daño resarcible por el empleador", "X. Daño previsional. Contradicción entre salas", "XI. Omisión de una cuestión esencial (art. 18. L. 1406)", "XI.1 La cuantificación del daño", "XI.2. El ilícito", "XI.3. La responsabilidad del empleador ante pagos irregulares es general y no convencional", "XI.4. La doctrina al respecto", "XI.5 Hecho no consumado" y "XI.6. La violación al principio de progresividad".

Cabe recordar que, para fundar el recurso de casación, no alcanza con exponer los agravios, sino que resulta insoslayable -a efectos de activar la intervención y facultad revisora de este Cuerpo- invocar y encuadrar debidamente los vicios que se pretenden atribuir al decisorio recurrido, dentro de los motivos de justificación objetiva legalmente establecidos por la Ley N° 1406, con independencia estructural y sin déficit técnico; explicando, con base en

aquellos y sobre las proposiciones del pronunciamiento, de qué forma se configuran tales vicios y cómo deben variar las conclusiones a las que arribaron los sentenciantes. Ya que, de lo contrario, sólo servirá para exhibir un punto de vista propio y distinto al sustentado en el pronunciamiento y, por tanto, insuficiente para poner en evidencia que en éste se incurre en el defecto invocado (cfr. Resoluciones Interlocutorias N° 367/15 "Caligari" y N° 84/16 "Molinaro", del registro de la Secretaría Civil).

Y, en este caso, la recurrente no ha logrado probar tales extremos, toda vez que la presentación bajo análisis -en la parte pertinente- se estructura como una expresión de agravios, inapta para habilitar la instancia de revisión extraordinaria.

En la especie, la falencia mencionada se presenta con todas las críticas articuladas, desde que no se las subsume en las causales objetivas, más allá de que se las enuncia de modo genérico.

Ello se evidencia -por ejemplo- en las críticas que la recurrente enuncia bajo los títulos "VII. Arbitrariedad respecto del desarraigo", "IX. Arbitrariedad (art. 15 inciso c) Ley 1406", "IX.1. Daño previsional actual", "IX.2. La magnitud del daño" y "IX.3. La pérdida de la chance jubilatoria como daño resarcible por el empleador", en las que exhibe una discrepancia con la tarea desarrollada por la Alzada y expone un modo particular de interpretar tales cuestiones, pero en modo alguno logra poner en evidencia el vicio del artículo 15°, inciso "c", de la Ley N° 1406.

Es importante destacar que el vicio de arbitrariedad consiste en el error grave y manifiesto que se comete en el juicio, al analizar, interpretar o valorar pruebas con tergiversación de las reglas de la sana crítica, en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de lo cual

resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico-formal. Estas reglas conforman un sistema que concede a la judicatura la facultad de apreciar libremente la prueba, pero respetando la lógica y las máximas de la experiencia (cfr. Arazi, Ronald, "La prueba en el proceso civil", Buenos Aires, Editorial La Rocca, 1991, p. 102).

Conforme la doctrina de este Tribunal Superior de Justicia, para que el absurdo se configure debe acreditarse un desvío notorio y patente de las leyes del raciocinio o una insostenible desinterpretación de la prueba (cfr. Acuerdo N° 21/14 "Uircan", del registro de la Secretaría Civil), extremo que no se cumple en la especie.

Luego, bajo el título "*VIII. Violación del art. 245 LCT y su doctrina legal (inc. d) art. 15 Ley 1406*", la recurrente fundamenta su disconformidad por no haberse incorporado el aguinaldo a la base remuneratoria, empero invoca en forma conjunta dos vicios diversos que el ritual casatorio legisla de modo independiente -en los incisos "a" y "d" del artículo 15° de la Ley N° 1406-, por lo que tampoco se cumple con el recaudo de fundamentación suficiente y adecuada.

En orden a la causal de doctrina contradictoria contenida en el inciso "d" del artículo 15° del ritual casatorio, la recurrente no logra encauzar su crítica de manera adecuada, dejando, también en este caso, traslucir una mera expresión de agravios. En efecto, no demuestra la configuración de la causal alegada en relación con la doctrina aplicable, al omitir acreditar la similitud fáctica del caso con los antecedentes que menciona en los puntos VIII y X de su escrito.

Es que no basta referirse a la sentencia que se reputa en contradicción, si no se acredita una suficiente afinidad entre el antecedente denunciado y el traído a revisión, que es lo que en definitiva haría que, uno y otro,

deban resolverse de la misma manera. Entonces, corresponde tener por incumplida la carga que hace a una adecuada y suficiente fundamentación, con respecto a la causal prevista por el inciso "d" del artículo 15° de la Ley N° 1406.

Finalmente, bajo el punto XI, la recurrente introduce entre los fundamentos del recurso por Inaplicabilidad de Ley, una queja propia del recurso de Nulidad Extraordinario (omisión de cuestión esencial), lo que no cumple con una adecuada técnica recursiva.

Reiteradamente ha sostenido este Tribunal Superior de Justicia que los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley son dos vías distintas, de naturaleza, contenido y técnica diferentes, por las cuales se puede modificar un decisorio en instancia extraordinaria.

Nuestra Ley prevé expresamente -a diferencia de otras legislaciones- las causales que dan motivo a una y otra vía. De allí que se exija un planteo independiente de cada una para delimitar el ámbito de conocimiento de este Tribunal, que es precisamente lo que no cumple el escrito recursivo que se analiza.

Valga recordar que las referidas exigencias no son solemnidades innecesarias ni arcaísmos sacramentales que hayan perdido su justificación procesal, sino que responden a la necesidad de no restarle al recurso su carácter extraordinario, que impone el previo cumplimiento de obligaciones inexcusables para evitar que en la práctica se concluya por desvirtuarlo (cfr. Acuerdo N° 21/14 "Uircan" -ya citado- y Resolución Interlocutoria N° 70/16 "Duarte", del registro de la Secretaría Civil).

Sobre la base de todo lo expuesto, a pesar de haberme expedido por la admisibilidad en su oportunidad a través de la Resolución Interlocutoria N° 188/19, un nuevo examen de aquella en este estado, lo que resulta posible conforme



doctrina reiterada y pacífica de este Tribunal Superior de Justicia que posibilita el reexamen de los requisitos necesarios para la admisibilidad a pesar de haberse dictado la providencia de autos (cfr. Acuerdos N° 80/93 "Leuno de Huenteau", N° 184/96 "Gasparri Hnos. S.A.", N° 21/14 "Uircan" -ya citado-, todos del registro de la Secretaría Civil) me persuade en el sentido de propiciar la inadmisibilidad del recurso por Inaplicabilidad de Ley, en tanto no se cumple de modo cabal el recaudo de suficiencia recursiva.

Es que, no hace cosa juzgada la admisión previa del recurso de casación, en tanto el Tribunal Superior de Justicia, al entrar a decidir en definitiva sobre el acogimiento o no del recurso, puede mediante un nuevo examen de la cuestión, llegar a la conclusión de que no reúne alguno de los requisitos formales exigidos por la Ley Casatoria (cfr. Acuerdo N° 20/20 "Reynoso", del registro de la Secretaría Civil).

Sobre la base de todo lo expuesto, haciendo uso de la facultad de reexaminar la admisibilidad decretada a fs. 358/361vta. (cfr. Acuerdos N° 11/01 "Carrasco", N° 13/10 "Ente Autárquico Intermunicipal Cutral-Có - Plaza Huincul (ENIM)" y N° 21/14 "Uircan" -ya citado-, entre otros, del registro de la Secretaría Civil), propongo al Acuerdo rechazar el recurso por Inaplicabilidad de Ley, deducido por la parte actora.

**V.** En virtud de lo dispuesto precedentemente corresponde recomponer el litigio -artículo 21° de la Ley N° 1406- precisando que en virtud de la nulidad parcial dispuesta en el acápite III del presente decisorio -con los alcances allí señalados-, resulta válida la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, en cuanto acoge parcialmente la apelación deducida por la actora (recepta el subsidio por fallecimiento y la multa del artículo de la 80 LCT, puntos VII y VIII del decisorio). Y, en cambio, resulta nula en cuanto

reduce el monto de la MRMNH a los fines del cálculo de la indemnización del artículo 248 de la LCT (\$23.677,80.-) y, consecuentemente, también a los efectos de calcular la indemnización del artículo 80 de la LCT.

A raíz de ello, corresponde determinar el monto de condena que deberá recalcularse en función de lo resuelto en este pronunciamiento y en las sentencias válidas dictadas en la causa.

De conformidad con lo antes señalado, a las diferencias reconocidas en la sentencia de primera instancia (\$14.437,28.-), corresponde adicionar el monto reconocido por la Alzada en concepto de subsidio por fallecimiento (\$3.951.-) y la indemnización prevista por el artículo 80 de la LCT (\$71.033,40.-); con más los intereses reclamados desde el 01/11/12 y hasta su efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén -tal como fue resuelto en las sentencias de primera y segunda instancia-.

**VI.** Finalmente, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas de fs. 319vta., manteniendo las impuestas en primera instancia (actora en un 30% y demandada en un 70%) y estableciendo en la misma proporción las correspondientes a la segunda instancia (artículos 17°, Ley N° 921, y 68, último párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén).

En cuanto a las costas de esta instancia casatoria, se imponen a cargo de la demandada vencida (artículo 12°, Ley N° 1406).

Por último, también corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios fijada por la Alzada a fs. 319vta. por los trabajos realizados durante la primera instancia, los que deberán readecuarse a este pronunciamiento en la instancia

de origen; debiendo regularse los emolumentos por los trabajos en la Alzada y en esta instancia extraordinaria.

**VII.** Sobre la base de todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: **1) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extraordinario y, en consecuencia, **declarar la nulidad parcial** del decisorio dictado a fs. 308/319vta. con el alcance señalado en el considerando III, por incurrir en el vicio de incongruencia y resolver sobre cuestiones que se hallaban firmes (artículo 18°, segunda parte, Ley N° 1406). **2) RECHAZAR** el recurso por Inaplicabilidad de Ley, con base en los fundamentos expuestos en el apartado IV de este Acuerdo. **3) RECOMPONER** el decisorio, en los términos del artículo 21° de la Ley N° 1406, precisando que en virtud de la nulidad parcial dispuesta en el punto 1) del presente -con los alcances señalados en el acápite III-, resulta nula la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en cuanto reduce el monto de la MRMNH a los fines del cálculo de la indemnización del artículo 248 de la LCT (\$23.677,80.-); y, en cambio, resulta válida en cuanto acoge parcialmente la apelación deducida por la actora (recepta el subsidio por fallecimiento y la multa del artículo 80 de la LCT, puntos VII y VIII del decisorio). Consecuentemente, adicionar a las diferencias reconocidas en la sentencia de primera instancia (\$14.437,28), el monto reconocido por la Alzada en concepto de subsidio por fallecimiento (\$3.951.-) y la indemnización prevista por el artículo 80 de la LCT (\$71.033,40.-); con más los intereses reclamados desde el 01/11/2012 y hasta su efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén -tal como fue resuelto en las sentencias de primera y segunda instancia-. **4) DEJAR SIN EFECTO** la imposición de costas de fs. 319vta., manteniendo las impuestas en primera instancia (actora en un 30% y demandada en un 70%) y estableciendo en la misma proporción las correspondientes a la segunda instancia

(artículos 17°, Ley N° 921, y 68, último párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). En cuanto a las costas de esta instancia casatoria, se imponen a cargo de la demandada vencida (artículo 12°, Ley N° 1406). **5) DEJAR SIN EFECTO** la regulación de honorarios fijada por la Alzada a fs. 319vta. por los trabajos realizados durante la primera instancia, los que deberán readecuarse a este pronunciamiento en la instancia de origen. Y **REGULAR** los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada y en la etapa casatoria, en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les correspondan por la actuación en idéntico carácter en la instancia de origen (artículos 15° y concordantes, Ley Arancelaria). **VOTO POR LA AFIRMATIVA.**

El señor Vocal doctor **ROBERTO G. BUSAMIA** dice: adhiero a los argumentos y solución propiciada por el doctor **EVALDO D. MOYA**, votando en idéntico sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo y de conformidad con los señores representantes de los Ministerios Públicos, POR UNANIMIDAD, **SE RESUELVE: 1) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extraordinario y, en consecuencia, **declarar la nulidad parcial** del decisorio dictado a fs. 308/319vta. con el alcance señalado en el considerando III, por incurrir en el vicio de incongruencia y resolver sobre cuestiones que se hallaban firmes (artículo 18°, segunda parte, Ley N° 1406). **2) RECHAZAR** el recurso por Inaplicabilidad de Ley, con base en los fundamentos expuestos en el apartado IV de este Acuerdo. **3) RECOMPONER** el decisorio, en los términos del artículo 21° de la Ley N° 1406, precisando que en virtud de la nulidad parcial dispuesta en el punto 1) del presente -con los alcances señalados en el acápite III-, resulta nula la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en cuanto reduce el monto de la MRMNH a los fines del cálculo de la indemnización del artículo 248 de la LCT (\$23.677,80.-); y, en

cambio, resulta válida en cuanto acoge parcialmente la apelación deducida por la parte actora (recepta el subsidio por fallecimiento y la multa del artículo 80 de la LCT, puntos VII y VIII del decisorio). Consecuentemente, adicionar a las diferencias reconocidas en la sentencia de primera instancia (\$14.437,28), el monto reconocido por la Alzada en concepto de subsidio por fallecimiento (\$3.951.-) y la indemnización prevista por el artículo 80 de la LCT (\$71.033,40.-); con más los intereses reclamados desde el 01/11/2012 y hasta su efectivo pago, de acuerdo a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén -tal como fue resuelto en las sentencias de primera y segunda instancia-. **4) DEJAR SIN EFECTO** la imposición de costas de fs. 319vta., manteniendo las impuestas en primera instancia (actora en un 30% y demandada en un 70%) y estableciendo en la misma proporción las correspondientes a la segunda instancia (artículos 17°, Ley N° 921, y 68, último párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén). En cuanto a las costas de esta instancia casatoria, se imponen a cargo de la demandada vencida (artículo 12°, Ley N° 1406). **5) DEJAR SIN EFECTO** la regulación de honorarios fijada por la Alzada a fs. 319vta. por los trabajos realizados durante la primera instancia, los que deberán readecuarse a este pronunciamiento en la instancia de origen. Y **REGULAR** los honorarios de los letrados intervinientes ante la Alzada y en la etapa casatoria, en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les correspondan por la actuación en idéntico carácter en la instancia de origen (artículos 15° y concordantes, Ley Arancelaria). **6)** Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos a origen.

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. EVALDO D. MOYA  
Dra. CELINA BARTHES - Subsecretaria