



NEUQUEN, 20 de febrero de 2020.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"RODRIGUEZ JOSE JAVIER C/ CAPRIOLO S.R.L. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"**, (JNQLA5 EXP N° 510786/2017), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia definitiva dictada el día 24 de abril de 2019 (fs. 120/124 vta.), que hace lugar a la demanda interpuesta por José Javier Rodríguez en contra de Capriolo SRL, apela la parte demandada a fs. 129/130 vta. con agravios contestados por su contraria a fs. 132/134.

En el primer agravio, el recurrente se disconforma con lo decidido en relación a la indemnización sustitutiva del preaviso.

Afirma que fue efectivamente otorgado y notificado fehacientemente al trabajador, relevándolo de prestar tareas durante todo su plazo.

Puntualiza que el actor estaba en conocimiento del envío del despacho postal de despido y preaviso, dejando de ir a trabajar el jueves 2 de febrero y no concurrió ni intentó presentarse a trabajar o intimar se aclare su situación laboral y ello no fue evaluado por la a-quo.

Destaca que el art. 232 LCT no declara nulo el preaviso otorgado en forma insuficiente sino que establece el pago de la indemnización substitutiva.

Considera que como el actor recibió el preaviso en especie no laborando durante su término y abonándose la remuneración del mes de febrero, debería computarse a cuenta del preaviso y descontarse de la condena.

En segundo lugar, entiende que en el caso es de aplicación el art. 95 de la ley 24.467 que establece que el preaviso se computa a partir del día siguiente al de su comunicación por escrito y tiene un mes de duración.

Concluye que ello equivale a decir que no existe integración del mes de despido.

Agrega que en autos se acreditó mediante pericia contable el carácter de pequeña empresa de Capriolo SRL por lo que es improcedente el pago de la integración del mes de despido.

Arguye que, conforme la norma citada, el preaviso corre desde la fecha que es otorgado y durante un mes lo que obsta al rubro integración que resulta procedente sólo cuando el preaviso debe darse por mes calendario completo, es decir, comenzando el primer día del mes siguiente a la fecha de notificación del despido.

Además, dice que la integración del mes de despido procede cuando se produjo la extinción del contrato sin preaviso pero en autos, aunque de manera insuficiente -conforme lo dijo la sentenciante- fue otorgado.

II. Corrido el traslado, al contestar agravios, el actor hace hincapié en que el preaviso no respetó la normativa, en tanto al regir la teoría recepticia de las comunicaciones era imposible que se cumpla el plazo de 30 días.

Agrega que la accionada en relación a la integración del mes de despido, introduce como nueva fundamentación el art. 95 de la ley 24.467, que no fue opuesta como defensa al contestar demanda y que en virtud del principio protectorio en caso de que dos o más normas concurren a resolver la misma situación prevalece la más favorable.

Solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia con costas a la demandada.

III. Ingresando al tratamiento de las cuestiones sometidas a esta Alzada, debo señalar que el recurso apenas alcanza un mínimo de crítica concreta y razonada, por lo cual me avocaré a su tratamiento.

1. Así, advierto que el primer agravio invocado -condena al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso- debe ser analizado en sus distintos ángulos.

En efecto, el recurrente por un lado centra su crítica en que los hechos corroborados en autos no fueron debidamente evaluados por la jueza de grado.

No obstante ello, la sentencia en crisis cuando hace lugar a la indemnización por preaviso, refiere con justeza que el informe del Correo Argentino dio cuenta de que la notificación de la extinción del contrato laboral a partir del 2/3/2017 fue realizada el

día 6/2/2017 no cumpliéndose el plazo legal dispuesto por el art. 231 de la LCT, dejando aclarado que en autos no hubo prueba de que el actor hubiera retrasado voluntariamente la notificación de la misiva.

Al tratar la cuestión del preaviso, Raúl Horacio Ojeda, dice que "los plazos legales, que han sido detallados con sus particularidades en el comentario del artículo 231 de esta ley, deben ser cubiertos en forma íntegra (art. 232 LCT), oportuna (art. 239 LCT) y suficiente (art. 237 LCT) (conf. OJEDA, Raul Horacio "Ley de Contrato de Trabajo" Comentada y Concordada, Rubinzal Culzoni editores, comentario art. 232, pág. 296).

Por otro lado, el art. 235 dispone que debe probarse por escrito.

"... La comunicación verbal del despido no es asimilable a un preaviso regular, porque negado por la actora, el acto solo podría ser probado por escrito -art. 235 LCT- (Sala 8°, 28/3/2002, "Gaillard Beatriz v. Asociación Civil Universidad del Salvador")"

"La carga de la prueba de la emisión y recepción del preaviso la tiene quien la otorga"

"Se trata de una declaración unilateral de voluntad recepticia. Es decir que para su perfeccionamiento no solo requiere ser emitido, sino que debe llegar al destinatario (teoría recepticia). Una vez perfeccionado no puede ser revocado salvo acuerdo de partes ..." (Conf. GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Tomo II" Editorial Abeledo Perrot, pág. 993 y ss.).

De ello se sigue que ante el claro mandato de la norma, no cabía ningún análisis referido a las circunstancias del aviso verbal del despido.

Sin embargo, entiende la jueza a-quo que dándose el supuesto del art. 232 de la LCT, el otorgamiento insuficiente del preaviso obliga al empleador a abonar la indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que corresponde durante el plazo señalado en el art. 231 LCT y lo condena al pago de la indemnización de un mes de salario.

No obstante ello, el recurrente hace hincapié en que el preaviso fue notificado fehacientemente mediante misiva postal, pese a lo cual los plazos establecidos en el art. 231 de la LCT no fueron cumplidos.

El preaviso consiste en el deber del empleador de anotar anticipadamente la ruptura del contrato de trabajo dentro de los plazos dispuestos en el art. 231 de la LCT.

El autor citado anteriormente, continua diciendo que "... no debe confundirse la noción de "plazo" con la de "condición", puesto que de no cumplirse con el deber de preavisar el acto extintivo es igualmente valido como tal. Si fuera una "condición" cabría la posibilidad de interpretar que el acto nunca se perfecciona hasta tanto se cumpla, efecto no previsto en la ley" (pág. 266).

De hecho el art. 232 de la LCT no declara nulo el preaviso otorgado en forma insuficiente, sino que establece el pago de la indemnización substitutiva "equivalente a la remuneración que correspondería al

trabajador durante los plazos señalados en el art. 231" sin hacer salvedad alguna acerca de las vicisitudes que pudieran surgir.

En tal sentido, si bien no desconozco el fallo plenario N° 37 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, del 20/5/57 en autos: "Barrera Raul C/ Ducilo" citado por la parte actora donde se estableció que el preaviso otorgado por un plazo inferior al legal es nulo generando el deber de abonar íntegramente la indemnización sustitutiva que corresponda; por aplicación del principio de la buena fe contractual, coincido con la postura contraria.

Así la describió Juan Carlos Fernández Madrid en su "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, Tomo II, pág. 1590 al decir que:

"... en cambio la sala III de este tribunal (8/11/50, in re: "Orence c. Fasoli" decidió por mayoría de votos, que el principal puede preavisar al empleador por el periodo legal y prescindir durante el lapso de sus servicios, acordándole las 8 horas en vez de las dos a que está obligado; con igual razón debe admitirse la sustitución parcial del preaviso en los casos en que el aviso previo haya sido insuficiente (D.T. t.12, pág. 669; LA LEY T. 68, pág. 180)"

"Con respecto a la cuestión que ha provocado la convocatoria del tribunal, igual punto de vista sostuvieron la sala II, 30/4/53 en el juicio "Finelli c. Patagonia" (Soc. Resp. Ltda.) (D.T. t. 13, pág. 555, LA LEY t. 73, pág. 193) y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en su anterior constitución, marzo 1° de 1951, in re "Messora c. Frigorifico Bragado" (D.T., t. 11, pág. 293)"

"En adhesión a la misma doctrina se han manifestado Deveali ("Sobre la posibilidad de sustituir parcialmente el preaviso con la indemnización" y "Naturaleza del preaviso y la indemnización correspondiente" en D.T., t. 4, pág. 151 y t. 12, pág. 357, respectivamente); Ramírez Gronda ("Despido del trabajador durante el plazo legal del preaviso" en D.T., t. 4, pág. 166) y Luis de Litala ("Indemnización integra del preaviso" en D.T., t. 12, pág. 669).

También comparte aquella opinión Krotoschin ("Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", t. 1, pág. 499/500) y Colotti y Feito ("Patrones, empleados y obreros ante el contrato de trabajo", pág. 275),

Por tales consideraciones, entiendo que la condena al pago de un mes entero de remuneración en concepto de indemnización sustitutiva de preaviso resulta excesiva y desproporcional, debiéndose limitar ella a los cuatro días faltantes del preaviso otorgado por Capriolo SRL, que conforme las bases pautadas en la sentencia y que llegaron firmes a esta instancia, ascienden a la suma de \$ 2.621,97.

Ahora bien, conforme plantea la accionada, ¿puede tomarse la eximición de prestar tareas como un crédito a favor del empleador?

No. En tanto el art. 236 in fine establece que el relevo de prestar servicios que el empleador puede otorgar al trabajador, no es más que una mera facultad que la ley le otorga -a la que puede o no hacer uso de acuerdo a su poder de dirección- con

una finalidad práctica en el trayecto final de la relación laboral.

No obstante, no la supedita al cumplimiento de ningún recaudo especial bastando para ello hasta la simple comunicación verbal, lo que, no implica que por liberarlo el empleador de prestar tareas pudiera eximirse del pago del salario en tanto subsisten todas las obligaciones de conducta de las partes (art. 238 LCT).

Por lo tanto, la **compensación referida por la accionada** no es procedente.

2) En lo que respecta a la **integración del mes de despido y la aplicación del régimen previsto en la ley 24.467 (PyMES)** solicitada por la demandada, asiste razón al actor por cuanto la cuestión no fue opuesta al contestar demanda.

Por un lado, porque en virtud del art. 277 del CPCyC, este Tribunal no puede fallar sobre pretensiones que no fueron objeto de debate en la instancia anterior.

"... La prohibición impuesta por el art. 277 del Cód. Procesal al tribunal de segunda instancia para fallar sobre capítulos no propuestos al inferior, no debe confundirse con los argumentos jurídicos que sobre ellos desarrollen las partes. En este orden de ideas, la Cámara se encuentra facultada para tratar cuestiones que, aun cuando no hayan sido propuestas por el recurrente con anterioridad a los agravios, se encuentren vinculadas con el derecho (*C2°CivCom Minas y Trabajo, Catamarca, 2-6-97, Rep.L.L. 1999-2166, n° 88, y LL NOA, 1998-699*).

Por otra parte, si bien el encuadre dentro de una norma legal podría ser encauzado mediante el aforismo "*iura novit curia*", ello no está permitido cuando su aplicación al caso concreto depende del cumplimiento de ciertos presupuestos que no fueron objeto de la litis.

Esta Sala, en su anterior composición, sostuvo que:

"... Resulta inadmisibile que por la sola mención de encontrarse comprendida la empleadora dentro del régimen de las pequeñas y medianas empresas, se deba tener por acreditada tal circunstancia, ya que en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 24.465, **el régimen especial que les permite a aquéllas la utilización de ciertas modalidades contractuales en el orden laboral, requiere la cabal demostración de tal categoría.**" (el resaltado me pertenece) citado en autos "*SANTARELLI FELIX OMAR C/ ATLÁNTICA Security S.A. S/ DESPIDO*", (Expte. N° 286.889/02), Sala II, 21/10/2005.

En autos, la acreditación del carácter de PYME de la empresa demandada surge de la pericia contable, ello no fue argumentado al contestar demanda, ni ofrecido como prueba ni siquiera como punto de pericia.

Por lo tanto, al no haberse permitido a la contraria ofrecer prueba conducente para contrarrestar la afirmación de que la demandada se encontraba comprendida dentro del régimen de excepción previsto para las PYMES vulnerándose los elementales principios del debido proceso, el argumento no podrá ser atendido.

No obstante ello, el agravio tendrá favorable acogida pero por distintas razones.

En efecto, el art. 233 de la LCT, prevé: "... Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca **sin preaviso** y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido ..."

En autos, el preaviso si bien fue insuficiente en los términos de la norma, existió y por ende no hace acreedor al actor de la integración de los días no trabajados en dicho lapso.

"...Es obligación legal de las partes, basada en el principio de buena fe, comunicarse recíprocamente y con la debida antelación, según los casos, la voluntad de extinguir la relación laboral contractual, cuya finalidad es evitar una ruptura intempestiva del contrato de trabajo, la parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización sustitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el art. 231 de la L.C.T. Además cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en que el despido se produjera. (Del voto del Dr. Dos Santos.) (0.000422833 || *Isola de Hee, María del*

Pilar vs. Educativa S.R.L. s. Acción común /// Trib. del Trab. Sala I, Formosa, Formosa; 15/11/2001; Departamento de Informática Jurisprudencial del Poder Judicial de Formosa; RC J 10276/09)

IV. Por consiguiente, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y modificar la sentencia dictada a fs. 120/124 vta., disminuyendo el capital de condena a la suma de \$62.052,22 que deberán ser abonadas dentro del plazo y con más los intereses establecidos en la sentencia de grado, bajo apercibimiento de ejecución.

Atento al modo que se resuelve el recurso, las costas de esta instancia serán impuestas en un 90% a cargo del actor y en un 10% a cargo de la demandada (arts. 71 del CPCyC y 17 de la ley 921).

A fin de proceder a la regulación de los honorarios por la labor ante la Alzada, por aplicación de los principios generales en materia de honorarios profesionales, la base regulatoria debe estar circunscripta al interés económico comprometido en la apelación, ya que de otro modo, la regulación podría ser injusta por desproporcionada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que los jueces deben expedirse sobre la base regulatoria, es decir, determinar la sustancia económica del litigio y no limitarse a formular manifestaciones genéricas prescindiendo del valor intrínseco de la tarea cumplida y de las modalidades relevantes del pleito ("Fox c/ Siderca S.A.C.I.", 28/7/2005, Fallos 328:2725).

También ha sostenido la Corte Suprema que la regulación que ella efectúa no está determinada por los honorarios fijados en las etapas anteriores, sino por el monto disputado ante sus estrados; y que los porcentajes previstos en el art. 14 de la ley 21.839 - norma similar al art. 15 de la ley 1.594- para la regulación por las actuaciones en la Alzada aparecen referidos a la cantidad que "deba fijarse" para los honorarios de primera instancia, y no a los que, en concreto, se hayan fijado (cfr. "Vigo Ochoa c/ Encotel", 23/10/1986; Fallos 326:4351, citados por Amadeo, José Luis, "Honorarios de abogados (jurisprudencia de la Corte Suprema)", JA 2005-II, pág. 1.433).

El cuestionamiento respecto de la sentencia de primera instancia se limitó a la indemnización sustitutiva del preaviso (\$16.941,99) y la integración del mes de despido (\$15.848,95)

Independientemente a la suma por la que en definitiva prosperan, siguiendo los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, he de tomar como base regulatoria para fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada la sumatoria de los mismos (\$32.790,94) con más el importe de los intereses que se liquiden sobre el capital de condena, en oportunidad de practicarse la planilla del art. 51 de la ley 921.

Sobre dicha base regulatoria fijo los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, pero entiendo pertinente aclarar que, y si bien no resulta determinante para la solución de esta apelación, que cuando se invoca un beneficio -tal la inclusión en el régimen de pequeñas y medianas empresas-, éste debe ser denunciado oportunamente en el pleito y, además, acreditarse debidamente.

En autos la demandada no denunció oportunamente -al contestar la demanda- su inclusión en el régimen que hace excepción a la ley general. A tal punto ello es así, que tal como lo sostiene el primer voto, ni siquiera fue incluida tal cuestión en los puntos de pericia propuestos a la perito contadora.

Es cierto que esta perito acompañó con su informe pericial la certificación de esta categorización como mediana empresa primero, y pequeña empresa después (fs. 94/95), pero ello no resulta suficiente para considerar la inclusión de la demandada en dicho régimen por ser una cuestión no introducida oportunamente en la Litis.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 120/124 vta., disminuyendo el monto de condena a la suma de \$62.052,22 que deberán ser abonados dentro del plazo y con más los intereses establecidos en la sentencia de grado, bajo apercibimiento de ejecución (art. 51 ley 921).

II.- Imponer las costas de Alzada en un 90% a cargo del actor y 10% a cargo de la demandada (arts. 71 del CPCyC y 17 ley 921).

III.- Regular los honorarios los Dres.
...(art. 15 de la ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese
electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los
autos a origen.

Dra. Patricia Clerici - Dr. JOSÉ I. Noacco
Dra. Micaela Rosales - Secretaria