



NEUQUEN, 27 de Septiembre del año 2018

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"QUIROGA PABLO SEBASTIAN C/ MECANICA Y HIDRAULICA DEL SUR S.R.L. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** (JNQLA4 EXP 502909/2014) 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.-** Apela la parte demandada la sentencia de grado.

Funda su recurso en dos agravios, el primero, referido a las diferencias salariales. Cuestiona el hecho de que no se haya tomado en cuenta las inasistencias del actor, que resultan de los mismos recibos acompañados por esa parte.

Afirma que es el mismo actor quien reconoce las inasistencias, al no hacer mención de las faltas allí detalladas o afirmar que no existieron.

Considerando tal circunstancia, entiende que, por este rubro, sólo se adeuda la suma de \$1.273,90 correspondiente al mes de marzo.

Como segundo agravio, cuestiona los montos indemnizatorios.

Afirma que se ha incurrido en un error matemático al considerar como mejor remuneración, normal y habitual, la de junio de 2013 por la suma de \$ 10.163,22, pues incluye el Sueldo Anual Complementario correspondiente a todo el primer semestre.

Agrega que el incremento de paritaria, que modificó la escala salarial, es a partir del 1 de julio, por lo que nunca pudo ser la mejor remuneración a los fines indemnizatorios.

Sostiene, mediante cita de jurisprudencia, que no debe sumarse el SAC a los fines del cálculo indemnizatorio.



Refiere que el sentenciante se aparta de la pericia contable, no impugnada, que establece como mejor remuneración la de \$ 7.130,01. Dice que el mismo actor establece como base para el calculo la suma de \$ 7.523,62.

Entiende afectado el principio de congruencia, no pudiendo prosperar la demandada por importes superiores a los reclamados.

También alega afectado el principio de defensa, pues su parte solo se defiende de lo que le es reclamado, las omisiones del actor, o las diferencias en la forma de calcularlo, no pueden ser corregidas por la actividad jurisdiccional.

En relación a la multa del art. 2 de la ley 25.323 solicita que, considerando lo solicitado en la contestación, y las particulares circunstancias de la causa, se exima a esa parte de su pago. En subsidio, se adecue su monto a la suma reclamada.

**1.2** Corrido el pertinente traslado, en hoja 224 contesta la actora.

Entiende que los agravios no contienen un análisis serio, razonado y crítico de la sentencia, correspondiendo declarar desierto el recurso.

**2.** Ingresando al análisis del primer agravio vertido, y ciñéndome estrictamente a lo que ha sido objeto de cuestionamiento, adelanto que no tendrá acogida favorable.

La parte demandada afirma que el sentenciante se equivoca al considerar las diferencias salariales, pues el mismo actor ha reconocido y acreditado, documentalmente, que tuvo múltiples inasistencias.

Contrariamente a tal afirmación, advierto que la parte actora no ha reconocido tales hechos, sino que, por el contrario, los cuestionó.

Así, en hoja 30 se refiere a "*la falsedad de los recibos*".



En hoja 31 destaca la circunstancia de que la relación laboral fue registrada el 21 de mayo de 2013, por lo que *"es fácil comprender que los recibos de haberes entregados al actor, relacionados a periodos anteriores a esa fecha han sido confeccionados con posterioridad, sin correlación con las sumas efectivamente abonadas al trabajador"*.

En hoja 35vta., al referirse a las diferencias de haberes, expresó: *"Vale destacar que tras realizar retirados reclamos para conseguir los respectivos recibos, pues le eran requeridos por la Obra Social para dar de alta a su pequeño hijo, la parte empleadora confeccionó todos juntos y quien no tuvo mas alternativa que recibirlos, a fin de continuar con los trámites necesarios para obtener la obra social para el menor, pese a la falsedad de la información contenida"*.

*"Así, no obstante habersele entregado los recibos, debo recalcar que las sumas supuestamente abonadas, retenidas y/o deducidas, no han sido jamás entregadas a mi mandante, resultando adeudada la diferencia de haberes consignada en la planilla, con más sus intereses"*.

Por esta razón, al liquidar las diferencias salariales, no contempla las inasistencias que resultan de los recibos.

Es tan clara la posición del actor a este respecto, que el apelante, en oportunidad de contestar el traslado de demanda, afirmó que *"Es impropio el reclamo en términos generales que hace en la demanda, pretendiendo se le reconozca una diferencia sobre un máximo de horas que debió trabajar y sin inasistencias, para todos los meses cuando el actor reincidió en faltas injustificadas como surge de la propia documentación que acompañan"* (hoja 61 vta.).

A este fin ofreció prueba pericial contable, solicitando que la perito se expida respecto de *"si de los registros contables de la demandada, surgen inasistencias del trabajador al débito laboral"* (punto 5 hoja 63).



Posteriormente, y contrariando la actitud asumida, no exhibió la documental necesaria para que la perito desarrolle su dictamen. Es así, que en hojas 158, y en relación al punto de pericia 5 propuesto por esa parte, la auxiliar sostuvo *"No tuve acceso a la documentación de la demandada, por tal motivo no es posible acreditar si de los registros contables surgen inasistencias del actor"*.

En el marco descripto, la queja resulta insuficiente para desvirtuar la conclusión del A-quo, resultando plenamente aplicable la presunción que resulta de los arts. 55 LCT y 38 ley 921.

Vale recordar que *"Acreditada la relación laboral, cuando se controvierte el monto o la percepción de las retribuciones, la prueba contraria a las reclamaciones del actor estará a cargo del empleador"*. *"Si éste no la alegara o fuera insuficiente, se estara a los dichos del actor [...]"*, (*"SUCESTORES NESTOR RAUL NAVARRETE C/ MUÑOZ EMILIO FROILAN S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"*, EXP N° 377981/2008).

Asimismo *"La accionada debe probar el hecho positivo esencial que invoca en su propio beneficio en contraposición a las pretensiones deducidas. Ello así, porque la carga de la prueba no atiende tanto al carácter de actor o demandado, sino a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión, de manera que mientras el actor debe probar el acto constitutivo de su derecho el demandado probará los hechos contrapuestos que le sean favorables por ser impeditivos o extintivos, eximiéndose solamente de probar cuando se limita a negar los hechos expuestos por el accionante"* (Suprema Corte de Buenos Aires - 27/3/1979- autos *"Calderón, Eduardo A. y otros c. Loma Negra C. I. A. S. A."*).

Por lo expuesto, y circunscribiéndome a los términos del agravio, entiendo corresponde su rechazo.



3. Respecto del segundo cuestionamiento, relativo al cómputo del SAC a fines del cálculo de la indemnización, esta Sala reiteradamente ha sostenido que: *"En efecto: la posición de esta Sala es favorable a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la indemnización por despido."*

*"Así hemos sostenido que "...En cuanto a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual comparto el criterio del a quo. He dicho en autos "Cañicura c/ Empresa Zille" (P.S. 2011-IV, f° 707/719) que: "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/ Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982)."*

*"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolia, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustentó), y siendo el sueldo anual*



*complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC."*

*"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439)..." (cfr. "RIVERA BELMAR PLACIDO c/ EMPRESA DE OMNIBUS CENTENARIO s/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" EXPTE. 355664/7), ("LILLINI JUAN CARLOS CONTRA ALVAREZ FERNANDO RICARDO SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP N° 470329/2012; "VILLALBA HUIQUIL NATALIA MACARENA C/ WAL MART ARGENTINA SRL Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", JNQLA4 EXP 502801/2014; entre otros).*

**3.1** Sin perjuicio del criterio descripto, advierto que, conforme efectivamente cuestiona la parte demandada, al momento de efectuar los cálculos se consideró íntegramente el SAC por todo el período trabajado, y no el proporcional correspondiente al mes tomado como base.

Como consecuencia de esto, corresponde hacer lugar a la crítica formulada a este respecto, debiendo readecuarse los cálculos efectuados.

Conforme lo que resulta del recibo de liquidación final (fs. 7) y lo dictaminado por la perito, la mejor remuneración devengada corresponde al mes de junio 2013. Por este mes el actor percibió la suma de \$ 7130,01 en concepto de básico, vacacional y zona (recibo de haberes obrante a fs. 7).

Dado el criterio de esta Sala ya descripto, a ese importe debe adicionarse el SAC proporcional del mes, esto es \$ 594,16 ( $\$7130,01/12$ ).



En consecuencia, la mejor remuneración normal y habitual asciende a \$ 7724,17 y no a 10.163,22 como se tomara en la sentencia.

Derivado de esto, en tanto la demandada abonó \$ 7130 por indemnización por antigüedad, e igual suma por preaviso, la diferencia por tales rubros se corresponde con el SAC proporcional, esto es **\$ 1188,33**. (\$594,16 x 2).

Por integración por mes de despido, teniendo en cuenta el valor hora de julio fijado en sentencia, que no ha sido cuestionado, mis cálculos coinciden con los del actor, es decir un básico \$ 6.334 (valor hora \$ 31,67 x 200), vacacional \$ 263,81 (\$ 31,67 x 8,33), zona \$ 1319,56, ascendiendo el total a **\$ 7.917,37**.

Por vacaciones proporcionales, conforme la operación aritmética efectuada en sentencia, que no ha merecido reparo, salvo respecto a la base tomada, corresponde la remuneración diaria de 9.8 días, es decir (\$ 7724,17/25 x9.8) \$ 3.027,87. Habiéndose abonado la suma de \$ 2.196,04, resta un saldo de **\$ 831,83**.

En relación a la multa del art. 2 de la ley 25.323, no brindando razones que obsten a su aplicación, solo corresponde su readecuación. Siendo la sanción equivalente a la mitad de las indemnizaciones del art. 245 (\$ 3862,08); 232 (\$ 3.862,08) y 233 (\$ 3958,68), lo adeudado por este concepto asciende a **\$ 11.682,84**.

**4.** Finalmente, con respecto a la afectación del principio de congruencia y derecho de defensa, entiendo que tal reparo no puede receptarse.

Esto es así, en tanto, no puede dejar de sopesarse la manda del art. 40 de la Ley 921 que habilita al juez del trabajo a fallar por un importe superior al solicitado por la parte, si así correspondiera a la correcta aplicación del derecho y de los cálculos aritméticos, autorizando, por ende,



el fallo ultra petita en lo que atañe solamente al quantum de la condena.

Desde esta misma óptica, "el tribunal de alzada conserva la prerrogativa de fallar ultra petita (art. 56, ley orgánica), esto es de integrar matemáticamente el reclamo efectuado por el actor y/o reconviniente" (cfr. Poderes de la alzada laboral, Pose, Carlos Publicado en: DT 1993-B, 1065).

Esta facultad que se confiere a los jueces en materia laboral, aparece fundada en las especiales peculiaridades que ofrece el proceso judicial del trabajo, al imponer ciertas correcciones y matizaciones de las reglas y principios que rigen en el proceso de orden civil, en función de los especiales intereses que se controvierten en estos litigios y las posiciones que en él asumen las partes.

Cuando el desborde de lo acordado por el juez reposa solamente en el aspecto cuantitativo, no existe violación al derecho de defensa, puesto que la parte afectada por la resolución ha tenido la oportunidad de alegar la admisibilidad o inadmisibilidad -según el caso- de la materia respecto de la cual refiere el elemento cuantitativo, por lo que mal puede alegarse indefensión en este aspecto" (cfr. "Principios del nuevo proceso laboral de Santiago del Estero", Alba, Tomás Ramón Vicente, Publicado en: LLNOA 2015 (abril), 237. Ver mi voto en "HERMAN C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", JNQLA1 EXP 468838/2012).

**5.** Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo: **1)** Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada en relación a las diferencias salariales, quedando confirmada la suma fijada en la sentencia (**\$ 14.646,25**).

**2)** Hacer lugar al recurso en cuanto a la remuneración tomada como base para las indemnizaciones, readecuando los cálculos conforme lo expuesto en los considerandos. Las sumas reconocidas ascienden a **\$ 21.620,37**.





3) En atención al modo en que se resuelve, al prosperar parcialmente, las costas de esta instancia se imponen en el orden causado, quedando las de la instancia de grado a cargo del demandado.

6. En punto a la apelación arancelaria con relación a los honorarios de los letrados, realizados los cálculos pertinentes, ponderando las labores realizadas y las etapas cumplidas, las regulaciones efectuadas se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 11 y 39), por lo que corresponde su desestimación.

Luego, en cuanto a los honorarios de la perito contadora, cabe tener en consideración que, si bien no existen pautas aplicables a los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada atendiendo a la calidad y complejidad de sus respectivos trabajos, y conforme reiterada jurisprudencia de esta Alzada, estos emolumentos deben guardar relación con los de los restantes profesionales y su incidencia en la definición de la causa (cfr. Sala I, in re "PUGH DAVID CONTRA CABEZA RUBEN OSVALDO Y OTRO S/ D.Y P. POR USO AUTOM. C/LESION O MUERTE", Expte. N° 385961/9).

Sentado lo anterior, de conformidad con las pautas mencionadas y las que habitualmente utiliza esta Cámara para casos análogos, se observa que el porcentaje de la regulación de la perito resulta elevado debiendo establecerse en el 3%, sobre la base regulatoria determinada en la sentencia. **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 de apelación deducido por la demandada, modificando el monto de la condena



determinado en la sentencia de grado, conforme lo expuesto en los considerandos respectivos.

**2.-** Confirmar los honorarios regulados a favor de los letrados intervinientes y reducir los de la perito contadora A. S. G. al 3% de la base regulatoria determinada en la sentencia.

**3.-** Imponer las costas de Alzada en el orden causado, en atención al modo en que se resuelve, quedando las de la instancia de grado a cargo del demandado.

**4.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda 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. PASCURELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**