



Neuquén, 9 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"FIGUEROA JENIFER SABRINA C/ URQUILUX RODOLFO GASTON S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, (JNQLA1 EXP N° 470632/2012), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHSINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- La sentencia de primera instancia de fecha 18 de marzo de 2019 (fs. 157/161), hizo lugar a la demanda por cobro de remuneraciones adeudadas de abril, mayo y junio de 2012, S.A.C. y vacaciones proporcionales, así como la indemnización prevista por el artículo 80 de la L.C.T. y la obligación de hacer entrega de los documentos que prevé la norma referida.

Por el contrario, rechazó la procedencia de las indemnizaciones contempladas por los artículos 182, 232, 233 y 245 de la LCT, indemnización artículo 2 de la ley 25.323 y la sanción conminatoria prevista por el artículo 132 bis de la L.C.T.

Para decidir de este modo el a quo consideró que si bien la demandada adeuda la remuneración correspondiente a los meses de abril y mayo de 2012 y que la trabajadora cursó dos intimaciones reclamando su pago, ésta última no acreditó -frente a la puesta a disposición de la empleadora por carta documento-, que se haya apersonado a percibir sus salarios, por lo que concluyó que el despido indirecto resultó injustificado.



Por el contrario, estableció como insatisfecha la obligación de pago de las remuneraciones en cuestión, que mandó a abonar, entendió cumplidos los presupuestos de la indemnización del artículo 80 de la LCT y rechazó la indemnización prevista por el artículo 132 bis de la LCT, imponiendo las costas en el orden causado.

II.- El fallo es apelado por la perito contadora, quien cuestiona sus honorarios por considerarlos bajos (fs. 167) y por la parte actora a fs. 168/170.

Este último recurso se estructura a partir de dos agravios. El primero de ellos relativo a la conclusión de ilegitimidad del despido indirecto, en que denuncia la inversión de la carga probatoria respecto al pago de las remuneraciones y que la mera circunstancia de mencionar en una carta documento la puesta a disposición no es indicio que torne ilegítimo el despido indirecto.

En un segundo orden, cuestiona la desestimación de la sanción conminatoria prevista por el artículo 132 bis de la LCT, en la comprensión que se encuentran satisfechos los presupuestos de aplicabilidad de la norma.

La demandada contestó el traslado de la expresión de agravios a fs. 172/175 vta.. En su presentación solicita que se declare desierto el recurso, por ausencia de fundamentación suficiente. Afirma, con cita de jurisprudencia, que fue la parte actora quien se colocó en situación de despido indirecto por ausencia de pago de haberes y que al haber sido puestos a disposición, el despido indirecto carece de justificación, por cuanto no acreditó haber concurrido a percibir sus acreencias.



En relación al restante agravio, afirma que la parte actora pretende suplir su orfandad probatoria a partir de presunciones y que no se encuentran reunidos los presupuestos de aplicabilidad de la norma.

III.- Comenzaré el tratamiento del recurso interpuesto por la parte actora por el cuestionamiento a la calificación como ilegítimo del despido indirecto por medio del cual quedó disuelto el contrato de trabajo.

Le asiste razón a la recurrente sobre el punto, por cuanto la decisión recurrida quiebra las reglas sustantivas atinentes al instituto del pago en materia laboral.

La remuneración constituye la causa fin del negocio jurídico para el trabajador, quien a cambio de su percepción coloca a disposición del empleador su fuerza de trabajo. Es este el sinalagma contractual elemental, que además está atravesado por un nexo humano indisociable del trabajador y su dignidad, conforme el enunciado del artículo 4 de la Ley de Contrato de Trabajo, que coloca a la persona que trabaja por encima de la relación de intercambio.

Corresponde señalar -siguiendo a Rolando Gialdino- que el fundamento ontológico de todo el ordenamiento positivo del derecho internacional de los derechos humanos se enraíza en la dignidad de la persona humana (aut. cit, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", p. 5, Ed. Astrea).

Este fundamento aparece difuminado a lo largo de la mayoría de los instrumentos internacionales y recogidos en diversos fallos de la



Corte IDH (vgr. "Gelman", sent. del 24 de febrero de 2011, serie C N° 221, entre muchos otros).

En el caso "*Trabajadores Cesados del Congreso*" (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), la Corte IDH resolvió que la interpretación del artículo 26 -relativo a la recepción de los DESC- debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, y de conformidad con el referido principio pro homine.

Este temperamento aparece ratificado en el caso "*Lagos del Campo*" (sent. de 31 de agosto de 2017, serie C N° 340), que fue el primer caso en que la Corte IDH condenó a un Estado por violación del artículo 26 de la CADH, que a su vez conecta en forma directa con la Carta de la OEA, que prevé en su artículo 45 diferentes derechos de naturaleza laboral con marcada interdependencia con el aquí abordado.

En esta decisión la Corte IDH marco un punto de inflexión en la plena justiciabilidad de los DESC contenidos en la Carta de la OEA y con ello, en lo que aquí interesa, el alcance racional con que debemos integrar los magistrados los instrumentos internacionales en nuestras decisiones (v. párrafos 143 a 145).

También aparece como un mandato constitucional concomitante con la recepción de los postulados del Constitucionalismo Social, cuando en el año 1957 se incorporó el artículo 14 bis que indica al Congreso las condiciones "dignas" de labor, como una directriz del sentido que debe llevar la legislación.

Tal como lo ha afirmado con acierto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el ya referido caso "*Alvarez*", "[...] la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada



menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad [...]” (fallos, 333:2306, sent. del 07/12/2010).

Conforme ello, la persona humana que trabaja es el centro de todo el ordenamiento jurídico laboral y su destinatario último, circunstancia naturalmente exacerbada cuando están en juego derechos que resultan inescindibles de su dignidad, tales como los que atañen a la remuneración.

En este marco, el salario debe considerarse como inescindible soporte para la realización de otros derechos expresamente tutelados por los instrumentos constitucionales y convencionales, lo que impone la tarea de ajustar los criterios de juzgamiento a los estándares provenientes del sistema interamericano de derechos humanos.

De allí que, cuando se afirma la naturaleza alimentaria de la remuneración, se está aludiendo precisamente a este elemento como estructurador de otros aspectos inherentes a la vida del trabajador y su núcleo familiar.

Es por ello que el incumplimiento del empleador a la obligación que dimana del artículo 74 de la L.C.T. constituye *in re ipsa* un grave incumplimiento.

Situados precisamente en este punto y atendiendo al agravio planteado por la actora, no luce ajustado al curso ordinario de las cosas que un trabajador reclame por el pago de su salario de dos meses y que luego frustre su percepción para considerarse despedido. Es por ello que la conclusión del *a quo* no se presenta -a mi juicio- como una



derivación que se integre razonablemente con las máximas de la experiencia.

No obstante, encuentro otra falla racional en la construcción intelectual. Es que al empleador moroso no le basta con acreditar una puesta a disposición para desembarazarse de las consecuencias jurídicas del incumplimiento, sino que debe acreditar frente a una situación de mora del acreedor, haber recurrido al mecanismo de pago por consignación que prevé el Código Civil y Comercial en sus artículos 904 a 909.

En este orden y si bien como anticipé tendremos que recurrir al artificioso procedimiento hipotético de colocar al trabajador en un rol de abstención respecto de la percepción de su remuneración, tengo para mí que frente al vencimiento del plazo tendiente a su cobro la empleadora no cumplió con la intimación que dispone el artículo 904 inc. "a" del Cód. Civ. y Com.

Recién se manifestó al respecto mas de un mes después desde el vencimiento del plazo de pago de la remuneración de la trabajadora, con fecha 6 de junio (Carta Documento de fs. 20) y frente a una segunda intimación de la dependiente, de lo que se infiere que la empleadora no actuó con la diligencia que el ordenamiento jurídico impone ni hizo uso de la herramienta jurídica de la consignación judicial frente a una eventual mora del acreedor laboral en percibir su remuneración (art. 62 L.C.T.).

Con tales elementos, entiendo como una inadecuada jerarquización del artículo 377 del CPCC frente a las reglas sustantivas anteriormente enunciadas, que tienen preminencia en la ponderación de las conductas de las partes.



Es que, ante la avenencia de los contendientes en torno al dato objetivo de la ausencia de cancelación de los créditos salariales, incumbía al demandado probar la conducta morosa de la acreedora y su propia diligencia, aspecto que quedó trastocado cuando el *a quo* invirtió tales cargas probatorias.

En función de ello, el incumplimiento de la empleadora es lo suficientemente grave para desplazar el principio de continuidad del contrato de trabajo (arts. 10 y 91 LCT), por lo que resulta ajustada a derecho la causal de despido indirecto comunicada por la trabajadora (art. 242 L.C.T.).

Corresponde, de acuerdo con la antigüedad en el empleo de la trabajadora (dos años y cuatro meses), una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual, para cuya fijación utilizaré la remuneración establecida por el *a quo* para los meses de abril y mayo de 2012, de \$3.395,79, que incrementada con la incidencia del S.A.C. (\$282,86) asciende a \$3678,65. De este modo, la indemnización con fuente en el artículo 245 de la LCT será de \$11.035,97.

La indemnización prevista por el artículo 232 de la L.C.T. asciende a \$3.395,79, con más la incidencia del S.A.C. sobre el rubro de \$282,86.

La integración del mes de despido de junio de 2012 surge de cotejar la diferencia entre el importe correspondiente a mes completo y la suma asignada por el *a quo* como devengada a título salarial, por lo que se establece en \$1.867,68.

Finalmente, en atención a la procedencia de los conceptos indemnizatorios antes mencionados y habiendo satisfecho la parte actora el recaudo de intimación por medio fehaciente (v. fs. 12),



corresponde admitir el agravamiento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la ley 25.323, que asciende a \$8.291,15.

En relación al restante agravio, concerniente a la desestimación de la sanción conminatoria prevista por el artículo 132 bis de la L.C.T., propicio la confirmación de la sentencia de la anterior instancia, por cuanto la demandante no acreditó que los importes retenidos mensualmente por la empleadora no hayan sido ingresados a los diferentes organismos de la seguridad social.

En este orden, la actora estaba impuesta con la carga de acreditar que el accionado omitió ingresar los aportes que mes a mes le retuvo, no obstante lo cual no desplegó ninguna actividad útil a tal efecto.

En consecuencia, la condena se eleva a la suma de \$45.768,87, con más los intereses establecidos en la sentencia de origen.

Por otra parte, corresponde dar tratamiento al recurso de apelación de honorarios deducido por la Lic., en relación a los estipendios fijados, a cuyo efecto considero que su estimación en un 6% sobre la base del capital más intereses con un piso mínimo de cuatro jus no resulta en modo alguno exiguo.

En tal sentido, cabe con sopesar que sus honorarios resultan más elevados que los de cualquiera de los letrados intervinientes en el proceso, por lo que propicio su confirmación.

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo admitir parcialmente el recurso de apelación deducido por la parte actora y rechazar el deducido por la perito actuante.



En atención a la modificación sustancial de los términos del pronunciamiento, corresponde modificar la imposición de costas por su orden, las que se imponen en ambas instancias a la parte demandada vencida, manteniéndose los porcentajes establecidos en concepto de honorarios para los letrados.

Establecer los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que se establezca en el pronunciamiento de grado y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.-Habré de adherir al voto que antecede, estimando oportuno exponer las razones que me llevan a sostener la inclusión de la incidencia del proporcional del aguinaldo en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, luego que esta Sala III invariablemente siguiera el criterio restrictivo y contrario adoptado con fecha 19 de noviembre de 2009 por la mayoría en el Plenario N°322 de las Cámaras Nacionales del Trabajo en el precedente "Tulosai Alberto Pascual C/Banco Central de la República Argentina s/ Ley 25.561", tal como se desarrollara en: **"Sobarzo Santiago Bernabé c/ Junker S.R.L. s/Despido p/ Causales Genéricas" (Exp.N°505740/2015, Sentencia del 28/02/2019)** entre muchos otros:

"A.-Respecto a la primera queja, si bien asiste razón al recurrente en cuanto a que la inclusión del SAC en el art.245 de la LCT ha sido receptada por nuestro Tribunal Superior de Justicia en el antecedente que cita, esta Sala III sigue manteniendo el criterio restrictivo al respecto, pues



tratándose de una cuestión de derecho común, no resulta obligatoria para los tribunales inferiores.

Así fue expuesto en el Acuerdo N° 5/2017 en autos "Núñez Urra, Waldemar Enrique c/ Prevención ART S.A. s/ Enfermedad Profesional con ART" (expte. N° 412143 año 2010), en voto del Dr. Massei, cuyos argumentos doy por reproducidos en los presentes, respecto de la doctrina del Tribunal Provincial en materia de derecho común, donde expresó, con cita de Diana Cañal, que si en un punto tan relevante como el control de constitucionalidad, "los jueces no están obligados por criterios utilizados por la CS para resolver otro caso, nada nos habilita a pensar que lo sea en otros ... Pero por sobre todas las cosas, no lo prevé la propia Constitución, que desde su estructura ha permitido considerar al sistema jurídico argentino como continental. (SC)" desarrollando:

"La característica de un Sistema Continental es, precisamente, que ningún órgano superior disciplina a las instancias previas, cuya independencia, con el solo sometimiento a la Constitución Nacional, y a las leyes en consonancia con ella, lo garantiza. Dado que por lo contrario, nuestra estructura legal, la continental, es la que convierte a todos los jueces en guardianes del sistema con el control difuso de constitucionalidad, en ejercicio de la independencia judicial. Donde, es mucho más difícil someter desde la política a todos, que a unos pocos".

"Ahora bien, teniendo en cuenta que en este caso particular venido a conocimiento de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, tiene que ver con la aplicación de la Ley 26.773 y concordantes, no cabe duda que nos encontramos ante



una materia, en principio, excluida de la competencia del Máximo Tribunal, y propia del que integro.-"

"Lo desarrollado hasta aquí constituye sin duda un argumento de peso a ser tenido en cuenta, en el marco de nuestro diseño constitucional federal, para apartarnos de la doctrina del caso sub-análisis" (autora citada en su artículo ¿Cuál es la obligatoriedad de los fallos de la C.S.J.N.? (TSJ Ac. 5/17 voto del Dr. Oscar E. Massei) publicado en <https://esla.facebook.com/goups/revistacientifcaeft/permalink/580906752110104/>).

-

Consecuente con lo señalado, ya me he expedido apoyando la posición del plenario nacional "TULOSAI" in re "Cañicura Carlos c/ Empresa Zille SRL y otros s/ Despido Directo por otras Causales", (Expte. N° 377378/8), sentencia del 05/07/2011; in re "Molina Ítalo Javier contra Pride International SRL s/Despido por otras Causales", (Expte. N° 352439/7), sentencia del 27/12/2012 y "Carrasco Jorge Humberto c/Texey SRL s/Despido por otras Causales" (Expte. N° 420662/2010, Sent. 05.06.2015) -entre otras- a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad, sosteniendo el criterio que excluye el SAC de la base de cálculo del art. 245 LCT, por considerar que se trata de una prestación semestral y como criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N°25.877 modificado tal módulo.

A tenor de lo señalado, resulta correcto el criterio que se aplica en la sentencia que se revisa, conforme lo sostenido por esta Sala III, circunstancia que justifica que el agravio planteado,



cuestionando la no inclusión del SAC en la indemnización del art. 245 de la LCT, determinado en la instancia de grado, no tenga acogida favorable.- ..."

II.-En consecuencia, ante el cambio de criterio sostenido en el voto de mi colega de Sala, considerando el seguido por los integrantes de este Tribunal Dres. Cecilia Pamphile y Jorge D. Pascuarelli, integrantes de la Sala I ("CASO DIEGO SEBASTIAN C/ BERTORELLO J, MODENUTTI A.S.H. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES"-EXP 414668/2010-Sent. 28.-11.2017 - entre muchos) y los Dres. Patricia Clerici y José Noacco, miembros de la Sala II ("PEDROZA CECILIA GABRIELA C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"- EXP N° 468913/2012, Sent. 2.105.2019 entre otros), que serían los convocados a dirimir una eventual disidencia, y no desconociendo que es el adoptado por el Máximo Tribunal Provincial en el mismo sentido mediante Acuerdo N° 10/16 del 16/07/2016 en la causa "Reyes Barrientos", razones de celeridad procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, habré de propiciar la inclusión del proporcional del aguinaldo en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad regulada en el art.245 de la LCT, dejando a salvo la interpretación de lo preceptuado por dicha norma en casos como el traído a resolución.

III.-Sin perjuicio que lo expuesto importa un cambio de criterio de la Sala III que resulta novedoso, considerando que el recurso prospera admitiéndose la totalidad de las indemnizaciones rechazadas, habré de coincidir en que las costas se impongan a cargo del demandado vencido (arts. 17 L.921 y 68 del CPCyC).

Por ello, esta **Sala III,**



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

RESUELVE:

1.- Admitir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y modificar la sentencia apelada, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente pronunciamiento.

2.- Rechazar el recurso de apelación deducido por el perito contador.

3.- Imponer las costas de ambas instancias a la parte demandada (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO**