



NEUQUEN, 27 de agosto de 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**CORONADO MARIA JULIETA PATRICIA C/ HELOU GLADYS SANDRA S/ COBRO DE HABERES**", (JNQLA1 EXP N° 500332/2013), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHSINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Medori, dijo:**

**I.-** La actora interpone apelación contra la sentencia del 18/04/2018 (fs. 143/152), que hace lugar parcialmente a la demanda y condena a Gladys Sandra Helou a abonarle a aquella la suma de \$46.975,00 en concepto de las indemnizaciones de los art. 80, 123, 132 bis, 156, 232, 233 y 245 LCT y art. 2 Ley 25323 desde el 07/08/2012, con más intereses y costas.

**II.-a) Recurso de la actora (fs. 161/170 vta.).**

Explicita como primer agravio que la resolución bajo recurso rechazó las diferencias salariales en base a un horario de trabajo de ocho horas, cuando -según lo entienden todos los testigos que declararon son coincidentes en deponer haberla visto trabajar mañana y tarde, por lo que la jornada completa se encuentra debidamente acreditada.

A su vez, y conforme el informe pericial del que surge que la demandada no posee libros laborales rubricados, así como por no haber presentado los recibos de haberes y alta temprana en la AFIP, es que reclama la penalidad por tal omisión contenida en los art. 53 y 55 LCT y se considere el mayor horario consignado en su demanda. Cita jurisprudencia que avala su postura.

Manifiesta como segundo agravio que el hecho de que se haya morigerado la sanción del art. 132 bis LCT, aplicando una multa distinta a la prevista en la norma, implica que el sentenciante se arrogó facultades del poder



legislativo, declarando la inconstitucionalidad del artículo en cuestión, excediéndose en sus funciones y potestades; peticiona se condene a la accionada al debido y entero pago, conforme criterio jurisprudencial de la Cámara de Apelaciones de Neuquén.

Expresa en su tercera queja que, de hacerse lugar al primer agravio, esto es que se tome como base de cálculo la jornada completa conforme lo previsto en el art 19 del CCT 130/75, procede la readecuación de los montos indemnizatorios establecidos en la decisión atacada.

Formula reserva del caso federal y solicita se revoque la sentencia cuestionada conforme lo peticionado, con costas.

**III.-** Corrido el pertinente traslado de ley (fs. 177) el demandado no contesta (fs. 203/204).

**IV.-A)** Analizando el tema que es materia de apelación, resulta que la sentencia recurrida en el marco de un despido, examina la notificación telegráfica del distracto cursada, la que al no contener causal alguna, determina que el mismo resultó incausado y con ello, el acceso de la trabajadora a las indemnizaciones legales del quebranto.

En relación a la mayor dedicación horaria demandada y luego del examen de un único testigo que considera evaluable para dilucidar tal cuestión (Sra. Melián), resuelve tener por no acreditada la jornada laboral completa, desestimando las diferencias salariales a tal fin, como así también la procedencia de la multa del art. 1° de la ley 25.323 reclamada por la registración defectuosa.

Accede a los planteos indemnizatorios del art. 2° de la ley 25.323 y de las sanciones normadas en los arts. 80 y 132 bis LCT, aunque sobre esta última, declara de oficio su inconstitucionalidad, en tanto su aplicación conducía a un resultado desproporcionado e irrazonable, dado el exiguo monto



adeudado en aportes y contribuciones (\$1.552,38) en el escaso tiempo trabajado (seis meses y fracción).

Por ello condena a la accionada a abonar una suma equivalente a un año de salarios, en analogía con lo normado por la LCT en los casos en los que dispone indemnizaciones agravadas para sancionar incumplimientos aún más perjudiciales (art. 178 y 182 LCT).

**B)** Establecido lo anterior y conforme el alcance del planteo recursivo, la cuestión a decidir en primer término, se centra en determinar la procedencia de las diferencias salariales por jornada completa solicitadas por la actora, en tanto llegan firmes y consentidos a esta instancia revisora los hechos y el derecho de la decisión por la que se indemniza el despido de la demandante.

En este marco corroboro que no se efectuó correctamente **la** valoración de todas las testimoniales ofrecidas como prueba, motivo por el cual es que, evaluadas en su conjunto, se genera la suficiente convicción para receptor favorablemente esta primera queja.

Es así que discrepo con las afirmaciones sostenidas por el juez de la primera instancia, que solo analizó la testifical de la Sra. Melian considerándola insuficiente, cuando de los demás deponentes se extraen declaraciones coincidentes y asertivas como para acceder al reclamo de jornada completa que le deniega.

Del examen de los testimonios obtengo: Paula MELIAN (fs. 73): *".....Ella hacía horario de comercio, de lunes a sábado, era horario cortado, de mañana y de tarde. Yo estudiaba a la vuelta, entonces siempre la veía. Yo estudiaba de lunes a viernes y ella trabajaba horario de comercio, entraría 8,30 y saldría a las 13 hs. entraría a las 16, 16,30 hs. y saldría a las 21 hs. Sé que salía a las 21 hs. porque yo salía de estudiar y le preguntaba si me podían llevar a casa,*



*a parte siempre que tenía que comprar alguna cosa iba a Platerito...".*

*Silvia ROSALES RIFFO (fs. 85) dice: ".....que la dicente fue varias veces a la librería y la vio trabajando en la atención al público.....fue indiferentes horarios, a la mañana y a la tarde, no sabe bien que horario hacía.....la actora calcula que era el de comercio, porque un día fue y la atendió ella a la mañana. Cuando la testigo iba a la librería la actora estaba...".-*

*Finalmente Javier FEDERICO AGOSTINO (fs. 87) señala: "...veía a la actora a media mañana, no sabe a qué hora entraba, no tenía un día fijo, sino que cada 15 días iba a comprar, no sabe los días que ella trabajaba, si cada vez que iba estaba la actora. A la tarde cree que si fue, debe haber sido una o dos veces a la tarde y también lo atendió ella....".*

*Tomando en cuenta el escaso tiempo que duró la relación laboral (seis meses y fracción), estas testificales generan suficiente convicción para esclarecer la cuestión debatida en relación al mayor horario cumplido de la trabajadora.*

*Y como es sabido, "En la apreciación de la prueba testifical lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos en orden a las circunstancias personales de los testigos, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia, requisitos que, de no concurrir total o parcialmente, autorizan a alegar sobre la idoneidad del declarante." (Sala III "Heredia Gabriela verónica contra Expreso Argentino SRL s/Despido Directo por otras Causales" expte. N° 369617/8 Sent. Octubre/2011).*

*Y es que, "la idoneidad de los testigos resulta del conocimiento que tengan de los hechos sobre los que declaran. El análisis debe circunscribirse a verificar si las manifestaciones de los deponentes son objetivas, serias, convictivas, aspectos que se evidencian a través del detalle*



*circunstanciado de los hechos caídos bajo la acción de sus sentidos*" (CNAT Sala II, Nov. 22-1989: "Lera, Tomás Rafael c/ Bicci Mario E.", Carpetas DT, 3098).

A la vez que en la valoración de la prueba testimonial corresponde considerar que el examen de los testimonios supone la aplicación por parte del Juzgador de *"Las reglas de la sana crítica, que, aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las "máximas de la experiencia", es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad"*. (Palacio-Alvarado Velloso "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Tomo 8 pág. 140-Rubinzal Culzoni Editores)".

Igualmente y en apoyo de la decisión anterior que fortalece y cierra la dilucidación de esta cuestión, es que resulta de aplicación lo dispuesto por los arts. 38 de la ley 921 y el art. 55 LCT, ante la manifiesta presunción a favor de la trabajadora por la falta de presentación de los libros laborales y elementos de contralor previstos en los art. 52 y 54 de la LCT.

Luego, las planillas horarias presentadas por la demandada y desconocidas por la actora, al no poseer respaldo documental con los libros enunciados, carecen del valor probatorio necesario, ello sobre todo si se tiene en cuenta que respecto de las mismas no se impulsó prueba de reconocimiento alguna.

Con fundamento en lo analizado, es que corresponde readecuar la liquidación de la indemnización bajo el parámetro de un salario de ocho horas por \$4.704,16 (fs.



107) debiendo incluirse la indemnización del art. 1° de la ley 25323 por la comprobada registración deficiente, dando respuesta con ello al tercer agravio.

Así:

Indemnización por antigüedad (art. 245 LCT): \$4.704,16.-

Indemnización sust. preaviso (art. 233 LCT): \$4.704,16.-

SAC s/ preaviso: \$392,01.-

Integración mes del despido (art. 233 LCT): \$3.606,52.-

7 días trabajados Agosto/2012: \$1.097,02.-

Vacaciones prop./2012 (8,32 días, art. 156 LCT): \$782,77.-

SAC s/ vacaciones proporcionales: \$1.565,54.-

SAC proporcional (art. 123 LCT): \$483,48.-

Multa art. 1° Ley 25.323: \$4.704,16.-

Multa art. 2° Ley 25.323: \$6.703,42.-

Multa art. 80 LCT: \$14.112,48.-

**Total parcial: \$42.855,72.-**

**C)** Abordando el segundo agravio y determinada como ha sido la procedencia de la sanción del art. 132 bis LCT, es que se concordará con la decisión del juez de grado, en cuanto a que su aplicación debe ser justa y moderada conforme la comparación con el monto y la naturaleza del incumplimiento (adeudado: \$1.552,38) a los fines que no se torne excesiva y desproporcionada.

Por ello, es criterio de esta Alzada, evaluar cada supuesto individual y no realizar una aplicación automática de la misma, dado que si bien un elemental principio de justicia indica que todo incumplimiento merece un castigo proporcional a su gravedad, se estima, que de no realizarlo, ello podría arrojar un resultado no ajustado a la realidad a la que está destinada (significan/solicitan: 76 meses por \$4.704,16 = \$357.517,60).

Corresponde analizar entonces cada supuesto individual y en concreto, teniendo en cuenta la razonabilidad



y la proporcionalidad que debe existir entre el incumplimiento y la sanción.

Recuérdese que ésta, es la línea conceptual que viene sosteniendo esta Sala III al expresar: "...Ahora bien, a los fines de fijar el importe de la multa, considero que, como toda sanción, debe tener un coto o límite y no prolongarse indefinidamente en el tiempo generando abultadas indemnizaciones sin que se cumpla con el fin que tuvo el legislador para sancionar dicha norma, cual es la de persuadir al empleador a que integre dichos importes retenidos por ante los organismos de seguridad social".

"Hay que ser muy cuidadoso al interpretar que límite corresponde otorgar a la norma en estudio, así, conforme criterio sustentado por... la Sala II, de esta Cámara, en autos: "Lagos Mauricio Nazario c/ Santarelli Luis Alberto s/ Despido", (Expte. N° 333604/6), ha expresado que: "...Ahora bien, a los fines de fijar el importe pecuniario de la multa, considero que corresponde acotar el límite temporal para calcular la sanción pecuniaria, ya que el art. 132 bis de la LCT, lo establece desde el momento de operarse la extinción del contrato de trabajo (01/04/05), extendiéndolo hasta que el empleador acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos".

"Tal límite temporal estaría dado por la fecha de la sentencia definitiva dictada, por cuanto de aceptarse sin más que lo sea hasta el "efectivo ingreso de los fondos", importaría dictar una condena de futuro, cuando ello es procedente sólo en los casos donde existe un plazo convencionalmente pactado, cuestión totalmente ajena, a la que aquí se ventila...".

"Considero que el criterio precedentemente expuesto, es plenamente aplicable a los contratos por tiempo indeterminado o de larga duración...."(Sala III "González Viviana Elizabeth c/ Servicios Geriátricos Patagónicos S.R.L.



s/despido por otras causales”, Exp. N° 47048/2011- Sentencia 16/10/2014-).

Aplicando el criterio expuesto al caso, ha de concluirse en que resulta razonable y equitativo que la sanción conminatoria no supere el lapso mensual total de trabajo cumplido por la dependiente (conf. argumentos de la causa “González” citada supra).

De un modo similar, la CNAT ha sostenido: *“El art. 132 bis L.C.T. tiene un dudoso engarce constitucional puesto que obliga a pagar salarios al trabajador durante un lapso indeterminado de tiempo sin percibir contraprestación alguna, lo que pone en jaque el derecho de propiedad y el principio de razonabilidad.....preceptos de la C.N. y el principio de equidad”* (Sala VI, en autos “Cancedo Dora Adelina c/ Asociación Mutual para Agentes del Sistema Nacional de Previsión y otro s/ despido” Expte. N° 14.855/2012 Sent. Def. N° 70159 del 25/10/2017).

En este sentido, la Cámara del Trabajo de la III<sup>a</sup> Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, en los autos “Mateo Villarruel, Florencia S. c/ Boroco S.R.L y/u otros S/ Sumario (1) (M 3401/12 Conc. Daguer)”, Exp. N° 24923/13- Sentencia del 28.05.2015, sostuvo:

*“... Desmesurada en relación con la falta cometida. Es función de los jueces adecuar la aplicación de la norma para arribar a un resultado equitativo en el caso concreto, lo que aquí no sucede con notoria evidencia.- De modo que para proponer al acuerdo un parámetro objetivo, entiendo como adecuado incrementar en dos veces y media la deuda, en valores actualizados, arribándose a un importe de \$11.887.- que entiendo mantiene la proporcionalidad entre la sanción y la falta.- Tengo en cuenta, en el caso que nos ocupa, la brevedad del período laboral que vinculó a las partes y que la aplicación de una sanción de tal envergadura pone en riesgo la*





fuerza de trabajo de otros trabajadores indirectamente afectados".

"...Por otra parte, respecto de la reducción de la sanción legal en el caso del art. 132 bis de la LCT, ha sostenido nuestro Superior Tribunal de Justicia en "Dithurbide" que no se discute la facultad de los jueces para morigerar las sanciones (refiriéndose a la aplicación del art. 132 bis). Ahora bien, ¿sólo puede haberse tomando en cuenta el cumplimiento del deudor, o también cuando la relación entre la falta y la sanción resulte totalmente desproporcionada?. Al respecto se ha entendido, en doctrina jurídica y jurisprudencia de la Corte, que la proporción entre la falta y la sanción constituye la racionalidad que debe regir la formación del derecho como requisito constitucional.- Todo acto del estado, entonces, contiene una exigencia constitucional de razonabilidad que puede encontrarse afectada por desproporción" (cfr. Sagüés, Néstor P.: "Recurso Extraordinario", Ed. Astrea, T° 1, pág. 147. Bidart Campos "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", T° 1, pág. 228. Fallos 307:862; 311:394, entre otros".CNA Cont. Adm. Fed., Sala 4, "IMPRA S.A. -10.390-I s/ Res.Apel. de D.G.I", Se. del 21/11/95, S.A.I.J.).

"Habiéndose tomado en consideración, que no se trata de una indemnización, cuya naturaleza jurídica pretende mantener la indemnidad del trabajador que pone su fuerza de trabajo a disposición de la empresa, sino de una sanción conminatoria cuya finalidad es obtener del empleador el sometimiento a la exigencia legal de realizar los aportes" (CNAT Sala I "Bulacio, Rino Alberto c/ Belmonte, Marcela Beatriz y otro s/ despido" Exp.N° 51.734, Sentencia 501855/2013 del 15/02/2012).

Corolario de lo expuesto, si bien corresponde rechazar esta queja, siguiendo un criterio similar al utilizado en la instancia previa, por la retención de aportes



destinados a la seguridad social y a la obra social sin que se hayan depositado (pericial contable 106/112) procede morigerarlo en su importe a fin de no tornarlo confiscatorio. (Sala III "Guzmán Jorge Alberto c/ Servicios Frutícolas S.A. s/ despido por causales genéricas" -Exp. N° 501855/2013- 23-7-2018).

A tal fin, se tomará la remuneración mensual de \$ 4.704,16 determinada, la que se multiplicará por los 7 meses trabajados teniendo como límite temporal la fecha de la sentencia de grado.

Efectuando los cálculos pertinentes se arriba a \$ 32.929,12 por este concepto; monto éste que ante su falta de depósito, devengará intereses según la tasa fijada en primera instancia que no ha sido cuestionada.

Asimismo la demandada deberá proceder a integrar a los organismos de Seguridad Social los importes indebidamente retenidos de los haberes de la actora y no depositados, dentro del plazo que fije el juez de grado, y bajo apercibimiento de astreintes en caso de incumplimiento.

**IV.-** Por todo lo expuesto y considerado, propiciaré al Acuerdo hacer lugar parcialmente a la apelación de la actora respecto a la extensión de la jornada laboral y agravamiento del art. 1° ley 25323, con su consecuente redeterminación de los montos indemnizatorios, elevándose de tal forma el monto de condena a la suma de \$75.784,84, e imponiéndole también a la demandada reintegrar a los organismos de Seguridad Social, los importes indebidamente retenidos de los haberes y no depositados, dentro del plazo que indique el juez de grado y bajo apercibimiento de astreintes.

**V.-** Imponer las costas a cargo de la demandada en su calidad de vencida (arts. 17 L. 921 y 68 del CPCyC), regulándose los honorarios del letrado interviniente por la actora en la suma de 3 ius, atento a la entidad económica



comprometida en agravio (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20, 39 y 47 de la L.A.).

**Tal mi voto.**

**El Dr. Ghisini, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Modificar la sentencia dictada a fs. 143/152, respecto a la extensión de la jornada laboral y agravamiento del art. 1° ley 25323, con su consecuente redeterminación de los montos indemnizatorios, elevándose el monto de condena a la suma de **\$75.784,84**, e imponiéndole también a la demandada reintegrar a los organismos de Seguridad Social, los importes indebidamente retenidos de los haberes y no depositados, dentro del plazo que indique el juez de grado y bajo apercibimiento de astreintes.

**2.-** Imponer las costas de Alzada a la demandada en su calidad de vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 C.P.C.C.).

**3.-** Regular los honorarios de Alzada del letrado interviniente por la actora en la suma de 3 ius, atento a la entidad económica comprometida en agravio (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 15, 20, 39 y 47 de la L.A.).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori  
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**