



NEUQUEN, 18 de agosto de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GUTIERREZ JUAN CARLOS C/ FIDEOS DON ANTONIO S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"**, (Expte. N° 419805/2010), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y Marcelo J. **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini dijo:**

I.- La sentencia de fs. 357/361 vta., rechaza íntegramente la demanda y le impone las costas al actor en atención a su carácter de vencido.

Para así resolver, sostiene que: "a fs. 335 se tuvo a la actora por desistida de la pericial contable que ofreciera para constatar y calcular las diferencias de haberes, de modo que no existe acreditación alguna de las remuneraciones que le hubieran correspondido al actor por su encuadramiento como categoría "D" del Convenio Colectivo N° 66/89".

Y que: "En estos actuados la actora invoca un monto salarial que no se condice con ninguna de las pruebas salariales arrojadas a la causa, ni con la escala salarial agregada conforme ya citara (que resulta inaplicable por la fecha de la relación laboral) y no brinda ningún otro elemento de individualización de la escala salarial y con ello deja huérfana su pretensión, porque no demuestra que lo que percibió es menos de lo que le hubiera correspondido. Esto sumado a las circunstancias de que se le tuvo por desistido a la pericia contable, sella la suerte de la cuestión".

II.- Esa sentencia es apelada por el demandante a fs. 363/366 vta., en donde expresa que si bien la sentencia reconoce que la actividad del actor encuadra en la categoría



“D” del Convenio N° 66/89, incurre en contradicción, ya que a pesar de ello no lo aplica y rechaza la demanda.

Sostiene que el trabajador no puede colocarse en condiciones inferiores a aquellas que la ley le otorga, por lo que debe decidirse por el mejor convenio colectivo a aplicarse, también debe sustanciarse la liquidación de la deuda por el Convenio que le corresponde al trabajador, y no es óbice excluir este derecho de la sentencia, en tanto las liquidaciones laborales que no se realizan por un perito en la materia, la hace el juzgado al sentenciar.

Indica, que privar al actor de su crédito laboral cuando ha sido despedido y la empleadora ha mantenido de manera errónea la aplicación del convenio colectivo, el que una vez advertido y confirmado por el juzgado -lo que trasluce la sentencia de autos- debe ser aplicado, dado que su efecto contrario, atenta contra el consagrado principio de irrenunciabilidad.

Afirma, que la decisión judicial que priva al trabajador de la liquidación de su deuda, cuando reconoce que existe una deuda al actor, bajo la aplicación de un determinado Convenio Colectivo; que las diferencias salariales intimadas desde antes de iniciada la acción y que son parte del reclamo en la demanda, no pueden apartarse del decisorio final, excluyendo al trabajador de sus derechos consagrados en la ley y garantizados por la Constitución Nacional (art. 14, 14 bis y 17).

En segundo lugar, interpreta, que en función de la información que brinda en su página web el Ministerio de Trabajo, no existe impedimento para conocer las escalas salariales y no privar al reclamante de percibir las diferencias salariales y la liquidación final.

En tercer lugar, expone que el complejo de la situación vivida por el actor, no fue abordado en la sentencia, y desde la jurisprudencia nacional queda claro que



en situaciones de daño psicológico es procedente el daño moral proveniente de una relación laboral. Cita jurisprudencia.

A fs. 369/370, la parte demandada contesta traslado del recurso, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en primer lugar debo decir que la sentencia de grado ha quedado firme y consentida en cuanto a que la categoría que le corresponde al actor es distinta a la que detentaba al momento del distracto.

Así pues, la sentencia en este aspecto expresa que: "Por esta razón encuentro que de conformidad con lo que se describe en el Capítulo IV, artículo 21º del Convenio Colectivo 66/89, la categoría que correspondía al actor, dada su indiscutida actividad de acompañante ayudante de camión, es la definida como "D" en tal convenio".

Por tal motivo, es que debo verificar si en autos corresponde o no que al actor se le abonen las diferencias salariales y de liquidación que reclama en su demanda.

Advierto, que si bien el juez de grado reconoce que el accionante detenta una categoría distinta a la reconocida por su empleador, rechaza la demanda con el siguiente argumento: "...No obstante en autos la actora no ha acreditado en modo alguno la existencia de diferencias salariales entre las remuneraciones abonadas según el CC 130/75 y las que correspondían según CC 66/89 dado que no probó cuales son las remuneraciones que corresponden a la categoría "D" del CC 66/89".

Tal criterio resulta erróneo, pues al respecto cabe recordar que conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 921, "...acreditada la relación laboral, cuando se controvierta el monto o la percepción de las retribuciones, la prueba contraria a las reclamaciones del actor estará a cargo del empleador".



Consecuentemente, al estar probada la relación laboral y la distinta categoría del actor, la prueba sobre la correcta percepción del importe correspondiente al salario del trabajador estaba en cabeza del empleador.

De allí que, habiéndose demostrado que el Sr. Juan Carlos Gutiérrez, detentaba una categoría distinta y superior a la que se le reconoció durante la relación laboral, corresponde hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas, máxime cuando la accionada no demostró que el salario percibido por el operario era el correcto en función de su real categoría.

La falta de reconocimiento por parte de la demandada de la real categoría que en los hechos ostentaba el actor, constituye causa suficiente para la procedencia de las diferencias indemnizatorias reclamadas como consecuencia del distracto.

Respecto a su cuantificación, propiciaré que su cálculo se cumpla en la instancia de grado a través del Gabinete Técnico Contable del Poder Judicial, considerando exclusivamente la escala salarial de la categoría "D" del CCT N° 66/89 y lo pagado en cada período desde el ingreso hasta el cese del actor, con adición de los intereses desde que cada suma es debida y hasta el 31/12/2007 a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén S.A; y desde el 01/01/2008 hasta el 31/7/2015 se calcularán a la tasa activa mensual del Banco Provincia del Neuquén S.A. (Alocilla) y desde el 01/08/2015 y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa que establezca la reglamentación del Banco Central de la República Argentina, de conformidad a lo establecido en el art. 768 inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación vigente, o en su defecto, hasta tanto se publiquen las mismas se aplicará la tasa ACTIVA del Banco Provincia de Neuquén.



Que al precisar la noción del principio general de primacía de la realidad receptado en el art. 11 de la Ley 20.744, Plá Rodríguez sostiene que en materia laboral importa lo que ocurre en la práctica más que lo que las partes -entiéndase del contrato de trabajo- hayan pactado en forma más o menos solemne o expresa, o lo que luzca en documentos, formularios o instrumentos de control. Lo que interesa es determinar lo que ocurrió en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades (Los principios del Derecho del Trabajo, págs. 256/257, 2da. edición actualizada, Depalma, Buenos Aires, 1978).

Ciertamente se comparte el análisis y conclusión alcanzada por el juez de grado respecto a que la demandada no ha acreditado que las actividades que se desarrollan en el ámbito donde laboraba el trabajador sean ajenas o distintas a las del negocio principal de "Molino Harinero" que en el caso comprende los "depósitos" y "centros de comercialización" (art. 4 CCT 66/89), así como que la categoría de "Estibador" denunciada se corresponde con la desempeñada en ocasión de sufrir el accidente de trabajo "mientras estibaba bolas" fs. 20).

En el mismo sentido, reitero que la carga de la prueba del monto a percibir de los haberes es a cargo del empleador (art. 38 Ley 921).

La Ley 921, que regula el proceso laboral local, no contiene una prescripción expresa y general que determine las incumbencias probatorias. Contempla algunos supuestos especiales (Art. 38, 2do. párrafo), y en otros casos determina presunciones (Art. Citado, 1ro., 3ro. y 4to. Párrafos). Como mandato de cierre, dispone que el C.P.C. y C. sera de aplicación supletoria, en tanto resulte compatible con su letra y espíritu (Art. 54). Por el contrario, el rito civil



cuenta con una norma general que impone a cada parte el deber de probar los hechos controvertidos que sean presupuesto de las normas invocadas como sustento de sus pretensiones (Art. 377). Su empleo no es directo pues demanda el juicio de compatibilidad. Éste requiere computar, amén de las pautas rectoras de la citada Ley 921, todas las demás que son propias del Derecho Laboral y están recogidas en sus distintas fuentes. (conf. voto del Dr. Ricardo Kohon en "MERCHAN, JOSÉ RUBÉN Y OTROS C/ J.R.F. S.R.L. Y OTROS S/ COBRO DE HABERES" (Expte. N° 17 - año 2007), Acuerdo N° 4, Sala Civil 05.03.12).

Sobre la inversión de la carga probatoria en materia del procedimiento laboral y que involucra el presente caso, se ha dicho que:

"Controvertido en autos el monto o cobro de las remuneraciones y habiéndose acreditado el hecho básico que es su causa jurídica -existencia de la relación laboral y efectiva prestación de servicios- se opera a favor del actor la inversión de la carga de la prueba." (SCBA, L 34164 S 26-2-85, Juez SALAS (SD) DESIMONE, Vicente Juan c/ VERA, Alberto s/ Despido AyS 1985 I, 180 - LT 1985 XXXIII B, 615 - TSS 1985, 958 MAG. VOTANTES: SALAS - GHIONE - SAN MARTÍN - MERCADER - RODRIGUEZ VILLAR; SCBA, L 37100 S 26-12-86, Juez SALAS (SD) CAMMAROTA, Juan c/ NARDO, Néstor y otro s/ Indemnización por incapacidad AyS 1986 IV, 617 MAG. VOTANTES: SALAS - MERCADER-CAVAGNA MARTINEZ - NEGRI - SAN MARTIN).

"Discutido el monto de las remuneraciones que debió percibir el trabajador y demostrados los extremos que dan sustento a la presunción legal se produce a su favor la inversión de la carga de la prueba (art. 375, C.P.C.C.)". (CPCB Art. 375 SCBA, L 41386 S 19-9-89, Juez CAVAGNA MARTINEZ (SD) COLOMBO, Juan Carlos c/CANIZZARO, José s/Indemnización por antigüedad AyS 1989-III, 407 MAG. VOTANTES: CAVAGNA MARTÍNEZ - NEGRI - RODRIGUEZ VILLAR - SALAS - MERCADER).



Que sin embargo, tal presunción no alcanza en el caso a la cuantificación de las diferencias considerando que el actor enuncia un monto global de \$76.803,10 (punto V-A último párrafo, fs.77), pudiéndose comprobar que éste se aproximaría al resultado de multiplicar los períodos mensuales de la relación laboral y SAC (48), por la diferencia entre los haberes al momento del distracto, el asignado a la categoría pretendida de \$2785,12 y el último percibido de \$1.388,70 (punto V-A-fs.76vta), ambos estimados, cuando tales datos ni el cómputo fueron avalados por juramento alguno en los términos del primer párrafo del art. 38 de la Ley 921.

Y fundamentalmente, si se advierte que el pretendido haber de egreso (\$2.785,12) tal como bien advierte el juez de grado (fs. 359 vta, 3er párrafo), siquiera coincide con la escala correspondiente a su categoría fijado estatutariamente para períodos posteriores: agosto de 2009 \$2.328 para su categoría (fs. 244) existiendo medios para acceder a la exacta devengada conforme se informa a fs. 246/247, y el procedimiento de cálculo no se verá dificultado considerando que el actor aportó recibos y la empleadora sus registros laborales.

En consecuencia, a los fines del cálculo que estimo procedente para determinar el monto de la condena por diferencias de haberes por los períodos devengados desde el ingreso hasta el cese y la liquidación final, se habrá de considerar exclusivamente el valor publicado en el sitio para la categoría "D" de la Rama obrera prevista en el art. 21 del CCt 66/89, sumado al adicional por antigüedad de su art. 28 (1%, 2% y 3% al 1er., 2do. y 4to. año) conforme escalas salariales publicadas en el sitio oficial de la autoridad de aplicación (fs. 246/247) y se descontará lo percibido según valores brutos consignados en las columnas correspondientes a "Haberes" y "No Remun.", según recibos o registro contable, y repito, que tal procedimiento se cumpla en la instancia de



grado con intervención del Gabinete Técnico Contable del Tribunal.

En cuanto a la multa del art. 8 de la Ley N° 24.013, diré que no resulta procedente en el caso.

En efecto: el art. 8 de la Ley N° 24.013 establece: "El empleador que no registrare una relación laboral abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a una cuarta parte de las remuneraciones devengadas desde el comienzo de la vinculación, computada a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente...".

Esta norma se refiere a los trabajadores clandestinos, o sea aquellos que no se encuentran registrados en los libros del empleador, no a los que son deficientemente registrados, por lo que el artículo en cuestión no resulta de aplicación al caso de autos.

En lo que respecta al daño moral reclamado en sede laboral, debo decir que para que se configure es necesario, como sostiene la jurisprudencia, que exista una conducta adicional del empleador, ajena al contrato y de naturaleza dolosa.

Asimismo, se ha dicho que tanto el daño moral como el patrimonial reclamados en sede laboral, son de carácter excepcional, toda vez que éstos en la mayoría de los casos quedan subsumidos dentro de las indemnizaciones laborales pertinentes.

Por lo tanto, al no darse ninguno de los supuestos enunciados anteriormente para la procedencia de este daño, corresponde su rechazo.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: "La indemnización prevista en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo 20744 contempla el resarcimiento de los daños materiales y morales que normalmente son consecuencia de un despido injustificado. Síguese de ello que no corresponde fijar una indemnización por daño moral, excepto en el supuesto



que el empleador haya cometido un acto ilícito distinto al tiempo de la extinción de la relación laboral." (Lex Doctor: LEYC 20744 20-09-74 Art. 245 CATSL2 RS, 1000 163 RSD-65-99 S 19-8-99, Juez VERON, OSVALDO A. (SD) - Sotelo, Raimundo Abel c/ Adolfina S.A. y/o quien resulte responsable s/ Despido, etc.- MAG. VOTANTES: Verón, Osvaldo A. - Rodríguez de Dib, Martha C.).

Y también: "La reparación por daño moral sólo procede excepcionalmente cuando la actitud del empleador en el curso de la relación y en la disolución del vínculo va más allá del ámbito contractual, pues los daños producidos por el distracto encuentran adecuada compensación en el sistema legal de tarifa establecida en el RCT." (Lex Doctor: Autos: Barrionuevo, Luis Alfredo c/ Bauen SACIC s/ Despido. Magistrados: Rodríguez. Rubio. Sala: Sala II. 17/03/1988 - Nro. Exp.: 61317/88. Nro. Sent.: s.d.61317.).

IV.- En orden a las consideraciones fáctica y jurídicas expuestas, propiciaré al acuerdo que se revoque el fallo de grado, haciendo lugar al reclamo por diferencias de haberes por los períodos devengados desde el ingreso hasta el cese y la liquidación final, con más la adición de los intereses desde que cada suma es debida y hasta el 31/12/2007 a la tasa promedio entre la activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén S.A; y desde el 01/01/2008 hasta el 31/7/2015 se calcularán a la tasa activa mensual del Banco Provincia del Neuquén S.A. (Alocilla) y desde el 01/08/2015 y hasta su efectivo pago se aplicará la tasa que establezca la reglamentación del Banco Central de la República Argentina, de conformidad a lo establecido en el art. 768 inciso c) del Código Civil y Comercial de la Nación vigente, o en su defecto, hasta tanto se publiquen las mismas se aplicará la tasa ACTIVA del Banco Provincia de Neuquén.

Las costas de ambas instancias se impondrán a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921 y art.



68 del CPCyC), y atendiendo a la forma en cómo se decide se dejará sin efecto la regulación de honorarios establecida en la sentencia de grado revocada, debiéndose proceder a una nueva atendiendo al resultado de la planilla de liquidación que se practique y apruebe en definitiva. Los correspondientes a esta Alzada se fijaran en el 35% para la letrada del actor y 30% al letrado de la demandada, de lo que oportunamente se regule en la instancia de grado.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

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

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 357/361 vta., haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada por el Señor Juan Carlos Gutierrez, y en consecuencia condenar a Fideos Don Antonio S.A., a que en el plazo de diez días de notificada, abone al actor la suma que se determinará en la instancia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento, con más los intereses fijados en los considerandos respectivos, desde la fecha del despido hasta su efectivo pago.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).

3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad del art. 51 de la ley 921, teniendo en cuenta la cuestión litigiosa resuelta.

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% para la letrada del



actor y 30% al letrado de la demandada, de lo que oportunamente se regulen en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter.

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

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