



NEUQUEN, 30 de marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**REYES JOSÉ LUIS C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (Expte. N° 467651/2012), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- A fs. 324/329 la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia que luce a fs. 316/319 y vta., y que rechaza la demanda interpuesta con costas a su cargo.

II.- En primer lugar, se agravia por la valoración de la prueba realizada en la sentencia de grado, que no tiene por acreditados los hechos narrados en la demanda, referidos a la situación familiar y personal que llevaron al actor a suscribir el convenio de retiro.

En segundo lugar, critica que el a quo no haya hecho lugar al reclamo por considerar completamente inverosímil la versión del accionante en cuanto a que sabía lo que firmaba.

Señala, que el juez no tuvo en cuenta el estado de necesidad en el cual se encontraba inmerso su representado como consecuencia de la disminución de su salario; de la existencia de deudas a su cargo y de los demás problemas de índole familiar que lo afectaban, circunstancias éstas que lo llevaron a firmar un acuerdo que no leyó, y que por lo tanto, se encuentra viciado de nulidad.

Aduce, que no es cierto que el señor Reyes quiso desprenderse de la relación laboral, sino que la desvinculación mediante la suscripción de un acuerdo ha sido



producto de la disminución de las condiciones laborales dispuestas por la empresa a fin de desvincularlo laboralmente de ella.

Cuestiona que el juez no haya advertido el carácter ruinoso del convenio, a pesar de que el señor Reyes con el acuerdo indicado por la empresa dejó de percibir significativos ingresos a partir de una indemnización por despido incausado. Trae a colación la irrenunciabilidad de derechos que consagra el art. 12 LCT.

En tercer lugar, le agravia que el a quo haya tomado parcialmente a favor de la demandada y consecuentemente, en perjuicio de su representado la prueba testimonial producida en autos, debido a que, los testigos Baidal y Horacio Llanca, acreditan los extremos fácticos invocados por su parte.

Finalmente, cuestiona que en la sentencia se haya manifestado que su parte no haya redargüido de falsedad el instrumento mediante el cual se formalizó ante escribano dicho acuerdo.

Sostiene que el notario sólo da fe de los hechos que ocurren en su presencia pero no respecto del estado de ánimo ni de las presiones a las que estuvo sometido el actor.

Afirma, que la suscripción del acta por el trabajador no implica que su voluntad no haya estado viciada por los hechos relatados, ocurridos con anterioridad e impulsados por la empresa y que confluyeran en la desvinculación del trabajador en un despido encubierto por un "acuerdo de partes", donde el total de las condiciones fueron impuestas por la empleadora.

A fs. 332/333 y vta., la demandada contesta el traslado de los agravios, y pide en primer lugar que se declare desierto el recurso, al considerar que los agravios no cumplen con los requisitos del art. 265 del CPCyC.



Subsidiariamente, contesta los agravios, y solicita su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio debo decir que el art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo, al referirse a la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo, expresa: "Las partes por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. Será nulo y sin ningún valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente. Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultare del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que se traduzca inequívocamente en el abandono de la relación".

Del artículo mencionado se desprende que a los fines de la validez del acuerdo de extinción, la ley permite la posibilidad de formalizarlo a través de escritura pública, y si bien en el caso tal formalidad se encuentra debidamente acreditada con la escritura de fs. 166/169, advierto que una cosa es la formalidad legal del acuerdo y otra su validez.

Así entonces, si bien en materia laboral la negociación entre empleado-empleador es posible, la relación de subordinación existente entre las partes no deja de trasladarse al ámbito negocial, y es precisamente ésta "diferencia negocial entre las partes" la que hace que el acuerdo de extinción arribado -más allá del cumplimiento de su formalidad- deba ser interpretado con carácter restricto.

Por lo tanto, la sola instrumentación de la formalidad estatuida en el art. 241 de la LCT, sin analizar todo el contexto en donde ocurren los hechos, sobre todo las etapas anteriores del acuerdo, llevarían a cometer por parte de la empleadora abusos en la utilización de esta figura de



desvinculación contractual en perjuicio y fraude de sus dependientes.

De allí que, junto a la formalidad debe estudiarse con gran cuidado la verdadera finalidad contenida en el instrumento negocial, y así analizar si se cumplen los requisitos mínimos que sirven de piso para no violar las normas que conforman el Orden Público Laboral.

Muchas veces bajo la formalidad de un acuerdo extintivo, existe en realidad un despido arbitrario, que incumple los requisitos mínimos que aseguran una justa composición de los derechos del trabajador amparados desde la Constitución, convencionalmente y legalmente por las normas tuitivas que conforman el derecho laboral.

Y, precisamente la labor del juez no es la de examinar a vuelo de pájaro los acuerdos formales que se presentan a sus estrados, sino hacer una evaluación sobre la composición de los requisitos mínimos que deben cumplirse a los fines de su validez.

La jurisprudencia en general ha sido estricta en la apreciación de este tipo de acuerdos, consagrando su nulidad cuando advierte que la rescisión concertada cubre un despido sin causa.

"Así la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, dijo si bien las partes de un contrato laboral firmaron un convenio ante el Ministerio de Trabajo donde se estableció la disolución del vínculo por mutuo acuerdo, corresponde concluir que lo que existió fue un despido arbitrario por trastrocamiento de causa fin objetiva, toda vez que la entrega por parte del empleador de una suma de dinero en concepto de gratificación por el cese de la relación, denota sin lugar a dudas un apartamiento de la figura del art. 241 de la LCT, para instalarse en la del art. 245 de dicho cuerpo legal" (autos: "Maldonado c/ Harengus S.A." 19/2/2008, DJ 2008-II, pág. 472).



"En igual sentido la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideró que "el dato del pago de una gratificación extraordinaria con motivo del egreso, resulta un elemento de consideración indiciario de una conducta ilícita. Y digo ello pues, si se ha reconocido al actor el cobro de una suma en concepto de indemnización con motivo del cese, es evidente que no existió un cese por voluntad concurrente de las partes, pues, de ser así, el trabajador no sería acreedor a ninguna suma en tal concepto" (autos: "Larena c/ Coto CIC S.A., 20/05/2013, citado y comentado por Martínez, Rodrigo Ezequiel, LL, AR/DOC/4176/2013).

En orden a lo expuesto, el hecho de que en la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo se abone una gratificación al trabajador constituye un indicio de fraude a la ley que de manera alguna la justicia puede ni debe amparar. Máxime cuando de las declaraciones testimoniales que a continuación analizaré surge que el acuerdo es en realidad un despido en el cual las partes han negociado el pago de una indemnización sin respetar las pautas mínimas establecidas en la legislación laboral.

Así entonces, a fs. 265/ 266 vta., el Sr. Horacio Llanca, en relación al acuerdo de desvinculación, expresó: **"...Yo sé que la empresa nos ofrecían a todos para que nos vayamos, así que nos ofrecen el dinero y la jubilación para que nos vayamos por las buenas y si no te ibas a ir igual pero no te daban ni un peso.** La empresa tiene esa política, le dan unos pesos y te jubilan o los dejan dando vueltas, cumpliendo 8 hs., dando vueltas en los equipos y en la base, para que se cansen y se vayan. Eso es una política que ellos aplican siempre, porque lo hacen con toda la gente y si hay alguien que tiene alguna diferencia con la jefatura hacen eso. Yo hice un arreglo, me dieron dinero en parte y me tuve que jubilar con 50 años. Y el año pasado estuve con otro compañero



que no se quería jubilar, que no se quería ir porque tenía a los hijos en la universidad y lo obligaron a irse, y era jefe de equipo, era Oxagaray Raúl...”

En relación a la situación del actor, puntualizó: “...La de Reyes fue más o menos como la historia mía, lo llaman a la oficina, le ofrecen unos sueldos y tiene que renunciar a la empresa y a todos los derechos, a cualquier juicio, a lo que sea, **lo que más te piden es que renuncies a cualquier derecho y te hacen firmar papeles donde te hacen renunciar a los derechos que supuestamente uno tiene.** Eso es lo que me hicieron a mí y después se lo hicieron a él...”.

A fs. 290/291 vta., declara el Sr. Carlos Baidal, quien dijo: “...Trabajé para la empresa San Antonio Internacional SRL. Me retiré hace tiempo. Me desvinculé por un acuerdo que la empresa hace siempre cuando uno está por jubilarse, la empresa ofrece un retiro...”

En lo que respecta a la situación particular del Sr. Reyes, expuso: “...Reyes estuvo en la empresa hasta el año 2012, 2013 debe ser, circunstancialmente nos encontramos. Reyes se desvincula también porque le hacen una oferta para que se retire...”.

De los dichos transcriptos se desprende que era habitual que la firma demandada realizara acuerdos de retiro anticipado a través de una propuesta de gratificación -a modo de indemnización- implementando para ello mecanismos de presión como describe claramente el Sr. Horacio Llanca, cuando señala: **“La empresa tiene esa política, le dan unos pesos y te jubilan o los dejan dando vueltas, cumpliendo 8 hs., dando vueltas en los equipos y en la base, para que se cansen y se vayan”.** (los destacados me pertenecen).

Por otra parte, surge patente que el acuerdo de desvinculación celebrado entre San Antonio Internacional SRL y el Sr. José Luis Reyes, más allá de su forma: Escritura Pública, no fue libre de presiones, en donde las partes



deciden por mutuo acuerdo lisa y llanamente desvincularse laboralmente.

Advierto con facilidad que el pacto de desvinculación de fs. 166/169 es nada más y nada menos que un acuerdo indemnizatorio implementado por la empresa para desvincular a José L. Reyes, mediante el pago de una indemnización que se disfraza bajo el rótulo de "liquidación final y gratificación extraordinaria".

De lo precedentemente expuesto, surge entonces, que el Sr. Reyes, quien a la fecha de su desvinculación contaba con 25 años de servicios, es convocado a una reunión en donde se le informa que la empleadora ha decidido "desvincularlo" lo que sería en el caso sinónimo de "despedirlo", ofreciéndole o bien un acuerdo rescisorio con la percepción de una suma de dinero en concepto de gratificación; o la resolución del contrato de trabajo sin indemnización alguna (por lo menos en lo inmediato).

Lógica consecuencia es concluir que lo actuado por la demandada constituye un flagrante fraude a la ley, ya que el acuerdo alcanzado constituye un despido sin causa, en donde se pacta una indemnización que -a poco que se analice- no guarda relación con los mínimos legales establecidos en la ley para el caso de despido sin causa.

Consecuentemente, debo concluir que el acuerdo rescisorio instrumentado mediante Escritura Pública N° 442, de fecha 09/08/2011, es nulo, conforme lo prescripto por el art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo la nulidad del acuerdo mencionado en el párrafo anterior y en consecuencia, que se haga lugar a los rubros indemnizatorios que se detallan a continuación.

Sentado lo anterior, lo cual importa la revocación de la sentencia de primera instancia, corresponde



estudiar la procedencia de los distintos rubros pretendidos por el demandante.-

EL actor reclama el pago de la indemnización por antigüedad, la sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido, SAC e indemnización multa art. 2 ley 25.323. De manera que, al encontrarnos frente a un despido sin causa resultan procedentes las indemnizaciones pretendidas.

A los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad estatuida por el art. 245 de la LCT, diré que no corresponde tomar en cuenta el SAC.

En el sentido expuesto, esta Sala III en autos: **"QUINTANA LUIS ALBERTO CONTRA CLIBA ING. AMB. S.A. TECSAN S.A. UTE S/ COBRO DE HABERES"**, (Expte. N° 374393/8) ha expresado: "El sueldo anual complementario no debe ser computado a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad..Puede entenderse que no constituye una remuneración mensual, normal, la que no se percibe mensualmente, como por ejemplo, una gratificación extraordinaria o incluso un sueldo anual complementario que se cobra en dos cuotas en determinados meses" (C.N.A.T., Sala VIII, octubre 17 de 1988, "Cartazzo, Juan Carlos c. Tandanor S.A. y M", Carpetas DT, 2978).

También que: "Para el cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 de la LT, debe computarse la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el plazo de presentación del servicio. Sin embargo, la parte proporcional del aguinaldo no integra el salario mensual y habitual porque no se trata de una remuneración mensual sino de un adicional que se paga semestralmente". (C.N. trab., Sala III, agosto 17 de 1988, "Dre, Jacinto E c. Schcolnik, S.A.", Trabajo y Seguridad Social, 1988, pag. 731, n° 180). (ídem anterior).

Por lo tanto, a los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, no tendré en cuenta el SAC.



En lo que respecta al tope indemnizatorio, el art. 245 de la LCT, en su parte pertinente dice: "Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad. Al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el monto que corresponda juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores no amparados por Convenios Colectivos de Trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al Convenio de Actividad aplicable al establecimiento donde preste servicio o el convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el Convenio de la actividad a la que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado en base del sistema establecido en el primer párrafo." (texto ley 25.877 B.O. 19.3.04).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 14 de septiembre de de 2004, en la causa: "Vizzoti c/ Amsa S.A." declaro la inconstitucionalidad del tope



indemnizatorio del Art. 245 de la LCT cuando el salario devengado regularmente por el trabajador resultare disminuido en más de un tercio (33%), a los fines de determinar la indemnización por despido sin causa. Vale decir que el tope indemnizatorio se aplicará cuando no afecte el 67% de la mejor remuneración normal y habitual percibida por el trabajador despedido.

En relación al cuestionamiento del tope indemnizatorio, la accionada indica al contestar demanda (fs. 186 vta.), que asciende a \$9.291,71 al no afectar el límite del 67 % de la mejor remuneración mensual, normal y habitual que percibía el actor (\$13.761,36), por lo que corresponde aplicarlo a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad.

A su vez, constituyen antecedentes relevantes a considerar que el actor denunció que a los fines de los rubros indemnizatorios se debía tomar la mejor remuneración normal y habitual percibida durante el último año de prestación de servicios, señalado el correspondiente al recibo del mes de junio de 2011, que ascendía a \$22.559 (fs. 120), y a su respecto la demandada sólo cuestionó: 1)Que en aquel estaba incluido el SAC proporcional del primer semestre del año 2011 de \$8.797,64, que no procede ser considerado a los fines de los rubros reclamados (fs. 185/186) y 2)Que no se haya tenido presente la segunda parte del art. 245 de la LCT "según el cual la indemnización por despido injustificado se determina tomando como base de cálculo del tope indemnizatorio correspondiente, surgiendo dichos topes del promedio de las remuneraciones previstas para el Convenio Colectivo de trabajo aplicable", citando jurisprudencia de esta Alzada, y que "En el caso del tope indemnizatorio que corresponde aplicar a la actividad desarrollada por la empresa empleadora y las tareas a cargo del actor a la fecha de la finalización de la relación laboral, éste asciende a la suma de \$9.291,71. Este es el



monto que debe considerarse en nuestro caso a efectos de realizar el cálculo correspondiente a las indemnizaciones por despido sin causa" (fs. 186/187), remitiéndose a tales consideraciones en los rubros involucrados (fs. 186 vta. /187 y vta.), ofreciendo prueba de informes al Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación a efectos de que "informe respecto del tope indemnizatorio aplicable para el cálculo de indemnizaciones por despido incausado, al día 9 de agosto de 2011, considerando las tareas a cargo del actor - José Luis Reyes- como Encargado de Turno en Perforación", y la actividad desarrollada por SAN ANTONIO INTERNACIONAL SRL, empresa que se dedica a prestar Servicios Petroleros" (punto 4.3-fs. 190).

Y sobre el punto, el único informe es el agregado a fs. 245/263 que incluye un listado de los CCT de empresas petroleras, explicando que en la requisitoria judicial "no se indica convenio colectivo por el que se solicita la información y en razón de que la determinación de la norma legal o convencional aplicable a una determinada actividad, vinculación o categoría laboral excede la competencia de este Organismo" (fs. 261).

Así es como, no restando pruebas pendientes de producción, se concluye tal etapa (fs. 307 y vta.) y se ponen los autos para alegar (fs. 309).

Ahora bien, propiciaré una solución distinta en relación al tope legal que pretende la demandada, con fundamento en la segunda parte de la norma transcripta (art. 245 LCT), y para los restantes rubros indemnizatorios, al no concurrir los presupuestos para su aplicación, tratándose de extremos que deben ser específicamente invocados y no menos, acreditados.

Sobre el particular, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha sostenido de manera invariable que: "2. *Tampoco acierta la quejosa en cuanto sostiene que el*



tribunal de grado omitió aplicar el tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

a. Al cuantificar la indemnización por despido injustificado, cuya procedencia declaró, el juzgador procedió a multiplicar la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el actor (\$ 2.000; fs. 261 vta.) por los años de antigüedad (sent., fs. 279 vta.; y resol. aclaratoria de fs. 313/316 vta.).

b. La quejosa sostiene que, al omitir la aplicación del tope a la base salarial establecido en su párrafo segundo, el a quo se ha "apartado" del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Consecuentemente, pretende que se reduzca la indemnización con base en alguna de estas dos alternativas: (i) se aplique el módulo de \$ 1500, que -dice- "es el tope de convenio para la especialidad"; o (ii) se reduzca la base salarial a \$ 1.340, importe resultante de reducir en un 33% - con arreglo al criterio esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Vizzoti"- el salario de \$ 2.000 que el tribunal estableció como la mejor remuneración computable a los fines indemnizatorios.

c. Planteada en los términos expuestos, la crítica es inatendible.

(i)Es que -contrariamente a lo que, de manera absolutamente novedosa, esgrime al deducir el recurso extraordinario- en el escrito de réplica la accionada en ningún momento requirió la aplicación del supuesto tope convencional que ahora pretende hacer valer para reducir la cuantía de la indemnización que debe pagar al trabajador injustificadamente despedido.

En efecto, al intentar rebatir la procedencia y cuantía del rubro en cuestión (calculada en la demanda con arreglo al salario denunciado, con más la incidencia del sueldo anual complementario; ver fs. 28), la patronal se



limitó a señalar que, para el hipotético caso de que se acreditara la relación laboral, "la remuneración que correspondería abonar al actor es de \$440", de conformidad a lo que establecía el Convenio Colectivo de Trabajo 243/94 (ver fs. 91).

De ello se desprende que la única defensa que hubo de intentar (afincada en que la indemnización por despido debía calcularse con arreglo al importe salarial que correspondería a la categoría convencional en la que se desempeñó el trabajador despedido) fue aquella ya descartada al analizar el agravio anterior: vale decir, la alegación concerniente a que el salario devengado ascendía a \$ 440. Por el contrario, ninguna referencia hizo al tope de \$ 1.500 que ahora, una vez fracasada su estrategia de desvirtuar el salario denunciado por el actor en la demanda -en una postulación que claramente es fruto de una reflexión tardía y, por tanto, inhábil para la apertura de la revisión casatoria (conf. causas L. 97.989, "G., P.", sent. del 2-VII-2010; L. 97.031, "Del Saz", sent. del 9-VI-2010; L. 100.121, "Carrizo", sent. del 26-V-2010)-, introduce de manera novedosa, sin siquiera indicar, para más, de donde provendría ese importe, desde que (reproduciendo la omisión en que incurrió al contestar la demanda) no sólo no identifica la resolución del Ministerio de Trabajo que habría publicado tal tope (art. 245, segundo párrafo, L.C.T.), sino que, además, ni siquiera lo vincula a un supuesto promedio de la escala de remuneraciones del convenio que identifica (lo que, agrego, no habría resultado posible, en tanto el propio juzgador consideró acreditado que no existían escalas salariales emergentes de la negociación colectiva; ver fs. 261).

En ese contexto, es atinado traer a colación la doctrina legal establecida por esta Corte en la causa L. 95.307, "Textil La Rosalía S.A." (sent. del 15-XII-2009), oportunidad en la cual hubo de señalarse que la aplicación del



tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.013) queda circunscripta a aquellos casos en que todos los aspectos que reclama la norma en su actual redacción para su operatividad, se encuentran verificados en el veredicto y la sentencia.

De modo tal que -se señaló en dicho precedente- si la parte interesada en la aplicación del tope indemnizatorio no circunscribió la situación del trabajador a algunos de los supuestos previstos en los apartados segundo o tercero del art. 245, ni indicó consecuentemente cuál sería el Convenio Colectivo del caso y el tope establecido por la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación encargada de fijar y publicar el monto correspondiente, no puede intentar introducir ahora ese planteo en esta instancia extraordinaria (conf. causa L. 95.307, cit.; ap. III.4.b. del voto de mi distinguido colega doctor Soria, al que adhirieron todos los Ministros intervinientes). Semejantes datos deben ser, en virtud de lo que prescriben los arts. 12 y 47 de la ley 11.653; 34 inc. 4° y 163 inc. 6° del Código Procesal Civil y Comercial, individualizados en los escritos iniciales del proceso, a fin de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (conf. causa L. 95.307, cit.).

No resulta difícil deducir que ello es lo que sucede en la especie, desde que la accionada, si bien se limitó a mencionar el convenio colectivo que reputaba aplicable al caso, ninguna referencia a la aplicación del tope indemnizatorio formuló en la contestación de la demanda, ni mucho menos postuló que el mismo ascendiera a la cifra de \$ 1.500 que tardíamente -y, reitero, sin siquiera identificar la supuesta resolución de la cual provendría, ni intentar justificar el proceso seguido a fines de arribar a semejante importe- somete a consideración de esta Corte mediante el recurso extraordinario. Por lo tanto, las falencias



mencionadas no pueden ser salvadas, desde que -como se resolvió en la causa que venimos citando- el reenvío a la instancia de origen para el tratamiento de esa cuestión que estuvo ausente por la desidia o la negligencia de la parte interesada, importaría trastocar los confines de las etapas fenecidas.

(ii) Tampoco corresponde la aplicación del criterio que emana del precedente "Vizzoti" de la Corte federal que -en subsidio- solicita la quejosa, no sólo porque en el caso no fue peticionada ni debatida la validez constitucional del tope, sino, fundamentalmente, pues -como la propia interesada lo reconoce; ver fs. 355 vta.- de aplicarse la reducción del 33% a la mejor remuneración acreditada (\$ 2.000), el importe de la base salarial resultaría inferior (\$ 1.340) al tope que la propia demandada denuncia (\$ 1.500), lo que demuestra que -en la hipótesis esgrimida en el recurso- el límite supuestamente aplicable no habría afectado en más del 33% el salario efectivamente percibido de \$ 2.000, resultando por tanto ajeno el caso a la situación prevista por el alto Tribunal en el precedente de marras, en criterio que fuera receptado por esta Corte en numerosas oportunidades (conf. L. 85.985, "Caserta", sent. del 30-VI-2010, entre muchas)... " (SCBA L. 104.565, "Florido, Juan Eduardo contra Amarradores del Puerto de Bahía Blanca S.C. Despido, etc." Sent. 05.11.2014 Voto del Dr. Pettigiani).

En el mismo sentido, en la causa "GIOSUE GUILLERMO CESAR C/CASTINVER S.A. Y OTRO S/COBRO DE HABERES" (Expte. N° 391245/2009- Sent. 30.06.2015), con voto del Dr. Medori se dijo: "... la demandada recurrente al contestar la demanda nunca citó la convención colectiva involucrada (fs. 560 vta. y 561 punto b), por el contrario, la eludió; finalmente, estaba a su cargo probar sobre el eventual exceso entre lo devengado a favor del actor y "el equivalente a tres veces del importe mensual de la suma que resulta del promedio



de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad...".

"Aquello que debió haber sido introducido expresamente y satisfecho incluso mediante la producción de prueba informativa y pericial, tampoco se comprobó por la inclusión como punto para el dictamen el cotejo del cálculo del 67% por no ofrecer las pautas para la categoría profesional del actor, habiendo sucesivamente invocado la aplicación de otros convenios colectivos (comercio y la industria del papel - fs. 562 vta. 563 punto d-12 y 16).-

"Así, para poder requerir la consideración de que lo decidido antes debió ser exactamente formulado en el escrito inicial del proceso, y a su vez objeto de probanza en el expediente, de tal forma de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

"En consecuencia, más allá de no comprobarse absurdo en la sentencia, no procede atender la crítica por no haber sido sometido a debate ante el juez de grado el punto que se pretende poner en crisis en la Alzada (art. 277 del CPCyC).

Por lo demás, la recurrente siquiera menciona la pretendida pauta convencional limitativa para cotejarla con el monto adoptado por la sentenciante".

A tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, al no haber la empleadora invocado el convenio colectivo ni la norma ministerial que regula el tope legal que pretende aplicar, como tampoco acreditar ninguno de aquellos extremos -llegando incluso a negar las tareas que cumpliera el trabajador como enganchador, luego maquinista de perforación y que terminara como Encargado de Turno a fs. 175 y vta.- , conforme los arts. 31 L.O. y 377 del CPCyC, queda sin sustento su pretensión de que se adopte la suma de \$ 9.291,71 (fs. 186 vta.), tornando procedente el haber



denunciado a tal fin por el actor correspondiente al mes de junio de 2011 (fs. 154).

Luego, si al total del haber sujeto a aportes de dicho período, \$24.735,22, se le resta el rubro "S.A.C. 1er. Semestre" de \$ 8.797,64, resulta la mejor remuneración devengada durante el último año de la relación que asciende a \$ 15.937,58, que como normal y habitual que será utilizada a los fines del cálculo de las indemnizaciones y de la multa admitidas, para finalmente descontarle lo percibido según el acuerdo declarado nulo.

En base a los parámetros indicados precedentemente, principalmente la antigüedad del actor: 25 años y el salario de \$15.937,58, el importe que corresponde abonar en concepto de indemnización del art. 245 de la LCT, asciende a: **\$398.439,5**, suma a la que deberán anexarse los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la intimación cursada a fs. 3 (**17/10/2011**) hasta el 31 de julio de 2015; y desde el 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago a la tasa que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil y Comercial, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta tanto la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06)

En relación al preaviso, considero que el art. **232. -Indemnización substitutiva de la LCT**, dispone que: "La parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231".

Teniendo en cuenta la nulidad del acuerdo celebrado entre las partes, el mismo no tiene efecto a los fines de sustituir la indemnización substitutiva de preaviso



que contempla la norma mencionada en el párrafo anterior, por lo que propondré hacer lugar a dicha indemnización, la que asciende a la suma de: \$31.875,16, con más los intereses determinados en el punto anterior.

En relación a la integración del mes de despido, el **art 233 de la LCT** establece: "Los plazos del artículo 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso. 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.

La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el artículo 92 bis. (*Artículo sustituido por art. 4º de la [Ley Nº 25.877](#) B.O. 19/3/2004*).

Conforme lo dispuesto precedentemente y teniendo en cuenta la fecha de desvinculación (9/08/2011), corresponde hacer lugar al rubro en cuestión, que asciende a la suma de \$15.937,58 -al no existir registro de pago alguno-, con más sus intereses fijados párrafos más arriba.

En relación a la procedencia de la multa del **art. 2 de la ley 25.323**, que se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y obligando al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales. De las constancias de autos surge que mediante Telegrama de obrante a fs. 156, el actor cumplió con el paso previo aludido en el párrafo que antecede, y el demandado no acreditó el pago de los citados rubros, dándose entonces, los supuestos previstos en la normativa legal citada corresponde declarar procedente su aplicación.



Se ha dicho que: "El art. 2 de la Ley 25.323, no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y a la acción posterior..." (Julio Armando Grisolia- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- T II, ed. Lexis Nexis- pag. 1299).

Conforme lo expuesto es que se debe hacer lugar a la multa dispuesta por el art. 2 de la Ley Nº 25.323, y según los cálculos pertinentes asciende a la suma de **\$225.118,315** con más los intereses correspondientes y hasta su efectivo pago.

Así, al contar con una antigüedad de 25 años, la indemnización prevista en el art. 245 LCT, asciende a \$398.439,50, la sustitutiva del preaviso, estipulada en los arts. 231 y 232 de la misma ley, que equivale a dos períodos mensuales, alcanza a \$31.875,16, la integración del mes de despido -considerando la desvinculación del 09.08.2011- es de \$15.937,58 al no existir registro de pago alguno, debiéndose adicionar el SAC sobre los dos últimos \$3.984,39, valores que adicionados llegan al importe de \$450.236,63, mientras que la multa del art. 2 de la Ley 25.323 equivale a \$225.118,31 conforme los conceptos anteriores, todo lo cual importa un total de \$675.354,94.

Como anticipara, habiendo percibido el actor la suma de \$267.000, se llega a un monto de condena de \$408.354,94, al que se adicionarán los intereses a la tasa activa del banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de la intimación cursada el 17/10/2011 (fs. 3) hasta el 31 de julio de 2015; y desde el 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago a la tasa que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil y Comercial, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta tanto la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL



CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. n° 1701/06).

IV.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré el acuerdo se revoque la sentencia de grado, y haciendo lugar a la pretensión del actor, se condene a la demandada a pagar a aquel la suma de \$408.354,94, con los accesorios fijados en el párrafo anterior, con más las costas del juicio, en su calidad de vencida (arts. 17 y 68 de la L.O. y CPCyC, respect.).

Dejar sin efecto los honorarios regulados en la decisión de grado, y establecer los de tal instancia en la proporción del 18% para los letrados que intervinieron por el actor en calidad de patrocinantes, en conjunto, los de su apoderado en el 40% de los anteriores, y en el 70% de aquellos para los profesionales que actuaron por la demandada, en igual carácter; a tal fin se adoptará como base regulatoria el monto que resulta de la planilla a practicarse conforme el art. 51 de la L.O. (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 20, 39 s.s. y cc. Ley 1594.

Los devengados en esta Alzada para los letrados que actuaron por la actora en el mismo carácter, se fijan en el 35% de los honorarios que resulten para la primera instancia, y en el 30% los correspondientes a los de la demandada (art. 15 L.A.).

TAL MI VOTO.

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. 316/319 vta., y en consecuencia, condenar a la demandada a pagar al actor, la suma de PESOS CUATROCIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS



(\$408.354,94), con más los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la intimación cursada a fs. 3 (17/10/2011) hasta el 31 de julio de 2015; y desde el 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago a la tasa que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil y Comercial, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta tanto la última sea publicada, en el plazo de cinco (5) días de quedar firme la presente, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

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), los que se establecen en la proporción del 18% para los letrados que intervinieron por el actor en calidad de patrocinantes, en conjunto, los de su apoderado en el 40% de los anteriores, y en el 70% de aquellos para los profesionales que actuaron por la demandada, en igual carácter; a tal fin se adoptará como base regulatoria el monto que resulta de la planilla a practicarse conforme el art. 51 de la L.O. (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11,20, 39 s.s. y cc. Ley 1594).-

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% para los letrados que actuaron por la actora y en el 30% los correspondientes a los de la demandada, de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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