Neuquén, 9 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CALELLO JUAN ERNESTO C/ OLIVERA JOSEIAS SHALON S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA4 EXP N° 501451/2013)**, venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** 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 20 de marzo de 2019 (fs. 170/177 vta.), hizo lugar a la demanda por cobro de diferencias salariales, indemnizaciones artículos 232, 233 y 245 de la LCT, S.A.C. proporcional, indemnización artículo 8 de la ley 24.013, 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, con imposición de costas a la demandada en atención a su condición de vencida.

Para decidir de este modo el *a* quo consideró que el trabajador se desempeñó como oficial estándar (nivel 4° del CCT 335/75), a tiempo completo y que el contrato de trabajo finalizó por despido indirecto comunicado por el trabajador, que resultó legítimo en función de las diferencias salariales, resultando la renuncia posterior a tal acto.

II.- El fallo es apelado por la parte demandada a fs. 180/186.

El recurso no contiene una buena formulación argumental, y de ella se infieren seis cuestiones separables como agravios autónomos (aun cuando la parte apelante los divida en dos). En primer término cuestiona que el *a quo* haya considerado que el vínculo cesó por despido indirecto, por cuanto afirma que finalizó por la renuncia del trabajador. En un segundo orden, critica el encuadramiento convencional llevado a cabo, en la comprensión que la convención colectiva de trabajo 130/75 resulta más beneficiosa al trabajador. En un tercer orden de cosas cuestiona la inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización prevista por el artículo 245 de la L.C.T.

Posteriormente se agravia de la ausencia de consideración de la consignación –al contestar demanda- de los montos por liquidación final. Luego cuestiona la procedencia de la multa del artículo 8 de la ley 24.013, a partir de la idea fuerza que el contrato cesó por renuncia.

Finalmente, ataca la procedencia de la indemnización prevista por el artículo 80 de la LCT, por cuanto afirma haber acompañado tales instrumentos.

La parte actora contestó el traslado de la expresión de agravios a fs. 188 y vta. En su presentación expresa la ausencia de consignación de los agravios, ni sus fundamentos, lo que torna dificultosa su réplica.

III.- De modo liminar al tratamiento del recurso ensayado, advierto que la presentación

en examen no contiene una crítica frontal a los fundamentos empleados por el *a quo* para resolver la contienda del modo en que lo hizo.

En este orden, el juez consideró probados diferentes hechos a través de razonamientos que no han sido debidamente puestos en tela de juicio por el apelante, quien remplaza tan indispensable tarea por valoraciones segmentadas que mixturan hechos, pruebas y normas, que por lo tanto no rebaten eficazmente lo decidido en la instancia anterior y no permitirían la apertura -en términos de fundabilidad- de la revisión postulada.

Cabe señalar, sin embargo, que el derecho a obtener la revisión de la decisión jurisdiccional de primera instancia integra la garantía del debido proceso, contemplado por el artículo 25 de la C.A.D.H., conforme el alcance fijado por la Corte IDH en la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 ("Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124).

Las disposiciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos deben ser aplicadas de conformidad con el alcance que le asigna la Corte IDH, obligación que proviene antes que de los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Es por ello que los artículos 265 y 266 del Código Procesal deben ser interpretados armónicamente y conforme las pautas de mayor generosidad para el ejercicio de los derechos

garantizados a nivel convencional y, en contrapartida, según una mirada más estricta de sus restricciones, conforme emerge de la *ratio* de la decisión adoptada en el caso "Atala Riffo" (sent. de 24 de febrero de 2012, Serie C, Nro. 239, párr. 284).

Ello es así, por cuanto los alcances de la cláusula federal del artículo 28.2 de la C.A.D.H debe leerse conjuntamente con su artículo 1, e impone la obligación de los Estados provinciales de respetar y garantizar el piso mínimo de derechos provenientes del instrumento internacional (cfr., causa "Garrido y Baigorria" sentencia del 27 de agosto de 1998, Serie C, Nro. 39, párr. 45).

De este modo, si bien la garantía del debido proceso queda inicialmente cubierta con la imposición de la asistencia letrada obligatoria (artículo 56 C.P.C.C.), no es menos cierto que la interpretación de las presentaciones debe efectuarse propendiendo a eliminar todo atisbo de formalismo que conspire contra la efectiva realización de la garantía, con el solo límite de la ausencia absoluta de inteligibilidad o fundamentación que torne de imposible comprensión los alcances de la petición.

Por todo lo expuesto, aun sopesando las dificultades que se derivan de las circunstancias aludidas al comienzo en orden a la pieza procesal en examen y en atención a la dimensión constitucional del derecho a obtener una revisión del pronunciamiento de primera instancia enraizado en la garantía del debido proceso, se hará un razonable esfuerzo en la interpretación de los

términos del recurso y se le dará tratamiento. (artículos 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; artículos 27, 58 y 62 de la Constitución Provincial).

Siguiendo en el orden que el recurrente le asignó a sus agravios, considero que resulta ajustada a derecho la conclusión del *a quo* referida a la finalización del contrato de trabajo por despido indirecto, haciendo primar esta modalidad extintiva por sobre el telegrama de renuncia.

En efecto, cuando los contratantes escogen un medio indirecto para trasmitir sus comunicaciones, quedan sujetos a las reglas propias de tal método de trasmisión del lenguaje, entre los que asume capital trascendencia el efecto recepticio que revisten las comunicaciones postales.

Este efecto es, ni más ni menos que la asignación de los efectos jurídicos de la notificación al momento en que ingresa la comunicación en la esfera de conocimiento jurídico del destinatario. Esta última noción –de naturaleza eminentemente jurídica- integra la efectiva recepción con todos aquellos motivos impeditivos que puedan adjudicarse al destintatario (v.gr, la ausencia de diligencia, desactualización del domicilio, etc.).

De manera que, no existe yerro alguno en el razonamiento del juez de grado, que asignó preminencia bajo tales pautas a la fecha de recepción de la CD 364127339, recibida por la empleadora el 19 de julio de 2013 a las 11.15 hs.,

en tanto que el telegrama colacionado de renuncia N° 283 recién fue entregado al destinatario el 24 de julio de 2013 a las 13.11, cuando el contrato ya se hallaba disuelto (v. respuesta del Correo Oficial al pedido de informes de fs. 127).

Sentado lo anterior, tampoco resultará admitida la crítica relativa al encuadramiento convencional llevado a cabo por el *a quo*, por cuanto tal actividad de subsunción fue desarrollada de acuerdo con lo establecido por los artículos 8 y 12 de la L.C.T., 4 y 8 de la ley 14.250, que establecen una marcada nota de imperatividad en relación a la norma colectiva aplicable y delimita los ámbitos en que cada instrumento colectivo actúa, por lo que resulta improcedente recurrir al sistema de selección de la normas mas favorable, que presupone una situación de concurrencia de reglas normativas.

Por otro lado y en relación a la categoría de revista, resultan extensibles análogas consideraciones, puesto que en el marco de una acción de reclamo de diferencias salariales, la tarea desarrollada por el magistrado fue la de adecuar y precisar la norma aplicable para determinar la categoría de revista –diferente a la indicada en la demanda-, respetando sin embargo los límites de la pretensión y con ello el principio de congruencia. Hay que recordar, en relación a este tópico, que corresponde al magistrado encuadrar y calificar jurídicamente los alcances de la pretensión (art. 165 inc. 5 del C.P.C.C. y 54 de la ley 921) y que el artículo 40 de la ley 921 autoriza

al juez a fallar *ultra petita* con el solo límite de no hacerlo *extra petita*.

Con ello, no lleva razón la parte demandada tampoco en este punto.

Se agravia por otro lado por la inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad. Si mi opinión es compartida, entiendo que tampoco deberá modificarse este aspecto del pronunciamiento.

En forma relativamente reciente he modificado el criterio anteriormente sostenido, para adecuarlo a la interpretación predominante de la mayoría de los colegas de la Cámara, a partir de una sistémica integración de las fuentes, valores y principios que concurren sobre el tema. De este modo, la consideración formulada anteriormente respecto de los alcances y direccionalidad de las sentencias de la Corte IDH en materia de DESC me llevó a rexaminar el temperamento adoptado en otras anteriores decisiones, conforme los argumentos que seguidamente se enuncian.

Los derechos fundamentales provenientes de los Tratados de Derechos Humanos y de los Tratados con rango supra legal obligan a resignificar la lectura de los textos legales en vigor, de modo tal que éstos contemplen la racionalidad asociada al paradigma vigente, que no es otro que el de la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales.

Las relaciones laborales, tal como afirma Arese, se han visto irradiadas por el efecto horizontal proveniente del derecho constitucional y

supranacional (cfr. Arese, César, "Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo", p. 45, Rubinzal-Culzoni).

Entre las reglas interpretativas propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos asume particular trascendencia el principio de interpretación pro persona, que implica asignar a un texto legal el sentido más protectorio de la persona humana y favorable a la cabal realización del derecho en cuestión.

La Corte Suprema ha advertido, con cimiento en el mentado principio interpretativo, que « […] *las "leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su sanción* […]» (CSJN, causa "Álvarez", considerando 9°, fallos, 333:2306).

Precisamente es este estándar fijado por la Corte Federal el que me persuadió de adecuar el sentido de mi razonamiento a los principios propios de la disciplina laboral, leídos en clave de los instrumentos internacionales.

En este sentido, advierto que el principio *pro hómine* ha absorbido la potencia decisiva que tiene la regla de interpretación proveniente del artículo 9 segundo párrafo de la LCT, en cuanto elimina el recaudo –siempre difuso, subjetivo y de difícil ponderación- de la duda como presupuesto de operatividad de la interpretación más favorable al trabajador, por lo que corresponde

atender a su formulación como válvula de cierre del potencial conflicto hermenéutico.

Entiendo que el alcance auténtico de la regla no tiene anclaje en la pura subjetividad del juzgador, sino en una razonable lectura divergente de un precepto legal por parte de la comunidad jurídica. Fincados en este punto, es un dato ostensible que calificada doctrina ha dado lugar a profundos debates sobre la cuestión, plasmada –en su versión mas difundida- en el plenario "Tulosai" (N° 322) de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en que uno de los dos puntos debatidos fue el aquí tratado.

Conforme ello, se destacan frente al tema dos posiciones: Una que fue enarbolada por el entonces Fiscal ante la CNAT, Eduardo Álvarez, que afirmaba luego de realizar un repaso de antecedentes plenarios y fallos de la CSJN, que la ley 25.877 no había modificado el módulo de mensualidad, cuestionando la tesitura a la que anteriormente aludí, del devengamiento diario, a partir de un distingo entre tal hito y la exigibilidad. Su postura formó mayoría, en contra de la postura contraria, equivalente a la que aquí sostengo y que seguidamente fundaré.

A partir de la lectura sistémica de la LCT, se advierte fácilmente que la redacción del artículo 245 de la LCT –texto según artículo 5° de la ley 25.877- remplazó el vocablo «percibida» por «devengada», para referirse a la remuneración, de lo que se sigue que desplazó el eje del precepto hacia un concepto más amplio.

La demostración del devengamiento en forma diaria del SAC es sumamente sencilla: Cuando el contrato de trabajo se extingue, el artículo 123 de la LCT establece el derecho a percibir el SAC computado como la doceava parte de las remuneraciones devengadas en la fracción del semestre trabajado.

Por tal motivo, la solución resulta tanto de la lectura antes propiciada como del alcance de la regla *in dubio pro operario*, a poco de advertir que existen dos vertientes interpretativas con sólidos argumentos en el seno de la comunidad jurídica.

En suma, puesto que se trata de un salario diferido que se liquida en la periodicidad que prevé el artículo 122 de la LCT, pero se devenga en forma diaria, considero que la incidencia del S.A.C. debe integrar la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, por lo que corresponde confirmar también este tramo del pronunciamiento.

Por otro lado, critica la demandada que no se haya tomado en consideración que al contestar demanda consignó un importe [de $877, v. boleta de fs. 39], en concepto de liquidación final. Si bien ello no cambia el sentido y alcance de la sentencia, se deja debidamente aclarado que deberá detraerse en la instancia del artículo 51 de la ley 921 tal monto a la fecha del depósito.

El embate relativo a que no se discriminó la suma de condena no tiene arraigo en los términos de la sentencia, de la que se desprende

el detalle del método de cálculo y alcance de cada rubro.

En relación a la crítica relativa a la aplicación del artículo 8 de la ley 24.013 relacionada –se infiere- con la ausencia de vigencia del contrato de trabajo al tiempo de cursarse la intimación de regularización, cuadra señalar que de acuerdo a la cronología del intercambio telegráfico, éste se inició con la intimación de regularización del registro, hallándose plenamente vigente la relación laboral cuando se realizó el emplazamiento (v. fs. 3, 26 y 116).

Finalmente, en relación al agravio vinculado a la imposición de la indemnización del artículo 80 de la LCT, el recurso se halla insuficientemente fundado, por cuanto no existe ninguna constancia instrumental que de cuenta de la entrega extrajudicial de los certificados, que fueron reclamados por el trabajador en los términos del artículo 3 del dec. 146/2001 (v. fs. 11 y 32), como así tampoco de que se hayan acompañado al contestar la demanda.

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada, con imposición de costas en su condición de vencida (art. 17, ley 921).

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

Tal mi voto.

El 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 la recurrente introduce el planteo particular junto a otras cinco cuestiones que fueron rechazadas, habré de coincidir

en que las costas se impongan a su cargo (arts. 17 L.921 y 68 del CPCyC).

Por ello, esta **Sala III,**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 170/177 vta. en todo lo que fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas en la Alzada a la parte demandada (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- 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).

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

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