NEUQUEN, 9 de agosto de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BURGOS SANDOVAL LEONOR EMILIA C/ LA MARINES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (JNQLA4 EXP N° 470955/2012**), 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 (fs. 179/194), hizo lugar a la demanda por cobro de diferencias salariales y remuneraciones adeudadas, indemnizaciones previstas por los artículos 76 incs. "a" y "b" de la ley 22.248 (en lo sucesivo RNTA), vacaciones no gozadas e indemnización artículo 15 de la ley 24.013, y condenó a LA MARINES S.A. a abonarle a la actora la suma de $73.127,35, con intereses a la tasa fijada en el acuerdo del TSJ 1590/09 en la causa "Alocilla" desde la fecha de mora (abril de 2011) hasta el efectivo pago, imponiendo las costas del proceso a la demandada en atención a su condición de vencida.

Por el contrario, rechazó la indemnización del artículo 8 de la ley 24.013, la indemnización artículo 80 de la LCT y la indemnización artículo 2 de la ley 25.323

Para decidir de este modo hizo un detenido repaso de las actuaciones, con particular detenimiento en las cuestiones fácticas y calificaciones jurídicas efectuadas por los

litigantes, con lo que estableció que los hechos debatidos se vinculaban con la determinación de la existencia del contrato de trabajo y a partir de allí la evaluación de los presupuestos de las diferentes pretensiones deducidas.

En relación a ello, consideró acreditada la existencia de la prestación de servicios por influjo de la prueba testimonial y la postura de la demandada al contestar demanda, así como los alcances de la presunción del artículo 23 de la LCT. Posteriormente entendió procedentes las diferencias salariales sobre la base de lo acreditado y las cargas procesales y sustanciales que pesaban sobre la accionada.

Por otra parte, juzgó innecesaria la remisión de un despacho telegráfico comunicando formalmente la extinción del despido indirecto frente a la negativa de la relación laboral por parte de la demandada.

Con tal sustento, determinó la procedencia de cada uno de los rubros precedentemente referidos.

II.- El fallo es apelado por la demandada mediante la pieza procesal de fs. 198/200 vta., en que expresa sus agravios.

En sustancia, se agravia porque el magistrado tuvo por configurado el despido indirecto en ausencia de toda comunicación formal.

Destaca que de ninguno de los fallos expuestos en la sentencia de grado se desprende que la injuria fuera automática.

Reproduce diferentes pronunciamientos en orden a la necesidad de la comunicación escrita de la

extinción del contrato de trabajo por despido indirecto.

Solicita que se revoque la decisión y se rechacen las pretensiones indemnizatorias de la parte actora.

III.- Corresponde tratar el recurso deducido con arreglo a las circunstancias y conclusiones que arriban firmes a esta instancia.

El debate se centra en determinar si en el marco de un contrato de trabajo marginado de registración, entablado entre una trabajadora y un empleador que desconoce su existencia -frente al emplazamiento del trabajador para que lo registre y cumpla diferentes obligaciones- resulta exigible al primero la remisión de un despacho telegráfico comunicando formalmente la extinción del contrato de trabajo.

El apelante afirma a fs. 199 sexto párrafo -con destacado en negrita- que: "[…] Lo correcto desde lo fáctico y jurídico, es decir: el despido indirecto HUBIERA estado justificado de haberse configurado […]".

Su queja se centra abiertamente en la adjudicación al *a quo* de un yerro en la construcción de su decisión por haber tenido como configurado el acto formal de despido indirecto en ausencia de comunicación.

Para dar un adecuado tratamiento al recurso resulta necesario establecer algunas precisiones que en este son resultan indispensables.

El artículo 14 bis de la Constitución Nacional establece un mandato imperativo que ordena dispensar

al trabajador protección contra el despido arbitrario.

Todo el entramado legal es de orden subordinado a aquella regla (art. 31 de la Constitución Nacional) y debe ser interpretada de consuno con su teleología.

En el año 1974 se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo, que traía sobre el punto una valiosa regla presuncional, producto de la coherencia de su principal mentor, Norberto Centeno, y que en definitiva cohesionaba toda la estructura que racionalmente edificó.

El artículo 63 del texto original decía: "[…] Probada por el trabajador la existencia de la relación del trabajo y su cesación, se presume el despido, salvo prueba en contrario […]".

La tijera de la regla de facto 21.297 modificó 125 artículos de la ley original. La presunción antedicha perdió su carácter de legal, lo que no obstante no quita la posibilidad que resulte una inferencia judicial válida construida con arreglo a las circunstancias judiciales de la causa.

El mandato de protección contra el despido arbitrario ha sido una fórmula constitucional que admite cuanto menos dos lecturas. Desde la perspectiva de quienes comprenden que comporta un piso a partir del cual debe debatirse la estabilidad en sentido propio o fuerte, se trata de una cláusula insuficiente. Para quienes la leen a partir del texto precedente, esto es, el de corte liberal de la Constitución de 1853/1860, se trata de una valiosa regla que toma postulados mínimos del

constitucionalismo social allí donde solo existía -en términos constitucionales- silencio.

El debate en torno a estos tópicos ha quedado decididamente robustecido a partir de la definitiva instalación del paradigma de la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales, que progresivamente ha ido ganando mayores espacios en el debate público jurídico a partir de la reforma constitucional del año 1994 y que paradójicamente, luego de más de veinte años de un desarrollo fecundo pero plagado de dificultades, ha terminado de calar en la comunidad jurídica a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial.

La integración y jerarquización de fuentes establecida por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional trajo consigo la novedad de establecer una severa limitación a los esquemas analíticos formalistas para explicar la nueva cosmovisión jurídica, en la que la preminencia estatal en la producción de normas no resulta suficiente para componer los casos, que deben juzgarse con arreglo a las pautas de los artículos 2 y 3 del Código Civil y Comercial.

Vale decir, que aun antes de la reforma del Código Civil, la obligación de resolver mediante una decisión razonablemente fundada coherente con la interpretación de la ley conforme sus palabras, finalidad, leyes análogas y disposiciones de los derechos humanos, así como los principios y valores jurídicos tenía marcado sustento constitucional.

Ahora bien, el mojón jurídico tiene fuerza por su colocación en el núcleo del Código que informa la

mayoría de las instituciones de derecho privado, por lo que se lo ha denominado como el «derecho común».

El ordenamiento, entonces, ya no es equivalente de normas heterónomas y se integra además de los textos legales así interpretados, con principios y valores jurídicos, así como las disposiciones provenientes de los tratados sobre derechos humanos, con arreglo al perfilamiento que le van asignando los organismos encargados de esclarecer sus preceptos.

A partir de la aplicación de la teoría del control de convencionalidad acuñada progresivamente por la Corte IDH, en "Almonacid Arellano" (sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C N° 154), que luego se completó con la zaga de "Trabajadores Cesados del Congreso" (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), relativo al control oficioso y con "Cabrera García y Montiel Flores" (sent. de 26 de noviembre de 2010, serie C N° 220), relacionado al carácter difuso -dentro de cada Estado- los magistrados tenemos el deber específico de someter a escrutinio convencional las normas internas (sin distinción de su origen federal o local) para verificar si existen violaciones a los derechos y garantías provenientes del *ius cogens* internacional.

Este criterio ha sido receptado expresamente en el caso "Rodríguez Pereyra", anteriormente citado, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2012.

Esta delicada tarea debe llevarse a cabo de acuerdo con los estándares fijados por los

organismos encargados de esclarecer y delimitar el alcance de los instrumentos internacionales.

Con todo ello, la protección contra el despido arbitrario del artículo 14 bis de la Constitución Nacional ha quedado robustecida por diversas reglas de orden supra legal.

Existen un cúmulo de reglas de origen convencional, tales como el artículo 6 inc. 1 del PIDESC, 23 inc. 1 de la DUDH, artículo XIV de la DADH y 7 inc. "d" del Protocolo de San Salvador, que obligan a resignificar la legislación interna, que se ubica en un peldaño jerárquico inferior a todos los instrumentos anteriormente citados.

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

Este fundamento aparece difuminado a lo largo de la mayoría de los instrumentos internacionales, y recogido en diversos fallos de la Corte IDH (vgr. "Gelman", sent. del 24 de febrero de 2011, serie C N° 221).

En el caso "*Trabajadores Cesados del Congreso"* (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), *citado anteriormente* la Corte IDH resolvió que la interpretación del artículo 26 –relativo a la recepción de los DESC- debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los

instrumentos internacionales, y de conformidad con el principio *pro homine*

Este temperamento aparece reafirmado en el caso "*Lagos del Campo*" (sent. de 31 de agosto de 2017, serie C N° 340), que fue el primer caso en que la Corte IDH condenó a un estado por violación del artículo 26 de la CADH, que a su vez conecta en forma directa con la Carta de la OEA. Esta decisión marco un punto de inflexión en la plena justiciabilidad de los DESC contenidos en la Carta de la OEA y con ello, en lo que aquí interesa, el alcance racional con que debemos integrar los magistrados los instrumentos internacionales en nuestras decisiones (v. parágrafos 143 a 145).

Todos estos elementos denotan, junto con el principio protectorio, que el articulado de la Ley de Contrato de Trabajo resulta una reglamentación del derecho constitucional a obtener protección contra el despido arbitrario, por lo que los artículos 243 y 246 de la LCT no constituyen -si es que alguna vez lo fueron- las normas de clausura del sistema.

En el caso que nos ocupa, no se advierte sino a partir de un perimido paradigma legalista y formalista por qué razón el trabajador debió haber remitido un telegrama efectivizando -artificiosamente- la ruptura de un contrato de trabajo que fue desconocido por la empleadora.

No constituye la postulación del apelante una adecuada ponderación de las reglas constitucionales y convencionales en consistencia con los principios y valores involucrados, por cuanto equipara la plena

vigencia y eficacia de los derechos a un escenario meramente ritual, en el que las personas cumplen en forma mecánica determinadas acciones, sin establecer porque o para qué se obra en tal o cual sentido.

Vale decir, que el artículo 243 de la LCT -que subyace en el planteo del recurrente- es una garantía, que no puede ser leída como un compartimiento estanco en relación al resto del ordenamiento. Con ello, cabe indagar desde una mirada finalista que tipo de derecho obstaculizó o frustró en su ejercicio la trabajadora frente a un empleador que antes había negado la propia existencia del vínculo.

Yendo aún más allá y recurriendo a expresiones algo más coloquiales que ayudan a terminar de esbozar adecuadamente este razonamiento: ¿Qué es lo que la empleadora pudo haber hecho y no hizo por la ausencia de comunicación escrita?

La respuesta, frente a su comportamiento deliberado y consciente anterior es: Nada, además de proyectar su negativa anterior.

Tales elementos de convicción -que corren alineados a los fundamentos de la sentencia apelada- resultan a mi juicio concluyentes en punto a la improcedencia sustancial del recurso interpuesto.

Finalmente, desde la perspectiva del análisis de la prueba obrante en la causa, corresponde señalar que la comunicación del 17 de abril de 2011 -que dio lugar a la negativa de la demandada en punto a la existencia del vínculo- dice sin ambages "[…] bajo apercibimiento en caso de incumplimiento de considerar que existe injuria suficiente que

torna imposible la continuidad laboral y considerarme despedida por su exclusiva culpa […] (v. CD 749459241, obrante a fs. 4).

De este modo, entiendo que la trabajadora fue clara al trasmitir a su empleadora las consecuencias que asignaría al incumplimiento de sus intimaciones, por lo que tampoco puede entenderse lesionado el principio de buena fe y la pauta genérica conductal que la propia ley pone en cabeza de las partes (arts. 10, 62, 63 LCT).

En este orden, la sustancial coincidencia de las causales que forman la intimación y las utilizadas por la actora al incoar su reclamo judicial permiten inferir que no ha existido trasgresión o variación de la causa de despido (art. 243 LCT) y que cobra inmediata virtualidad el despido indirecto frente a la respuesta del empleador, tal como lo ha resuelto -por ejemplo- la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en la causa "García" (L. 105.417, sent. del 04/04/2012, fuente www.juba.scba.gov.ar).

Por ello, si mi opinión es compartida deberá confirmarse la sentencia en este segmento.

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada y confirmar íntegramente la sentencia de grado.

Las costas de la Alzada se imponen a la demandada con base en la objetiva condición de la derrota (art. 17 y 68 C.P.C. y C.).

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 Dr. 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.- Confirmar la sentencia de fs. 179/194 en todo lo que fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada con base en la objetiva condición de la derrota (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