



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 19 de noviembre de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**ALE MARIA BEATRIZ C/ ASOC. CULTURAL ITALIANA DANTE A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**", (JNQLA4 EXP N° 474279/2013), 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 26 de junio de 2019 (fs. 293/301 vta.), hizo lugar a la demanda por cobro de diferencias salariales correspondientes al año 2011, indemnizaciones artículos 232, 233 y 245 de la L.C.T. (con inclusión de la incidencia del S.A.C. sobre las dos primeras), remuneración de días trabajados del mes de diciembre de 2011, S.A.C. y vacaciones proporcionales y la obligación de hacer entrega de los documentos que indica el artículo 80 de la L.C.T.

Para decidir de este modo, juzgó inexistente la nota objetiva que habilitara la utilización sucesiva de la figura del contrato de plazo fijo, por lo que el contrato de trabajo quedó convertido en uno por tiempo indeterminado, juzgándose como una única contratación la instrumentada bajo tal modalidad durante los años 2007, 2008, 2009, 2010 y 2011.

De la misma manera estableció que el vínculo finalizó por la ausencia de acatamiento de la empleadora de la intimación del trabajador para el cumplimiento de diferentes intimaciones, que contenía un claro apercibimiento, sin que resulte indispensable -en este específico contexto- la remisión de un nuevo despacho telegráfico.

II.- La parte actora interpuso recurso de apelación a fs. 305/307.

Se agravia por la declaración de prescripción de las diferencias salariales reclamadas correspondientes al año 2010, a partir de considerar que la demandada no interpuso la defensa.

En segundo lugar denuncia contradicción en el fallo que por un lado consideró que el contrato devino en uno por tiempo indeterminado, pero luego se omitió liquidar las diferencias salariales correspondientes a los períodos diciembre de 2006, enero y diciembre de 2007, enero y diciembre de 2008, enero y diciembre de 2009 y enero de 2010. Indica que es razonable colegir que si el contrato fue por tiempo indeterminado se adeuden tales salarios devengados por la actora.

En último lugar, critica que pese a haber determinado la invalidez de la contratación a plazo, no se haya tomado la antigüedad comprendida entre el 7 de junio de 2006 y el 10 de diciembre de 2011, por lo que varía la cuantificación de las indemnizaciones previstas por los artículos 232 y 245 de la L.C.T.

A fs. 310/312 la parte demandada replicó los agravios, sosteniendo la rectitud del pronunciamiento en cuanto es materia de crítica y recurso.

III.- Conforme los agravios resumidos en el capítulo anterior, analizaré en primer lugar el referido a la declaración de prescripción de las diferencias salariales reclamadas para el año 2010.

La prescripción constituye un instituto de orden público que tiende a otorgar certeza al tráfico jurídico, tanto en su faz liberatoria como adquisitiva.

Analizando la fecha de interposición de la demanda, es claro que el caso queda comprendido en las previsiones normativas de los artículos 256 y 257 de la L.C.T. y 3947, 3949, 3950, 3956, 3962, 3963, 3986 y concordantes del Código Civil -ley 340-.

La prescripción liberatoria podía ser interpuesta, a opción del demandado, como de previo y especial pronunciamiento o como defensa de fondo, siempre claro está en el primer caso que para su resolución resulten suficientes los elementos obrantes en la causa.

La diferencia radica, en el sistema procesal del artículo 24 de la ley 921, en que sólo las excepciones previas requieren bilateralidad y contradicción expresa, formándose con el debate concerniente a aquellas un auténtico incidente.

Las defensas de fondo constituyen una pretensión incorporada a la contestación de demanda que se resuelven en forma directa al dictar sentencia, pudiendo el demandante replicarlas con el estricto alcance del traslado conferido por el artículo 23 de la regulación procedimental, que remite al traslado del escrito, lo que no podría tener otra finalidad que la precedentemente anotada (cfr., Victor Rodolfo Trionfetti, "Excepciones y Defensas en el Proceso

Ordinario Laboral, púb. en Revista de Derecho Procesal, tomo 2003-2, p. 195).

Existe una diferencia adicional entre ambas formas de proposición de la prescripción que debe ser subrayada, referida a la posibilidad que existe de proponer y ofrecer prueba cuando se trate de una excepción de previo y especial pronunciamiento, lo que no ocurre cuando se la trata como defensa de fondo.

Finalmente, cuadra señalar que mas allá de la forma de proposición, incumbe al magistrado efectuar un examen de los contornos del planteo para dirimir si se tratará en forma previa o como cuestión de fondo, aspecto que no queda puramente librado a la voluntad de las partes, puesto que compromete el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

De acuerdo con tal inferencia, corresponde establecer que si el magistrado no ha encuadrado ni tratado la cuestión como una excepción de previo y especial pronunciamiento, se la ha encuadrado tácitamente como una defensa de fondo, con las consecuencias anteriormente señaladas.

A partir de tales precisiones conceptuales, considero que en el capítulo 5.a. de su contestación la demandada planteo en forma precisa la defensa de prescripción en relación a las diferencias salariales de los años 2009 y 2010 (v. fs. 127 vta./128).

Del mismo modo, sin perjuicio de los términos del auto de fs. 131, la lectura de la presentación de fs. 132/133 da cuenta de la tácita noticia referida al traslado de la contestación de demanda, puesto que la parte actora afirmó

textualmente en su contestación [...] Que también solicita [se refiere a su contraparte] la prescripción de períodos reclamados cuanto menos en forma fugaz, dado que en ningún momento interpone la excepción pertinente [...] (v. fs. 132 vta., párrafo final).

Resulta en mi criterio ostensible que el actor tomó conocimiento de la defensa del demandado y pudo ejercer acabadamente su derecho a expedirse sobre el tópico, lo que en definitiva hizo conforme la interpretación que postuló y antes trascribí.

En conclusión, de los términos de su interposición se colige que fue interpuesta como una defensa fondal y así fue tratada durante el desarrollo del proceso, sin que la parte apelante demuestre o invoque un error en el cómputo de los plazos.

A mayor abundamiento, se destaca que el crédito periódico mas próximo en el tiempo sobre el que versa el agravio se tornó exigible -en la mejor de las hipótesis para la parte actora- el 6 de enero de 2011 (arts. 126, 128 y 137 L.C.T.).

De tal modo, en ausencia de actos suspensivos o interruptivos oportunamente invocados, la acción fue alcanzada por el plazo de prescripción el 6 de enero de 2013, dos meses antes de la fecha de interposición de la demanda, lo que recién ocurrió el 6 de marzo de 2013 (v. cargo de fs. 58 vta.).

Corresponde por lo tanto confirmar la decisión.

El segundo agravio gira en torno a la desestimación de las remuneraciones correspondientes a los períodos diciembre de 2006, enero y diciembre de 2007, enero y diciembre de 2008, enero y diciembre de 2009 y enero de 2010. El apelante considera que deben

ser liquidadas, por cuanto ello es una derivación directa de la correcta determinación de la naturaleza del contrato como uno por tiempo indeterminado.

El agravio debe ser desestimado, por cuanto el reclamo de remuneración correspondiente a los períodos referidos en el párrafo anterior no integró la contienda.

Ello es así, por cuanto la inespecífica alusión vertida en la demanda referida a «diferencias salariales» (que por otra parte fue expresamente receptada por el *a quo* en su sentencia, con los límites temporales precedentemente referidos), no resulta un continente hábil de tales conceptos.

En efecto, la propia semántica denota que quien reclama "diferencias salariales" parte de la base de haber percibido algún importe por los períodos considerados, de tal modo que admitir en esta instancia la procedencia de tales conceptos implicaría sencillamente alterar los términos de la relación jurídica procesal y modificarla *extra petita*, con grave afectación de los postulados atinentes al derecho de defensa de la parte demandada.

En definitiva, la inadmisibilidad del agravio deriva de la regla del artículo 277 del Código Procesal, que impide a esta Alzada tratar capítulos no propuestos al magistrado de la anterior instancia (art. 54, ley 921).

Por último, resta analizar el agravio referido a la antigüedad considerada para fijar las indemnizaciones previstas por los artículos 232 y 245 de la L.C.T., que como es sabido modulan la cuantificación de los rubros en función de aquella.

El recurrente indica que habiendo quedado fijado que el vínculo fue por tiempo indeterminado entre el 7 de junio de 2006 y el 10 de diciembre de 2011, tenía una antigüedad en el empleo de 5 años, 6 meses y tres días, por lo que corresponde agregar un módulo de antigüedad más para la determinación de la indemnización prevista por el artículo 245 de la L.C.T., en tanto que correspondían dos meses de preaviso por haber superado los cinco años de antigüedad en el empleo.

En mi criterio el recurso debe prosperar, por cuanto el actor demuestra acabadamente que resulta erróneo determinar la antigüedad a partir de los períodos efectivamente trabajados, derivados de una modalidad utilizada en forma desviada.

La cuestión remite a la interpretación del artículo 18 de la L.C.T., que a simple vista y a partir de una lectura literal pareciera otorgar una solución contraria a los intereses del recurrente.

Sin embargo, una interpretación razonable de la economía del dispositivo, a la luz de su evolución y particularmente con arreglo a las circunstancias particulares que rodean al presente caso me persuade de lo contrario.

Como subrayé anteriormente, la literalidad indica que a los efectos del cómputo de la antigüedad sólo se computan aquellos períodos efectivamente trabajados por el trabajador.

El demandante no invocó haber desempeñado servicios durante diciembre de 2006, enero y diciembre de 2007, enero y diciembre de 2008, enero y diciembre de 2009 y enero de 2010, por lo que una simple

operación intelectual resultaría suficiente para postular el rechazo de la crítica.

Sin embargo, no puede perderse de vista que cuando el precepto alude a lo «efectivamente trabajado», debe realizarse una adecuada interpretación del enunciado.

Sin tal procedimiento, podría arribarse al absurdo por vía de *sub-inclusión*, al descartar una gran parte del día como tiempo de servicios, en los límites del artículo 1 de la ley 11.544 y con ello quebrar toda la racionalidad del régimen imperativo, afectando la manda constitucional de protección (cfr. Manuel Atienza Rodríguez, *Curso de Argumentación Jurídica*, 2013, p. 301., Ed. Trotta, Madrid).

En mi modo de ver, sólo debe excluirse como tiempo de servicio aquél en el cuál el trabajador omite en forma incausada desarrollar tareas, puesto que de cualquier otra manera podrían quedar desamparados los períodos en que omite hacerlo hallando una previsión de fuente legal, convencional o contractual que justifica la abstención (art. 499, Cód. Civ.; art. 7, Cód. Civ. y Com.).

La postulada es la interpretación que mejor preserva la finalidad de la regla, máxime cuando la redacción actual cambió abiertamente el criterio amplio de “la duración de la vinculación” del originario artículo 20 de la ley 20.744 por el de “trabajo efectivo”, con el afán de excluir períodos en que sin mediar causa el trabajador no se desempeñara, lo que podía dar lugar a tiempo de servicios artificialmente construido, que distorsionaba el funcionamiento de los institutos reglados por la ley.

No obstante, resultaría a todas luces irrazonable interpretar que debe excluirse como trabajo efectivo aquél en que el trabajador encuentra alguna causa legítima u obstáculo inimputable que le impide el desempeño.

En el presente caso se encuentra fuera de discusión que durante los períodos precedentemente individualizados ni el trabajador prestó servicios, ni su empleadora los requirió.

Sin embargo, lo que debe analizarse es la causa de tal estado de cosas, de modo de colocar en su justo término la situación y correlativamente examinar si los períodos de abstención (coincidentes con los interregnos entre ciclos lectivos) deben o no ser excluidos.

Acierta la apelante cuando indica que la invalidez de la modalidad contractual determina que deban incluirse los períodos que identifica, puesto que la causa obstativa de la prestación de servicios deriva de una consecuencia directa del empleo desviado de la modalidad contractual.

No puede adjudicarse a la trabajadora, sin grave menoscabo de los principios que atienden al carácter relativo y unidireccional del orden público de protección laboral, las consecuencias de la sustracción por parte de su empleadora de la forma de regulación privilegiada por la ley de contrato de trabajo.

En definitiva, arriba consentido a esta instancia que la demandada incurrió en un típico caso de fraude a la ley laboral imperativa, alcanzado por lo dispuesto por el artículo 14 de la L.C.T. La restauración de la tipicidad legal imperativa del

contrato de trabajo por tiempo indeterminado, entonces, impide que el infractor de la regla heterónoma indisponible pueda sacar provecho de su propio comportamiento transgresor.

En tales condiciones, corresponde determinar que debe considerarse como tiempo de servicio en los términos del artículo 18 de la L.C.T., aquellos interregnos en que no medió prestación por influjo de la utilización desviada de la modalidad contractual, puesto que la trabajadora no incidió en tal causa, cuya antijuridicidad queda absorbida íntegramente por la conducta patronal.

De tal suerte, el tiempo de servicios y antigüedad computable es de cinco años, seis meses y tres días (fecha de ingreso 7 de junio de 2006; fecha de egreso, 10 de diciembre de 2011).

De acuerdo con ello, la indemnización sustitutiva de preaviso resulta equivalente a dos meses de remuneración, o sea de \$7.484,26, con más la incidencia del S.A.C. sobre el rubro, de \$623,68. En relación a la indemnización por antigüedad, su cuantía asciende a \$24.323,82.

El importe total de condena, a valores históricos, se incrementa a \$46.442,36.

IV.- Si mi opinión es compartida, corresponderá declarar parcialmente admisible el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y modificar el monto de condena, que se fija en \$46.442,36, con más los intereses fijados por el *a quo*.

De conformidad con la forma en que se resuelve, considero que las costas de la presente instancia deberán ser soportadas por la parte

demandada, a tenor del principio objetivo de la derrota (art. 17 y 54 ley 921 y 68, C.P.C.C.).

En atención a la magnitud, importancia y naturaleza de los agravios, se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en tres IUS para el Dr. ... y dos IUS para la Dra. ... (artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 20, 37, 39, siguientes y concordantes de la ley 1594).

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.- Modificar la sentencia dictada a fs. 293/301 y vta., elevando el monto de condena a la suma de **\$46.442,36**, con más los intereses fijados por el a quo, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la parte demandada en su objetiva condición de vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en tres IUS para el Dr. ... y dos IUS para la Dra. ... (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11, 15, 20, 37, 39, siguientes y concordantes de la ley 1594).

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

Dr. Fernando Marcelo Ghisini-Juez

Dr. Marcelo Juan Medori- Juez

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO