

NEUQUEN, 11 de octubre de 2023.

Y VISTOS:

En Acuerdo estos autos caratulados: **"MERINO SALVADOR HORACIO C/ EDUARDO OSVALDO RODRIGUEZ S.R.L. S/COBRO DE HABERES"**, (JNQLA1 EXP N° 514526/2018), venidos a esta Sala II integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Valeria **JEZIOR** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la jueza Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora y el letrado apoderado de la parte demandada -por derecho propio- interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de hojas 270/275vta. -dictada el día 1 de marzo de 2023-, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) El letrado Carlos Augusto Freixas expresa agravios en hojas 279/280 -presentación web n° 387622, con cargo de fecha 6 de marzo de 2023-, cuestionando la base regulatoria determinada en la sentencia de grado.

Dice que la base regulatoria fijada por el juez a quo omitió incluir los intereses devengados, señalando que la parte actora inició su reclamo por la suma de \$ 971.341,95, con más intereses y costas, y que el vínculo laboral entre los litigantes finalizó el día 12 de julio de 2018.

Requiere la aplicación del precedente "Lafit" de esta Sala II.

b) En su memorial de hojas 281/287 -presentación web n° 388393, con cargo de fecha 7 de marzo de 2023-, la actora se agravia por el rechazo de la demanda.

Dice que surge del art. 212 de la LCT que para el supuesto que la falta de tareas no sea imputable al empleador, o sea la obligación de brindar tareas acordes a la condición

física del trabajador, recién ahí queda aquél habilitado para abonar la indemnización prevista en el art. 247 de la LCT.

Sigue diciendo que, en una interpretación forzada, el juez a quo considera comprobado que la demandada no tenía puestos de trabajo acordes a la condición física del actor con el solo hecho de enumerar las tareas que se desarrollan en la empresa.

Sostiene que surge de estas actuaciones, y del intercambio epistolar, que la demandada nunca tuvo intenciones, ni interés alguno, en que el actor continuara trabajando en el establecimiento; habiendo omitido considerar, el juez de grado, que el actor no solamente contaba con disminución de su capacidad laboral, que le impedía realizar las tareas de chofer, sino que había iniciado un reclamo judicial en expediente que tramita ante el Juzgado Laboral n° 6. Esta omisión importa, a criterio del recurrente, que no se ha respetado el principio de primacía de la realidad.

Manifiesta que de los testimonios brindados en autos surge qué puestos de trabajo existían y podían ser ocupados por el actor: sereno, pañolero, playero.

Resume los dichos de los testigos.

Cita jurisprudencia y señala que de la pericia contable de hoja 201vta. se advierte que la plantilla de personal de la demandada aumentó a 191 empleados en julio de 2018; 198 empleados en agosto de 2018; 203 empleados en septiembre de 2018 y a 204 empleados en diciembre de 2018. Concluye, entonces la apelante, en que la demandada necesitó crear nuevos puestos de trabajo, contradiciendo la postura en la que se enmarca el juez de primera instancia, puesto que aquella no sólo se negó a rotar a sus trabajadores, para mantener el vínculo laboral con señor Merino, sino que además contrató personal nuevo para cubrir las vacantes que necesitaba.

Arguye que la incapacidad del trabajador fue la solución perfecta para despedirlo, evitando abonar el total de la indemnización debida, y, por ello, es que se calificó el despido como discriminatorio, en tanto para la accionada el actor no solamente se encontraba disminuido en su capacidad laborativa sino que era conflictivo, puesto que ya había iniciado acciones legales para que se le abonasen las remuneraciones conforme CCT aplicable.

En segundo lugar se queja por la tasa de interés aplicada por el juez de primera instancia en el punto 5 de su sentencia, ya que resulta insuficiente en atención a la inflación imperante y la devaluación de la moneda.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

c) La parte demandada contesta el traslado del memorial de su contraria en hojas 289/292 -presentación web n° 395312, con cargo de fecha 20 de marzo de 2023-.

Dice que del intercambio epistolar surge claramente la posición asumida por su parte, la que fue analizada por el juez a quo.

Considera que la empleadora actuó en todo momento en base al principio de buena fe, precisando solamente una vez, el trabajador, que tareas podía desarrollar -control de elementos de seguridad-, lo que mereció una respuesta concreta de la demandada, explicándole los motivos por los cuales ello no era posible.

Destaca que en el escrito inicial el actor deliberadamente omitió consignar que tipo de tareas podía realizar.

Entiende que la existencia del otro reclamo laboral en modo alguno puede ser tomada como una connotación negativa, siendo, por el contrario, es evidencia de buena fe, ya

que la demandada optó por mantener la relación laboral con el trabajador no obstante ello.

Defiende el análisis de la prueba que se hace en la sentencia apelada, transcribiendo parte de sus Considerandos.

Sigue diciendo que la parte recurrente omite deliberadamente abordar y cuestionar la lógica del análisis y sus conclusiones.

Hace reserva del caso federal.

d) La parte actora no contesta el traslado del memorial del letrado Freixas.

II.- El juez de primera instancia ha rechazado la demanda, en el entendimiento que la demandada ha demostrado que no tenía la posibilidad de otorgar tareas adecuadas a la capacidad laborativa del trabajador.

De acuerdo con las constancias de la causa, el actor ha sido empleado de la demandada por el período 1 de diciembre de 2014 - 12 de julio de 2018, cumpliendo tareas como chofer de larga distancia, transportando nafta desde la destilería de YPF ubicada en Plaza Huincul a otros lugares del país.

Como consecuencia de una afección en su columna el actor fue dado de alta con incapacidad, señalando el certificado médico que ya no estaba en condiciones de cumplir con las mismas tareas que realizaba antes de la enfermedad (chofer).

A partir de este momento se suscita un intercambio epistolar entre las partes que culmina con el despido del trabajador por imposibilidad de la demandada de otorgar tareas adecuadas, con pago de la indemnización prevista en el art. 247 de la LCT.

La controversia que se trae a conocimiento de la Alzada nos sitúa en el ámbito del art. 212 de la LCT.

Conforme lo enseña Mario E. Ackerman, la clave de bóveda para la interpretación y aplicación de la norma se encuentra en su primer párrafo: *"Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase una disminución definitiva de la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración"*.

Siguiendo al autor citado, se advierte que se impone al empleador una obligación de fuente legal, de objeto múltiple y conjunto: a) la reasignación de funciones; b) sin disminución de la remuneración; sujeta a un presupuesto de hecho complejo: 1) vigencia de la relación de trabajo; 2) incapacitación del trabajador; 3) disminución permanente de la capacidad de trabajo; y 4) imposibilidad de ejecutar las tareas que venía cumpliendo (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 802/805).

En las presentes actuaciones no se discute la existencia de los presupuestos de hecho, por lo que ha nacido la obligación legal en cabeza de la demandada.

Vuelvo a citar a Mario Ackerman: *"El artículo 78 de la LCT impone al empleador el deber de garantizar al trabajador ocupación efectiva de acuerdo a su calificación o categoría profesional."*

"Y la misma norma lo releva de tal obligación cuando el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber."

"La obligación consiste así, en brindar ocupación efectiva y adecuada, esta última como expresión de un deber más genérico y anterior que es el de protección, a cargo del"

empleador que, en este caso, se orienta a tutelar la capacidad profesional del dependiente.

"En este marco, el primer párrafo del art. 212 de la LCT aparece como una especificación o una aplicación especial de aquella norma cuando le impone al empleador la reasignación de tareas a su dependiente incapacitado con carácter permanente.

"La diferencia con el artículo 78 estriba en que, en lugar de exigirse que la ocupación sea de acuerdo a la calificación o categoría profesional, el artículo 212 reclama que se asignen nuevas tareas que el trabajador pueda ejecutar" (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 819/820).

Frente a esta obligación legal, la parte demandada tenía tres opciones: 1) cumplir; 2) incumplir; 3) imposibilidad de cumplimiento por causas no imputables al empleador.

En autos la empleadora optó por esta última opción, incumplimiento de la obligación legal alegando imposibilidad no imputable a su parte de otorgar tareas adecuadas.

Para realizar un adecuado análisis del recurso, es preciso delinear cuando existe la imposibilidad de cumplimiento de la obligación legal por razones no imputables al empleador y en este aspecto, no coincido totalmente con la postura del juez de primera instancia.

Juan Carlos Fernández Madrid entiende que la causa no imputable a que alude el art. 212 de la LCT no puede estar sujeta a reglas fijas de valoración, pero resulta claro que la mera falta de justificación económica dentro de la empresa no es, por sí sola, motivo suficiente para negar el cambio de tareas; se trata de una causa más grave, típicamente la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa, sin perjuicio para su salud

(cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 2.107/2.108).

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, sostuvo que, sin desmedro de la facultad de organización que el art. 65 de la LCT reconoce al empleador, el texto del art. 212 de la LCT lo condiciona en medida razonable, con sujeción a las circunstancias del caso. No se trata de obligar al dador del trabajo a crear un puesto de trabajo innecesario, sino de adoptar un criterio de cierta elasticidad cuando la estructura de la empresa permite disponer de diferentes supuestos de trabajo (autos "Lovisoló c/ Skycab S.A.", 31/3/1997, TR LL 1/50205).

La Sala II de la misma Cámara sentenció: *"El argumento consistente en que no es obligación del empleador mantener empleados con tareas livianas cuando la actividad única y principal es la asistencia geriátrica, siendo las demás complementarias, no puede ser aceptado como válido para justificar la elusión de las obligaciones de reubicación, pues, además de que todos los negocios tienen actividades principales y secundarias, debe tratarse de una verdadera imposibilidad de otorgar tareas o que su otorgamiento le impida proseguir normalmente con la explotación"* (autos "Semino c/ Toso S.R.L.", 12/6/2009, DT 2009, pág. 91).

Asimismo, comparto el criterio del juez Arias Gisbert, en atención a las consideraciones del magistrado de primera instancia en oportunidad de analizar cada uno de los puestos de trabajo, respecto a que el primer párrafo del art. 212 de la LCT no requiere de la existencia de un puesto vacante, sino que simplemente se exige del empleador que asigne otras tareas que pueda ejecutar el trabajador (CNAT, Sala V, "Espínola c/ Pepsico de Argentina S.R.L.", 13/2/2013, TR LL AR/JUR/3052/2013).

Veamos, entonces, si a la luz de estos conceptos, se arriba a la misma conclusión que el juez a quo, luego del análisis de los puestos de trabajo a que hace referencia la sentencia de primera instancia.

En la empresa demandada, por fuera de las funciones de chofer, existen puestos de trabajo como administrativo, sereno, taller y control de unidades. Si bien la parte actora alude genéricamente a otros puestos de trabajo que podrían haber sido ocupados por el trabajador, me he de circunscribir a los analizados en la sentencia apelada, ya que entiendo que el actor debió individualizar concretamente en que puesto de trabajo podía ser reubicado.

Con relación al puesto de administrativo, el juez a quo descarta la posibilidad de reubicación con fundamento en que no había vacantes, y que para su desempeño se exige contar con secundario completo y conocimiento de computación (Word, Excel e internet) y con experiencia de un año en la realización de tareas administrativas.

Dejando de lado la cuestión de las vacantes, ya que, como dije, su inexistencia no es relevante, lo cierto es que el actor cursó solamente el primer año del ciclo secundario (hoja 82), circunstancia que lo hace inidóneo para desempeñar tareas administrativas, compartiendo entonces la conclusión del juez de grado respecto a que no podía ser reubicado en este sector.

Con respecto a las funciones de sereno, entiendo que ellas sí podían ser desempeñadas por el trabajador de autos. La justificación de la empleadora es la inexistencia de vacantes (se contaba con dos serenos), y que para incluir en estas funciones al actor se debía desplazar a uno de ellos. Como dije antes, la inexistencia de vacantes no es justificativo para negar la reubicación al trabajador incapacitado, y razonablemente podría haberse incluido al actor en ese puesto de

trabajo, incrementando la planta de serenos a tres personas o, incluso consensuar con uno de los serenos que ya estaban en el sector su traslado a otro puesto de trabajo.

En lo que refiere al sector taller, coincido con el juez de grado en que el desempeño en tal sector importa la realización de tareas de esfuerzo y posiciones forzadas, que no podían ser llevadas a cabo por el trabajador.

Pero disiento con la conclusión de la sentencia apelada en orden a la tarea de control de unidades, ya que entiendo que allí también pudo reubicarse al demandante. En efecto, sobre la inexistencia de vacantes ya me he expedido sobre que no es justificativo para la negativa de tareas adecuadas. Luego, por la descripción de las tareas de control: chequear que estén todos los elementos de seguridad (matafuegos, ruedas, llaves, criquet, entre otros) en la unidad; controlar las carpetas que contienen la documentación de los vehículos; verificar visualmente los puntos fijos donde están las soldaduras (sin utilizar aparatos o herramientas), y entregar cadenas en temporada invernal; las mismas no requerían de esfuerzo físico, y así lo han sostenido algunas declaraciones testimoniales.

Por otra parte, el hecho que estas tareas de control, por decisión de la empresa, fueran realizadas por personal administrativo no es impedimento para que fueran asignadas al actor, ya que no surge de su descripción que ineludiblemente se deba contar con título secundario o conocimientos de computación, o experiencia en tareas administrativas. Antes bien, la experiencia del actor como chofer hubiera resultado útil para su desarrollo.

No paso por alto que el testigo Ramos, tal como lo pone de manifiesto el juez de grado, quién se desempeña en el área de logística de la empresa demandada, sostuvo que se requieren, para las tareas de control, conocimientos

informáticos, dado que toda la información que les exige YPF está cargada en un sistema interno de la empresa, afirmando que las personas que trabajan en administración tuvieron capacitación para saber operarlo. Sin embargo, es el único testigo que alude a estos recaudos y, en todo caso, se podría haber capacitado también al demandante en el uso del sistema interno.

De la prueba colectada en la causa surge que la demandada tuvo la posibilidad de reubicar al trabajador incapacitado en otro puesto de trabajo, con, a lo sumo, modificaciones razonables de su esquema de organización y no lo hizo.

A contrario de lo sostenido por el juez de primera instancia, concluyo entonces en que la demandada no tuvo la suficiente flexibilidad y disposición para cumplir con la obligación impuesta por el art. 212 de la LCT -primer párrafo-, por lo que no puede ser eximida del pago de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT frente al despido del trabajador.

III.- El resultado de la apelación obliga a analizar la existencia de despido discriminatorio, que habilite una reparación del daño moral, además de la indemnización tarifada.

Toda vez que la empleadora tuvo oportunidad de reubicar laboralmente al trabajador, con un mínimo esfuerzo de su parte, y no lo hizo, cabe presumir que la causa del despido fue el estado de salud del actor, siendo más conveniente para los intereses de la demandada, segregar de su planta de personal a quién ya no cuenta con la plenitud de su capacidad física, evitando los "inconvenientes" que ello generalmente acarrea (licencias por enfermedad, posibilidad de agravamiento de la dolencia).



No tomo en cuenta los reclamos judiciales realizados por el demandante, en tanto ello no fue introducido en la demanda, sino con posterioridad y en el momento de expresar agravios, lo que lo torna un hecho alegado extemporáneamente.

Conforme lo sostiene la Corte Suprema de Justicia de la Nación: *"...esta Corte ha señalado, desde mediados del siglo pasado que "Nada hay en la letra ni en el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los llamados "derechos humanos" -porque son los derechos esenciales del hombre- esté circunscripta a los ataques que provengan solo de la autoridad. Nada hay, tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad lato sensu carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos (caso "Kot, Samuel", Fallos: 241:291, esp. 299).*

"En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, ha señalado que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos con relación a terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del Drittwirkung, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares (ídem "Alvarez, Maximilano y otros c. Cencosud S.A.", Fallos: 333:2306, esp. 2313/2315)" (autos "Sisneros c/ Taldelva S.R.L. y otro", 20/5/2014, Fallos: 337:611).

En orden al caso de autos, y conformen lo postulan Verónica Germano y Graciela S. Matter, el trabajador que ha quedado incapacitado parcialmente y que retorna al empleo, pasa a integrar un grupo vulnerable, histórica y sistemáticamente segregado del ámbito laboral, víctima de un trato diferente, peyorativo; pasando a conformar entonces una categoría sospechosa (cfr. aut. cit., "El trabajador despedido luego de retornar a su puesto de trabajo portando una incapacidad. Categoría sospechosa. Despido discriminatorio", RDLSS 2017, T. 15, pág. 1.523).

Y en autos ha quedado demostrado que la demandada tenía puestos de trabajo que podían ser ocupados por el trabajador incapacitado, y que sin embargo nada hizo para lograr su reubicación, y ni siquiera intentó que se desempeñara en uno de ellos, sino que directamente procedió a su despido, alegando imposibilidad de cumplir con su obligación legal de otorgar tareas adecuadas.

En autos "Andreoli c/ Cofré" (Expte. JNQLA5 n° 509.977/2017, 12/4/2022) adherí al voto de mi colega de Sala, quién señaló: "El art. 1° de la ley 23.592 establece que: *"...Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos."*

"También se ha dicho que *"...quién se considera afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la*



ley (raza, nacionalidad, opinión política o gremial, sexo, caracteres físicos etc.) deberá, **en primer término, demostrar poseer las características que considera motivantes del acto que ataca** y los elementos de hecho o, en su caso, **la suma de indicios** de carácter objetivo en los que funda la ilicitud de éste; y **posteriormente es el empleador quién deberá acreditar que el despido tuvo por causa una motivación distinta** y a su vez excluyente, por su índole de la animosidad alegada. Debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de hechos negativos. Asimismo, se ha señalado que procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar, tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba (conf. **La ley 23.592 y la jurisprudencia en materia laboral.** por Santiago José Ramos, Septiembre de 2009, www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACF090063, "Rybar Héctor C/ Banco de la Nación Argentina S/ Despido", SD 20.175 del 8.06.07, Sala VII CNAT, BTJ CNAT.)

"Además, "...En materia de despidos discriminatorios y lesivos de los derechos fundamentales, el trabajador tiene la carga de aportar **un indicio de prueba dirigido a poner de manifiesto el motivo oculto de aquel**, para ello no basta una mera alegación, sino que ha de acreditar la existencia de algún elemento que, sin servir para formar de una manera plena la convicción del tribunal, le induzca a creer sobre su posibilidad y una vez configurado el cuadro indiciario, recae sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la vulneración de derechos



fundamentales ..." (CNAT, SALA V, 14-6-2006, "Parra Vera, Máxima c. san Timoteo S.A., L.L. DEL 7-7-2006, Publicado en: LA LEY 07/07/2006, 7 - LA LEY 2006-D, 217 - DJ 19/07/2006, 880 - IMP 2006-15, 1906 - DJ 16/08/2006, 1079, con nota de Sebastián C. Coppoletta - LA LEY 23/08/2006, 9, con nota de Ricardo J. Cornaglia - LA LEY 2006-E, 100, con nota de Ricardo J. Cornaglia - LA LEY 28/08/2006, 6, con nota de Jorge Rodríguez Mancini - LA LEY 2006-E, 134, con nota de Jorge Rodríguez Mancini)

"Entonces, bajo estas premisas, le correspondía al actor en primer lugar aportar el indicio de poseer alguna característica motivante de la actitud discriminatoria denunciada, para luego la accionada intentar acreditar que su conducta no tuvo un motivo diferente y oculto".

En autos, y como lo señalé, la demandada alegó no contar con puestos de trabajo acordes a la nueva capacidad laborativa del actor, lo que no se ha ajustado a la realidad, por lo que caído el motivo invocado para proceder al despido del demandante, queda claro que la verdadera causa del distracto ha sido justamente la incapacidad parcial sobreviniente del trabajador.

En síntesis, el motivo del despido del trabajador se encuentra en sus caracteres físicos -incapacidad parcial sobreviniente-, constituyendo por ende un acto discriminatorio que habilita la indemnización por daño moral, pretendida por el actor.

IV.- A efectos de determinar el capital de condena he de tomar como mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador la del mes de agosto de 2017 (\$ 37.510,77), conforme informe pericial contable de hojas 152/154.

La parte actora pretende que la mejor remuneración a los fines del art. 245 de la LCT es la del mes de enero de 2017 (\$ 50.056,10), más dicha remuneración excede el año

anterior al momento del despido (julio de 2018), por lo que no puede ser tenida en cuenta.

A la mejor remuneración mensual, normal y habitual ha de adicionarse el sueldo anual complementario proporcional por \$ 3.125,90, por lo que la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT asciende a \$ 40.636,67.

En autos "Arce c/ San Antonio Internacional S.A." (Expte. JNQLA2 n° 514.901/2019, 4/5/2022); "Díaz c/ Indalo S.A." (Expte. JNQLA5 n° 511.473/2017, 19/10/2022) y "Vázquez c/ Tec Precinc S.R.L." (Expte. JRSCI1 n° 12.351/2018, 14/6/2023), entre otros, sostuve: *"...Conforme lo he dicho en autos "Cañicura c/Empresa Zille SRL" (sentencia del 5/7/2011, Sala II, P.S. 2011-IV, f° 707/719): "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982).*

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue



proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolia, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustentó), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC.

"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439).

"El sueldo anual complementario es una remuneración adicional que se devenga mes a mes ya que, de otro modo y como bien lo pone de manifiesto el a quo, no tendría razón de ser el pago proporcional dispuesto en el art. 123 de la LCT. Por tanto, y conforme ya lo adelantara, corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo, la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto de que aquella reparación -tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado (que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y, consiguientemente, del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado, el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes".

"Este criterio, como bien invoca el actor, es sostenido también por el Tribunal Superior de Justicia del Neuquén, en la Sala Civil y en los autos "Reyes Barrientos" - expte. n° 70/2013, Acuerdo n°10/16 del 16/06/2016-".

Asimismo, y dando respuesta a la impugnación que formulara la parte demandada al informe pericial contable, corresponde incluir en la remuneración base de la liquidación de los distintos ítems indemnizatorios, los rubros denominados "no remunerativos". En autos "Noguerol c/ San Antonio Internacional S.A." (expte. jnqla5 n° 512.447/2018, 3/8/2022) esta Sala II dijo: "En el ... precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "la naturaleza jurídica de una institución debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan (doc. "Inta Industria Textil Argentina S.A. s/ apelación", Fallos 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT".

"Bajo este prisma, los adicionales "no remunerativos" incluidos por el a quo (viandas y torre mensual),



más allá de lo convenido en la negociación colectiva y homologado por la autoridad administrativa, no aparecen como ajenos al contrato de trabajo, y a la contraprestación debida al trabajado como consecuencia de poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador, ni menos aún tal extremo fue acreditado por la demandada”.

Luego partiendo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el año anterior al despido y considerando una antigüedad de cuatro años, la indemnización por antigüedad asciende a \$ 162.546,68; y habiendo abonado la demandada en tal concepto la suma de \$ 64.021,32 (recibo de haberes de hoja 11), la diferencia debida al trabajador es de \$ 98.525,36.

El actor reclama la diferencia de la indemnización sustitutiva del preaviso, la que debió ascender a la suma de \$ 37.510,77, con más su SAC proporcional de \$ 3.125,90, habiendo percibido conforme liquidación final la suma de \$ 34.678,22 (que incluye indemnización y SAC proporcional), por lo que la diferencia debida al trabajador es de \$ 5.958,45.

Cabe aclarar que si bien el criterio para liquidar los rubros derivados del despido, a excepción de la indemnización del art. 245 de la LCT, es el de la normalidad próxima, en autos la última remuneración informada por el perito contador es la de agosto de 2017, ya que con posterioridad el trabajador ingresó en el período de reserva del puesto de trabajo.

El trabajador también reclama las diferencias en el pago de las vacaciones no gozadas. De acuerdo con su antigüedad, al actor le correspondía un período vacacional de 14 días para el año 2018, en tanto percibió remuneración la mitad de los días laborables del año. Por ende debió percibir en tal concepto la suma de \$ 21.006,03 y un SAC proporcional de \$ 1.750,50,

habiendo percibido por ambos rubros la suma de \$ 19.268,66, por lo que se le adeuda una diferencia de \$ 3.487,87.

Por integración del mes del despido el actor debió percibir la suma de \$ 22.290,47, habiéndosele abonado en tal concepto la suma de \$ 32.010,66, por lo que no existe diferencia alguna a favor del trabajador.

Respecto de la multa del art. 2 de la ley 25.323, el demandante reclamó por telegrama el pago de las indemnizaciones de ley (hoja 8), siendo obligado a litigar para obtener la satisfacción de su crédito, lo que hace procedente la multa peticionada, pero sobre la diferencia impaga. En autos "Pedrero c/ Patagonia Xtreme S.R.L." (Expte. JNQLA4 n° 507.194/2016, 1/12/2021), entre otros esta Sala II ha sostenido: *"...el art. 2° de la Ley 25.323 toma un hecho objetivo para la aplicación de la sanción que impone, la falta de pago de las indemnizaciones por la extinción unilateral arbitraria del contrato de trabajo. Y como falta de pago debe entenderse también el pago insuficiente, toda vez que éste no resulta cancelatorio de lo debido al no ser íntegro.*

"Ahora bien, en supuestos de pago insuficiente, el incremento debe aplicarse sobre la base económica constituida por la diferencia indemnizatoria no satisfecha, y no por la totalidad de los rubros previstos en la norma (cfr. CNAT, Sala II, 20/12/2007, "Lucero c/ YPF S.A.", TySS 2008, pág. 334; ídem., Sala III, 30/11/2007, "Saint Jean c/ Disco S.A.", TySS 2008, pág. 53). De otro modo no existe relación de proporcionalidad entre la falta y la penalidad".

Por ende, la multa del art. 2 de la ley 25.323 progresa por la suma de \$ 52.241,91.

Los rubros emergentes del despido del trabajador debidos a éste ascienden, entonces, a la suma total de \$ 160.213,59.

Dicho importe devenga intereses desde la fecha de la mora (12 de julio de 2018) y hasta el 30 de diciembre de 2020, de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del 1 de enero de 2021 y hasta su efectivo pago, conforme la tasa efectiva anual para préstamos personales - canal venta sucursales, para clientes sin paquete -sin IVA- del mismo banco, utilizada como valor referencial, sin capitalizar en su aplicación.

En cuanto a la indemnización por daño moral, si bien el actor no ha desarrollado en demasía los padecimientos espirituales que ha sufrido, presumo que ellos derivan de la pérdida de su puesto de trabajo con la consiguiente frustración de continuar laborando y proveyendo a su sustento, como así también la incertidumbre sobre su futuro.

A efectos de cuantificar el importe de esta reparación, dado el carácter alimentario de la remuneración, estimo que la misma debe ser equivalente 10 canastas básicas, valoradas para el mes de septiembre de 2023, de acuerdo con lo informado por el INDEC, en la suma de \$ 284.686,95 cada una. En consecuencia la indemnización por daño moral asciende a la suma de \$ 2.850.000,00.

Dado que se trata de un capital calculado a valores actuales, el importe de esta indemnización devenga intereses desde la fecha de la mora y hasta la fecha de la presente sentencia de acuerdo con la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del día siguiente al del dictado del fallo de Alzada y hasta su efectivo pago, de acuerdo con la tasa efectiva anual para préstamos personales - canal venta sucursales, para clientes sin paquete -sin IVA- del mismo banco, utilizada como valor referencial, sin capitalizar en su aplicación.

V.- Teniendo en cuenta el resultado de la apelación devino abstracto el tratamiento de la queja del letrado Freixas.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) declarar abstracto el tratamiento de la queja del letrado apoderado de la parte demandada; 2) hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y 3) revocar el resolutorio recurrido.

Recomponiendo el litigio, se hace lugar a la demanda condenando a la demandada Eduardo Osvaldo Rodríguez S.R.L. a abonar al actor Salvador Horacio Merino la suma de \$ 3.010.213,59 con más sus intereses, de acuerdo con lo establecido en el Considerando respectivo, dentro de los cinco días de quedar firme la presente.

Las costas de ambas instancias son a cargo de la demandada perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios por la actuación en la primera instancia, en el 22,4% de la base regulatoria (conformada por capital de condena más intereses) en conjunto para los letrados apoderados de la parte actora María Fernanda Auzmendi, Mariana Mendes y Augusto Barona González; y 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte demandada Carlos Augusto Freixas, todo de conformidad con lo normado por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios del perito contador Roque Martínez, considerando la labor cumplida y su incidencia para la resolución de la litis, como así también la adecuada relación de proporcionalidad que debe guardar la retribución del profesional auxiliar con la de las representaciones letradas de los litigantes, se regulan en el 4% de la base regulatoria.

Por la labor ante la Alzada de los letrados Augusto Barona González, Mariana Mendes, María Fernanda Auzmendi y



Carlos Augusto Freixas, se regulan sus honorarios en el 30% de la suma que se liquide a cada uno de ellos por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El juez José NOACCO dijo:

Adhiero al voto que antecede, expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- **Revocar** la sentencia dictada el día 1 de marzo de 2023 (Hojas 270/275 vta), haciendo lugar a la demanda del modo dispuesto en el Considerando respectivo.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en el modo indicado en los Considerandos.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI Jueza-
Dr. JOSÉ NOACCO Juez
Dra. VALERIA JEZIOR Secretaria