



ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los 9 días de Febrero del año 2023, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con la Dra. Alejandra Barroso y el Dr. Pablo G. Furlotti, con la intervención del Secretario de Cámara, Dr. Juan Ignacio Daroca, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"VALENZUELA MARIA ALEJANDRA C/ RINCON DE LOS ANDES S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - (JJUCI1-EXP-70448/2020), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería número uno de la ciudad de Junín de los Andes; y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

CONSIDERANDO:

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso** dijo:

I.- A fs. 268/276 luce la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 7 de septiembre del 2022 mediante la cual se rechaza la demanda interpuesta por la actora Sra. María Alejandra Valenzuela contra la demandada Rincón de los Andes SA, en concepto de haberes pendientes, indemnizaciones por despido, e incrementos indemnizatorios de los arts. 80 de la LCT, 2 de la ley 25.323 y dec. 34/19.

Impone las costas de la acción a la actora vencida y difiere la regulación de honorarios.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte actora quien expresa agravios a fs. 278/290, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 292/295, presentándose mediante gestor procesal, gestión que es ratificada mediante escrito de fecha 4/10/22, el que fuera ingresado por error en la mesa de entradas virtual del juzgado de origen, conforme certificación actuarial.

En consecuencia, he de tener por ratificada en tiempo y forma la gestión oportunamente invocada (art. 9 de la ley 921), ello conforme criterio del TSJ en autos caratulados "GIL, DEMETRIO c/ PRAXAIR ARGENTINA SRL Y OTRO s/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENÉRICAS", Expediente JCUCI2 N° 66.994 - Año 2014 [véase resolución N° 234, del 21 de octubre de 2020], y ratificado en autos "PRIETO, HUGO N. c/ PETROBRAS ARGENTINA S.A. Y OTRO s/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS E/A EXPTE 33671/2018" (Expediente JNQC13 INC N° 33.847 - Año 2019) [véase resolución N° 238, del 26 de octubre de 2020]

II.- 1.- Agravios.

El recurrente sintetiza los hechos acontecidos desde su perspectiva.

a) En su primer agravio, arguye que el juez de grado realiza una interpretación contraria a los principios laborales al considerar que la empleada actuó de forma prematura al considerarse despedida y que no se configuró la injuria laboral.

Destaca la importancia del intercambio telegráfico, estimando que la injuria laboral denunciada surge clara del mismo, citando antecedente de esta Alzada.

Resumiendo el intercambio epistolar, afirma que el 19 de marzo del 2020, debido a que le habían dicho informalmente que no vaya más a trabajar, la actora intimó a la dación de trabajo, recordando que cada año la temporada terminaba en el mes de abril; la demandada el mismo día notificó a la empleada que a partir del día 20 de marzo del 2020 concluía la relación laboral y sería convocada nuevamente en su momento; y contesta el 25 de marzo la intimación formulada, manifestando que la finalización de temporada de hecho se ha dado por el brote de Coronavirus y por las restricciones legales respecto del funcionamiento de los Complejos Hoteleros, ha concluido habiéndose cumplido con creces los plazos mínimos habituales.

Dice que la trabajadora aguardó al comienzo de la temporada de invierno, pero esto no significó renunciar a sus

derechos laborales, ni conformidad con la empleadora, como asegura el a quo, sino que fue una colaboración laboral ante las particulares circunstancias que imperaban.

Señala que en fecha 1 de junio del año 2020, la accionante, como todos los años, hizo reserva del puesto para la temporada de invierno 2020, año en el que hubo temporada con restricciones, manifestando que es un hecho notorio que todos los hoteles de San Martín de los Andes, recibieron muchos turistas.

Refiere que ante la falta de respuesta, el día 20 de julio del 2020, la trabajadora se consideró despedida, contestando fuera de término la patronal que no habría temporada de invierno por la crisis del Covid.

Reitera argumentos e imputa errónea apreciación de la prueba según lo previsto en el art. 9 de la LCT.

b) Asegura que esta Alzada ha determinado que las temporadas no dependen de la voluntad del empleador y mucho menos de la merma de turistas por causales objetivas, transcribiendo la jurisprudencia citada.

Destaca que la patronal el día que decretaron la primera cuarentena dio por concluida la temporada de verano, y luego decidió que tampoco habría temporada de invierno 2020, abandonando a su suerte a la trabajadora, siendo que la temporada invernal se llevó a cabo y no existía fundamento legal para terminarla anticipadamente, no configurándose el supuesto de fuerza mayor.

Asevera que el A Quo argumentó que estaba justificado no llamar a la trabajadora porque el empleador no abrió sus puertas, lo que excede toda lógica de derecho laboral, más allá de que hubo temporada y el complejo siguió trabajando.

c) Indica que el complejo hotelero no podía ampararse en la merma turística para no convocar a la trabajadora, y el solo incumplimiento de llamarla, configura la injuria en los

términos del art. 98 de la LCT, remitiéndose nuevamente a lo sostenido por este tribunal.

Refiere que el supuesto de suspensión por fuerza mayor no resultaba aplicable con motivo del Coronavirus, debido a que el 31 de marzo del 2020 se dictó el DNU N° 329/2020, que prohibió las suspensiones por causales de fuerza mayor o falta o disminución de trabajo por el plazo de 60 días.

Cita que el art. 4 del decreto mencionado dice: "Los despidos y las suspensiones que se dispongan en violación de lo dispuesto en el artículo 2° y primer párrafo del artículo 3° del presente decreto, no producirán efecto alguno, manteniéndose vigentes las relaciones laborales existentes y sus condiciones actuales...".

Precisa que como se corrobora con el intercambio epistolar, el empleador jamás realizó el alta y/o pagó los haberes correspondientes a la temporada de invierno del año 2020, a pesar de que no solo la ley laboral (art. 98 LCT) le otorgaba ese derecho a la trabajadora, sino que además el empleador usaba como justificativo la pandemia y los decretos citados claramente especifican que se prohibían las suspensiones laborales fundadas en causales de fuerza mayor, más allá de que sendos decretos otorgaron ayuda económica a las empresas.

d) Imputa valoración en perjuicio de la trabajadora y dice que no entiende qué intercambio epistolar leyó el juez.

Recuerda que la trabajadora no cobró el sueldo proporcional de marzo (la empleadora terminó la temporada el día 20 de marzo de 2020) y luego le dijeron que no le iban a dar trabajo en la temporada de invierno, reflexionando que en plena pandemia era imposible buscar otro trabajo y/o esperar sin cobrar como recomendó el A Quo, quien también aconsejó a la trabajadora que debió pedir ser incluida en la nómina de trabajadores que debían percibir los distintos refuerzos económicos brindados por el Estado.



e) Finalmente, se agravia en cuanto se rechaza el reclamo de los meses que faltaban para concluir la temporada de verano (11 de días de marzo y el mes de abril de 2020), con fundamento en que de la prueba informativa y contable surgen los periodos denunciados en su demanda que no fueran desconocidos por la contraria, y dan cuenta de que la trabajadora laboraba hasta abril.

Finalmente, reitera argumentos y resalta que la trabajadora no quería terminar la relación laboral, pero si no se le daba de alta, no cobraba sus salarios, invocando los principios laborales imputa falta de sana crítica.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, acogiendo la demanda en todas sus partes.

2.- Contestación de agravios.

La demandada en su contestación solicita se rechace el recurso interpuesto conforme los argumentos que expone a los cuales me remito en honor a la brevedad, con expresa imposición en costas.

III.- Análisis de los agravios.

1.- Adelanto que considero que las quejas traídas cumplen con la exigencia legal del art. 265 del CPCC, con las salvedades que se expresarán oportunamente.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), a la luz del principio de congruencia.

En este aspecto, entiendo que el derecho al recurso integra las garantías del debido proceso, conforme se establecen en el art. 8 de la CADH, las cuales son aplicables en todos los procesos sin importar la materia de que se trate, conforme jurisprudencia de la Corte IDH (OC N°18/03 del 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124, entre otros).

Estas garantías procesales deben servir como pautas interpretativas de lo dispuesto en los códigos de procedimiento, entre ellos los arts. 265 y 266, en tanto estas normativas cumplen la función de reglamentación de esas garantías constitucionales.

En ese orden de ideas es que considero debe tenerse en cuenta esta dimensión constitucional del procedimiento civil con fundamento en las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional; y arts. 27 y 58 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

2.- Establecido lo anterior y atento los agravios traídos por el recurrente cabe tener presente que el sentenciante describe detalladamente el intercambio telegráfico producido entre las partes, y conforme lo prescripto por el art. 243 de la LCT, da cuenta de que la actora se considera despedida por la respuesta dada por la empleadora a la misiva cursada en marzo 2020, en la que se pusiera en conocimiento la culminación de la temporada de verano con motivo de las restricciones impuestas por la pandemia del Covid 19.

Individualiza que conforme la intimación previa referida, la trabajadora reclamaba aclaración laboral y garantía de ocupación efectiva, lo que fue contestado tras lo cual la accionante guardó silencio hasta el 1 de junio en que reserva el puesto para la temporada invernal y ante la contestación del empleador decide apresuradamente concluir el vínculo existente.

Recalca que la actora manifestó su intención de seguir trabajando luego de su intimación previa, con lo cual, el

distracto no guarda contemporaneidad con el requerimiento referido, resultando injustificado.

En punto a los salarios de marzo y abril 2020, establece su improcedencia dado que la actora laboró esa temporada un periodo similar a los anteriores ciclos, cumpliéndose con lo determinado en el art. 7.4 del CCT 389/04.

Desestima el incremento indemnizatorio del art. 80 de la LCT ante la falta de intimación formal en los términos del art. 3 del dec. 146/01.

3.- He de ingresar al tratamiento de los cuatro primeros agravios en forma conjunta, para finalmente analizar el último agravio traído que refiere a la falta de los meses de marzo y abril de la temporada de verano 2020 que también reclamara la actora.

a) De las constancias de autos surge que la actora resuelve el contrato de trabajo mediante el telegrama de fecha 20/07/2020 (fs. 22 y 142) con el siguiente texto: "Atento a su carta documento CD928409656, de fecha 25 de Marzo del año 2020, en respuesta de Telegrama Ley N° 23.789 CD040875342 de fecha 19 de Marzo del año 2020 me considero despedida por su única culpa y exclusiva responsabilidad. Y lo íntimo al pago de indemnización Art. 245 de Ley 20.744, daños y perjuicios (Art. 97 1° Párr. y 95 1° Párr. de Ley 20.744), indemnización de preaviso, y demás indemnizaciones del C.C.T. N° 389/04, Decreto de Necesidad y Urgencia 329/2020 y multa Art. 2 de DNU 34/2019. Asimismo, intimo fehacientemente para que en el plazo de 48 hs. de recepcionada la presente entregue certificado de aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social, bajo apercibimiento de accionar judicialmente su entrega y multa prevista en el Art. 80 de Ley 20.744. Reservo derechos. Sin otro particular aprovecho para saludarle atte".

Conforme lo aludido en la misiva de distracto, resulta que la demandante mediante TCL del 19/03/2020 (fs. 19 y 141), intimó: "Atento desde mi ingreso para ustedes hace más de seis



años, me he desempeñado como empleada de temporadas, tanto de invierno como de verano, habiendo finalizado las temporadas estivales a fines del mes de abril de cada año, siendo que conforme lo normado por el art. 96 LCT, el contrato que nos une está destinado a repetirse en cada ciclo y en los términos del ciclo anterior (art. 97 LCT), dado que la persona que se encuentra actualmente a cargo de RRHH me informó que hoy era mi último día de la temporada, impidiéndome finalizar mi ciclo, el que siempre ha finalizado a fines del mes de abril de cada año, INTIMO plazo 48 horas aclaren situación laboral y garanticen ocupación efectiva, bajo apercibimiento de considerarme despedida y accionar judicialmente en vuestra contra".

Por medio de CD del mismo día (fs. 23 y 133), la empleadora comunica a la trabajadora que en su carácter de empleada temporaria, a partir del día 20/03/2020 concluye la temporada y que será convocada nuevamente en su momento.

Asimismo, a la interpelación, el 25/03/2020 (fs. 24 y 137) rechaza la misiva por improcedente, explicando que la finalización de la temporada se ha dado por el brote de Coronavirus y por las restricciones legales Nacionales, Provinciales y Municipales, también que la temporada ha cumplido con creces los plazos mínimos, y que la finalización de la misma excede al empleador, tratándose de cuestiones de fuerza mayor.

Transcurridos más de dos meses, el 1/06/2020 (fs. 20 y 140) la actora mediante telegrama realizó reserva de plaza para la temporada de invierno del año 2020.

El día 20/07/2020, mediante cartadocumento (fs. 25 y 135), la accionada comunica a la accionante que por razones que son de público conocimiento y en virtud de las restricciones impuestas por las autoridades le hace saber que no habrá apertura de temporada invernal en general en la localidad y en particular en el complejo de la demandada. Asimismo, le hace saber que lo notificado no altera ni modifica la relación

laboral ni sus efectos para futuras temporadas, en caso de que se dé por concluida la situación excepcional de pandemia.

El día 27/07/2020 (fs. 26 y 139) la demandada contesta el telegrama de despido indirecto del 20/07/20, transcripto supra, rechazando la injuria invocada y expresando que la conducta disruptiva resulta extemporánea, descontextualizada, intempestiva y contradictoria, narrando que la temporada de verano se vio interrumpida por las restricciones impuestas por las autoridades, más allá de que se cumplió el plazo mínimo, que su parte contestó su requerimiento y transcurridos varios meses, la dependiente reservó su puesto de trabajo para la temporada invernal mediante telegrama de fecha 02/06/2020. Asimismo, rechaza que le asista derecho a percibir los rubros reclamados y pone a disposición liquidación final y certificados de ley.

Al demandar, la actora describe el intercambio telegráfico y expresa: "Como se corrobora con el intercambio epistolar, el empleador jamás realizó el alta y/o pagó los haberes correspondientes a la temporada que en la práctica comenzaba el mes de Junio de cada año. Lo antes dicho representa una injuria a la trabajadora, manifestándole que tiene su reserva de plaza, pero que no trabajará este año..." (fs. 36).

En el responde, la demandada advierte concretamente que se transgrede lo dispuesto en el art. 243 de la LCT, dado que en el telegrama de despido indirecto denuncia como injuria la misiva de marzo 2020, relacionada con el cese de la temporada de verano, y ahora en la demanda modifica la causal, aludiendo a las circunstancias relacionadas con la temporada de invierno y lo que dictan los decretos posteriores (fs. 51), alegando también que no se especifica suficientemente la injuria laboral, y la conducta resulta contradictoria con sus propios actos.

b) El artículo 243 de la Ley de Contrato de Trabajo establece expresamente: "Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido. El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en

justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas." (cfme. arts. 14 bis y 18 de la Const. Nac.; 38 inc. j y 58 de la Const. Prov.; 10, 57, 63, 242 y 246 de la L.C.T.; y 377 y 386 del CPCC).

El artículo citado establece dos requisitos formales a que debe sujetarse la denuncia del contrato de trabajo, con invocación de justa causa: que la comunicación se curse por escrito, y que en el instrumento se consigne la "expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato". Las reglas son válidas para ambas partes del contrato que efectuaran la denuncia motivada, tanto para el empleador (despido directo) como para el trabajador (despido indirecto). La forma exigida por el artículo es una forma ad solemnitatem y no solamente ad probationem. Una vez invocada la causa de rescisión contractual no se la podrá modificar ni ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior, por ninguna de las partes. Es lo que dice la última parte del artículo: "Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas". La ley impone una suerte de fijeza prejudicial al acto de invocación de justa causa de rescisión. "No es jurídicamente válido alterar la causal del despido dada (o invocada) en el proceso judicial posterior." (CNAT, sala VII, 6/6/95, DT 1995-B-1811). (Carlos Alberto Etala, Contrato de trabajo, Ed. Astrea, t. 2, p. 257).

El despido indirecto es el decidido por el trabajador ante un incumplimiento del empleador de suficiente gravedad que constituya una injuria que impida la continuación del contrato; debe ser notificado por escrito, previa intimación al empleador para que revea su actitud, expresando en forma suficientemente

clara los motivos que justifican su decisión. Con la finalidad de salvaguardar el derecho de defensa en juicio de la contraparte, el legislador dispone que en el despido con justa causa -directo (decidido por el empleador) o indirecto (decidido por el trabajador)- se deben comunicar por escrito y en forma suficientemente clara los motivos en que se funda la ruptura del contrato. La comunicación del despido en forma escrita es indispensable para poder consignar fehacientemente la causa invocada. En caso de demanda judicial, no se admite la modificación de la causal de despido consignada en la comunicación respectiva (invariabilidad de la causa). Esto significa que en el proceso judicial sobreviniente solo se pueda invocar y tratar de probar la causal esgrimida en la comunicación del despido, así como también que la nueva causal puesta de manifiesto en la demanda o contestación -según el caso-, pero que no hubiere sido invocada en aquella comunicación, no puede ser considerada como justa causa disolutoria, ni aun en caso de ser probada y demostrada su gravedad (Julio Armando Grisolia, Derecho del trabajo y de la seguridad social, Ed. Abeledo Perrot, t. 2, p. 1010 y ss.).

En este sentido, esta Cámara Provincial de Apelaciones ha expresado, conforme también lo pone de resalto el recurrente en su escrito recursivo y que aquí reitero: "... Sabido es que las bases de la confrontación laboral se erigen sobre la plataforma fáctica que los protagonistas forjan en el intercambio postal previo.

El cruce epistolar entre el dependiente y el patrón excede y supera una mera circunstancia fáctica narrada en el "relato de los hechos" de la demanda (o contestación), y que quien la invoque oportunamente tenga la carga de acreditar. Sus secuelas son mucho más significativas, pues poseen un efecto "cerrojo" sobre la discusión, anticipan la forma en que debe quedar trabada la litis y, por ende, fijan el marco dentro del cual podrán maniobrar las partes.

Tal es así que, inclusive, doctrinariamente se ha llegado a afirmar que "el litigio empieza antes del sorteo de la causa; es decir, con el primer texto que se redacta en el primer telegrama que se envía". [Véase Mansilla, Alberto: "El juicio laboral comienza con el intercambio telegráfico"; Artículo publicado en: LLBA2009 (diciembre), 1176; Cita Online: AR/DOC/3772/2009]..." (voto de la Dra. María Julia Barrese al que adhiriera el Dr. Furlotti en autos "JEREZ URIBE BEATRIZ ANGELICA C/ HOSTERIA LAS BALSAS S.A. S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", Expte. Nro.: 3663, Año: 2012, Acuerdo de fecha 3 de julio de 2015, Sala II, OAPyG de San Martín de los Andes).

c) Atento las premisas fácticas y jurídicas reseñadas, no queda más que confirmar la decisión del juez de primera instancia, en cuanto ciertamente en el escrito de demanda y en los presentes agravios se pretende modificar la causal de despido esgrimida en el intercambio telegráfico producido entre las partes, transgrediendo lo prescripto en el art. 243 de la LCT.

Como se puede observar de las misivas detalladas precedentemente, la actora el 20/7/2020 alega como injuria laboral la respuesta a su intimación formalizada en el mes de marzo del 2020, abstrayéndose del tiempo transcurrido y de su posterior reserva del puesto de trabajo para la temporada invernal.

Ahora, en el proceso judicial manifiesta que la injuria laboral estaba constituida por la falta de convocatoria a la temporada de invierno, soslayando el texto expreso de la misiva de distracto.

Tal lo refiere la doctrina citada, con el intercambio telegráfico queda fijada la situación jurídica del conflicto de las partes y ello no puede ser alterado con posterioridad, de otro modo se verían afectados los derechos elementales de defensa de la contraria, de garantía constitucional, y también se violarían los principios de congruencia y buena fe.

En el caso concreto, tampoco se vislumbra uno de los recaudos esenciales del despido con justa causa, cual es la contemporaneidad entre la decisión resolutoria y la injuria alegada, dado que en el mes de julio invoca una intimación del mes de marzo, resultando sorpresiva e intempestiva la resolución contractual ante la falta de una intimación previa inmediata.

Asimismo, la conducta de la actora se contradice con sus propios actos anteriores, teniendo en cuenta que tras la contestación a su intimación, no formuló objeción alguna y luego se puso a disposición para la temporada siguiente, transcurriendo más de cuatro meses.

Por otro lado, el recurrente no se hace cargo de estos fundamentos elaborados por el magistrado de grado, omitiendo confrontar los mismos en forma concreta y razonada, conforme obligación estipulada en el art. 265 del CPCC.

Se limita a formular imputaciones que no encuentran sustento en los hechos acreditados, que fundamentalmente se resumen en el intercambio telegráfico reconocido y traído por ambas partes, y llama la atención la insistencia en ignorar el texto del telegrama de despido.

La jurisprudencia tiene dicho uniformemente que: "El principio de buena fe consagrado por la normativa legal de aplicación (art. 63 LCT) obliga al accionante a intimar al empleador en forma previa a la interposición de la demanda consignando los deberes que reputa incumplidos y apercibiendo de las consecuencias jurídicas que se generarían en el caso de persistir en su actitud (conf. CNAT, sala VIII, 30/11/1993, Iametti Marcos c. Conindar San Luis SA s. despido, SD 19418). No constituye exceso de rigor formal que se consigne el apercibimiento adecuado en la intimación pues la base de tal demanda se encuentra en su derecho constitucional. El conflicto comienza a autocomponerse con el intercambio epistolar en el que el acreedor intima el cumplimiento de determinadas conductas, cargas y obligaciones apercibiendo sobre cuál será su proceder

en caso de silencio o no cumplimiento y el deudor tiene el legítimo derecho de defensa así como conocer cuáles serán las consecuencias de su obrar o su silencio". (CNAT, sala I, 9/5/2002, González Margarita c. Du Pino Néstor y otros s. despido, LCT Anotada con jurisprudencia, Mariano Mark, Ed. Hammurabi, p. 321).

"Quien deja transcurrir un lapso prolongado sin denunciar la relación está demostrando implícitamente la inexistencia de un motivo suficientemente serio para él, susceptible de hacer subjetivamente imposible -y objetivamente exigible- la continuación de la relación" (CNAT, sala VIII, 3/7/1998, González Valentín c. Club Italiano Asociación Civil y otro, DT 1998-B-2447, p. 673, ídem).

"Si la denuncia del contrato de trabajo se produjo casi tres meses después del último requerimiento efectuado, no se habría cumplido el requisito de contemporaneidad exigible entre la existencia de un supuesto acto injurioso y la denuncia vincular que en este estaría basada" (CNAT, sala V, 25/6/03, Echeverría Norberto E. c. Fundación Universidad de Morón, p. 802, ídem).

Ya nos hemos expedido también con el mismo criterio en un caso de despido indirecto en el que no se respetó la consigna del art. 243 de la LCT en autos "ALVARADO MAXIMILIANO ENRIQUE C/ PETER PAUL S.R.L. S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACION O CONSIGNACION ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES", Expte. Nro.: 35768, Año: 2013, Acuerdo de fecha 11/4/2016, OAPyG de Cutral Co de esta Cámara Unica Provincial de Apelaciones, Sala I).

Igualmente, el Tribunal Superior Provincial ha sostenido que: "Por lo cual se concluye en que los sentenciantes cambiaron la causal de despido exteriorizada por el empleador e incurrieron en el vicio alegado por el recurrente (arts. 34, inc. 4º, y 163, incs. 3º, 4º, 5º y 6º, del C.P.C. y C.). Lo que autoriza a descalificar la decisión como acto jurisdiccional

válido... "El magistrado debe centrar su atención en la causal del distracto laboral invocada por el empleador y comunicada mediante carta documento, la que configura 'la fijeza prejudicial de la causal de despido', a los efectos de determinar si existió la injuria alegada y la proporcionalidad de la sanción, ya que no se admite la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones que se hubieren hecho del mismo" (Conf. LDTextos Referencia Normativa: L.C.T. Art. 243 In Fine St 21939 Sentencia de Fecha: 02/03/2006. Juez: Juarez Carol (sd) Caratula: Diaz Marcelo J. C/ Hipermercado Libertad S.A. Y/O Responsable S/falta De Preaviso, Etc. S/ Casacion Laboral Mag. Votantes: Juárez Carol-Rimini Olmedo-Suarez). Este Tribunal ha expuesto: "El principio de congruencia impone al sentenciante ajustar su juzgamiento a los hechos articulados por las partes. Y ello se tiene que observar, con mayor estrictez, cuando se analizan las causales de despido, cuidando de no introducir cuestiones que impliquen cambiar los motivos invocados por las partes en sus escritos postulatorios. Puesto que el art. 243 de la L.C.T. establece que las partes no pueden alterar la causal de despido alegada oportunamente para la desvinculación, con más razón, dicha prohibición se extiende al juzgador" (Conf. Acuerdos nros. 67/06 y 91/06, del Registro de la Secretaría Civil)." ("BUSTOS CAMPOS GONZALO ALONSO C/ BURGOS EDUARDO S/ COBRO DE HABERES", Expte. nro. 96 - año 2006, Ac. 1 del 3/2/2009, Sala Civil).

d) A esta altura, debo señalar especialmente que en su escrito recursivo el apelante argumenta sobre la violación del art. 98 de la LCT, y expresa que la circunstancia de no convocar a la trabajadora para la temporada de invierno en este caso, configura la injuria prevista en la citada normativa (que en realidad determina que existiría una rescisión unilateral del contrato de trabajo en tal supuesto).

Sin embargo, el recurrente evidentemente no se hace cargo que esas no fueron eventualmente las circunstancias

invocadas oportunamente en el intercambio telegráfico y que fundamentaron la injuria laboral (art. 243 de la LCT que he desarrollado precedentemente).

Claramente en su telegrama de despido la actora se considera injuriada y despedida por la respuesta dada por la empleadora en la CD del 25 de marzo de 2020 por la cual le manifestó que la temporada de verano había cesado de hecho y que además, se habían cumplido los plazos mínimos habituales.

No se invocó por la trabajadora lo dispuesto por el art. 98 de la LCT, ni siquiera se lo mencionó en la misiva (fs. 3 y 4).

Puedo advertir también que, claramente, al iniciar la demanda, modifica la causal invocada y sostiene que la trabajadora remitió telegrama considerándose despedida "ante la falta de cumplimiento de lo establecido por el art. 98 de la LCT" (fs. 10vta.) y afirma también "se encuentra despedida por incumplimiento del art. 98 de la ley 20744" (fs. 11vta.), lo que no se condice con las constancias de autos.

Incluso se puede observar que en la liquidación realizada en la demanda reclama los meses de marzo y abril de 2020 como integración del mes de despido (fs. 12).

En estos términos, los argumentos expuestos por esta Alzada en el precedente "JEREZ" que cita el apelante, no resultan trasladables al presente en estos aspectos.

Por estos motivos, entiendo que las quejas referidas a las circunstancias del despido no pueden tener favorable acogida.

4.- En su último agravio, el quejoso cuestiona la falta de reconocimiento de los haberes de parte de marzo y abril 2020, insistiendo que generalmente la actora trabajaba hasta tal mes.

El juez desestima los salarios reclamados teniendo en cuenta que la última temporada se trabajó un periodo similar a las anteriores, 3 o 4 meses, cumpliendo con la consigna del art. 7.4 de la CCT 389/04.

En principio, se observa que en el escrito de demanda la actora reclama los salarios mencionados como integración del mes de despido, art. 233 de la LCT (fs. 37); eso contesta la demandada (fs. 160); así es liquidado inclusive por el perito contador a su solicitud (fs. 201 vta.).

a) Adelanto que entiendo le asiste razón al recurrente en este agravio.

En primer lugar, valorando la prueba informativa remitida por la AFIP que obra a fs. 215/218 y la pericia contable (fs. 200/202vta.) tengo que la actora trabajó los siguientes periodos: del 1/10/16 al 29/12/16, es decir 3 meses; del 9/1/17 al 24/4/17, es decir 3 meses y 17 días, y en esta temporada se incluye el mes de abril; del 8/7/17 al 31/12/17, es decir 6 meses; del 1/1/18 al 30/4/18, esto es 4 meses e incluye el mes de abril; del 7/7/18 al 3/10/18, es decir 3 meses; del 1/1/19 al 27/4/19, es decir 4 meses e incluye el mes de abril; del 9/6/19 al 30/9/19, es decir 4 meses y finalmente del 28/12/19 al 20/3/20, es decir dos meses y medio.

En consecuencia, claramente surge que, en las temporadas de verano del año 2017', del año 2018 y del año 2019, la actora trabajó en la primera 3 meses y 17 días y en las otras dos 4 meses y en los tres casos trabajó el mes de abril.

A ello debo agregar, como también fuera valorado en la sentencia que se revisa, que la testigo Grageda Villatarco declaró que generalmente las temporadas de verano de cada año se extendían hasta la época de semana santa (ver a partir del minuto 5.33 de la grabación), declaración que no ha sido cuestionada en esta instancia.

A su vez, la declaración de la testigo se encuentra corroborada con la prueba informativa y pericial contable que he reseñado precedentemente.

También debo destacar que la demandada al contestar agravios reconoce que la temporada no habría sido cumplida en su totalidad, destacando en forma reiterada que debió finalizar en

realidad por fuerza mayor ante la pandemia del COVID y las medidas tomadas por el gobierno en orden a la situación de pandemia.

A fs. 292vta. afirma en este sentido que la actora habría trabajado más del 80% de la temporada, a fs. 293vta. afirma que un DNU del 19 de marzo de 2020 dio por finalizada la temporada a causa de la pandemia. Luego afirma a fs. 293vta. que “la semana santa, que es el último hito del calendario que extiende la temporada estival, ese año ocurrió en la segunda semana de abril. Con ello queda probado que la temporada de marras se redujo a causa de la pandemia sólo 3 semanas y no dos meses” (fs. 294vta.).

En estos términos, considero acreditado que la duración habitual de la temporada para la actora era de 4 meses y que incluía el mes de abril, sin que la demandada haya podido acreditar lo invocado en su misiva de fecha 25 de marzo de 2020 cuando afirmó que se habían cumplido con creces los plazos mínimos de temporada habituales.

En este sentido, el art. 7.4 de la CCT 389/04, tras conceptualizar el contrato de temporada, establece que: “La duración de las temporadas estará determinada por las particularidades que se presenten en cada caso, y/o lo que se estipulara en acuerdos regionales o zonales entre las partes. Establecida la existencia de una temporada, se determinará provisionalmente la extensión total máxima estimada, lapso dentro del cual los contratos individuales de trabajo de temporada podrán establecer la existencia de plazos mínimos de convocatoria anual garantizada y máximos de tareas en el mismo...”.

b) Sentado lo anterior, he de referirme a la defensa de la demandada en tanto invoca para la finalización antes de tiempo de la respectiva temporada, la situación por la que se atravesaba dada la pandemia de COVID y las medidas de cuarentena tomadas por el gobierno nacional y que afectaron a todo el país.

Señalo en primer lugar la postura sostenida por esta Alzada en orden al contrato de temporada y la "temporada": "...En el contrato de temporada atípico (supuesto de la actividad hotelera) existe continuidad en la actividad de la empresa, pero en algunas épocas se registra un aumento cíclico y estacional de las tareas, que genera la necesidad de un correlativo aumento en la contratación de personal.

A su turno, lo eventual es aquello sujeto a un evento o contingencia (que puede suceder o no), servicios extraordinarios remiten a tareas no habituales al giro empresario y exigencias extraordinarias y transitorias refieren a aquellas que sin ser ajenas a la tarea habitual de la explotación la superan cualitativa o cuantitativamente ["Ley de Contrato de Trabajo; Comentada, anotada y concordada". Jorge Rodríguez Mancini; Editorial La Ley; pág. 129].

El yerro en el que ha incurrido la empleadora (reitero, desde el intercambio epistolar mismo) es haber interpretado que el hecho objetivo (entendido como ajeno a la voluntad de las partes), que hace germinar la "temporada", es el arribo de turistas a la región. El contenido de su primera epístola es claro en este sentido: "ni bien se produzca el aumento temporario de trabajo que motive su convocatoria procederemos a llamarla". Esto es una eventualidad.

En realidad, la circunstancia extraña y cíclica que tipifica a la actividad del rubro es la llegada de las estaciones de invierno (temporada invernal) y verano (temporada estival), porque es en esos períodos en los cuales la mayoría de la población planifica su descanso vacacional.

Son determinados momentos del año y no el temperamento de la clientela los que le otorgan su rasgo característico a la temporada, pudiendo variar mínimamente las fechas particulares de inicio y cierre, pero sin llegar a constituir un dato que desnaturalice el concepto...".



"... Una temporada "mala" no es lo mismo que una inexistente. Si una catástrofe natural le resta atractivo a un determinado lugar que en condiciones normales constituiría un destino turístico, la temporada probablemente sea negativa, desventajosa o improductiva para la empleadora que giren en el rubro, pero no la hace desaparecer.

VI.- Determinado, entonces, que el complejo hotelero no podía simplemente ampararse en la merma sufrida por la actividad turística para no convocar a su dependiente, la omisión constituye una conducta contraria al régimen jurídico aplicable y, en particular, a los deberes a cargo del empleador...". ("JEREZ URIBE BEATRIZ ANGELICA C/ HOSTERIA LAS BALSAS S.A. S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", Expte. Nro.: 3663, Año: 2012, Acuerdo de fecha 3 de julio de 2015, Sala II, OAPyG de San Martín de los Andes, voto de la Dra. Barrese al que adhiriera el Dr. Furlotti en esta cuestión).

Por su parte, con relación al cese de actividades y aislamiento dispuesto por las autoridades en ese mes de marzo de 2020, advierto que la demandada en su misiva del 25 de marzo de 2020 (fs. 4), adujo que la temporada habría finalizado de hecho por el brote de coronavirus y por las restricciones legales, tiene por concluida la temporada y afirma que esa finalización excede a su parte y se realiza por cuestiones de fuerza mayor.

En este aspecto, entiendo que la pandemia de Covid, y las restricciones dictadas, no resultan argumento suficiente para justificar, no sólo la finalización de la temporada, sino tampoco para alegar cuestiones de fuerza mayor o suspensiones, y de ese modo, dejar de abonar el salario de la trabajadora que reclama en estos autos.

Más aún teniendo en consideración la normativa de emergencia que se dictara oportunamente.

La doctrina laboral que se ha dedicado a esta cuestión sostiene que ante la imposibilidad de realizar tareas tanto en el lugar de trabajo como en el aislamiento, durante el plazo

establecido por el DNU 297/2020, el/la trabajador/a conserva su derecho a la remuneración.

Así se expresa: "... según la regla general del artículo 8 del DNU 297/2020: Durante la vigencia del "aislamiento social, preventivo y obligatorio", los trabajadores y trabajadoras del sector privado tendrán derecho al goce íntegro de sus ingresos habituales, en los términos que establecerá la reglamentación del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social... En estos casos, la remuneración que corresponde al trabajador es la que habría percibido en caso de haber prestado servicios...". (Pizarro y Vsllespinos, directores; Efectos jurídicos de la pandemia de Covid-19... Tomo III, El COVID-19 y las relaciones de trabajo; Ackerman Mario E; Ed. Rubinzal Culzoni, págs.. 384/391).

A su vez, el autor citado nos recuerda que, en virtud del art. 3 del DNU 329/2020 y su prórroga por DNU 487/2020 estaban temporalmente prohibidas las suspensiones por causas económicas, quedando abierta la posibilidad de que las partes acuerden, individual o colectivamente, el pago de una suma no remunerativa al amparo del art. 223bis de la LCT. (op.cit., pág. 386).

c) Por los motivos expuestos, como dije, entiendo le asiste razón a la actora, con lo cual, he de hacer lugar a este agravio, fijando en consecuencia el monto correspondiente.

A esos fines he de remitirme a la pericia contable producida en autos, la impugnación a la misma, y la contestación a las impugnaciones (fs. 201/vta. 204/204vta. y fs. 208vta.).

En consecuencia, la condena por los salarios de los días restantes de marzo a partir del 20 y el mes de abril del 2020 (conforme se reclama en la demanda, fs. 12), ha de prosperar por la suma de \$ 60.777,40, con más el SAC proporcional de \$ 5.064,80.-, ascendiendo el monto total de condena a la suma de \$ 65.842,20.-

A dicha suma cabe fijarle intereses desde que cada suma es debida y hasta el efectivo pago a la TA del BPN, conforme

criterio del TSJ en Alocilla y Mondaca, siendo que no ha habido cuestionamiento alguno en orden a la tasa de intereses a fijar, ni se ha petitionado alguna tasa en particular.

Finalmente, destaco que, si bien el sentenciante ha omitido pronunciarse sobre la procedencia de los rubros vacaciones no gozadas y SAC sobre vacaciones no gozadas, el apelante no ha formulado agravio al respecto, lo cual me impide ingresar a analizar estos rubros de la liquidación final.

IV.- Costas.

Atento la forma en que propongo se resuelvan los agravios traídos, he de detenerme en la forma en que considero deben imponerse las costas en ambas instancias, conforme seguidamente expongo.

A esos fines, y atendiendo a las particularidades de la situación, cierto es que se rechaza parte de las pretensiones de la actora y prosperan otras, pero en definitiva la demandada resulta la vencida, en tanto contra ella se declara el derecho. Tengo en cuenta también que, en definitiva, el monto o cuantía real del asunto está representado por el monto de condena.

Nuestro Tribunal Superior ha expresado que: "Las costas son las erogaciones que se imponen a quienes intervienen en un proceso, para la iniciación, prosecución y terminación, o en relación con un incidente suscitado durante esa tramitación. Nuestro ordenamiento, en el art. 68 del CPCyC adoptó como principio general el hecho objetivo de la derrota, aunque no con carácter absoluto, ya que la propia ley adjetiva contempla diversas excepciones, algunas impuestas por la norma y otras libradas al arbitrio judicial como es el caso del segundo párrafo del citado art. 68. La excepción prevista en el segundo párrafo constituye una herramienta atenuante al principio general y otorga a los jueces un marco discrecional que deberá ser ponderado, en cada caso particular, en la medida en que resulte justificado ese apartamiento a la regla fijada en el primer párrafo. Dentro de este margen el juez puede imponer las

costas "por su orden", decisión que no implica eximir de esta carga a las partes u omitir la regulación de honorarios, sino que tanto éstos como los gastos serán soportados por ambas partes, en la medida de cada uno de sus esfuerzos, lo que significará que cada litigante cargue con sus costas que su actuación generó y aquellas que resultaron comunes se afronten por mitades. Entonces, además del principio rector el ordenamiento permite, frente a determinadas circunstancias, apartarse del mismo y eximir total o parcialmente al vencido a través de una fundamentación adecuada, en la que el Juez explique las particularidades que lo determinan apartarse del principio general." (TRANSPORTADORA DE GAS DEL SUR S.A. C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA ", Expte. OPANQ1 N° 3722/2012, ACUERDO N° 54, 1 de noviembre del 2019, Sala Procesal).

Atento los argumentos esgrimidos y el criterio sostenido por esta Alzada en los precedentes "Figueroa" (Ac. de fecha 1 de abril 2015, del registro de la OAPyG de San Martín de los Andes) y "González Erices" (Ac. de fecha 21 diciembre 2022, del registro la OAPyG de Cutral Co), entre otros, doctrina y jurisprudencia allí citada, entiendo que las costas deben ser impuestas a la accionada, máxime que no cabe duda que en la porción por la cual prospera la acción la incoada reviste el carácter de vencida.

Por los argumentos brindados y jurisprudencia citada corresponde, lo que así propongo al Acuerdo, imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 y 54 de la ley 921 y art. 68 del CPCC).

V.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo: **a)** Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y, en consecuencia, la demanda ha de prosperar por la suma de \$ 65.842,20.-, monto que devengará intereses desde que cada suma es debida y hasta el efectivo pago a la TA del BPN; **b)** Las costas de ambas instancias se impondrán a la demandada en su



condición de vencida (arts. 54 y 17 de la ley 921 y art. 68 del CPCC), difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

Mi voto.-

A su turno, el **Dr. Pablo G. Furlotti** dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. **Mi voto.-**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y, en consecuencia, la demanda ha de prosperar por la suma de \$ 65.842,20.-, monto que devengará intereses desde que cada suma es debida y hasta el efectivo pago a la tasa activa del BPN;

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su condición de vencida (arts. 54 y 17 de la ley 921 y art. 68 del CPCC).

III.- Diferir la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933).

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso
Jueza de Cámara

Dr. Pablo G. Furlotti
Juez de Cámara

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara



Se deja constancia de que el Acuerdo que antecede fue firmado digitalmente por la Sra. Vocal **Dra. Alejandra Barroso**, por el Sr. Vocal **Dr. Pablo G. Furlotti** y por el suscripto, conforme se desprende de la constancia obrante en el lateral izquierdo de fs. 301, y del sistema informático Dextra. Asimismo, se protocolizó digitalmente conforme lo ordenado.-

Secretaría, 9 de Febrero del año 2023.-

Dr. Juan Ignacio Daroca
Secretario de Cámara