

NEUQUEN, 15 de Mayo del año 2024

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**CURINAO ERIC DAVID C/ ALVAREZ FERNANDO RICARDO S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES**" (**JNQLA1 EXP 529758/2020**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La parte actora interpone recurso de apelación en hojas 164/168.

Centra su queja en cuestionar que el juez decidiera no dar tratamiento al reclamo por diferencias adeudadas derivadas de la indemnización que le abonara la ART como consecuencia de la incapacidad laborativa fijada en el Expte. 517155/2019, bajo el argumento de que el tema no formó parte de la litis.

Aclara que dicho reclamo fue introducido tanto en el intercambio telegráfico, como en el escrito de demanda, en distintos acápite, y transcribe textualmente los fragmentos alusivos. Añade -además- haber ofrecido prueba informativa a fin de demostrar su procedencia.

Explica que consignó que el monto reclamado era indeterminado, puesto que su incapacidad laboral no estaba definida al momento de iniciar la presente causa.

Insiste en que la causa fue iniciada concretamente bajo la pretensión de obtener el cobro de diferencias en la indemnización y critica que el magistrado le diera al término "reserva" una connotación de renuncia, a su entender, inadmisibles.

Finalmente, aduce que el salario que debió considerarse, duplica el denunciado por el demandado en su oportunidad, y asciende a la suma de \$18.950 a la fecha del 26/10/2017, por lo que solicita que se recalcule la fórmula indemnizatoria, se le deduzca lo oportunamente abonado por la ART y se condene al demandado al pago de las diferencias.

1.1. Sustanciados los agravios, no son contestados por la contraria.

1.2. La parte actora solicita en hoja 173 la aplicación al presente de la nueva doctrina legal fijada en el precedente "Contreras" y que, consecuentemente, se determine el monto de condena en sintonía con lo allí resuelto por el TSJ local.

2. Ahora bien, el recurrente afinca su recurso de apelación en un único agravio, esto es, la desestimación del planteo relativo a la existencia de diferencias adeudadas en función de la indemnización abonada por la ART en virtud de la incapacidad laboral sufrida, por haber sido declarado un salario inferior al real, motivada en que no integró su pretensión inicial.

Para justificar su petición, cita extractos textuales del intercambio telegráfico y del escrito de demanda de los que surge con claridad, a mi entender, que la temática fue objeto de debate.

2.1. Veamos. El magistrado descarta su reclamo en los siguientes términos: "*(...) Por otro lado, vale resaltar que no corresponde valorar si existen diferencias en la indemnización que percibió el trabajador a raíz de la incapacidad laboral permanente que se determinó en el Expte. Nro. 517155. Ello por cuanto a fs. 3 vuelta el accionante efectuó expresa reserva de reclamarlo oportunamente y no en los presentes obrados. A pesar de que hace referencia a la cuestión al momento de alegar, al trabarse la litis esa cuestión quedó fuera del presente proceso por lo que, como dije, no corresponde su tratamiento aquí...*" (hoja 159).

Es decir, lo repele por considerar que hizo reserva de reclamarlo en otra oportunidad, y no en la causa que nos convoca, así como por evaluar que recién introdujo la cuestión al momento de alegar.

Más allá de aludir a la "reserva", lo cierto es que el accionante, concretamente, reclamó estas diferencias.



2.2. Véase que, el actor le solicitó telegráficamente a su empleador que cumpla con la debida registración de su salario puesto que tal deficiencia impactaba en el cobro adecuado de la indemnización en fecha 24/09/2019. Así consignó: *"Asimismo, el hecho de haberme declarado un salario inferior al real me ha generado gravísimo perjuicio económico, por cuanto las prestaciones dinerarias que por ley de riesgos del trabajo me corresponden se han limitado al salario denunciado por usted, consecuentemente lo intimo plazo 48 hs **abone diferencias** a razón de haber percibido ingreso parcial tanto sea en etapa de incapacidad temporaria, como **en concepto de indemnización por incapacidad física definitiva** del 26% de la total obrera a razón del accidente de trabajo que padecí, bajo apercibimiento de accionar judicialmente su cobro..."* (Cfr. TCL CD 912863285).

Rechazada la intimación por parte del demandado, el Sr. Curinao contestó el 07/10/19: *"Por la presente, y ante tenor de carta documento suya de fecha 26.09.19 a través de la cual manifiesta que no readecuara su accionar, permaneciendo en postura tozuda de negarse a registrar relación de empleo que nos une conforme mi real remuneración, por ende, jornada, y en tanto como señalé oportunamente, **tal imposición me ocasionó severos perjuicios de índole económico, tanto durante la temporalidad de la incapacidad, como a partir de la consolidación en definitiva de la misma,** es que por la presente hago efectivo el apercibimiento, considerándome gravemente injuriado y despedido por su exclusiva culpa..."* y más adelante agregó *"(...) Intimo plazo 48 hs abone (...) **diferencias salariales por lapso relación laboral, con más lo que me corresponda a razón de incapacidad definitiva accidente de trabajo...**"* (Cfr. TCL CD 955934395), recibiendo como respuesta un nuevo rechazo por parte de su empleador.

Asimismo, en el "objeto" de la demanda surge que conforma la pretensión inicial el reclamo por el *"(...) **saldo indemnización por accidente de trabajo,** a razón de tratarse de*



relación de empleo defectuosamente declarada, salario inferior al real..." y agrega "(...) **Por "accidente de trabajo" condena y pago de monto indeterminado en resarcimiento "incapacidad psicofísica laboral, parcial, permanente y definitiva" derivada de accidente de trabajo, y/o en lo que en más o en menos resulte en estadio probatorio, más intereses tasa activa desde la fecha infortunio...**" (hoja 1 y vta.).

Luego, en el acápite "consideraciones jurídicas" de la demanda, se remite a dicho planteo, al referir "Así, las cosas, la injuria reviste magnitud suficiente para extinguir la relación de empleo, motivo por el cual **en la presente se reclama no sólo las indemnizaciones de la L.C.T., sino también las diferencias por las prestaciones dinerarias a cargo de la A.R.T. de acuerdo a INGRESO BASE MENSUAL acorde a su real retribución.**

Es evidente que las irregularidades señaladas influyen en la determinación del Ingreso Base, por ende en la indemnización que le corresponde por el accidente de trabajo. Que a raíz de lo expuesto se han iniciado actuaciones caratuladas: "CURINAO ERIC DAVID c/ ASOCIART A.R.T. S.A. s/ accidente de trabajo con ART", expediente Nro. 517155/2019, de trámite ante el juzgado laboral Nro. 1 de esta ciudad, por lo que hacemos expresa reserva de reclamar oportunamente, la diferencia indemnizatoria que surja de la correcta remuneración de nuestro mandante, en base a la incapacidad psicofísica que surja del juicio laboral citado..." (hojas 3 y vta./4).

Tras practicar la planilla de liquidación, incorporó bajo el título "indemnización accidente de trabajo" el siguiente texto: "Que monto resarcimiento daño psicofísico sujeto a lo que surja del expediente Nro. 517155/2019, de trámite ante juzgado laboral Nro. 1 de esta ciudad, caratulado "CURINAO ERIC DAVID c/ ASOCIART ART S.A. s/ accidente de trabajo con ART".

Por lo expuesto, monto de a presente demanda alcanza a la suma de \$728.272,00 y/o **en lo que en más o menos surja de las pruebas a producirse en el presente proceso, a lo que deberá**



*añadirse lo que corresponda por prestaciones dinerarias por incapacidad psicofísica definitiva, siendo relevante porcentaje minusvalía que se determina en proceso donde tramita causa accidente de trabajo, como el **INGRESO BASE MENSUAL** que se debiera contemplar..."* (hoja 4 y vta.).

Finalmente, en oportunidad de ofrecer prueba, intimó al accionado en el punto 3, 4.10), a que "determine el IBM conforme ley 27.348 en base al salario que surge de los recibos de haberes y otro considerando el salario de un trabajador jornada completa..." y en el punto 5.3), b) le solicitó a Asociart ART S.A. que "precise mes a mes las prestaciones dinerarias (monto) otorgadas durante la temporalidad de la incapacidad y, en su caso, monto que afrontó en concepto de incapacidad definitiva" (hojas 6 y vta./7 -lo subrayado en "negrita" me pertenece-).

Estimé necesario efectuar la transcripción precedente puesto que de la misma surge con claridad que el reclamo por las diferencias en el pago de la prestación dineraria por accidente de trabajo formó parte del debate entre las partes. No sólo fue introducido en el escrito de inicio, sino también en el reclamo postal previo, oportunidad en que el demandado ejerció su defensa, desestimándolo.

Por consiguiente, se imponía su tratamiento en primera instancia.

No habiendo sido abordado, corresponde expedirnos sobre el punto.

2.3. Como vimos, el planteo se centra en la paga en menos de la indemnización por incapacidad laboral debida por Asociart ART S.A., como consecuencia de ser tomada como base la remuneración registrada al momento de la interrupción de los servicios, pese a ser inferior a la real.

Ahora bien, llega firme a esta instancia de revisión que el actor prestó tareas bajo relación de dependencia del demandado como "repartidor de delivery" en función de una

jornada completa, pese a haber sido registrado como "trabajador a tiempo parcial", y que se le abonaban sumas sin registración que conformaban su salario mensual.

Así, el magistrado acogió su pretensión y admitió que tuvo derecho al cobro de una remuneración mensual de pesos \$24.000, superior a la liquidada en los recibos de haberes (ej. noviembre del 2017 \$10.166,03, diciembre del 2017 \$8.022,52).

Asimismo, el apelante acreditó que, en la causa caratulada "Curinao Eric David c/ Asociart ART S.A. s/ accidente de trabajo con ART", Expte. 517155/2019, que tramita ante el juzgado laboral n° 1 de la ciudad de Neuquén, se le reconoció una incapacidad psicofísica laboral del 54,83% en fecha 23/11/2022 (hojas 109/115), mientras tramitaba el presente proceso.

Resulta entonces inescindible la vinculación entre ambos juicios, puesto que, el pago de sumas "en negro" y, por ende, la deficiente registración de su remuneración, le ocasiona un perjuicio patrimonial, en tanto ha determinado en menos el monto que tuvo derecho a percibir en concepto de prestación dineraria por accidente de trabajo.

En este orden, el empleador no ha dado cumplimiento completo y acabado de la totalidad de las de las obligaciones establecidas en la LRT y asumidas a través del contrato de afiliación que lo vinculara con la respectiva aseguradora de riesgos del trabajo, como lo es, declarar el real salario del actor, omisión que, a mi entender, habilita al trabajador accidentado a exigirle el pago de las diferencias surgidas de las prestaciones dinerarias otorgadas por la aseguradora.

Miguel Ángel Maza ha analizado la situación bajo el mismo prisma:

"(...). Acción del trabajador por diferencia en las prestaciones dinerarias, en la indemnización o en el monto a invertir para la determinación de las rentas, cuando percibía un salario superior al denunciado por la empleadora a la



aseguradora de riesgos del trabajo (pagos clandestinos o "en negro" o por percepción habitual de horas extraordinarias no denunciadas para el salario de cotización). Esta situación que se habrá de verificar en muchos casos (en tanto se calcula que el 40 % de las empresas pagan parte de sus retribuciones fuera de recibos oficiales) da lugar, sin duda, a una reclamación contra el empleador y en tal caso es indiscutible la competencia del juez o tribunal del trabajo. Sin embargo, podría, conjeturalmente lo analizo, sostenerse que la ley sobre riesgos del trabajo, si se demuestra que el salario real fue superior al de cotización, está obligada por ese sueldo auténtico, con derecho a reclamar las diferencias al empleador asegurado con los respectivos recargos. En esa hipótesis, la acción de la víctima contra la aseguradora de riesgos del trabajo sería de competencia del juez o tribunal del trabajo, pudiendo también sostenerse, conforme las reglas ya explicitadas, la del juez comercial, la del juez federal local o la de la justicia federal de la seguridad social..." (Cfr. Miguel Ángel Maza, Cuestiones de Competencia en la Ley de Riesgos del Trabajo, Publicado en: DT 1998-A , 209, Cita: TR LALEY AR/DOC/133/2004).

En igual sentido, se ha dicho que: "Suele suceder que mientras el trabajador se encuentra transitando una ILT, las prestaciones dinerarias son montos irrisorios o al momento de llevarse a cabo la audiencia de Homologación ante la SRT por el cobro de la indemnización por ILP, el trabajador se ve perjudicado en los cálculos. Ello en virtud de la deficiencia en la registración por su empleador o porque su remuneración se encuentra conformada por sumas de dinero dentro y fuera de la ley.

En estos casos la ART deberá otorgar las prestaciones pudiendo reclamar el pago de las cotizaciones adeudadas al empleador y en caso de diferencias en las prestaciones dinerarias por ILT e ILP. Luego de la finalización del trámite

administrativo por ante las Comisiones Médicas, el trabajador podrá reclamar por vía judicial el reajuste de lo abonado.

¿Ante quién deberá dirigir el reclamo? Podrá dirigirlo ante el empleador y su aseguradora, siempre y cuando pruebe acabadamente la deficiente registración y la percepción de parte de su salario por sumas no declaradas. Efectuadas y acreditadas las probanzas, la ART deberá responder ante la deuda.

Así las cosas, podemos concluir que más allá de las falencias plasmadas en el dictado y modificatorias de la Ley de Riesgos del Trabajo, de las palmarias contradicciones de su articulado y de los excesos reglamentarios del Poder Ejecutivo y de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo, la forma en la que está conformado el Sistema trata de dar una respuesta que sirva como aliciente, aunque insuficiente muchas veces, al trabajador damnificado o sus derechohabientes...” (Cfr. Noé Macarena Ríos, Ley de Riesgos del Trabajo. Implicancias del artículo 28. www.saij.gov.ar. Id SAIJ: DACF210157. 27 de Agosto de 2021).

De modo que, demostrados los extremos que anteceden, corresponde hacer lugar al agravio y condenar al demandado a abonar la diferencia impaga que surja de recalcular el ingreso base mensual (IBM), en función del salario probado en la instancia de grado y, por consiguiente, la indemnización por accidente de trabajo, a la que habrá de descontársele lo abonado por Asociart ART S.A. (ver Expte. 517155/19, hojas 109/115).

A estos fines, propongo diferir dicho cómputo para la etapa de ejecución de sentencia.

2.4. En cuanto a la aplicación del precedente “Contreras”, esto excede los términos del debate, no correspondiendo su abordaje en la presente causa.

3. En definitiva, propongo al Acuerdo acoger el recurso incoado por Eric David Curinao y, en consecuencia, condenar a Fernando Ricardo Álvarez al pago de las diferencias que surjan de recalcular la indemnización por incapacidad laboral, en



función de los términos expuestos en los considerandos precedentes.

En atención al resultado obtenido, las costas de esta instancia se impondrán a la parte demandada vencida (conf. art. 68 CPCyC). **TAL MI VOTO.**

Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por Eric David Curinao en hojas 164/168 y, en consecuencia, modificar la sentencia de hojas 154/161vta. y condenar al Sr. Fernando Ricardo Álvarez al pago de las diferencias que surjan de recalcular la indemnización por incapacidad laboral, en función de los términos expuestos en los considerandos de la presente.

2. Imponer las costas de la Alzada al demandado vencido (conf. art. 68 CPCyC) y regular los honorarios profesionales correspondientes a esta instancia en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE JUEZA

Dr. Jorge D. PASCUARELLI JUEZ

Dra. Estefanía MARTIARENA

SECRETARIA