000294/2009

--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos A. Velázquez, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“E. G., F. c/ A. S.A. s/ Cobro de Pesos - Laboral (Fa 8592)” (Expte. 294 - Año 2009 CANE)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 187.----------

----**A LA PRIMERA CUESTION**, el Señor Juez Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo: -----

----Que a fs. 2/5 el Sr. F. E. G. por medio de su representante legal interpone formal demanda laboral contra la firma A. S.A. por el cobro de la suma de $ 19.363,50 que surge de la liquidación presentada a fs. 3 y vta., y/o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos, con más los intereses correspondientes (tasa activa del B. C. S.A.) desde que cada suma es debida y hasta su total y efectivo pago.----- ----------

----Relata que ingresó a trabajar para la demandada en fecha 27/12/1985 como peón general, que la misma se dedicaba a prestar el servicio de barrido y limpieza de las calles en la ciudad de Puerto Madryn. Que durante 17 años la relación laboral se desenvolvió en forma normal, siendo el trabajador serio, responsable y eficiente y jamás fue pasible de sanción alguna por parte de su empleador. Que el actor prestaba servicios de lunes a sábados, cumpliendo jornadas diarias de 6:00 a 13:00 horas. Agrega que con fecha 12/06/2002 sufrió un accidente de trabajo en oportunidad que se encontraba realizando sus habituales tareas de barrido y limpieza de calles, que como consecuencia de ello gozó de licencia por accidente desde el 12/06/2002 hasta el 17/09/2002 reincorporándose a sus tareas el 18/09/2002, posteriormente desde el 28/10/2002 hasta el 07/04/2003 dándosele el alta definitiva sin incapacidad, lo que fue apelado por el actor, encontrándose a la fecha de interposición de la demanda sin resolver.- ---------- ----------

--- Manifiesta que en fecha 31/08/2002 la demandada le hizo firmar una nota por la cual se revocaba el despido dispuesto para ese día, que de aceptar la revocación debía continuar con el contrato acordado con las modalidades de la nueva contratación Municipal, a lo que el actor no aceptó continuar. Que el 08/10/2002 la demandada le remitió carta documento por la cual reiteraba la rescisión del contrato por vencer el plazo del contrato celebrado con la Municipalidad desde el 31/08/2002. Agrega que el 19/09/2002 la demandada abonó al actor diversos importes determinados erróneamente, lo que originó importantes diferencias a favor del actor respecto de indemnización sustitutiva del preaviso, vacaciones, S.A.C. proporcionales e indemnización por antigüedad. Efectúa un detalle de los rubros que reclama y presenta

liquidación de los mismos, ofrece prueba, funda en derecho y finaliza con el petitorio de estilo.----------

--- Que corrido traslado a fs. 10 de la demanda, a fs. 26 y vta., y 136/138 el letrado apoderado de la parte demandada A. S.A. se presenta contestando la demanda.-

--- Manifiesta que en la liquidación practicada por el actor se consigna como rubro el preaviso no correspondiendo ello por cuanto la empresa otorgó el preaviso al actor el día 28/06/2002 junto a sus demás compañeros de trabajo, porque fenecía el 31/08/2002 el contrato que tenía con el Municipio local, que el mismo se cursó con más de dos meses antes de la fecha prevista para finalizar la relación contractual de la empresa con su concedente. Refiere que al llegar el 31//08/2002 la patronal había establecido una nueva perspectiva contractual con el Municipio concedente, ofreciendo a sus empleados preavisados la posibilidad de dejar sin efecto el preaviso notificado el 28/06/2002, habiendo aceptado la mayoría continuar con el contrato de trabajo, salvo unos pocos entre los que se encontraba el actor , y que ante ello se optó por abonarle la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT y no hacer uso del art. 247 de la misma norma, que en la ocasión se prestaba para su aplicación. Agrega que la liquidación practicada por el actor es errónea, ya que está tomada sobre una base que no es la real, lo que hace que surjan diferencias a su favor. Efectúa una explicación de cómo debió el actor calcular ese rubro no surgiendo a su criterio diferencia alguna a favor del demandante. Asimismo señala que la demandada tenía el servicio de recolección de residuos y barrido de calles en la ciudad de Puerto Madryn, que los servicios se realizaron hasta el mes de mayo de 2000, fecha en que vencía el plazo original del contrato, el que se extendió hasta Mayo del 2002, y que al concluir ese plazo se acordó una extensión que venció el 31/08/2002. Que a su finalización el Municipio le extendió un nuevo contrato por otros doce meses lo que le permitió ofrecer a los trabajadores continuar trabajando en la empresa, lo que fue rehusado por el actor. Ofrece prueba, funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda con costas. ----------

--- Que a fs. 145 y vta., se abrió la causa a prueba, clausurándose a fs. 156 y vta la etapa probatoria, no habiendo presentado alegato ninguna de las partes. ----------

--- Que a fs. 163 quedaron los autos en estado de dictar sentencia, dictándose la sentencia de grado a fs. 165/167.---------- ----------

--- Que en la sentencia de grado la Sra. Jueza hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a A. S.A. a abonar a F. E. G., previo los descuentos legales, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos la suma de PESOS DOS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS CON SETENTA CENTAVOS ($ 2.446,70), más los intereses determinados en el Considerando II, imponiendo las costas procesales por su orden.----------

--- Que en abono de su decisorio en primer lugar hizo la magistrada un análisis respecto de la procedencia o no del preaviso reclamado, concluyendo en que es la propia parte actora la que acepta que en el medio de la negociación y estado de incertidumbre

respecto a la continuidad o no de la empresa como prestataria del servicio de barrido y limpieza de la Municipalidad la que decidió no continuar con la relación laboral, no habiéndose alegado ni acreditado vicio de la voluntad al respecto, ni tampoco perjuicio o motivo que tornara disvaliosa la continuidad en el vínculo que se comunicaba, por lo cual no es procedente la indemnización sustitutiva del preaviso.----------

--- Que respecto de la remuneración tenida en cuenta para efectuar la liquidación final e indemnización por antigüedad, luego de un análisis sobre la remuneración que percibía el actor deducido del S.A.C. correspondiente al segundo semestre del 2001 arriba a la suma de $723,12 como mejor remuneración, y en cuanto a los rubros que integran la liquidación final, toma como parámetro mínimo las prestaciones que venía percibiendo el trabajador de la ART a consecuencia del accidente de trabajo y efectúa una comparación respecto de lo liquidado por S.A.C. en el año 2001, y en razón del recibo correspondiente al mes de agosto de 2002 en que el actor percibió por la prestación dineraria de la ART más antigüedad y adicional convencional la suma de $ 731,19, toma este monto como base; prosperando la indemnización por antigüedad en la suma de $ 2.341,90, S.A.C. en la suma de $ 1,90, vacaciones prop. en la suma de $ 102,90, lo que hace un total de $ 2.446,70, con más intereses conforme la tasa activa del B. C. S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago.---------- ----------

--- Concluye la magistrada imponiendo las costas por su orden, y las comunes por mitades (art. 71 del CPCC), regulando los honorarios de los letrados intervinientes por porcentajes que se calcularán sobre el monto de condena (capital más intereses) que resulte en la etapa procesal correspondiente, con más el IVA en caso de corresponder y con un monto mínimo de $ 500, conforme las pautas establecidas en la Ley Arancelaria.----------

--- Que fs. 170 dicha sentencia fue apelada por la demandada, quien concedido el recurso a fs. 171, expresó agravios a fs. 172/173 vta.----------

--- El apelante se agravia que la Sra. Jueza entendió que la base del cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la Ley 20.744 debió ser $731,19 en vez de $ 593,43 utilizados por la patronal. Alega que llegó a la conclusión del importe de la base del cálculo mediante un razonamiento erróneo en cuanto no está ajustado a derecho, porque tomó en consideración ítems no remuneratorios, y dio un valor de tales características a las prestaciones de la ley 24.557 que no la tiene por definición. Que incluyó en la base del cálculo el rubro comida del CCT 40/89 como no remuneratorio pero pareciera interpretar que la patronal le dio una calificación contraria, siendo ésta una normativa. Que además no consideró al ítem 5.3.10 del CCT 40/89 como remuneratorio, debiendo detraer la suma de $51,70, de donde el valor restante es de $ 679,49 y no de $ 731,19. Refiere al art. 121 de la LCT, alegando que la proyección de la a quo de la suma de $ 361,56 abonados como S.A.C. del segundo semestre de 2001 para obtener el importe de $ 723,12 mensual para calcular el rubro antigüedad debe ser

descartado.----------

--- Cuestiona que la a quo utilizara como parámetro del cálculo las prestaciones dinerarias abonadas por la ART al actor en agosto de 2002 y mes previo, reconociendo que esas prestaciones carecen de carácter salarial, pero las tomó como parámetro mínimo, según sus propios términos para compararlo con el valor del S.A.C. de 2002 aludido precedentemente y destaca que la exclusión en la base de cálculo del art. 245 LCT de los rubros no remunerativos surge del propio texto de la norma. Cita doctrina que avalan su postura, concluyendo en que el concepto laboral de indemnización por vacaciones no gozadas se ajustó también a las previsiones del art. 155 de la LCT, siendo exigua la diferencia obtenida. ----------

--- Finalmente solicita se revoque la sentencia dictada, rechazándose la demanda.--------

--- Corrido traslado a la contraria a fs. 174, ésta no contestó.---------- ----------

--- Ingresando al tratamiento del único agravio de la apelante debo decir que, revisados los cálculos y fundamentos dados por la a quo para fundamentar la elección de la base de cálculo indemnizatorio considerada, encuentro que asíste razón –parcial- al apelante. ----------

--- Es dable destacar que la a quo toma en cuenta una base de cálculo de $ 731,19 (cfr. Fs. 166vta.) y el apelante manifiesta que la base correcta es de $ 593,43 (cfr. Fs. 172). Y es menester anticipar que ninguno de ellos ha esgrimido la base de cálculo correcta, motivo por el cual prosperará el embate recursivo, pero no en la medida pretendida por el recurrente.----------

--- Como primer apostilla diré que la base de cálculo de $ 731,19 no es válida en autos, porque ella se extrajo del mes de Agosto y lleva incluido una serie de conceptos que no son normales y habituales, como que corresponden a pagos hechos por la ART, que no se aprecian en otros meses, por lo que no puede alegarse su normalidad y habitualidad. Es más, el razonamiento de la a quo para tomar en cuenta este mes es ciertamente confuso. ----------

--- Pero tampoco procede tomar en cuenta el valor esgrimido por la recurrente. Sencillamente, porque existe un acto propio suyo que cierra el paso a su alegación actual. Y dicho acto propio no es otro que la liquidación en el recibo obrante a fs. 122 de autos, del SAC a razón de $ 328,37, que multiplicado por dos arroja la suma de $ 656,74, que es además el salario correspondiente al mes de Junio de 2002, que efectivamente es la mejor renuneración mensual normal y habitual, según de fs. 132 (certificado de servicios y remuneraciones emitido por el ANSES). Evidentemente, no puede sostenerse ahora una base de cálculo menor a ella, por cuanto significaría una contradicción evidente con el actuar anterior, resultando de aplicación la doctrina de los actos propios.----------

--- La doctrina de los actos propios constituye una limitación al ejercicio de un derecho, que reconoce como fundamento una razón de política jurídica: la protección de la confianza suscitada por el comportamiento antecedente, que luego se pretende

desconocer (LÓPEZ MESA, Marcelo – ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios”, Edit. Reus, Madrid, 2005, p. 91; Cám. Apels. Civ. y Com. de Trelew, Sala A, 20/8/08, “A de R., A. c/ P., R. C. s/ Sumario” (Expte. Nº 22.728 - año: 2008). ----------

--- En tal situación, el recurso debe prosperar parcialmente, debiendo descontarse del capital de condena indicado en la sentencia de grado la suma de $ 1265,65, que es la diferencia otorgada de más por la a quo, al considerar una base inadecuada al caso. ---

--- En cuanto a las costas y honorarios de grado, ellos se mantendrán tal como fueron dispuestos en la instancia anterior, dado que la demandada no liquidó correctamente las acreencias debidas al obrero, obligando a éste a litigar para satisfacer sus legítimos derechos. No es óbice para el mantenimiento de la imposición de costas a la accionada, la modificación parcial de la sentencia dispuesta en esta sede, dado que en definitiva se trata de una cuestión compleja en derecho y dado que por menor o por mayor valor, la accionada obligó al actor a litigar, dada la incorrección de su liquidación. ----------

--- En cuanto a los honorarios de grado, dada la escasa cuantía del litigio se mantendrán como fueron determinados en el grado. ----------

--- Las costas de Alzada se impondrán en el orden causado, dada la falta de oposición de la actora al recurso de su contraria y al progreso solo parcial de éste (art. 68 segunda parte CPCyC).----------

--- Los honorarios de alzada correspondientes al Dr. J. G., letrado apoderado de la demandada, se fijarán en el 25% de los honorarios que se le determinaron por sus labores de grado, regulación que se compadece con la calidad, mérito, trascendencia y resultado de sus labores en esta sede (art. 6,7, 10, 14 y cctes, Ley 2200). ----------

--- Me expido consecuentemente en esta cuestión parcialmente por la NEGATIVA.-------

----**A ESA MISMA CUESTION PRIMERA** el Dr. Velázquez expuso: ----------

----Ya el colega preopinante ha compendiado el modo en que esta litis quedó trabada, el decisorio impugnado y el agravio expuesto por la demandada apelante. A tal síntesis me remito en homenaje a la brevedad.- ----------

----Coincido con los argumentos del Señor Magistrado ponente y para fundar mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 9 de la ley 1.130 y 271 C.P.C.C. (textos ambos de la ley 4.550), será bastante verter las consideraciones siguientes.----------

----Si, cual la propia Señora Jueza “a quo” expresara acertadamente, las prestaciones dinerarias cumplidas por la A.R.T. por aplicación de la ley 24.557 no tienen naturaleza remuneratoria sino indemnizatoria, no fue lícito que atendiera a ellas como base de cálculo de la indemnización por antigüedad, pues el art. 245 L.C.T. establece como tal la mejor remuneración mensual, normal y habitual del trabajador.- ----------

----En la especie esa mejor remuneración fue la de junio de 2002, que ascendió a $ 656,73 (recibo de fs. 74, entre la documental reservada, de autenticidad aceptada por el actor a fs. 151/vta., resp. a la pos. 4ta.). La misma empleadora demandada lo reconoció al abonar el s.a.c. 2da. cuota de 2002, ocasión en que pagó el rubro por un valor de $

328,37 (recibo de fs. 75 reservada e igualmente reconocido), esto es el 50 % de la suma anterior, en un todo de acuerdo con el art. 1 de la ley 23.041.- ----------

----Hoy argumenta la recurrente que de ese importe correspondía detraer los montos del ítem 5.3.10 del C.C.T. 40/89, en razón que el mismo no tiene tampoco naturaleza remuneratoria. Mas olvida la empleadora que ella misma para liquidar el s.a.c. ya citado se limitó a dividir por dos el salario de junio de 2002 que contenía el rubro antedicho; es decir que, pese a no estar obligada a ello -cual con razón destacara la juzgadora de origen a fs. 166, párr. 3°-, le asignó al ítem calidad de remuneratorio. Es que si el sueldo anual complementario debe ser calculado de acuerdo a las remuneraciones del trabajador (arts. 121 L.C.T. y 1 de la ley 23.041), incluir en dicho cálculo un ítem importa atribuirle calidad de remuneratorio.- ----------

----Mal pudo pues la demandada argumentar en su pieza de agravios el carácter no remunerativo de ese plus y sobre ese cimiento desagregar su importe del salario base del cálculo de la indemnización del art. 245 L.C.T., toda vez que así aseverarlo importó ponerse en paradójico contraste con su anterior postura, conducta esa deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Harto sabido es que una pretensión deducida o defensa opuesta dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo del comportamiento anterior del sujeto no puede prosperar, en tanto mediaría una ilicitud de la conducta ulterior confrontada con la precedente, ya que ello infringiría el fundamental principio de la buena fe receptado en los arts. 63 L.C.T. y 1198 Cód. Civ., del que la imposibilidad de “venire contra factum” es derivación necesaria e inmediata (confr.: Diez Picaso, “La doctrina de los actos propios”, ed. Bosch 1963, págs. 163 y 223). Cual este tribunal ha destacado desde antiguo, ya no se tratará de las razones más sólidas o más débiles que adunen dicha pretensión o defensa, sino de la absoluta improponibilidad subjetiva de las mismas, bloqueadas por esta causa de inhabilidad intrínseca, obstativa a su atendibilidad sustancial (confr.: Morello-Stiglitz, “La doctrina del acto propio”, L.L. 1984-A-865, cap. XVIII; esta sala, c. 17.556 S.D.L. 45/01, c. 20.861 S.D.L. 62/05, c. 22.012 S.D.L. 42/07).- ----------

----Así pues, la base de la liquidación han de ser $ 656,74, que multiplicados por los diecisiete períodos computables y restada la suma ya percibida dejan un saldo deudor de $ 1076,25 y no los $ 2.341,90 que determinara la “a quo”. La diferencia de $ 1.265,65 corresponderá desagregarla del capital de la condena.- ----------

----Esta parcial modificación del fallo no justifica practicar adecuación de la condena en costas pronunciada en la instancia precedente, puesto que no altera la circunstancia tenida en cuenta por la juzgadora del anterior grado para adoptar su decisión: el vencimiento parcial y mutuo diagramado a consecuencia del rechazo de la pretensión del actor relativa a la indemnización sustitutiva del preaviso, lo que viabilizara la compensación de las costas causídicas (art. 71 C.P.C.C.).- ----------

----Al prosperar el agravio de modo apenas parcial, también en este grado promedia un vencimiento parcial que conduce a imponer las costas de alzada de modo idéntico.- -----

----Coincido también con el colega en cuanto a los honorarios que propusiera regular por las labores profesionales, pues los hallo acordes con la extensión, calidad y resultado de las mismas (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).- ----------

----Consecuentemente, me expido en esta cuestión primera PARCIALMENTE POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo LÓPEZ MESA, dijo: ----------

--- Que habiendo sido compartida por los colegas de Sala la propuesta hecha en la cuestión anterior por el suscripto, corresponde dictar el siguiente pronunciamiento: ------

---I) MODIFICAR PARCIALMENTE el fallo apelado, debiendo descontarse del capital de condena indicado en la sentencia de grado la suma de $ 1265,65, que es la diferencia otorgada de más por la a quo. ----------

--- II) Mantener las costas y honorarios de grado tal como fueron determinados en esa instancia.----------

--- III) IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado. ----------

--- IV) Fijar los honorarios de alzada correspondientes al Dr. J. G., letrado apoderado de la demandada, en el 25% de los honorarios que se le determinaron por sus labores de grado. ----------

--- Así lo voto.----------

----**A ESTA ULTIMA CUESTION** el Dr. Velázquez respondió: ----------

----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre la anterior cuestión.----

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por excusación del Sr. Juez de Cámara, Dr. Carlos Dante Ferrari (art. 8 de la ley 1130, Textos ley 4550).----------

--- Trelew, de Agosto de 2.009.----------

----En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- MODIFICAR PARCIALMENTE el fallo apelado, debiendo descontarse del capital de condena indicado en la sentencia de grado la suma de $ 1265,65, que es la diferencia otorgada de más por la a quo. ----------

--- MANTENER las costas y honorarios de grado tal como fueron determinados en esa instancia.----------

--- IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado. ----------

--- FIJAR los honorarios de alzada correspondientes al Dr. J. G., letrado apoderado de la demandada, en el 25% de los honorarios que se le determinaron por sus labores de grado.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.009 – SDL.- Conste.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA