En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M. D. O., M. H. c/ M. S. C. SA s/ SUMARIO (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. nro. 35/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2013/13), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 515), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 477/485? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 477/485. Hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada M. S. C. S.A. a pagar en 10 días a la parte actora M. H. M. d. O., la suma de $30.766,98, con los complementos que prevé. Impone las costas por su orden y regula los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apelan, la parte actora a fs. 488, la parte demandada a fs. 489 y el recurso se concede a fs. 490.

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

La actora –bajo apoderamiento letrado– expresa agravios a fs. 492/496. Luego de señalar los antecedentes del caso, concreta el primer agravio en que la resolución recurrida vulnera el art. 243 L.C.T., e importa una variación de la causal de despido. Expone los fundamentos del fallo, en tanto reconoce que se allegan a los autos el acta de matrimonio del actor de fecha 5/1/2013, considera que surge claro de la testimonial que el despido del actor no se debió al hecho matrimonial, que ello se debió al bajo rendimiento y ausentismo recurrente injustificado del actor, que resulta de los dichos de M. R. y R. R.; que el actor no comunicó formalmente que iba a contraer matrimonio. Rechaza la indemnización del art. 181 L.C.T. Impugna entonces los menoscabos considerados por la sentencia, pues lo claro que es que se lo despidió sin causa, con lo que la juzgadora recrea una causal con grave afectación de su derecho de defensa. Opone la imposibilidad jurídica de contraponer otras razones frente a la prohibición del art. 243 L.C.T. Por el contrario, afirma la virtualidad de la norma porque el despido se formula sin causa, con lo que le cabe la presunción prevista en el art. 181 L.C.T. Alude en el segundo agravio a los actos propios de la demandada que otorgó y abonó la licencia por matrimonio, con lo que el conocimiento de la empleadora surge ínsito e ingresa a la imposición de la teoría respectiva. Cita jurisprudencia. El tercer agravio expresa que la resolución dictada vulnera el art. 245 L.C.T., respecto a la remuneración normal y habitual. Alude a la jurisprudencia de esta Cámara respecto a los conceptos integrativos del salario, respecto de los rubros que se definen como no remunerativos, en concordancia con los fallos de la CSJN, contraria a la expuesta en la primera instancia, con lo que sostiene que se encuentra reconocido por la demandada el recibo del mes de abril de 2012, por la suma de $12.412,64. Sostiene –conforme

con la jurisprudencia de esta Sala- las interpretaciones que resultan superadoras del caso "Tulosai", los principios derivados del mandato constitucional a partir del art. 75 inc.19 C.N.; la interpretación del art. 245 LCT, con los conceptos que la suma normal y habitual es la devengada, entendimiento propio del art. 9 L.C.T. Destaca finalmente la resolución que pretende y en tal sentido se revoque la sentencias.

A fs. 497, la parte demandada desiste del recurso interpuesto, que se recepciona a fs. 498 y se corre traslado del memorial de la actora.

La parte demandada contesta los agravios a fs. 499/502. Niega las afirmaciones de la actora y sostiene como elocuente que frente a una reorganización de la empresa, en los que se necesitaban los empleados más capacitados, a entender de los responsables de planta y jefes, el actor M. d. O. no reunía los estándares, por lo tanto se sugirió al despido a recursos humanos; que el actor no probó que el despido se debiera a la causa de matrimonio ni aportó ninguna prueba que el despido fue debido a tal causal. Cita plenario sobre la carga de la prueba en cabeza del actor que el despido se debió a la causa de matrimonio. Niega la supuesta desvirtuación de la sentencia respecto al despido. Contesta asimismo las alegaciones respecto al art. 245 L.C.T. y niega que la remuneración invocada por la actora se corresponda a la del mes de abril de 2012, como la habitual y que el actor toma como habituales conceptos que no lo son. Reserva el caso federal.

Tratamiento de los agravios:

Con el primero de los agravios, se cuestionan los núcleos que vinculan y dirime la Sra. jueza actuante, por una parte que reconoce el matrimonio del actor en primeras nupcias, ocurrido el 5 de enero 2013, pero a cuyo respecto opone, que es "diáfano" que el despido del actor –ocurrido el 27 de febrero de 2013- no se debió a ese hecho, sino –lo que extrae de tres testimoniales-

al bajo rendimiento y ausentismo recurrente e injustificado del actor.

El modo de la crítica de la agraviada, que reinterpreta la sentenciante la causal del despido, contradicha por la demandada que no hubo una variación de la causal, sino un despido para reorganizar el trabajo de planta, no es sino incorporar nuevos motivos, todos inadmisibles, porque como bien lo opone la actora alegante, viola el art. 243 L.C.T. impedientes de la variabilidad de las causas de despido.

El despido fue precisamente sin causa, acto ilícito por cuya razón lleva anexa la indemnización correspondiente, en tanto por ley solo resulta admisible el despido con causa

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

que configuren una injuria que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación (242 L.C.T.).

Desinterpreta, más bien omite, la juzgadora la aplicación del art. 243 L.C.T. ante la admisión en juicio resultante de la prueba testimonial de supuestos incumplimientos de la relación laboral -o los agregados empleadora- sin haberlas invocado al comunicar la rescisión del contrato, exigencia ineludible para el debido resguardo de la defensa en juicio (art. 18 C.N.).

Es por otra parte el presupuesto irreductible del art. 181 L.C.T, despido dispuesto "sin invocación de causa", lo que no admite salirse de la misma terminología utilizada por la empleadora.

La parte demandada, como lo hizo al contestar la demanda, sostiene que la actora pretende incluirse forzadamente en la presunción del art. 181 L.C.T. y cita jurisprudencia que la indemnización del art. 181 no alcanza al dependiente varón, con la salvedad de la prueba en contrario.

Tal postura, en muchos casos de jurisprudencia, como los que vuelve a citar la empleadora en esta alzada.

Se reconoce la existencia de fallos que avalan la postura de la oponente, algunos de relativa antigüedad (años 1989, 1992; fs. 146 y uno más actual del año 2012 (fs. 500vta.), pero siguiendo terminología de fallos de sentido contrario, estimo que en el contexto sociocultural actual, donde ha interrumpido a pleno el contexto normativo de rango constitucional receptor de los convenios internacionales, corresponde afirmarse definitivamente que el art. 181 L.C.T. no distingue la cuestión de género.

La conclusión no es por otra parte nueva, la Suprema Corte de Buenos Aires resolvió que la disposición legal se aplica tanto a la mujer como al varón, sin hacer distingos basados en el sexo del trabajador (08/11/94 – "Moyano c/ Inta S.A. y otro", Rev. Trabajo y Seguridad Social 96/228, Rev. Derecho del Trabajo 95/8/2088, fallos cit. en Ley de Contrato de Trabajo (anotada), Alfredo J. Ruprecht – ed.
Zavalía, año 2014, pág. 633).

Resta agregar que la interpretación es propia del derecho vigente a partir del art. 75, inc. 22, de la C.N., del art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica ("Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley") y art. VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre ("Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad y a recibir protección para ella"); art. 16 C.N. ("... Todos sus habitantes sin iguales ante la ley…"), arts. 6 y 7 Const. de Chubut ("El Estado asegura... la igualdad de todas las personas, sin diferencias de... sexo..."; art. 7: "Las diferencias se sexo... no constituyen factores discriminatorios…").

Los textos constitucionales completan las razones por las que los fallos otorgan al trabajador la protección de la norma laboral sin discriminar, la

protección de su vida social y familiar y derecho a constituir una familia sin perder su trabajo. La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de Rosario, Sala 1ra., caso "Olmos, Néstor c/ Instituto Erich From", año 2009, decidió que no cabía discriminar en este tema entre hombres y mujeres, ya que eso atentaría contra la C.N. y la legislación vigente, interna e internacional en materia de discriminación.

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

Por todo lo expuesto se hace lugar a las impugnaciones del fallo en esta parte por la actora recurrente, resultando indudable el conocimiento del matrimonio por parte de la empleadora al abonar en el mes de enero de 2013 la licencia por matrimonio (fs. 39) y el despido sin causa dentro del plazo del art. 181 L.C.T.

Tercer agravio. La resolución vulnera el art. 245 LCT.

El agravio aborda –con la jurisprudencia de esta Cámara– la limitación establecida en el fallo para denegar el monto de $12.412,64, invocado por su parte como mejor remuneración normal y habitual prevista en el art. 245 LCT, denegando, de conformidad con la postura de la demandada para la conformación del monto, los rubros "Adic. Esp. Acta 07-11 inc.5, "Grat. Esp. Acta 07-11 inc. 4" y "Grat. Esp. Acta 03-12 inc. 4", por no constituir en su concepto el concepto previsto en el art. 245 citado.

Asimismo, la respuesta negativa de la demandada de fs. 501vta. y sig., contrapone que el salario del mes de abril/2012 no resultó habitual y que el actor toma como remunerativos, normales y habituales conceptos que no lo son, como la del Acta 03-12, párr. 4to., por suma de $1.500, que es concepto no remunerativo.

Es claro que la demandada no contesta la totalidad del agravio de la actora, fundado en la jurisprudencia de esta Cámara.

Con ello, ha de señalarse en principio jurisprudencia que para los conceptos del art. 245 L.C.T. deviene de larga data en estos estrados. Caso "B., J. A. c/ W. I. d. A. S.A. s/ demanda laboral (indemnizaciones)", expte. N° 15.584 año 2006, en la que ya recogía sobre el particular, que esta Sala se ha pronunciado en los autos: "E., J. A. c/ M. R. S.R.L. s/ demanda laboral (diferencias salariales)", expte. N° 12.880 año 2002, explicando el devenir de la jurisprudencia a partir de fallo de la Sala B, a partir del plenario "B., R. c/ L. N. S.E." y en sentencia del Excmo. S.T.J., autos: "Cogorno, Alberto c/ Copedeca SA. s/ laboral", expte. N° 15890-C1997". Que, en consecuencia, debía estarse a la remuneración de mayor cuantía y que la mejor remuneración normal y habitual del art. 245 LCT., hace referencia a un salario calificado por su normalidad y habitualidad, que no corresponde

INDIANA L. MARINI

a **Secretaria de Cámara**

circunstancias especiales y se repite regularmente, independiente de su monto.

Pero, luego, el enfoque que deviene del derecho vigente es el invocado por la recurrente, que esta Sala reitera en los casos del mismo debate, por ej. los autos caratulados: "M., C. A. c/ R., R. K. s/ sumario (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. N° 236 año 2014, donde se señalaba con terminología de la CSJN en los autos "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (Fallos 332:2043), que la evolución progresiva de la tutela jurídica del trabajador en materia de salarios se inserta, en lo inmediato, en un proceso comprensivo concerniente a todos y cada uno de los aspectos del contrato o relación de trabajo; es preciso entender que

el recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, han hecho del trabajador un sujeto de preferente tutela constitucional (“Vizzoti”, Fallos 327:3677, 3689 y 3690; “Aquino”, fallos 327:3753, 3770 y 3797); el bloque de constitucionalidad por donde ingresan los arts. 6° y 7° del PIDESC, proporcionan las pautas para la conceptualización del salario o remuneración, con lo que resulta inadmisible que caiga fuera del alcance de estas denominaciones. En otro juicio: “Valencia, Elisa Noemí c/ Felipe Escribano e Hijos SA s/ sumario - cobro de pesos e indem. de ley”, expte. N° 737/13, que a partir de la reforma constitucional del año 1994 que determina como normas supralegales los tratados internacionales, ingresan a esta categoría los vigentes con la OIT, por lo tanto si las normas aplicables al caso vulneran normas de jerarquía constitucional o supralegal, el juez puede declarar –hasta de oficio- la inconstitucionalidad. Considera el fallo de esta Sala el cercano precedente de la CSJN en los autos caratulados: “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”, del 4/6/2013, que declara la inconstitucionalidad de los aumentos no remunerativos. Y en otro apartado de “Mansilla”, que la interpretación implicaba un apartamiento del principio “a favor del operario” –en el presente caso por la Sra. Juez actuante-, consagrado en la L.C.T. art. 9°, pero asimismo del mandato constitucional del art. 14 bis de la ley cimera y del principio de progresividad del art. 75 CN inc. 19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, sabido es como lo expone el Dr. Bidart Campos, que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas sino que todas tienen fuerza directamente operativa.

Por todo lo expuesto, en cualesquiera de las hipótesis señaladas, a partir de los convenios del art.

75 inc. 22 y art. 14 bis de la Constitución Nacional, no prospera la oposición de la demandada en esta alzada –incluida la impugnación a la pericial de fs. 458– y la sentencia debe ser revocada en lo comprendido en el agravio que se trata.

Consecuentemente, la demanda asimismo ha de prosperar con el módulo remunerativo de $12.412,64 y en definitiva al demanda por los montos liquidados a fs. 42, por la suma total de $186.189,60, con más los intereses a la tasa y en la forma prevista a fs. 484 de la sentencia.

Por el art. 282 Ley XIII N° 5, se readecuan las costas –se habían impuesto por su orden– y conforme con el art. 57 Ley XIV N° 1 se imponen a la parte demandada, en ambas instancias.

Para regular honorarios, rige la Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico, arts. 5, 6. 8, 9, y concordantes, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, por lo que propongo para los honorarios conjuntos del Dr. A. F. F. L. y Dra. M. R.
F., en el 22% y los conjuntos de las Dras. N. B. L. de E., G. A. B.,
C. A. R. y
Dr. J. INDIANA L. MARINI Secretaria de Cámara F. L.
G., en el 20% y los del perito Contador A. L., en el 3%, con los restantes alcances de la 1ra. Instancia.

En la alzada, propongo los honorarios conjuntos del Dr. A. F. F. L. y Dra. M. R. F. en el 35% y los conjuntos de las Dra. N. B. L. d. E., C. A. R. y J. F. L. G. en el 25%, en ambos casos de los que correspondan por cada parte en primera instancia.

Se tendrá presente la reserva del caso federal de fs. 502.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora M. H. M. d. O., fundado a fs. 492/496, contra la sentencia de fs. 477/485, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente la sentencia aludida, punto 1 de la parte resolutiva, en cuanto al monto, el que se condena por la suma de $186.189,60, con los restantes alcances del punto.

3) Imponer las costas a la parte demandada M. S. C. S.A. y regular honorarios de los profesionales señalados de conformidad con el considerando respectivo.

4) Imponer las costas de la alzada a la parte demandada y regular los honorarios de los letrados actuantes conforme al considerando.

5) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte demandada a fs. 502.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como informa en su exposición introductoria, el colega que preside el sorteo, las partes apelan el resolutorio parcialmente condenatorio de fs. 477/485, desistiendo la demandada a fs. 497, pero contestando los agravios de su oponente de fs. 492/496 a fs. 499/502.

Que sin duda la *iudex a quo* dubita en cuanto a la causa de la ruptura unilateral dispuesta por la empleadora cuando dentro del actual contexto probatorio (art. 9 LCT) y jurisprudencial y doctrinario en cuanto comprensión igualitaria del art. 181 del mismo texto legal no dejan lugar a dudas en cuanto a las razones invocadas en la alaza por la recurrente.

Los tiempos que corren obligan a repensar nuestras

soluciones de allí que a lo señalado por quien abre el acuerdo vale como sólido fundamento lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala laboral y contencioso-administrativa en la causa

"G., J. D. c. Autoservicio Capo S.A. s/ cobro de pesos" de fecha 21/10/2013 y publicado en: IMP 2014-2, 275 - LA LEY 17/02/2014, 11 P.Q.S. - DT 2014 (marzo), 679 con nota de Emiliano A. Gabet; Carlos Pose - DJ 16/04/2014, 45; cita *on line*: AR/JUR/82576/2013, señalando que "...una interpretación que limite la procedencia de la indemnización especial prevista en el art. 182 de la LCT únicamente a los casos de despido fundado en razones de matrimonio para las trabajadoras mujeres consagraría una inequidad en relación a la tutela de los derechos de los trabajadores, dado que la propia LCT, la Constitución Nacional, tratados y convenciones internacionales con jerarquía constitucional y convenios emanados de organizaciones internacionales con jerarquía superior a las leyes excluyen toda discriminación fundada en razones de sexo" y agrega: "... "La interpretación no extensiva de la presunción *iuris tantum* del art. 181 al trabajador varón, no se justifica con medios legítimos y persigue fines contrarios a la Ley N° 23592, pues, si la razón de ser de la protección del despido por matrimonio es proteger la familia, cumpliendo así el mandato del art. 14 bis de otorgar protección integral a la familia, no hay razones válidas para no extenderla al trabajador varón, porque la prueba casi imposible en la que coloca al trabajador varón despedido a causa del matrimonio, no solo lo perjudica a él como litigante, sino que también desalienta a otras víctimas de esa misma discriminación a iniciar reclamo judicial". Así y cumplimentados los extremos legales a los fines de su procedencia propongo en concordancia con el voto del Dr. Nahuelanca acoger el agravio por tal rubro.

Que tal como bien señala la recurrente con fundamento en antecedentes jurisprudenciales que incluyen citas cortinales (*v. gr.*, "Las indemnizaciones laborales", por Dacuña, Carolina M., 13-07-2010, publicación: IJ Editores, cita: IJ-XXXIX-211) que los integran, dan cuenta de la postura adoptada por este

cuerpo en cuanto a la estimación del art. 245 LCT e incluso mi actual postura en cuanto a la integración proporcional del SAC, fijando en consecuencia con los antecedentes que brinda la causa y que han quedado adquiridos como prueba útil de autos, la del mes de abril de 2012 en la suma de $12.412,64, permitiendo así arribar a la suma que en definitiva conformará el monto indemnizatorio por el despido injustificado con más sus intereses y en la forma prevista en el fallo. Las costas se le imponen a la demandada en ambas instancias y diferir regulación de honorarios de conformidad con lo establecido en el art. 282 CPr/DJ, tomando en consideración las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15. Se tiene en cuenta la reserva formulada del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto del Dr. Nahuelanca, adhiero a su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Alonso no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora M. H. M. d. O., fundado a fs. 492/496, contra la sentencia de fs. 477/485, con los alcances de los puntos siguientes.

2) Revocar parcialmente la sentencia aludida, punto 1 de la parte resolutiva, en cuanto al monto, el que se condena por la suma de ciento ochenta y seis mil ciento ochenta y nueve pesos con sesenta centavos $186.189,60, con los restantes alcances del punto.

3) Imponer las costas a la parte demandada M. S. C. S.A., regulando los honorarios conjuntos del Dr. A. F. F. L. y Dra. M. R. F. en el veintidós por ciento (22%), los conjuntos de las Dras. N. B. L. de E., G. A.

B., C. A. R. y Dr. J. F. L. G. en el veinte por ciento (20%) y los del perito C. A. L. en el tres por ciento (3%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

4) Imponer las costas de la alzada a la parte demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios conjuntos del Dr. A. F. F. L. y Dra. M. R. F. en el treinta y cinco por ciento (35%) y los conjuntos de las Dra. N. B. L. de E., C. A. R. y J. F. L. G. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Tener presente la reserva del caso federal interpuesta por la parte demandada a fs. 502.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara