

## Contrato De Trabajo Preaviso Requisitos Incumplimiento Indemnizacion Sustitutiva Trabajo De Temporada

### JURISPRUDENCIA

### Contrato de trabajo. Preaviso. Requisitos. Incumplimiento.

Indemnización sustitutiva. Trabajo de temporada Se condena a la empleadora a abonar la indemnización sustitutiva de preaviso al actor (art. 232 LCT). El fundamento de la condena se basó en que el preaviso fue otorgado de forma deficiente, dado que si bien el empleador envió una notificación al trabajador, no consignó allí el goce de la licencia diaria de las dos horas para encontrar un nuevo trabajo, que debe ser otorgada por el empleador y no tomada por las propias por el trabajador.

NEUQUEN, 22 de mayo de 2018 Y VISTOS: En acuerdo estos autos caratulados: ?JARA ROCIO PAOLA C/ MARIO CERVI E HIJOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS?, (JNQLA4 EXP N° 504914/2015), venidos en apelación a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo: I.- Vienen estos autos a consideración de la Alzada para el tratamiento del recurso interpuesto por la demandada a fs. 83/85 contra la sentencia de fojas 72/76 vta. que haciendo lugar a la acción, la condena a pagar a la actora la suma de \$13.458,45 al mes de febrero de 2014 en concepto de indemnización por preaviso, SAC sobre preaviso y multa del artículo 2 de la ley 25.323. Los motivos de la apelación se centran que el pronunciamiento de grado para hacer lugar al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso ha considerado en forma dogmática que la accionante fue preavisada en periodo de receso de la temporada de cosecha, cuando ello no fue así, debido a que la nota por la que se comunica el mismo data del 12-12-2014 fecha en la cual se encontraba vigente la relación laboral y la temporada de cosecha, tal como surge de las pruebas rendidas en la causa que detalla y analiza. Solicita la revisión de la decisión de grado, con costas a la contraria. Sustanciado que fue el recurso, lo contesta la accionante a fojas 87/88. En primer término entiende que es correcto el razonamiento del juez de grado, reeditando los fundamentos dados en la sentencia; seguidamente agrega que de entender la Alzada que el planteo de la apelante es correcto, deben atenderse algunas cuestiones que no fueron meritadas. En tal orden expresa que si bien es cierto que mediante nota del 12/2/2014 se preavisa a la actora, ello no es suficiente para exonerar de pago a la accionada, en virtud de no haber demostrado que otorgó el goce efectivo de las dos horas de licencia diaria durante la jornada laboral para que la trabajadora pudiera salir a buscar otro empleo. Que omite presentar las tarjetas horarias, y que el testigo que depone en la causa no aclara la cuestión. Solicita se confirme la sentencia cuestionada, con costas a la apelante. II.- Ingresando al análisis de la cuestión planteada resulta que la decisión apelada resolvió hacer lugar a la demanda deducida por una trabajadora de temporada, y condena a la agraviada con fundamento en que si bien había cumplido con otorgar el preaviso, omitió pagárselo, cuando por mandato legal correspondía hacerlo; así como que al cursarlo en un período en que estaba suspendido el contrato de trabajo de temporada, debía abonar los salarios a partir de su comunicación a tenor de lo dispuesto por el art 239 párrafo 2° de la LCT. A.- Abordando en concreto la queja de la demandada se observa que la misma se centra en indicar que no se tuvo en cuenta que el 12 de febrero de 2014 su parte preavisa que el vínculo laboral terminaría el 28 de ese mismo mes y año, con lo cual entiende que surge claro que el mismo tuvo lugar en temporada de cosecha y no en periodo de suspensión de actividades como lo sostiene el a-quo. Luego a fs. 27 se agrega nota emitida por Mario Cervi el 12-2-2014 que reza ?Preavisamos a Ud que a partir del día 28 de febrero de 2014 rescindimos contrato de trabajo? atribuyéndose a la actora la firma inserta al pie, sobre la que ésta guarda silencio, y con ello se tiene por reconocida (art. 21 in fine de la Ley de rito). Estos antecedentes fueron evaluados por el sentenciante de primera instancia al expresar: ?...la actora reclama su indemnización ya que no fue abonada. La demandada sostiene que no corresponde abonar suma alguna por él y que fue correctamente otorgado mediante nota de fecha 12-2-2014, donde se notifica del despido a partir del 28-2-2014? (fs. 73 vta.); sin embargo, lo cierto es que luego arriba a la conclusión de que el preaviso fue otorgado en plazo de suspensión o receso y no en temporada. Y es aquí donde la sentencia incurre en una desinterpretación de los hechos y de las misivas cursadas entre las partes, dado que encontrándose fuera de discusión que la relación laboral comenzó el 22-1-2014 y que finalizó el 28-2-2014, no cabe duda que la comunicación del preaviso -12-2-2014- se cursó estando vigente la relación laboral y la temporada de cosecha. El cotejo de las fechas así lo demuestra. Esta conclusión se encuentra corroborada por los recibos de liquidación final agregados a fs. 7 con la demanda y a fs. 21 con la contestación de demanda. B.- Ahora bien, sabido es que las consecuencias de la extinción dispuesta por el empleador en este tipo de contratos son diferentes según la oportunidad en que la disponga, debiendo distinguirse dos situaciones diversas: a) El despido dispuesto durante el período de receso, supuesto previsto en el artículo 98 de la LCT y; b) el despido sin causa que tiene lugar -como en el caso que nos ocupa- durante el ciclo de actividad donde la responsabilidad indemnizatoria se equipara al despido injustificado en el contrato a plazo fijo

en virtud de lo estatuido por los artículos 97 párrafo 1° y 95 párrafo 1°. Ello porque el legislador ha establecido en beneficio del trabajador una garantía de ocupación durante el plazo previsto o previsible del ciclo o temporada, y por esta razón equipara los efectos del despido sin causa durante la temporada a los de la extinción incausada del contrato a plazo fijo. Así lo establece el artículo 97 LCT, al decir: "El despido sin causa del trabajador, pendientes los plazos previstos o previsibles del ciclo o temporada en los que estuviere prestando servicios, dará lugar al pago de los resarcimientos establecidos en el artículo 95, primer párrafo de esta ley.". La ley adopta el régimen indemnizatorio que dispone para el contrato a plazo fijo, por lo que al trabajador le corresponderá además de las indemnizaciones por despido, la indemnización por daños y perjuicios del derecho común... (LCT, artículo 95). C.- Pero en este caso no se discute la indemnización por despido, sino solamente el pago del preaviso y su SAC correspondiente; por ello, establecido como ha quedado el marco legal en que debe ser ponderada la cuestión, cabe adelantar opinión en cuanto a que, aun mediando discrepancia con el enfoque jurídico dado por el a-quo, la sentencia ha de ser confirmada en punto a que corresponde el pago de dicha acreencia. Es que se encuentra sin discusión que correspondía otorgar el rubro reclamado, ya que es clara la norma citada acerca de que dentro de los rubros indemnizatorios del despido se encuentra la obligación de preavisar, sosteniendo la mayoría de la doctrina y jurisprudencia que el trabajador resulta acreedor de la reparación prevista en el art. 232 LCT, de haberse omitido el preaviso u otorgado de manera insuficiente. Que si bien en el sub-análisis se cumplió con el anoticamiento del preaviso mediante la nota de fs. 27; sin embargo la trabajadora denuncia que el mismo fue otorgado de manera insuficiente, dado que no gozó de las dos horas diarias durante la jornada laboral para buscar otro trabajo, lo que a su entender, motiva su pago. De confirmarse este extremo, el preaviso sería insuficiente en los términos del 232 LCT. En efecto como bien se ha señalado, en criterio que se comparte y trascibe: "Cuando en el art. 232 de la LCT (T.O. 1976) se establece la consecuencia de la omisión del preaviso o de que se lo otorgue de modo insuficiente, no se está hablando allí solo de la notificación del preaviso -que es un aspecto de la institución en cuestión- sino de su otorgamiento, éste debe incluir el goce de la licencia diaria de las dos horas, la que debe ser -por lo mismo- otorgada por el empleador, y no tomada por las propias por el trabajador. El empleador tiene y ejerce el poder de dirección aún durante el lapso del preaviso, y es de preguntarse si podría aquel razonablemente tomar sus dos horas diarias en el momento de la jornada que a él le pareciese sin interferir en el buen cumplimiento de los servicios que hubiera tenido asignados. No es ajustado al deber de buena fe y de comportamiento de un buen empleador al haber dejado librado al trabajador a que se atreviera a tomarse por sí y como el mismo quisiera la licencia diaria durante el preaviso, sin antes ponerlo en conocimiento de cuál era el momento de la jornada adecuada para hacerlo. (artículo 63 LCT). (cfr. C.N.A.T., Sala VII, "Guatieri, Carlos José c/ Organización Clearing Argentino S.A." Cita: elDial.com - CD15DB). Atento los elementos fácticos jurídicos relevados, frente a los agravios vertidos y su contestación, debe concluirse en que el preaviso fue otorgado en forma deficiente. Nótese que la nota del 12-2-14 (fs. 27) sólo efectúa una comunicación formal, sin ninguna mención de día, fecha y hora durante la jornada laboral en que la trabajadora pudiera salir a buscar otro trabajo. Tampoco aclara el jefe de personal que depone como testigo, Sr. Chomnales, quien si bien reconoce que confeccionó la nota y la hizo firmar, cuando se lo interroga sobre si la trabajadora lo efectivizó, se limita a responder: "... el preaviso es una nota que se comunica 15,16, o 17 días antes de rescindirlo? (fs. 57/58). A ello se adiciona que la accionada desistió de la testimonial de fs. 58 y que juega a favor de la trabajadora la presunción de los arts. 52 a 55 de la LCT, ya que encontrándose la patronal debidamente intimada a presentar el legajo personal de donde podría surgir tal circunstancia (fs. 46), no lo hizo. Luego, cuando el preaviso es otorgado en forma deficiente debe abonarse la indemnización sustitutiva de preaviso del art. 232 LCT, dado que su otorgamiento constituye una obligación no divisible. Esto equivale a decir que la norma exige un doble estándar obligacional, esto es, la comunicación y el efectivo cumplimiento de su objeto, cual es, "evitar los perjuicios que produce la ruptura intempestiva del contrato; dando al trabajador la chance de buscar otro trabajo; y al empleador, la de cubrir la vacante con la antelación suficiente". (Grisolía-Sudera "Ley de Contrato de Trabajo" Edit Grimberg, pág. 308 y sgtes). En autos, la demandada se limitó a comunicar el preaviso formalmente, pero no se ocupó de su efectivización, y si bien puede decirse que esta cuestión fue advertida por la actora recién en los alegatos e invocada en el escrito de contestación de la apelación, la misma, no puede ser soslayada por esta Alzada invocando preclusión porque se trata -como se dijera- de una obligación inescindible que emana de la naturaleza jurídica del preaviso y de la aplicación del principio de primacía de la realidad, del principio protectorio y de irrenunciabilidad del orden público laboral. Idéntico tratamiento ha dado el Tribunal Superior de Córdoba en una cuestión similar, al expresar el Vocal ponente Dr. Rubio: "Los recurrentes denuncian que el a quo incurrió en violación de los términos de la litis porque el actor refirió en demanda que el preaviso era inexistente cuando en realidad se demostró que se le otorgó y que nada dijo en relación a que no se le dieran las dos horas para buscar trabajo. Que por ello, al no existir tales expresiones en el libelo inicial no tenía obligación de probarlo. (...) Por dichas circunstancias, el pronunciamiento incurrió en infracción del art. 63 LPT al fallar "ultra petita" resolviendo puntos ajenos a las cuestiones planteadas?". "El primer aspecto del motivo de agravio es improcedente, pues no son objetadas las condiciones legales señaladas por el Juzgador para considerar que el preaviso no se otorgó. Pretende tener

por cumplimentado el instituto con la notificación realizada al dependiente, sin intentar enervar la necesidad de haber otorgado al mismo tiempo la licencia diaria, que no se acreditó?. ¿En el Derecho del Trabajo prima la realidad, en virtud de la cual, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o se documentó, hay que dar primacía a los primeros? (cfr. Tribunal Superior de Justicia Córdoba- Sentencia N° 38- 09/05/2017. Exp Nro. 3154232- ?LUCERO MARCELO MAXIMILIANO C/ EL DANTE SAIC-S-DESPIDO" -Sala Laboral). D.- Por último la multa del art. 2 de la Ley 25323 deberá ser confirmada atento la insuficiente fundamentación expuesta en el recurso (art. 265 CPCyC) y teniendo en cuenta la doctrina expuesta en autos ?PINILLA C/ SUR TOOLS S/ DESPIDO? (EXPTE. 345.267/6 Sala III) en punto a que encontrándose el empleador debidamente intimado, la sanción es procedente si se ha dado motivos al tabajador para litigar, como en este caso. III.- Por todo lo expuesto propiciaré al acuerdo que se rechace el recurso de apelación incoado por la accionada, y que se confirme la sentencia de primera instancia en todas sus partes. IV.- Imponer las costas devengadas en la Alzada a la apelante vencida (arts. 17 L.921 y 68 del Código Procesal). V.- Regular los honorarios devengados en la Alzada para los letrados intervinientes en el ...% de los que resulten para la instancia de grado conforme lo establecido en la aclaratoria de fs. 78 y vta., que llegan firmes (art. 15 de la L.A.). Tal mi voto. El Dr. Ghisini, dijo: Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo. Por ello, esta Sala III RESUELVE: 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 72/76 vta. y su aclaratoria de fs. 78/79 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios. 2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (art. 17 Ley 921). 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el ...% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.). 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen. Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA  
Correlaciones: LCT. Art. 232 Villan Ramón Darío c/FATSA y otra s/ind. - Cám.  
Lab. y Paz Letrada Corrientes - 06/04/2018 - Cita digital IUSJU029327E 029349E