En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil ocho, 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 N. Alonso de Ariet y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., S. A. c/ L. SRL s/ DEMANDA LABORAL (Dif. haberes e indemnización)", expte. nro. 57/08**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 1688/02), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 247), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso de Ariet, Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 204/223? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia N. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

La jueza de primera instancia, mediante sentencia obrante a fs. 204/223, hizo lugar, en forma parcial, a la demanda y condenó a L. SRL a pagar al Sr. S. A. C. la suma de pesos cinco mil seiscientos veintitrés con sesenta y dos centavos correspondientes a indemnización por antigüedad; indemnización por preaviso, sueldo anual complementario sobre preaviso; vacaciones proporcionales, sueldo anual complementario sobre vacaciones proporcionales, indemnización artículo

16 de la ley 25561, reclamo indemnizatorio supletorio del artículo 1 de la ley 25323 y aportes omitidos al sistema de retiro complementario, todo ello con más los intereses calculados a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina desde que cada crédito resultó exigible hasta su efectivo pago. Además, impuso las costas a la vencida y reguló los honorarios profesionales.

La parte actora apeló a fs. 225, el recurso fue concedido a fs. 226 y fundado a fs. 233/234.

Dos son los agravios de la recurrente: el primero por el rechazo de la indemnización prevista por el artículo 2° de la ley 25323 y el segundo por la aplicación de los intereses del artículo 275 de la Ley de Contrato de Trabajo.

El fundamento del primer agravio es el excesivo formalismo en la interpretación de la concurrencia del presupuesto requerido por la norma citada respecto a la procedencia de la multa en ella contenida. En efecto, se sostiene que la intimación cursada por la parte actora –obrante a fs. 4- es suficiente a tal fin. Ello en los términos que se siguen: "Si bien dicha la comunicación por la demandada establecía las causas y fechas de la disolución, ello no invalidaba por cierta la remitida por el actor en torno a la intimación de pago... y el apercibimiento de aplicación de la ley 25.323 para el caso de omitirse el pago de la indemnización final" (sic), fs. 233.

El fundamento del segundo agravio es el rechazo a la aplicación de los intereses del artículo 275 de la LCT. Concretamente sostiene que "la norma (art. 9 de la ley 25013) no admite apreciación y remite a circunstancias objetivas. La falta de pago de las

indemnizaciones de ley sin que medien elementos justificantes de la mora hace presumir la existencia de conducta temeraria y maliciosa penalizada con el agravamiento de los intereses.

2. Tratamiento de los agravios.

Adelanto que el primer agravio no prosperará dado que el recurrente no ha logrado demostrar el desvío jurisdiccional que pregona.

La lectura de la intimaciones cursadas que obran a fs. 4 y 5 de los presentes, demuestran el incumplimiento del requisito formal que exige el artículo 2 de la ley 25323 para la procedencia de la multa.

Repárese que incluso la jueza de grado ha transcripto las partes pertinentes de los fallos del Superior Tribuna de Justicia de la Provincia que han precisado puntualmente los recaudos que habilitan la procedencia de la multa. En tal orden de ideas reitero las puntuales consideraciones emanadas del máximo tribunal provincial: ”es requisito esencial de operatividad de la multa que el trabajador intime en forma previa y fehaciente que abone las indemnizaciones a las que refiere el citado art. 2 en su primer párrafo. El emplazamiento o constitución en mora del empleador, no opera automáticamente como sucede en el campo de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, razón por la que aparece en la norma como una carga impuesta al trabajador, que debe formalizar en los términos de la Ley 25.323” (conf. Sentencia definitiva n° 6/06, en autos “H., J. A. y otros c/ DLS A. L. SUC. A. s/ Demanda Laboral (Indemnizaciones)", expte. N° 20.142-H-2005).

Repárese que la intimación al pago en los términos de la ley 25323 no se ha efectuado en

ninguna de las comunicaciones escritas y fehacientes a las que he hecho referencia.

Esta carencia enerva la pretensión revisora.

A mayor abundamiento señalo que incluso la propia parte recurrente ha reconocido la necesidad del apercibimiento como resulta de la parte transcripta del memorial. Por estas razones, propongo el rechazo del primer agravio.

El restante agravio, vinculado a la procedencia del incremento de los intereses previstos por el artículo 275 del LCT, debe prosperar.

No obstante compartir el criterio restrictivo enunciado por la jueza de la anterior instancia respecto a la procedencia de la condena a pagar intereses por temeridad, concurren en el caso especiales extremos que habilitan su procedencia.

En efecto, no puede soslayarse que estamos frente a un despido sin causa. Este extremo impide al empleador tener una duda razonable acerca de la procedencia de la liquidación final. Repárese que incluso al contestar la demanda reconoce la procedencia de las indemnizaciones por antigüedad y preaviso, sosteniendo que no es cierto que se haya negado maliciosamente a pagarlos sino que "dicho pago nunca pudo concretarse por cuanto el actor siempre pretendió sumas de dineros mayores que las que por ley le correspondían, negándose a percibir las ofrecidas por la empleadora" –fs. 40 vta./41–.

Invoco, además, una delicada situación financiera y el rechazo del ofrecimiento de pago en cuotas.

La situación financiera "delicada" no fue probada, el ofrecimiento de pago en cuotas tampoco.

Huelga señalar, además, que desde la fecha del distracto hasta la notificación de la demanda transcurrieron mucho más de tres meses y no se abonaron las indemnizaciones que reconoció el empleador adeudar; más aún, a la fecha de celebración de la audiencia de conciliación decretada en autos había transcurrido un año y ni siquiera en esa oportunidad depositó el empleador las indemnizaciones que, como he dicho, reconoció como procedentes.

Así, frente al despido sin expresión de causa dispuesto por el empleador, su reticencia a pagar los créditos de naturaleza alimentaria, argumentando razones sin sustancia real y normativa no es razonable y configura una conducta reprochable en los términos del artículo 275 de la LCT.

Por lo tanto, prospera el agravio y se fija en concepto de multa el 25% de la suma que le corresponda percibir en concepto de intereses del modo que fueron condenados en la instancia de grado (tasa activa del Banco de la Nación Argentina para sus operaciones de descuento a treinta días).

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen al demandado vencido por aplicación del principio objetivo de la derrota receptado legalmente. Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 6 de la ley arancelaria y por aplicación de la escala del artículo 14 del mismo ordenamiento. En función de tales premisas, propongo la fijación de los mismos a favor de los Dres. J. J. E. en la suma de pesos setecientos cincuenta.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia N. Alonso de Ariet dijo:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el actor, S. A. C.

2) Condenar a la demandada L. SRL a abonar en concepto de multa el equivalente al 25% de los intereses que se ordenan pagar en la sentencia de primera instancia obrante a fs. 204/223.

3) Costas de la alzada al demandado vencido. Regular los honorarios correspondientes al Dr. J. J. E. en la suma de pesos setecientos cincuenta.

A la primera y segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs. 204/223, por la que se rechaza el planteo de inconstitucionalidad del art. 4 de la Ley 25561, modificatorio del art. 7 de la Ley 23928, interpuesto por la parte actora. Hace lugar parcialmente a la demanda y condena a la parte demandada L. S.R.L., a pagar en 10 días a la parte actora S. A. C., la suma de $5.623,62, con los complementos previstos en el considerando. Condena a entregar certificado de trabajo. No hace lugar a la declaración de temeridad y maliciosidad del demandado. Impone las costas a la parte vencida y regula los honorarios de los profesionales.

Notificadas las partes, apela la actora a fs. 233/234vta., se agravia por la desestimación parcial de la acción interpuesta, primero, la indemnización prevista en el art. 2 Ley 25323 y, en segundo término, la aplicación de la tasa de interés del art. 275 LCT, por aplicación de lo dispuesto en el art. 9 Ley 25013. Afirma como formalista la negativa de la sentencia en negar la indemnización del art. 2 Ley 25323, por haber sido cursada durante la vigencia de la relación laboral; que su parte había hecho la salvedad y que la misma resultó consecuencia del despido. Estima

que precisamente los fallos citados, como el que corresponde al voto de la Dra. Alonso, que la indemnización resulta procedente ante la mora del empleador y reiterado en el reclamo administrativo del expte. N° 10.610/02. Entiende que el requisito consiste en intimar el pago de la indemnización final y omitir el empleador su cancelación; que no existe limitación temporal en torno a la indemnización. Afirma que en concreto se ha cumplido el presupuesto para viabilizar el reclamo de la indemnización. Respecto al segundo punto del agravio (aplicación del art. 275 LCT), sostiene que es evidente que la Sra. Juez no es partidaria de la penalización dado el extenso tiempo transcurrido y que justificaría la aplicación de la norma. En todo caso, expone que a la luz de los principios de la materia a favor del trabajador, la interpretación no corresponde porque la norma indemnizatoria remite a circunstancias objetivas, sin que medien elementos justificantes. Cita doctrina que no establece distinción alguna entre la temeridad y la malicia. Cita la doctrina de Valentín Rubio y que en cualquier hipótesis se configura una violación del deber de lealtad, probidad y buena fe y se entenderían en el caso maniobras tendientes a demorar, poner obstáculos sin razón valedera. Peticiona por otra parte confirmación en todo lo que no resulta apelado y finalmente y se tenga por presentado en tiempo y forma, se hagan lugar a los agravios y revoque la sentencia en función de los agravios vertidos, con costas.

La actora recurrente califica de sumamente formalista el criterio de la sentencia para denegar la indemnización prevista en el art. 2 Ley 25323, para el caso de despido incausado y cuando señala que opera la misma en caso de intimación

fehaciente por escrito del trabajador por el plazo de dos días hábiles. Expone esta exigencia la sentencia apelada a fs. 211vta. y agrega en el segundo párrafo jurisprudencia de esta Sala en los autos "H., J. J. c/ L. R. S.R.L. y otros s/ demanda laboral", expte. N° 1730/2002, sentencia del 12/5/2005, donde en voto del suscripto se define que tal indemnización constituye un daño autónomo distinto del despido, porque opera después de producido éste y pone en funcionamiento un factor punitivo, con el presupuesto doctrinario de J. J. S., en DT 2001-A-224. Se funda además a fs. 212 en el voto de la Dra. Alonso y destaca la máxima jurisprudencia de la Provincia, que incluye pronunciamiento reiterados del Excmo. Superior Tribunal de Justicia y que impone de las mismas características para que opere el instituto indemnizatorio.

Sostiene la actora recurrente que el criterio de la sentencia resulta formalista, que su parte al demandar efectuó la correspondiente reserva respecto a la intimación cursada, dado que la misma fue consecuencia del despido operado por el actor en 27/3/2002 y contemporáneamente recibe la comunicación que el despido operaba a partir del 30/4/2002.

Por una parte, se advierte –en efecto– que la accionante al demandar consideraba en cualquier hipótesis, sea el cese en marzo, fuera en abril de 2002, había cumplimentado con las intimaciones de fs. 4/5 los extremos del art. 2 de la Ley 25323 (fs. 21/21vta.).

La parte demandada al contestar respecto al punto (fs. 41/41vta.), reconoce que el actor intimó a que se aclare su situación laboral ante el despido que le fuera notificado en forma verbal, con lo que contestó –sostiene- en tiempo propio, en "contestación

a su telegrama ley 23.789 ratificamos despido dispuesto a partir del 30 de abril de 2002 y eximimos de la obligación de concurrir a sus tareas".

Con ello sostiene que la relación laboral se extinguió en 30 de abril de 2002, no controvertida por el actor.

Estos extremos fueron precisamente recepcionados en la sentencia a fs. 208, cuando analizandos los alcances de las intimaciones, recepciona que con la expedida por la empleadora con fecha 27/3/2002, comunicándole que el despido es a partir del 30/4/2002, es lo reconocido por la dependiente, ya que al practicar la liquidación de fs. 24, "puntualiza como fecha de despido el 30/4/02 y fija la antigüedad del operario en 15 meses".

Queda, en consecuencia, esclarecido que la intimación resulta anterior al finiquito de la relación laboral, con lo que se ajusta a derecho el desconocimiento de la intimación de fs. 5, desde que la empleadora no se encontraba en mora, con lo que la comunicación anticipada careció de virtualidad para constituirla.

Lo señala claramente la jurisprudencia citada del STJ, para la operatividad de la indemnización requiere, por un lado, la intimación fehaciente y por otro, la mora del empleador. En este supuesto legal no opera automáticamente –como también lo dice– en otras palabras, la intimación por el reclamo de pago de los incrementos de las indemnizaciones de la Ley 25323 del art. 2° en función de los arts. 232, 233 y 245 LCT y arts 6 y 7 Ley 25013, deben tener la virtualidad de constituir en mora al empleador.

Aún en el marco de una intimación

reconocida en causa de la CNTrab., Sala VIII, 2005/04/26 - autos “K., L. c. N. Communications Argentina S.A. y otros”, se observaba que lo que se intimaba era la cancelación de la liquidación final y no el incremento previsto en el art. 2 de la Ley 25323. El voto del Dr. M. dice en la emergencia: “...la imprecisión de la intimación, constituye un óbice formal insoslayable que obsta a la procedencia de la multa...” (DT 2006-A-78).

No constituye, en consecuencia, agravio sostener de formalista el criterio aplicado, por tratarse del que debe imperar en materia de carácter punitivo o sancionatorio, sin que importe caso de duda en la interpretación de la ley (art. 9 LCT).

En consecuencia, estimo que el agravio no debe prosperar.

Respecto a la queja de la parte actora recurrente por la negativa del fallo a la aplicación del cargo resultante del art. 9 de la Ley 25013, la sentencia bien advierte a fs. 220, últ.párr./221, que la norma precedentemente citada, establece una presunción de conducta temeraria y maliciosa por falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador de la indemnización correspondiente por despido incausado.

No obstante lo expuesto, los fundamentos negativos del fallo se fundan exclusivamente en el art. 275 LCT, en tanto la doctrina ha esclarecido que la remisión al art. 275 LCT no indentifica ambas figuras, no es la conducta temeraria y maliciosa procesal la que sanciona la norma, sino la anterior conducta contractual, el incumplimiento injustificado de una obligación dineraria derivada de la extinción incausada del contrato y que la ley presume carente de buena fe

(Conf. “La presunción de temeridad y malicia en la ley 25323”, Eduardo Loustanau y Miguel Angel Maza, en DT 2000-B-2085).

Manifiesta la sentencia que es preciso que se pruebe positivamente que la parte imputada no pudo ignorar la razón de su proceder, pero no señala quién debe probar y sin advertir que era precisamente la empleadora, sobre quien pesa la presunción de temeridad y malicia la que debía probarlo: “...el empleador deberá probar que la mora no le resulta imputable demostrando la culpa de la víctima, la de un tercero por quien no debe responder o la presencia de una causa extraña que rompa el nexo de causalidad (Conf. cita trabajo y autores citados).

La demandada sostuvo al contestar que padecía una delicada situación financiera y que había ofrecido el pago en no más de tres cuotas, hechos no probados en autos, al punto de no haber ni siquiera cumplimentado en autos la exhibición de los libros y documentación laboral, conforme lo releva la sentencia a fs. 207vta./208.

El agravio ha de proceder y revocarse, en consecuencia, la sentencia, condenando, asimismo, con más la multa del 25% de los intereses previstos en la primera instancia.

Por la procedencia de los agravios, condena de primera instancia y naturaleza de la materia, las costas corresponden a la parte demandada, de conformidad con los arts. 59 Ley 69 y art. 68 CPCCCh.

Para regular los honorarios rigen las leyes Nos. 2200 y ref. 4335, arts. 6, 7, 9, 14 y concords., el mérito del trabajo profesional y su resultado, por lo que resultan, asimismo, procedentes

los propuestos en el presente acuerdo.

Voto: Atento a cómo se votan las cuestiones traídas a esta Alzada, corresponde el pronunciamiento decisorio del primer voto, en todas sus partes.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 271 y 272 del CPCCCh (reforma ley 4550 del 23/12/99), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Alexandre no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el actor, S. A. C..

2) Condenar a la demandada L. SRL a abonar en concepto de multa el equivalente al VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los intereses que se ordenan pagar en la sentencia de primera instancia obrante a fs. 204/223.

3) Costas de la alzada a la demandada. Regular los honorarios correspondientes al Dr. J. J. E. en la suma de PESOS SETECIENTOS CINCUENTA ($750).

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2008
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"