------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de mayo del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass y la Sra. Jueza de Cámara Subrogante Dra. Mariela González de Vicel, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"F., V. E. c/ F., E. L. s/ Laboral"*** (Expte. N° 01/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 404 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C. y atento lo dispuesto por el art. 9 del Acuerdo 03/82 CANO, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS – GONZÁLEZ.-----

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 365/371vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht dijo:----------

------1. Llegan los presentes autos a esta Alzada, en función de sendos recursos de apelación intentados: a fs. 372 la demandada y a fs. 377 la actora, ambas contra la sentencia definitiva que luce agregada a fs. 365/371 y vta. y que hizo lugar parcialmente a la demanda laboral entablada por la actora y condenó a la accionada a abonar las sumas que indica y por los rubros que detalla en sus considerandos; a fs. 372 por la demandada y contra los honorarios regulados a favor de los letrados de la actora por estimarlos altos y a fs. 378 por el letrado de la actora por estimar bajos los honorarios regulados en su favor.----------

------Los agravios deducidos por la accionada se agregan a fs. 379/382 y vta., y no merecieron la réplica de la contraria. Las quejas de la actora constan a fs. 384/386 y merecieron la contestación de la demandada a fs. 388 y vta.----------

------2. Así, la demandada apelante reduce su queja a diez (10) agravios, los que identifica como: **PRIMER AGRAVIO** (v. fs 379) referido a la fecha de ingreso determinada por el a quo en su sentencia; **SEGUNDO AGRAVIO** (v fs. 379 y vta.) referido a la condena en concepto de indemnización en orden a los rubros preaviso y antigüedad; **TERCER AGRAVIO** (v. fs. 379vta./380), se queja en cuanto al monto tomado en cuenta para liquidar los rubros indemnización por preaviso omitido y SAC e indemnización por antigüedad, también por los

montos condenados; **CUARTO AGRAVIO** (v. fs. 380) en el que se queja en cuanto al monto tomado en cuenta para liquidar los aguinaldos y el monto condenado; **QUINTO AGRAVIO** (v. fs. 380/380vta.);en el que se queja por cuanto el sentenciante hizo lugar a la multa dispuesta por los arts. 1º y 2º de la Ley Nro. 25.323; **SEXTO AGRAVIO** (v. fs. 380vta.), en este caso la queja sobreviene por el monto otorgado en orden al rubro multa art. 1º de la Ley Nro. 25.323; **SÉPTIMO AGRAVIO** (v. fs. 380vta.), aquí se agravia en relación al monto condenado por concepto de multa art. 2º de la Ley Nro. 25.323; **OCTAVO AGRAVIO** (v. fs. 380vta./381), aquí su queja deriva de la duplicación de las indemnizaciones que se condenaron por imperio de la Ley 25.561; **NOVENO AGRAVIO** (v. fs. 381 y vta.), derivado de la inaplicación a la actora de la multa que por temeridad y malicia su parte solicitase; para finalizar con su **DÉCIMO AGRAVIO** (v. fs. 381vta./382vta.), derivado de la "injusta" y "arbitraria" –según sus dichos– imposición de costas en su contra. Desarrolla sus propios argumentos y cita abundante doctrina y precedentes en apoyo de su postura, para concluir solicitando se revoque la sentencia apelada.----------

------A fs. 384/386, la actora deduce sus agravios, que reduce a sólo uno, derivado del rechazo –en la sentencia– del rubro diferencias salariales.----------

------3. Puesto a analizar los agravios de los apelantes, debo advertir que serán tratados en el orden en que han sido propuestos.----------

------3.1. Así, al primer agravio de la accionada apelante, debo anticipar que votaré por su rechazo, pues en el *sub exámine* operan, inicialmente, las presunciones que surgen del art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) y su correlato en el rito laboral local, art. 42. Mas, no sólo en tales presunciones del legislador se funda el decisorio hoy en crisis, sino que abonan tales presunciones lo actuado y las testimoniales rendidas en autos, en particular los testimonios rendidos por R. A. (v. fs. 212/213) y R. G.. (v. fs. 235 y vta.).------

---

------Cabe reiterar a esta altura que la omisión de exhibición de los libros de registro con más la ausencia de registración a los fines provisionales se constituyen así en una grave presunción que opera en contra del empleador y a favor del trabajador, erigiéndose en garantía que surge del principio de primacía de la realidad y que otorga prioridad a los hechos invocados y acreditados por

este último. Así las cosas, el recurrente no se hace cargo de desarticular los argumentos de suficiente solidez ni los detallados fundamentos legales dados por el sentenciante para explicar la decisión adoptada al fallar y que se hallan expuestos y suficientemente desarrollados en el Considerando PRIMERO del decisorio puesto en crisis. Por ello, el primer agravio deducido por la demandada apelante no puede prosperar, y así lo voto.----------

------3.2. A fin de ponderar la segunda queja de la demandada apelante, estimo oportuno realizar algunas consideraciones preliminares, referidas –en particular– al concepto de injuria laboral.----------

------Sucede que el concepto injuria –en el espíritu y en los términos de la LCT– es específico del derecho del trabajo y consiste en un acto contra derecho, y –en el caso puntual de esta rama del derecho– contra el otro. Puede caracterizarse como un incumplimiento de las obligaciones de la prestación asumida y que ostenta una entidad tal que habilita a colocarse en situación de despido indirecto. Al momento de ponderarse la injuria, debe valorársela teniendo en cuenta los parámetros de causalidad, proporcionalidad y oportunidad, quedando reservada a esta jurisdicción tal valoración (cfr. CNATrab.; Sala I; sent. 30/03/2001; *in re* "*Duarte Falcón, Oscar c/ Indugraf S.A.*").----------

------La referida entidad debe a la vez asumir una magnitud de una trascendencia tal y suficiente para desplazar el principio de conservación del contrato que consagra el art. 10 de la LCT (v. CNATrab.; Sala I; sent. 31/08/2001 *in re* "*Maciel, Alejandro c/ Molba S.A.*"; DT, 2002-A-76), pues aquél constituye un vínculo de naturaleza continua, y esta continuidad de la relación confiere al trabajador la expectativa de mantener su empleo, circunstancia presumida por la LCT en ocasión del mencionado art. 10.----------

------Extrapolando lo dicho con el contenido de la comunicación telegráfica cursada por la actora en 27.11.06 y el apercibimiento contenido en esta última, con más el concepto dado por la doctrina a la situación de despido indirecto en el sentido de aquel "…*decidido por el trabajador ante un incumplimiento del empleador de suficiente gravedad que constituya una injuria que impida la continuación del contrato, debe ser notificado por escrito, previa intimación al empleador para que revea su actitud, expresando en forma suficientemente clara los motivos que justifican su decisión."* (v. GRISOLÍA, Julio A, "*Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*"; LexisNexis; Reimpresión; Bs. As.;

2004. p. 550 y ss.), me imponen estar por que la justificación de la situación en que se hubo colocado la actora, haciendo efectivo aquel apercibimiento. Por ello, el agravio no puede prosperar y las indemnizaciones sustitutiva del preaviso (art. 232 LCT) y por antigüedad (art. 245 del mismo texto) deberán confirmarse. Así lo voto.----------

------3.3. Diferente suerte deberá necesariamente correr el tercer agravio deducido por la accionada apelante, toda vez que, a juicio del suscripto, la suma asignada de $234,04 a los trabajadores por el denominado "Acuerdo del 12 de abril de 2006" (Resolución 252/06) constituye una suma no remunerativa y consignada para los meses de agosto, septiembre y noviembre del año 2006 siendo que sólo a partir del mes de diciembre del mismo año dicha suma tendrá carácter salarial remunerativo, no integrando por ende la mejor remuneración normal y habitual que cita el art. 245 de la LCT. Por lo expuesto, el presente agravio debe prosperar, debiendo calcularse los rubros cuestionados sobre un salario de $1.231,76.----------

------3.4. Su cuarto agravio deberá declararse procedente, en función de lo afirmado por el apelante, y tomarse los valores como lo indica. Así lo voto.--------

------3.5. En un todo de acuerdo a lo manifestado en ocasión de tratar la segunda queja de la accionada apelante, entiendo que este agravio, no puede prosperar, y así lo voto.----------

------3.6. Habiéndome manifestado ya en orden a la mejor remuneración normal y habitual a tener en cuenta a los fines del cálculo del monto por los rubros preaviso y antigüedad, corresponderá recalcular la multa que surge de los arts. 1º y 2º de la Ley 25.323. Así lo voto.----------

------3.7. Reitero aquí lo expuesto al ponderar el agravio anterior.----------

------3.8. En orden a la octava queja de la accionada apelante, he sostenido en reiteradas oportunidades que "*este Cuerpo ha tenido ya oportunidad de expedirse en orden a los decretos del Poder Ejecutivo Nacional que prorrogaron la vigencia del art. 16 de la Ley Nro. 25.561. Así, he sostenido que "se impone señalar que el Dto. PEN N° 883/02 mediante el cual se prorrogó por 180 días la suspensión de los despidos incausados, ha sido emitido el 27 de mayo y publicado en el Boletín Oficial el 29 de mayo, ambos de 2002. En consecuencia, y dictado durante el período de sesiones ordinarias del Congreso Nacional, no se observa una urgencia tal que justificara una solución legislativa de excepción. Por ello, adhiero*

al voto del vocal preopinante, en el sentido que debe declararse la inconstitucionalidad del referido decreto, aunque no por la doctrina que surge del fallo de la CSJN "Banco Finanzas S.A. s/ Quiebra", por cuanto en el sub exámine existe petición de parte". (v. mi voto en "HARO FILIPPON, Roberto Ramiro c/BORGONOVO, Marcelo José s/ Laboral" Expte. N° 76/06 CANO). Así, aunque por diferentes fundamentos, entiendo que el agravio debe prosperar, y así lo voto.----------

------3.9. Respecto de la temeridad y malicia procesal, he tenido oportunidad de expedirme en Expte. 10/2007 CANO. En esa ocasión, sostuve que: "*Entiendo por* ***temeridad*** *la conducta asumida por la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Por lo tanto, la temeridad se configura frente a la conciencia de la propia sin razón.*----------

------*"La* ***malicia****, en cambio, consiste en la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones destinadas exclusivamente a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retrasar su decisión, pese a que los códigos de rito –en general– asimilan los efectos de ambas figuras. Por ello, entiendo que el reclamo de la demandada sobreviene por entender que existió temeridad en la conducta procesal del actor.*----------

------*"Así las cosas, y tratándose la del art. 45 del CPCC de una sanción procesal, su interpretación –necesariamente– debe formularse restrictivamente.*----------

------*Debo advertir que el proceso de formación de la convicción en el juez consiste en crear en su espíritu un estado de convencimiento acerca de la existencia de las circunstancias relativas –en nuestro caso– a un real despliegue de temeridad, ello con los argumentos y la prueba de los hechos, y que adquiera una entidad tal y suficiente para crear en el juzgador la firme convicción de su existencia con la consecuente imposición de la multa prevista en el art. 45 del ordenamiento procesal.*----------

------También comparto con el vocal que me precedió en el voto que el énfasis puesto en la defensa de los derechos sustanciales no habilita per se a considerar temeraria o maliciosa la conducta procesal de la parte. Sucede que la sanción procesal cuya improcedencia cuestiona la demandada sólo es aplicable en casos extremos cuando impuestas a la demandada, por imperio de los arts. 13 y 69 de la Ley de Procedimiento Laboral (Expte. STJ Nro. 21209-S-2008) la actuación de la parte resulta un proceder malicioso y temerario, el que debe quedar debidamente configurado, dejando en el ánimo del juzgador el convencimiento absoluto de

que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo *(cfr. CNATrab.; Sala I; sent. 20.07.2001 in re "Victorio, Nélida c/ Medias Carolani S.A." DT, 2000-B-2294).*----------Por lo expuesto, estimo que la queja no debe prosperar, y así lo voto.----------

------3.10. En orden al décimo agravio de la demandada apelante, estimo oportuno recordar que es criterio de este Cuerpo aplicar los arts. 13 y 69 de la Ley de Procedimiento Laboral, en un todo de acuerdo a lo resuelto por nuestro máximo tribunal provincial (v. Expte. STJ N° 21209-S-2008), no procediendo el parcelamiento del proceso ni de los logros procesales de las partes. Por lo dicho, el agravio no debe prosperar, y así lo voto.----------

------4. Corresponde ahora atender la queja de la actora apelante. Debo manifestar que, aunque por distintos fundamentos, corresponde acoger la queja intentada por la actora apelante. Ello, en virtud de las presunciones que surgen de los arts. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) y su correlato en el rito laboral local, art. 42, que cité al inicio del presente voto. La solución propuesta se desprende de la inversión de la carga probatoria en supuestos como el de autos en función de los precitados artículos, pudiendo a partir de aquéllas determinarse las pautas de liquidación. En función de lo expuesto corresponde –a mi juicio– acceder al rubro por diferencias salariales, las que deberán calcularse en la etapa de ejecución de sentencia en forma global –sin los intereses pertinentes para cada una de ellas por no haberse especificado las fechas en la demanda–, teniendo en cuenta para ello el monto de la liquidación de fs. 20 al que deberá deducírsele las horas extras no acreditadas y la suma de $15.852 que la actora reconoce haber percibido, dicho resultado será el equivalente a la deuda de capital por diferencias salariales a la cual se le adicionarán los intereses pertinentes desde la fecha de sentencia hasta su efectivo pago. Voto por la procedencia del agravio en cuestión.----------

------Tal como propongo se resuelva la cuestión, estimo que por imperio de los arts. 13 y 60 de la Ley N° 69, las costas deben imponerse a la demandada. Así lo voto.----------

------En orden a las apelaciones deducidas por la accionada por estimar altos los honorarios regulados a favor de los letrados de la actora, y por el Dr I. B. por estimar bajos los honorarios regulados en su favor, y realizados los cálculos

pertinentes, entiendo que la contenida en la sentencia apelada se encuentra ajustada a derecho, por lo que debe confirmarse. Así lo voto.----------

------A LA MISMA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------A fs. 23/35 la Sra. V. E. F. por intermedio de sus apoderados los Dres. I. O. B. y G. A. S., incoan demanda laboral contra la Sra. E. L. F. tendiente a que se la indemnice con $60.453 por los distintos rubros que detallan en su escrito introductorio.----------

------A fs. 65/69 vta. Contesta la demandada mediante su apoderado, el Dr. R. T. G. L., oponiéndose al progreso de la acción.----------

------A fs. 365/371 vta. se dicta sentencia nº 74/2008 del 25 de noviembre de 2008 por la cual: **1)** Se hace lugar a la demanda laboral por $21.519,46. **2)** Ordena entregar a la actora certificados de servicios bajo apercibimiento de astreintes de $10 diarios. **3)** Se imponen las costas del juicio a la demandada. **4)** Se regulan los honorarios de los Dres. S. y B. en un 22,8%; los del Dr. G. L. en un 18,8% y los del Perito Contador J. M. S. en $300.------

------A fs. 372 apela la demandada y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 379/382 vta. quejándose de que 1) Se hubiera considerado fecha de inicio de la relación laboral el 1º de noviembre de 2003. 2) Se varió la causa de despido y en consecuencia no corresponden los rubros preaviso y antigüedad. 3) Se calculó erróneamente el preaviso y la indemnización por antigüedad. 4) Se calcularon erróneamente los aguinaldos. 5) Se hizo lugar a las multas de los arts. 1º y 2º Ley 25.323. 6) Se calculó mal la multa del art. 1º Ley 25.323. 7) Se calculó mal la multa del art. 2º Ley 25.323. 8) Se aplicó multa de Ley 25.561. 9) No se impuso multa por temeridad y malicia a la demandada. 10) Se impuso la totalidad de las costas a la demandada.----------

------A fs. 377 apela la actora y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 384/386 quejándose de que se hubiera rechazado el rubro diferencias salariales.----------

------A fs. 378 apela el Dr. B. en su propio derecho y por considerar bajos sus honorarios.----------

------A fs. 388 y vta. la demandada ejerce su facultad de contradecir los agravios de la actora.----------

------Dicho lo precedente corresponde analizar los agravios expresados.----------

------1) Primer agravio de la demanada: Fecha de ingreso:----------

------Se queja el recurrente de que el a quo tuvo por acreditada la fecha de inicio sólo con las presunciones de los arts. 55 y 42 LCT, sin embargo –aduce– tal presunción quedó desvirtuada pues la actora reconoció en dos oportunidades que comenzó a laborar el 3/4/2006 y no el 1º de noviembre de 2003 como dijo en la demanda.----------

------El primer error en que incurre el recurrente radica en afirmar que el a quo tuvo por probada la fecha de inicio sólo y exclusivamente en base a la presunción de los arts. 55 L.C.T y 42 Ley nº 69. Aún leyendo superficialmente la sentencia, surge que ella no sólo se funda en la presunción que opera contra la empleadora por la ausencia de registros (art. 42 Ley 69 y 55 LCT) sino también en los testimonios de los Sres. R. O. A. –ofrecido por la propia demandada– y R. L. G.. Es cierto que en su misiva del 27 de noviembre de 2006 la actora dice haber comenzado a laborar en abril de 2004 pero en su declaración ante la Subsecretaría de Trabajo declara *"...Que comenzó a trabajar para la FIRMA el 01/11/03"* en consecuencias no se puede dotar a la primer manifestación de una fuerza concluyente tal como pretende la demandada sino que ha de estarse al principio de la supremacía de la realidad. Dice GRISOLIA *" ...en el derecho del trabajo, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos suscriptos por las partes o acuerdos celebrados entre ellos (lo que se pactó o documentó) se debe dar preferencia a los hechos" (GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del trabajo y de la seguridad social" Lexis Nexos 9ª ed. Buenos Aires 2004 pág. 71/72)* y agrega la jurisprudencia *" Mas allá del nombre que las partes utilicen en sus negocios jurídicos y por encima del ropaje instrumental a que recurran, es tarea propia e indeclinable del intérprete calificar el vínculo según sus características propias y establecer sus notas relevantes en función de las normas de cuya aplicación se trata (Sala V, 27/4/1989 "Hoteles Sheraton de Argentina" conf. cit de GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del trabajo y de la seguridad social" Lexis Nexos 9ª ed. Buenos Aires 2004 pág. 82).*----------

------La realidad es que los testigos –incluso el ofrecido por la demandada– demostraron que la actora comenzó a trabajar antes de la fecha pretendida por la demandada, ello, sumado a la falta de registración hace que se tenga por cierta la fecha invocada en la demanda y en la declaración de la actora ante la Subsecretaría de Trabajo (fs. 9), aun cuando –erróneamente– hubiera consignado

en su misiva que tal hecho ocurrió en abril de 2004. Propongo al pleno el rechazo del agravio en cuestión.----------

------2) Segundo agravio de la demandada: Variación de la causa de despido:----------

------Sostiene el recurrente que la actora varió la causa de despido pues en su misiva del 13 de noviembre de 2006 consigna como causa de despido indirecto el silencio ante su anterior telegrama y tal silencio no existió, pues el 10 de noviembre operó contestación de la patronal; en consecuencia no puede invocar después como causal de despido indirecto la falta de registración pues ello implica alzarse contra lo dispuesto en el art. 243 LCT.----------

------Atendiendo al agravio, encuentro que, en su misiva del 27 de noviembre de 2006 la actora intima a la demandada a cumplir una serie de actos tales como aclarar su situación laboral, proceder a la registración, abonar diferencias de haberes, aguinaldo vacaciones etc. todo ello "BAJO APERCIBIMIENTO DE CONSIDERARME DESPEDIDO". Queda claro que la causal por la cual operó el despido indirecto fue la falta de cumplimiento de aquello a lo cual el trabajador apercibió al empleador y este no cumplió, aun cuando en una misiva posterior se refiriera sólo al silencio. La manda del art. 243 tiene por finalidad resguardar el derecho de defensa de la contraparte y no consagrar formulismos sacramentales de los cuales pueda hacerse abuso, pues siempre debe primar la supremacía de la buena fe. Ninguna mengua se advierte para la defensa del empleador, quien negó diferencias salariales y fecha de ingreso, absteniéndose de proceder a la registración requerida y a aclarar la situación laboral. Dado el tenor de la interpelación de fecha 27 de noviembre y el apercibimiento en ella introducido, hubiera bastado con que el trabajador en su misiva del 13 de noviembre se hubiera tenido por despedido sin invocar causa alguna pues dicha causa ya había sido invocada en la primer comunicación, de allí que no pueda hablarse seriamente un cambio de causa. Coincidente con lo dicho, la jurisprudencia ha manifestado *"La aplicación del art. 243 de la LCT no puede importar un formulismo taxatativo en aquellos casos en que el trabajador no puede ignorar las causas que determinaron la ruptura del vínculo y está en condiciones de preparar su demanda cuestionando el hecho imputado" (CSJN "Riobo v. La Prensa S.A. 16/2/1993 DT 1993- A-435. conf. cit. de GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del trabajo y de la seguridad social" Lexis Nexos 9ª*

ed. Buenos Aires 2004 pág. 598). De la misma forma, tampoco el empleador puede invocar el art. 243 cuando sabe perfectamente que la causa del despido es el incumplimiento de aquello a lo que fue intimado, y que no era precisamente responder a la misiva, sino proceder a la registración, pago de diferencias salariales, etc. y es que *"La regla del art. 243 de la LCT no es de una rigidez absoluta ya que si según las circunstancias propias del caso surge que el trabajador ha podido interpretar razonablemente y con certeza cuál ha sido el acto grave imputado en su contra bajo una denominación genérica para justificar el despido, acreditado el hecho debe estimarse legítima la decisión empresaria, por lo que resulta legítimo el despido...." (Sala VI 16/6/200 "B.M., M vs. Cellway S.R.L. DT 2001-A-443 conf. cit. de GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del trabajo y de la seguridad social" Lexis Nexos 9ª ed. Buenos Aires 2004 pág. 598).* Propongo al pleno el rechazo del agravio en cuestión.----------

------3) Tercer agravio de la demandada: El cálculo del preaviso e indemnización por antigüedad:----------

------Se queja el recurrente respecto al cálculo de la indemnización por preaviso y antigüedad pues sostiene que el a quo, erróneamente, tomó como mejor salario normal y habitual el de $1.465,80 que correspondería a los meses de agosto a noviembre de 2006 cuando dicho total incluiría el adicional no remunerativo de la Res. 252/06, en consecuencia solicita que los rubros sean calculados en base a una m.r.n. y h. de $1.231,76 que sería la correspondiente a los meses de enero a marzo de 2006.----------

------En efecto, el convenio celebrado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio con distintas cámaras empresariales en su artículo tercero y que fuera homologado por resolución 252/2006, registro 254/2006 de la Secretaría de Trabajo (B.O. 21/11/06), establece expresamente que el incremento pactado tendrá carácter no remunerativo, asiste razón al recurrente respecto a que dicho incremento no debe integrar la base de cálculo para el preaviso, S.A.C, ni indemnización por antigüedad desde que conforma a la ley, esta se limitará a la mejor remuneración normal y habitual. Propongo al pleno declarar procedente el agravio en cuestión mandando que los rubros indicados se calculen sobre una m.r.n.y h. de $1.231,76.----------

------4) Cuarto agravio de la demandada: El cálculo de los S.A.C. segundo semestre de 2004 y primer semestre de 2005:----------

------Se queja el recurrente de que se hubieran calculado los aguinaldos correspondiente al segundo semestre de 2004 y primer semestre de 2005 en base a la m.r.n. y h. del año 2006 y no a la m.r.n. y h. del período en cuestión.----------

------Asiste razón al recurrente. El S.A.C. ha de calcularse en la doceava parte de las remuneraciones percibidas por el trabajador en el respectivo año calendario (art. 121 LCT) pagadero en dos cuotas (art. 122 L.C.T). En consecuencia han de tomarse como base de cálculo las remuneraciones del segundo semestre del año 2004 y primer semestre año 2005 para el SAC de cada período. Propongo al pleno declarar procedente el agravio en cuestión.----------

------5) Quinto agravio de la demandada: La multa de los arts. 1º y 2º Ley 25.323:----------

------Se agravia el recurrente de que se le hubiese impuesto la multa de los arts. 1° y 2° Ley 25.323 pues sostiene que no corresponde abonar indemnización por antigüedad ni preaviso. Ya dije al tratar los anteriores agravios –en especial el segundo de ellos– que corresponden las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245, en consecuencia el agravio en cuestión debe ser rechazado.----------

------6) Sexto y Séptimo agravio de la demandada: El cálculo de la multa de los arts. 1º y 2º Ley 25.323:----------

------Impugna el recurrente el cálculo de la multa de los arts. 1° y 2° Ley 25.323. Siendo que el parámetro de cálculo para ambas sanciones está conformado por la indemnización por antigüedad y preaviso, y conforme a lo dispuesto al analizar el tercer agravio de la demandada corresponde se proceda a recalcular el rubro.------

------7) Octavo agravio de la demandada. La multa de Ley 25.561:----------

------Se agravia la demandada de que se le hubiera impuesto la multa de Ley 25.561 pues sostiene que la relación laboral *sub iudice* se encuentra excluida del ámbito de vigencia de aquella norma dado que comenzó –según la propia actora– el 1° de noviembre de 2003. Además sostiene que las sucesivas renovaciones de la vigencia de la Ley 25.561 operada a través de decretos de necesidad y urgencia, resulta inconstitucional.----------

------Asiste razón al recurrente. Habiéndose determinado que la fecha de inicio de la relación laboral es el 1° de noviembre de 2003, queda excluida de la prohibición contenida en la ley 25.561 por expresa disposición del art. 1° Dec. 2.639/2002 (BO 20 diciembre de 2002).----------

------8) Noveno agravio de la demandada: No se impuso multa por temeridad y malicia a la actora.----------

------Se queja la demandada de que no se sancionó a la actora con la multa por temeridad y malicia prevista por el art. 45 C.P.C. y C. y después de hacer un prolongado excurso sobre la buena fe, con profusa cita doctrinaria, concluye que su contrincante ha violado esa manda genérica pues ha denunciado que trabajaba en días en que jamás lo hizo, reclamó diferencias salariales inexistentes y no reconoció los pagos que le había hecho la demandada *"No obstante lo que había firmado con discernimiento intención y libertad en la Delegación de Esquel de la Subsecretaría de Trabajo"*. Sostiene que, a sabiendas, falseó los hechos para obtener réditos indebidos. Dice, por último, que la sanción será un buen paso para terminar con la "industria de los juicios laborales" que tanto mal han hecho a nuestro país.------

------Reiteradamente se ha dicho que *"La conducta procesal temeraria y maliciosa no resulta del rechazo de todas las articulaciones y recursos, ya que con ese criterio se lesionaría la garantía de la defensa en juicio" (CNCiv. D 28/10/70 ED 36-541 y 542 conf. Cit de GIANGRASO, Antonio José "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado" Depalma. Buenos Aires 1989, pág. 61).*----------

------No obstante la vehemente argumentación del recurrente, no encuentro en la actitud de la actora sino una estrategia procesal, fallida en algunos puntos pero triunfantes en otros. El hecho de que no haya podido demostrar las horas extras que dice haber laborado o la falta de francos que invocó, no constituye ello flagrante mala fe como pretende convencernos la demandada. Tampoco puede encuadrarse dentro de tal parámetro axiológico el hecho de que el trabajador contradiga lo que ha firmado con –aduce el recurrente– *"discernimiento intención y libertad"* pues es justamente el *"discernimiento"* la *"intención"* y la *"libertad"* lo que falta a quien se ve acuciado por la necesidad de seguir percibiendo el salario del cual depende su sustento. Esta ausencia de *"discernimiento, intención y libertad"* en el trabajador, es el fundamento último del Derecho del Trabajo y de todas aquellas disciplinas jurídicas tutelares que proponen un justo apartamiento del derecho privado paritario. Si hubiéramos de imponer sanciones en este caso –cosa que no corresponde– habría que castigar por igual tanto al trabajador que no logró lo pretendido como al empleador que negó hechos, a la postre acreditados, con intención de no pagar lo debido.----------

------Mención aparte merece la invocación de la tan mentada *"industria del juicio laboral"* pues, mas allá que descreo de su existencia, si hubiera un *"industria del juicio laboral"* es por que previamente hay una *"industria del abuso contra el trabajador"* y si existe una *"industria del abuso"*, en buena hora que exista una *"industria del juicio"* para contrarrestarla. Nada bueno surgirá de cualquier intento por disuadir al ciudadano a que invoque sus derechos subjetivos ante la jurisdicción. Creo –como dice Von Ihering– que el derecho es lucha y quien lucha por sus derechos subjetivos promueve –aun sin buscarlo– la vigencia, regencia y exigencia del derecho objetivo. Mejor haríamos en ver viga del propio ojo que no la paja del ajeno en vez de asustarnos ante una "industria del juicio" inexistente. Voto por el rechazo del agravio en cuestión.----------

------10) La imposición en costas a la demandada.----------

------Se queja la demandada recurrente de que se le hubieran impuesto la totalidad de las costas cuando la acción solo procedió en un 35,59% del monto original. En lo concreto pretende una imposición porcentual a los triunfos y las derrotas tal como manda –según ella– el art. 71 del C.P.C. y C.----------

------En reciente fallo ("S., N. E. c. B. del C. S.A. s/Cobro de haberes e Indemnización de Ley". Expte. Nº 21.209-S-2.008), nuestro Superior Tribunal de Justicia provincial tuvo oportunidad de expedirse respecto a la imposición de costas en el ámbito laboral. Así el Dr. Royer, en su voto dijo: *"He de señalar que en el ámbito del Derecho Laboral sostuve desde antaño mi criterio –siendo minoritario en anterior composición del Tribunal– respecto a que la imposición de las costas debía ser siempre a la vencida, por aplicación de los arts. 13 y 59 de la Ley Nº 69, conc. Art. 20 LCT (S.D. 49/92). Ello, aún cuando la demanda prosperase en una mínima parte, por no parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos (21/SER/97) ... También he dicho que a los fines de la determinación del porcentaje de costas que cargarán cada parte, los jueces no deben valorarla con un criterio aritmético, sino jurídico, atendiendo a que en materia laboral las disposiciones procesales sobre las mismas deben ser interpretadas con los principios del Derecho del Trabajo, en especial el protectorio al trabajador (LL 1990-A-528, DT 1990-A-609, DT 1992-B-1220), evitando el abuso que podría significar la pretensión de la demandada de beneficiarse con un supuesto exceso de lo peticionado, siendo que ha mediado reticencia en cumplir lo justo por vía de la consignación de lo que entendía adeudar (LLC 1990-717). La erogación que las costas implican no debe gravitar en desmedro de la integridad patrimonial de*

quien se ha visto obligada a litigar por la actitud de su contraria, aunque esta última no haya sido considerada expresamente vencida en el pleito". El Dr. Caneo, por su parte, dijo *"... En el proceso laboral –naturaleza que revisten estos autos– la imposición de costas se encuentra regida por el art. 59 de la Ley nº 69, regla que establece la sentencia condenatoria traerá aparejada, aunque no se solicitare, la imposición en costas a la parte vencida. En particular referencia a la aplicación concreta de tal regulación legal es que, como integrantes del Superior Tribunal los ahora Miembros de esta Sala señalamos, que en los procesos de naturaleza laboral las disposiciones que rigen la distribución de costas deben interpretarse en concordancia con los principios del Derecho del Trabajo, en especial el protectorio del trabajador. (SI nº 13/SER/05 ... Con esta advertencia, estimo que el planteo de la recurrente, que propone realizar una simple fórmula matemática entre lo pretendido en la demanda y lo finalmente acordado como monto indemnizatorio, carece de absoluta justificación ... tengo presente además, que la accionante se vio compelida a promover la acción judicial tendiente a obtener la satisfacción de su crédito que, valga la pena reiterarlo, dada su naturaleza laboral, otorga carácter netamente alimentario a sus prestaciones. Esto es, ha debido acudir a la instancia judicial a fin de sortear la reticencia de la demandada en reconocer la procedencia de la indemnización reclamada"*. Haciendo míos los argumentos expuestos; atendiendo a que la actora se ha visto compelida a accionar debido a la reticencia de la demandada, que esta no consignó lo que hubiera considerado justo pagar, el carácter alimentario del crédito, la particular naturaleza del Derecho del Trabajo, la prevalencia del criterio jurídico por sobre el aritmético en la distribución de costas; considero que la imposición debe ser contra la empleadora aún cuando la demanda solo haya prosperado en un porcentaje respecto a todo lo pretendido.--

------11) Agravio de la actora: El rubro diferencias salariales:----------

------Se queja la actora de que no se hubieran reconocido las diferencias salariales argumentando el a quo falta de suficiente claridad en la liquidación de lo pagado y lo adeudado, pues –sostiene– la propia demandada reconoció que abonaba $245 por semana lo que equivale a $980 por mes.----------

------La demandada en oportunidad de contestar los agravios aduce que la mayoría de los meses tienen más de cuatro semanas. Que la falta de claridad de la liquidación atenta contra su derecho de defensa y pretende se mantenga el fallo de la anterior instancia.----------

------Es cierto que como dijo el Sr. Juez de la anterior instancia, resulta indispensable que en los reclamos salariales el actor aporte pautas mínimas suficientes para que el sentenciante pueda pronunciarse sobre la validés de la pretensión. Mas tampoco debemos olvidar que basta con que aquellas pautas sean "mínimas", con que permitan una operación matemática de cierta certeza aun cuando esa operación no se encuentre acabadamente desarrollada en la demanda, pues el art. 71 autoriza a los magistrados a suplir las omisiones de las partes siempre que –claro está– ello fuera posible y considero que resulta posible suplir la omisión del actor de especificar la suma mensual abonada cuando consigna un monto global por toda la relación de trabajo o cuando la demandada reconoce un monto salarial semanal.----------

------Cuestión distinta es la relativa a la prueba. En su declaración ante la autoridad administrativa la actora reconoce que percibió un total de $15.852.- (liquidación de fs. 97), y debemos estar a este último monto.----------

------Dicho así y habiendo la actora planteado la liquidación en una suma global de lo percibido, es claro que no podremos calcular los intereses que corresponderían abonarle, pero ello no es óbice para que se declare procedente la deuda de capital.----------

------No debe llamarnos tanto la atención que el trabajador no sepa cuanto cobró mes por mes si su salario era objeto de pagos parciales y esporádicos. Tampoco la falta de reclamo constituye una presunción absoluta que nos lleve a descreer de cualquier pretensión jurisdiccional pues, en ocasiones, ella no traduce una conformidad con la situación planteada sino una resignación acuciada por la necesidad de subsistir.----------

------En lo concreto, al total de lo adeudado conforme liquidación de fs. 20 habrá que sustraer el monto de las horas extras no acreditadas y la suma de $15.852 que la actora declaró percibir en sede administrativa. El resultado será el equivalente a la deuda por diferencias salariales a la cual no podrán adicionársele intereses debido a la falta de especificación de fechas de cobro en que incurrió la trabajadora al plantear su demanda, sin perjuicio de los que correspondan desde la fecha de sentencia hasta su efectivo pago. Voto por la procedencia del agravio en cuestión.----------

------12) Los honorarios del Dr. I. O. B.:----------

------Se queja el Dr. B. de que resultan bajos los honorarios que se le regularan en la anterior instancia.----------

------Conforme a la sentencia apelada surge que el a quo ha regulado los honorarios del Dr. B., conjuntamente con los del Dr. S. en un 22,8% del monto del proceso a liquidarse, lo cual supera con creces el porcentaje mínimo del art. 7º del arancel y resultan adecuados en atención a las pautas de los arts. 6, 9 y 10 dec. Ley 2.200. En consecuencia voy a proponer al pleno el rechazo del agravio en cuestión----------

------Queda por determinar la imposición de costas de la presente instancia la que, sin perjuicio de la procedencia de algunos de los agravios invocados por la demandada, han de ser impuestas a esta en forma exclusiva conforme a la manda del art. 60 de la Ley 69 en conc. con el art. 20 de la LCT.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Früchtenicht, dijo:----------

------Por lo expuesto al votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR PARCIALMENTE** la sentencia apelada, revocándola en cuanto no hace lugar a las diferencias salariales reclamadas las que proceden conforme a lo expuesto en los considerandos pertinentes y modificándola en cuanto a los rubros preaviso, Sueldo Anual Complementario proporcional, indemnización por antigüedad y multa Ley 25.323, rubros que deberán calcularse –en la etapa de ejecución– con base en la suma de $1.231,76 que se corresponde con la mejor remuneración normal y habitual percibida de cada período; **II.- IMPONER** las costas de esta alzada a la demandada (arts. 13 y 60 de la Ley Nro. 69) y **III.- REGULAR** los honorarios de los profesionales actuantes en un 7% para el Dr. I. O. B. y en un 5% para el Dr. R. T. G. L., ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso a liquidarse, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

---

------A IDÉNTICA CUESTION, el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme a lo manifestado al analizar la primer cuestión, propongo al pleno: **1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia venida en recurso, **revocándola** en cuanto no hace lugar a las diferencias salariales reclamadas las que se deberán declarar procedentes conforme a las pautas señaladas al tratar la primera cuestión y **modificándola** en cuanto al preaviso, SAC proporcional,

indemnización por antigüedad, multas ley 25.523 que deberán calcularse en base a la mejor remuneración normal y habitual de $1.231,76, y en cuanto al SAC 2° Sem. 2004 y 1er. Sem. 2005 que habrán de calcularse en base a la mejor remuneración normal y habitual de cada período. **2) IMPONER** las costas de la presente instancia a la demandada (arts. 13 y 60 de la Ley N° 69) y **3.- REGULAR** los honorarios de los profesionales actuantes en un 7% para el Dr. I. O. B. y en un 5% para el Dr. R. T. G. L., ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso a liquidarse, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

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

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**1) CONFIRMAR** parcialmente la sentencia definitiva obrante a fs. 367/371 vta., de fecha 25/11/08, registrada bajo el N° 74/08: a) **declarando** la inconstitucionalidad del Dto. PEN Nº 883/02 –y sus sucesivos: 256/03; 662/03; 1.351/03; 369/04- en cuanto prorroga indebidamente el plazo previsto por el art. 16 de la Ley Nº 25.561; b) **revocándola** en cuanto no hace lugar a las diferencias salariales reclamadas las que declaran procedentes conforme a las pautas señaladas en los considerandos pertinentes y c) **modificándola** en cuanto al preaviso, SAC proporcional, indemnización por antigüedad, multas ley 25.523 que deberán calcularse en base a la mejor remuneración normal y habitual de $1.231,76, y en cuanto al SAC 2° Sem. 2004 y 1er. Sem. 2005 que habrán de calcularse en base a la mejor remuneración normal y habitual de cada período.----

------**2) IMPONER** las costas de la presente instancia a la demandada (arts. 13 y 60 de la Ley N° 69), regulando los honorarios de los profesionales actuantes en un 7% para el Dr. I. O. B. y en un 5% para el Dr. R. T. G. L., ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto del proceso a liquidarse, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 14 Dec. Ley 2.200).----------

------**3) REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley 1.130, texto según Ley 4.550), encontrarse vacante una vocalía de cámara y no haber hecho uso la Sra. Juez de Cámara Subrogante Dra. Mariela González de Vicel de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 271, último parte, del C.P.C. y C., texto según Ley 4.550.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2009. CONSTE.