------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de junio del año dos mil nueve, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Jorge Luis Früchtenicht y con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"L. G., R. E. c/ La Cooperativa de Provisión de Servicios Públicos, Vivienda y Consumo EL MAITEN Ltda. s/Laboral"*** (Expte. N° 45/09 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

---

------Practicado a fs. 162 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 130/133 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

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

------1. Llegan los presentes autos a esta alzada, en virtud de haber sido apelada a fs. 138 y por la actora, la sentencia definitiva que luce agregada a fs. 130/133 y vta. que dispuso hacer lugar a la demanda entablada y en su consecuencia condenó a la accionada a abonar a la actora los rubros que indica en su Considerando **SEGUNDO**.----------

------Los agravios deducidos por la actora apelante constan a fs. 141/145, y conforme al traslado ordenado (v. providencia de fs. 146) no merecieron la réplica de la contraria.----------

------En ocasión de deducir sus quejas la apelante, se agravia en orden a: A) A que las diferencias salariales deben ser calculadas sobre la base de las remuneraciones brutas denunciadas y no sobre los montos netos propuestos por el perito contador (v. fs. 141/142); B) La antigüedad computada en la sentencia, estimando el apelante que corresponde liquidar la indemnización por tal rubro por dos años y nueve meses de servicios efectivamente prestados (v. fs. 142); C) Al cálculo del monto condenado en concepto de preaviso (v. fs. 142); D) Al

cálculo por el rubro integración mes del despido (v. fs. 142); E) Al monto condenado en concepto de multa por aplicación del art. 1º y 2º de la Ley 25.323 (v. fs. 142vta., identificado con la letra G); F) El cálculo de la indemnización condenada por aplicación del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT) (deducido sin identificación a fs. 143vta/144vta.); G) Por último, solicita "…*se declare la aplicación de la sanción conminatoria*…" que invoca, estimando que refiere la multa por aplicación del último párrafo del art. 80 de la LCT, para concluir peticionando se revoque el decisorio en cuanto ha sido motivo de agravio (deducido al penúltimo párrafo de fs. 144vta.). A fin de apuntalar su crítica, expone una serie de argumentos, los que en homenaje a la brevedad tengo aquí por reproducidos.----------

------2. Dispuesto a tratar las quejas de la actora apelante, advierto que una cuestión sustancial a determinar y que es motivo común en agravio, es la base salarial sobre la cual han de calcularse los montos condenados en la sentencia.----

------Así, entiendo que el monto condenado en concepto de diferencias salariales deberá calcularse sobre el monto bruto de salario que le correspondía percibir al actor, atento lo cual el primer agravio del apelante deberá prosperar. Ello por imperio del principio protectorio que se aloja en el art. 9 de la LCT, en su manifestación referida a que debe aplicarse la regla más favorable al trabajador. Y la pericial contable aparece en esta cuestión como prueba fundamental, pues sostuve en anteriores oportunidades: "…*para apartarse el juzgador de las conclusiones alegadas por los expertos, debe tener razones fundadas. Esto resulta así, pues si bien en las normas procesales no se otorga al dictamen el carácter de prueba legal y se permite al magistrado formar su propia convicción al respecto, es evidente que esto, en tanto y cuanto comporta la necesidad de una apreciación crítica del campo de saber de aquel experto, aparece naturalmente ajena al hombre de derecho y lo obliga a apoyarse en otros elementos de juicio que permitan concluir en el error o en el inadecuado juzgamiento que el perito haya hecho de los conocimientos científicos de los que, por su profesión o título habilitante, necesariamente ha de suponérselo dotado (cfr. CNFedCAdm; Sala IV; sent. 12.10.1995 in re "Compañía Gillette de Argentina s/ Recurso de apelación" ED 169/789 sum. 574) (v. mi voto en Expte. Nro. 50/09 CANO).* Así lo voto.----------

------Idéntica suerte deberá necesariamente tener su segundo agravio, pues de la fecha de inicio y distracto de la relación laboral habida entre las partes, surge un tiempo de prestación de servicios de 2 años y 9 meses. Así, por imperio del art. 245 de la LCT, y siendo la mejor remuneración normal y habitual la determinada por el experto a fs. 81, esto es la suma de $1641,45, corresponde condenar en concepto de indemnización por antigüedad la suma de $4.924,35. Por ello, la sentencia atacada deberá revocarse haciendo lugar a la queja. Así lo voto.----------

------Por lo sostenido en ocasión de acceder al segundo agravio del apelante, debo advertir que los agravios que identificó como C) y D) no podrán prosperar, pues la base salarial para la realización del cálculo está constituida por la suma de $1.641,45 que surge de la pericial contable. Por ello, los agravios indicados no podrán prosperar, y así lo voto.----------

------Respecto del agravio identificado como letra F) deducido por la actora apelante, referente a la indemnización contemplada en el art. 80 de la LCT, entiendo ajustado a derecho el monto condenado de $4.924,35 por corresponder a tres mejores remuneraciones normales y habituales percibidas por el trabajador, conforme reza el último párrafo del precitado artículo, conforme determinación realizada por el a quo y que comparto. Por ello, el agravio no debe prosperar y así lo voto.----------

------Atento a como queda resuelta la cuestión, deberán oportunamente recalcularse las sumas condenadas por las multas que surgen de los arts. 1º y 2º de la Ley Nro. 25.323 y por el art. 15º de la Ley Nro. 24.013, toda vez que la indemnización por antigüedad prospera por el monto indicado de $ 4.924,36. Así lo voto.----------

------En relación al último agravio deducido a fs. 144 penúltimo párrafo, referido a su solicitud de imposición de la multa prevista por el art. 132 bis de la LCT, debo anticipar mi voto en el sentido de rechazar la queja, pues la norma citada, textualmente dice: "*Si el empleador hubiese retenido*…", y tratándose de una sanción corresponde aplicar una criterio restrictivo. Así, de autos no surge acabadamente la retención de aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas o aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los

trabajadores en virtud de normas legales o provenientes de convenciones colectivas de trabajo, o que resulten de su carácter de afiliados a organizaciones sindicales. Tal circunstancia no surge de la pericial de fs. 83/84 y vta., y el punto en cuestión no ha sido ni observado ni impugnado por la actora (v. escritos de fs. 87 y 88), por lo que reeditar la cuestión en esta instancia, aparece procesalmente inoportuno, pues el déficit probatorio advertido en la anterior instancia inhabilita acceder a lo solicitado. Por lo expuesto, el agravio no puede prosperar y así lo propongo al Pleno.----------

------Tal como propongo se resuelvan las quejas intentadas, entiendo que las costas de esta Alzada deben imponerse a la demandada, por imperio del art. 57 Ley XIV – N°1 del Digesto Jurídico provincial. Así lo voto.----------

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

------Habiendo el Dr. Früchtenicht reseñado acabadamente los hechos antecedentes y planteos expuestos esta alzada voy a abordar directamente las cuestiones traídas a decisión del Tribunal.----------

------Las diferencias salariales:----------

------Sostiene el recurrente que ante la falta de correcta registración se debió tener por cierta la mejor remuneración mensual, normal y habitual contenida en la demanda y no la que determinara el perito, todo ello en base a la presunción contenida en el art. 55 LCT. Afirma además que, si se decidiera dar prioridad al dictamen pericial, se debería tO. en cuenta en sueldo "bruto" y no el sueldo neto como hace la sentencia.----------

------Debo destacar que el art. 55 L.C.T. ciertamente crea a favor del trabajador una presunción pero no se trata de una presunción absoluta sino *iuris tantum*, en consecuencia admite prueba en contrario.----------

------En autos, la experticia obrante a fs. 83/84 vta. y ampliación de fs. 92/93 vta. han establecido el salario percibido y el que se debió haber pagado. Dicha experticia no fue impugnada por la actora, pues a pesar de lo que manifiesta en sus agravios, se limitó a solicitar ampliaciones y aclaraciones que les fueron brindadas oportunamente, sin proceder a la impugnación de las conclusiones finales ni lograr desvirtuarlas con argumentos en contrario que sean de una

entidad tal como para desvirtuar el dictamen del experto. En consecuencia acierta el Sr. Juez a quo cuando se funda en ella para determinar la mejor remuneración normal mensual y habitual.----------

-------No obstante lo dicho, asiste razón al recurrente en cuanto subsidiariamente pretende se calcule las diferencias salariales teniendo en cuenta la liquidación que el experto califica como "Montos Brutos" y no la "Montos Netos" , como hace el a quo.----------

------Si observamos la mejor remuneración mensual normal y habitual que surge de la columna "Montos Brutos" del anexo I obrante a fs. 92, surge que ella sería de $1.641,45. Conforme a la liquidación final que hace el experto a fs. 81, la suma de $1.641,45 surge de adicionar al básico, distintos conceptos como zona, antigüedad, alimentación, asistencia etc. todos los cuales debieron ser percibidos por el trabajador pero no fueron abonados por el empleador siendo imperiosa su condena a este respecto.----------

------Tal como lo dijo el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, la solución por él propuesta y con la cual coincido plenamente, encuentra también sustento en el principio protectorio del *in dubio pro operario*.-----

------Cálculo de preaviso e integración mes de despido:----------

------Conforme a lo expuesto al tratar el agravio anterior y habiendo sido los montos por preaviso; integración mes de despido y multa art. 80 LCT calculados en base a una m.r.m.n. y h. de $1.641,45 que es lo que surge del dictamen pericial, ha de confirmarse, a este respecto, la sentencia de grado, tal como dispone el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y con quien coincido.-----

------La indemnización por antigüedad:----------

------Sostiene el recurrente que la antigüedad a computar a los efectos de calcular la indemnización del art. 245 LCT es de tres años pues laboró durante dos años y nueve meses.----------

------Asiste razón al actor, el art. 245 establece que la indemnización por antigüedad será de un mes por cada año de servicio o "fracción mayor de tres meses", en consecuencia habiendo comenzado a laborar el 19 de marzo de 2006

y finalizado el 3 de enero de 2008, la mejor remuneración mensual normal y habitual, habrá de multiplicarse por tres y no por dos como hizo el a quo.----------

------Dado que la indemnización por antigüedad integra la base para el cálculo de las multas de la Ley 25.323 y 24.013 debe procederse al recálculo de dichos rubros.----------

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión, votando por la procedencia del presente agravio.----------

------Indemnización art. 80 L.C.T.:----------

------El recurrente entiende que el art. 80, además de la sanción conminatoria que expresa su letra, incluye tácitamente la del art. 132 bis. En consecuencia afirma que se debió condenar a la empleadora a pagar la remuneración que se devengaba mensualmente y hasta tanto se acredite el efectivo ingreso de dichos fondos.------

------Se equivoca de plano el recurrente. La LCT prevé, en lo que aquí atañe, dos sanciones conminatorias distintas: Una es la que tiene por finalidad el cumplimiento de la obligación de entregar certificados de trabajo y comprobantes de pago de aportes (art. 80) y la otra es la que persigue el efectivo aporte de lo que hubiera retenido del sueldo para afrontar cargas legales (art. 132 bis). Bajo ningún punto de vista pueden ser confundidas, identificadas ni pretender que la una implica la otra----------

------Si bien el actor intimó bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 132 bis, no reclamó el rubro en su escrito de demanda, en consecuencia no puede pretender que el mismo sea condenado en la sentencia recurriendo al argumento –ingenioso por cierto– de que el reclamo de la sanción conminatoria del art. 80 implica a la del 132 bis.----------

------La falta de reclamo oportuno del rubro no puede ser suplida por el a quo ni por este tribunal ya que ello implicaría sentenciar extra petitia (facultad que esta vedada a la jurisdicción). Al respecto nuestro Superior Tribunal de Justicia ha dicho *"... dentro del proceso laboral, el juez está facultado a sentenciar ultra petitia, punto que se relaciona con la congruencia y el orden público de sus normas, como por la actuación inquisitiva del juez ... Pero ¿el juez se encuentra totalmente libre? Recordemos con Podetti (Tratado del Proceso Laboral T.I. pág. 325) que el límite para el juez no ha desaparecido,*

puesto que el mismo continúa obligado a ceñirse a las acciones ejercitadas y, en consecuencia, no puede pronunciarse extra petitia" (del voto del Dr. Pasutti STJ S.D. nº 17/2006. Expte. 20.390-C-2006). "De todos modos, vale recordar que el art. 71 (hoy 72) *de la Ley 69 faculta al Juez a sentenciar ultra petitia, supliendo la omisión o error del demandante ... Este precepto debe ser interpretado restrictivamente , teniendo en cuenta que el juzgador puede suplir la omisión del demandante y no del demandado y en segundo lugar por que el texto habla de omisión lo que supone necesariamente que el magistrado no podría pronunciarse sobre puntos ajenos a la cuestión sino complementar lo pedido por el actor pero siempre en relación con la acción ejercida" (del voto del Dr. Caneo en STJ S.D. nº 17/2006. Expte. 20.390-C-2006).-*

-------Por lo expuesto voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión y en el sentido de que el presente agravio debe ser rechazado. Así lo voto.----------

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

------Conforme a lo manifestado en oportunidad de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada, modificándola en cuanto al monto condenado en concepto de diferencias salariales el que deberá ser calculado, en la etapa de ejecución, sobre el monto bruto de salario que le correspondía percibir al actor; al de indemnización por antigüedad el que se determina en la suma de $4.924,35, y al de las sumas condenadas por las multas que surgen de los arts. 1º y 2º de la Ley Nro. 25.323 y por el art. 15º de la Ley Nro. 24.013 las que deben ser recalculadas oportunamente, conforme lo expuesto en los considerandos pertinentes y.; **II.- IMPONER** las costas de esta alzada a la demandada (art. 57 de la Ley XIV – N° 1 del Digesto Jurídico Provincial); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. S. G. en el 6,75**%** del monto del proceso que se determine (arts. 5, 13, 47 de la Ley del Arancel), con más el IVA correspondiente.----------

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

------Conforme a lo manifestado en oportunidad de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada, modificándola en cuanto hace al monto condenado en concepto de indemnización por antigüedad el que se determina en la suma de $4.924,35, en cuanto a las diferencias salariales

que han de calcularse en base a los "montos brutos" determinados por el experto (fs. 92) y a los montos determinados por las multas que surgen de los arts. 1º y 2º de la Ley Nro. 25.323 y por el art. 15º de la Ley Nro. 24.013 las que deben ser recalculadas en base al nuevo pronunciamiento; **II.- IMPONER** las costas de esta alzada a la demandada (art. 57 de la Ley XIV – N° 1 del Digesto Jurídico Provincial); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. S. G. en el 6,75 % del monto del proceso que se determine, con más el IVA pertinente (arts. 5, 13, 47 de la Ley XIII-N° 4 del Digesto Jurídico provincial).----------

---

------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:***----------

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia definitiva de fs. 130/133 vta, registrada bajo el N° 14/09 del 24/02/09, **modificándola** en cuanto: **a)** al monto condenado en concepto de diferencias salariales el que deberá ser calculado, en la etapa de ejecución, sobre el monto bruto de salario que le correspondía percibir al actor, **b)** al de indemnización por antigüedad el que se determina en la suma de $4.924,35 y, **c)** a las sumas determinadas por las multas que surgen de los arts. 1º y 2º de la Ley N° 25.323 y por el art. 15º de la Ley N° 24.013 las que deben ser recalculadas en base al presente pronunciamiento.----------

------**II.- IMPONER** las costas de esta Alzada a la demandada (art. 57 de la Ley XIV – N° 1 del Digesto Jurídico Provincial); regulando los honorarios profesionales del Dr. O. S. G. en el 6,75**%** del monto del proceso que se determine, con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada. (arts. 5, 13, 47 de la Ley XIII-N° 4 del Digesto Jurídico provincial).----------

---

------**III.- 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 V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y hallarse vacante una vocalía de Cámara.----------

JORGE LUIS FRÜCHTENICHT **GÜNTHER ENRIQUE FLASS**

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