--- En la ciudad de Trelew, a los días de diciembre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Sergio Rubén Lucero y Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T., J. G. c/ Q. de R., M. s/ cobro de pesos”** (Expte. Nº 714 - año 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 195.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo:----------

--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada a fs. 166 -ver ratificación de fs. 179-, y actora a fs. 167 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 159/162 vta., por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda promovida por J. G. T. contra M. Q. de R., condenando a esta última a abonar al actor, en el plazo de cinco días la suma de $ 14.574, con más intereses, e imponiendo las costas en un 90% a la accionada y en un 10% al actor.----------

--- Todos los recursos fueron concedidos a fs. 168. A fs. 169/177 obra el memorial del actor del que se confirió traslado a fs. 178 sin que el mismo fuera contestado. A fs. 180/184 luce el memorial de la demandada, cuyo pertinente traslado conferido a fs. 185 fuera contestado por la contraria a fs. 186/190.----------

--- I.- Comenzaré por reseñar los agravios de las distintas partes recurrentes.----------

--- 1) La actora comienza por realizar una reseña de los antecedentes, para luego hacer una breve referencia al decisorio. En el capítulo de los agravios señala que se queja del rechazo del reclamo consistente en el agravamiento indemnizatorio derivado de la aplicación de la ley 25561, prorrogada por la ley 25972 y su decreto reglamentario y con los alcances del decreto 1433/05. Transcribe la parte del fallo relativo a esta pretensión, aclarando que la ley 25561 estableció, en su artículo 16, la suspensión de los despidos por 180 días, y que en caso de producirse dispuso como sanción la duplicación de la indemnización que correspondiere al trabajador. Enumera los decretos que, sucesivamente, fueron prorrogando la mentada suspensión y agrega que tales prolongaciones fueron convalidadas por el Poder Legislativo con la sanción de la ley 25972, que en su artículo 4 estableció la prórroga de los despidos sin causa justificada “hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC) resulte inferior al diez por ciento (10%)”. Añade que finalmente el 11/09/07 se publicó el decreto 1224/07, el cual, fundado en los incisos 1 y 2 del art. 99 de la Constitución Nacional, declara “cumplida la condición prevista por el primer párrafo del art. 4 de la ley 25.972”. Es así que entiende que desde la fecha de vigencia del citado decreto -19/09/07-, y no antes, cesó la aplicación del régimen de incremento

resarcitorio previsto en el art. 16 de la ley 25561, señalando que el actor fue injustamente despedido el 07/08/07.----------

--- Destaca que mucho se ha discutido en doctrina acerca del momento a partir del cual cesó el régimen de la doble indemnización referida. Expresa que comparte la opinión de Luis E. Ramírez, quien critica la redacción del art. 4 de la ley 25972, precisando entre otros argumentos, que el desempleo debe ser medido anualmente, que se haya omitido ser más preciso sobre el indicador a tener en cuenta dado que el INDEC publica tres tipos de índices para medir la desocupación, según la condición de los trabajadores, y que dicho organismo sólo difunde “informes de prensa” y no emite actos administrativos. Es así que, siguiendo al autor citado, considera que la mencionada norma demandaba una reglamentación que la hiciera plenamente operativa, en especial en cuanto a su plazo de vigencia. Transcribe la opinión doctrinaria citada, así como citas jurisprudenciales coincidentes con la misma postura, destacando un antecedente de la Sala “A” de este Cuerpo, con especial transcripción parcial de los votos de los Dres. López Mesa y Velázquez. Efectúa reserva del caso federal y culmina con el petitorio de estilo.----------

--- 2) La demandada se agravia, en primer lugar, de la imposición del pago del incremento previsto por el artículo 1 de la ley 25323. Explica que la télesis de la norma consiste en erradicar el trabajo clandestino, en tanto la clandestinidad priva al trabajador del goce de los beneficios sociales y provoca perjuicios a múltiples sujetos. Sin embargo, agrega que cuando, como en la especie, el trabajador se encuentra registrado con una categoría distinta a la que realmente le correspondía, no media situación de clandestinidad, debiéndose estar a lo dispuesto en los arts. 7, 9 y 10 de la ley 24013, máxime cuando se registraron remuneraciones que efectivamente se abonaban al trabajador y respecto de las cuales se hicieron los aportes correspondientes a los organismos de seguridad social, no evidenciándose una conducta evasiva o reticente. Señala que el propio actor reconoce que la demandada ha inscripto la relación laboral, si bien erróneamente. Cita jurisprudencia.----------

--- Como segunda queja critica que se hubiera condenado a abonar la multa del artículo 2 de la ley 25323, debido a que la misma no procede en el caso de despido indirecto. Cita jurisprudencia al respecto. Peticiona que en el caso que no se haga lugar a la inaplicabilidad solicitada, se acoja la multa sólo en relación a la diferencia existente entre lo abonado al actor en concepto de indemnización por antigüedad del artículo 245 de la LCT y lo que en realidad debió percibir por tal concepto. Vuelve a citar jurisprudencia al respecto.----------

--- En tercer lugar, y como consecuencia de los dos agravios precedentes, se queja de la condena a abonar la suma de $ 14.574 con más los intereses que se computan, debido a la improcedencia de la liquidación que practicara la “a quo”. Finalmente se agravia de la imposición de costas debido a que la demanda prosperó sólo por una cifra

inferior al 60% del monto reclamado, por lo que la jueza, según entiende, se apartó del principio objetivo de la derrota.----------

--- 3) La actora contesta el traslado de los agravios de la accionada de la siguiente manera. En cuanto al agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la ley 25323 considera que entre las partes se dio la mala registración de la relación laboral, no por la categoría sino directamente porque la demandada encuadró la relación en las disposiciones del estatuto para los trabajadores de la construcción (ley 22250 y CCT 76/75), cuando debió aplicarse el régimen general de la LCT. Amén de ello, y así se ha fallado en la sentencia, el actor ingresó a trabajar el 06/05/05 y la empleadora recién procedió a inscribir y registrar el vínculo el 03/01/06. Es así que la incorrecta registración del vínculo obligó a su parte a iniciar la pertinente acción judicial. De acuerdo a lo expuesto al final del anterior párrafo es que entiende aplicable la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25323. Agrega que existió un claro fraude laboral. En cuanto a la supuesta aplicación de los arts. 7, 9 y 10 de la ley 24013, expresa que conforme los términos del art. 11 de la citada ley, para dicho supuesto la relación laboral debe encontrarse vigente.----------

--- En lo relativo al segundo agravio, tomando el propio argumento de la contraria señala que en el “sub lite” se trata de un despido directo ya que la accionada fue quien lo dispuso con fecha 07/08/07, por lo que peticiona que el recurso sea declarado desierto en esta porción. En cuanto a que la indemnización agravada del art. 2 de la ley 25323 se efectúe sobre la indemnización por antigüedad menos lo percibido en concepto de aporte al fondo de desempleo, lo considera un razonamiento errático, dado que el cálculo en virtud de la norma citada debe hacerse sobre el total de la indemnización, ya que de otra manera se estaría afectando lo dispuesto por la norma. Añade que si bien el artículo prevé la disminución o eximición del pago, ello es en aquellos supuestos en los cuales la patronal haya tenido motivos suficientes para negarse a abonar, lo que dista mucho en el caso de autos. Sostiene que si bien la jueza descontó el importe abonado al monto que se obtiene en concepto de antigüedad por aplicación del art. 245 de la LCT, ello no implica que lo mismo deba hacerse respecto del cálculo de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25323.----------

--- Sobre el tercer agravio entiende que se trata de un pretenso agravio, ya que se trata de una mera discrepancia con el fallo dictado ya que la apelante no explica ni indica por qué la liquidación efectuada por la juzgadora es improcedente. Finalmente en cuanto a las costas, señala que no es verdad lo afirmado por la contraria referente a que la demanda prosperó por menos del 60% del reclamo en demanda. Más allá de ello agrega que no es aplicable el principio objetivo de la derrota frente a una sentencia que hace lugar a la demanda por un monto inferior al pretendido y más aún cuando la liquidación practicada oportunamente lo fue de manera provisoria, sin dejar de destacar que se le impuso a su parte el 10% de las costas del pleito. Cita jurisprudencia.----------

--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, comenzaré por tratar el agravio de la actora para luego adentrarme en los de la demandada.----------

--- 1) La actora critica el rechazo de la duplicación indemnizatoria del art. 16 de la ley 25561, que la jueza sustentara en el texto de la ley 25972, al que considera claro y operativo. Es así que entendió que cumplida la condición que fija la ley “hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Indec resulte inferior al 10%” cesa la vigencia de la doble indemnización y que nada agrega el dictado del decreto 1224/07 (ver sentencia a fs. 161, 3er. párrafo). Frente a ello el actor recurrente admite que la cuestión no es pacífica sino que existen diferencias en la doctrina. Sostiene la opinión de Ramírez, quien básicamente señala que el art. 4 de la ley 25972 no es autosuficiente y que demandaba una reglamentación. Cita asimismo jurisprudencia.----------

--- Sin dejar de reconocer lo autorizado de la doctrina y jurisprudencia mencionada por el apelante, he de señalar que la cuestión de la vigencia de la doble indemnización dispuesta por el art. 16 de la ley 25561 ya fue objeto de decisión por parte del suscripto, concretamente en el antecedente que citara la juzgadora de grado (ver sentencia a fs. 161 vta., 3er. párrafo). En aquél antecedente (CANE, Sala “B”, SDL Nº 53/08 del 25/08/08) sostuve que la cuestión a decidir ha sido objeto de opiniones encontradas. El art. 16 de la ley 25561 -Ley de Emergencia Pública y de Reforma del Régimen Cambiario- dispuso: *“Suspéndese la aplicación de la ley 25557, por el término de hasta NOVENTA (90) días. Por el plazo de CIENTO OCHENTA (180) días quedan suspendidos los despidos sin causa justificada. En caso de producirse despidos en contravención a lo aquí dispuesto, los empleadores deberán abonar a los trabajadores perjudicados el doble de la indemnización que les correspondiese, de conformidad a la legislación laboral vigente”.* Como se aprecia la suspensión establecida tenía un plazo de 180 días, que luego fue continuamente prorrogado, estando motivada en la crisis de desempleo reinante al tiempo de la declaración de la emergencia.----------

--- La ley 25972 dispuso, no un plazo, pero sí una condición extintiva a la suspensión sucesivamente prorrogada, al establecer: *“Prorrógase la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la Ley Nº 25561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadística y Censo (INDEC) resulte inferior al DIEZ POR CIENTO (10%)”.* Finalmente el decreto 1224/07 en su art. 1 reza: *“Declárase cumplida la condición prevista por el primer párrafo del artículo 4 de la Ley 25972”.* Del texto de esta última norma, se desprende que luego del dictado del decreto referido no existen dudas que cesó el régimen de la doble indemnización, mas no se resuelven las situaciones generadas por despidos efectuados entre el informe del INDEC de la tasa de desocupación inferior al 10% y la publicación del decreto (11/09/07), situación que se plantea en la especie, dado que este organismo había difundido dicha tasa para el último trimestre de 2006, lo que aconteciera el 28/02/07, y el despido aquí en cuestión tuvo lugar el 07/08/07.----------

--- Ha de decirse que el apelante no controvirtió que el informe del INDEC referido al índice de desocupación correspondiente al último trimestre de 2006 lo ubicaba por debajo del 10%. Dicho ello, y volviendo a la cuestión central planteada, esto es el momento del cese del régimen de la doble indemnización, se ha sostenido que es claro que el art. 4 de la ley 25972 subordinó la vigencia de dicho régimen excepcional al cumplimiento de un hecho, configurado como una condición de vigencia de la norma, dándose un instituto jurídico parecido al de la condición resolutoria. Es decir que el legislador de 2005 ha condicionado la perduración de la vigencia del régimen de excepción a la verificación de una circunstancia tenida en miras -una tasa de desocupación inferior al 10%- que podía ocurrir o no, por lo que al tiempo de sanción de la ley constituía un hecho futuro incierto (conf. Maza, Miguel A. y Bloise, Leonardo G.: "La derogación de la denominada doble indemnización o recargo indemnizatorio del art. 1 de la ley 25561 por el decreto 1224/07", en DT, 2007-B, pág. 1055). Y dado que el art. 4 de la ley 25972 refiere a la tasa de desocupación y no de subocupación, los autores citados entienden que es dable considerar que la condición estipulada por la ley aconteció tras la comprobación de que dicha tasa correspondiente al cuarto trimestre del 2006 se ubicó en el 8,7%, según informe publicado el 28/02/07 (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 1056).----------

--- Con relación al decreto 1224/07 se ha considerado que los decretos del Poder Ejecutivo tienen como principal finalidad reglamentar o ejecutar las leyes, no declarar la existencia o inexistencia de un hecho, y si bien a veces el P.E. actúa por delegación del Congreso, en este caso no existió delegación de la declaración acerca de cuándo la norma habría de perder vigencia, ya que esto último fue subordinado por el propio Congreso, en una norma sustantiva, a la medición que efectuara el INDEC. Y en todo caso el decreto en cuestión se limita a "declarar" que la "condición" constituida por la tasa de desocupación inferior al 10% se ha cumplido en el pasado, remitiéndose implícitamente a las informaciones producidas oportunamente por el INDEC (conf. Etala, Carlos Alberto: "La pérdida de vigencia del recargo indemnizatorio de la emergencia", DT, 2007-B, pág. 1062). En sentido concordante se opinó que el decreto es extemporáneo, porque debió ser publicado el 28/02/07 cuando se dio a conocer el índice inferior a dos dígitos, y que ante la claridad del texto de la ley 25972, el decreto 1224/07 sólo puede interpretarse como la ratificación del cese de la suspensión de los despidos, lo cual aconteció a partir del momento que el INDEC informó una tasa de desocupación inferior al 10% (conf. Alejandro, Sergio J.: "Término de vigencia del agravamiento indemnizatorio: Los alcances del decreto 1224/07", en DT, 2007-B, pág. 1085).----------

--- En base a lo dicho, sostuve en la ocasión citada, que carece de trascendencia incluso el planteo de inconstitucionalidad que el recurrente de la oportunidad mencionada parecía entender necesario a fin de no aplicar el decreto 1224/07. Es que el argumento del juzgador para decidir la litis, tanto en el caso antecedente como en el

presente, no fue la no aplicación del citado decreto porque el mismo resulta inconstitucional, sino porque el mismo es de carácter meramente declarativo.----------
--- A lo hasta aquí razonado agregaré que más allá de las respetables opiniones en el sentido contrario sustentadas en doctrina y jurisprudencia sobre esta misma cuestión he de reiterar conceptos en cuanto a que se estimó que el decreto 1224/07 resultó inoficioso, por cuanto *"el recargo indemnizatorio se agotó en forma automática en la fecha en que se hizo pública la tasa de desocupación correspondiente al último trimestre del año 2006, independientemente de los niveles futuros de dicha tasa"* (conf. CNAT, Sala IV, causa Nº 23.579/07, sentencia definitiva Nº 93166, del 09/04/08).---------
--- Por último añadiré con relación a la invocación, que a través de la jurisprudencia citada, hace el quejoso del art. 9 de la LCT, a lo que cabe agregar también respecto del art. 14 bis de la Constitución Nacional, que más allá del carácter tuitivo de ambas normas no se deduce directamente de ambas que la postura adoptada en el pronunciamiento en crisis esté reñida con las mismas. Es que los derechos constitucionales reconocidos en el art. 14 bis de la carta magna federal, no están exentos de ser reglamentados por las leyes laborales, tal como lo disponen los arts. 14 y 75, inc. 12 de la propia constitución (conf. Gelli, María Angélica: "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", Ed. La Ley, 2006, pág. 155).----------
--- En cuanto a lo dispuesto por el art. 9 de la LCT, debe tenerse presente que en el caso de contradicción entre normas públicas de distinta jerarquía -en el caso de que en la especie se considere que existe contradicción entre la ley 25972 y el decreto 1224/07-, se ha sostenido que la regla de la norma más favorable no puede servir, porque esta relación está regida por la Constitución Nacional que es derecho de aplicación necesaria y lo que ella dispone es un rígido sistema de preferencia según la jerarquía de las normas (conf. Ramírez Bosco, Luis Ernesto, en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. La Ley, 2007, Tº I, pág. 407). En base a ello debe prevalecer lo dispuesto por la ley 25972. Por lo demás tampoco puede considerarse que resulta operativa la norma del art. 9 de la LCT por la existencia de jurisprudencia y doctrina encontrada sobre la cuestión a decidir, ya que bastará entonces que los pronunciamientos y opiniones no sean pacíficos para que los jueces decidan de la manera más favorable al trabajador. Pero este argumento se presenta poco convincente porque así entendido parecería que los jueces, luego de evaluar las decisiones encontradas que pronunciaran otros jueces con anterioridad, constatada la ausencia de jurisprudencia pacífica, deberían encolumnarse detrás de la solución "pro operario". Es decir que luego de un cierto tiempo en el que la jurisprudencia no es pacífica -¿cuánto tiempo?-, la misma debe "pacificarse" en virtud del art. 9 de la LCT. Más allá de señalar que ése no es el método en el que la jurisprudencia "se construye", la consecuencia de ello es que, dado que en el derecho laboral rige el principio "in dubio pro operario", no deberían existir pronunciamientos encontrados, ya que siempre se debería resolver en base a dicho principio. Lo cierto es que los jueces deben dar

razones para resolver una cuestión, y más allá de que existan pronunciamientos contradictorios, esas razones son las que hacen inclinar la decisión para una u otra postura. Cuando no se encuentran argumentos o razones de peso, recién ahí se entra en el campo de la duda, y entra a jugar el art. 9 de la LCT. Lo contrario sería subvertir el orden lógico que establece la norma, ya que la misma establece el principio “in dubio pro operario” en caso de duda, y no que deba aplicarse dicho principio para que no se genere la duda en el juzgador.----------

--- En consecuencia, en base a los motivos expuestos, es que postularé el rechazo del agravio y por ende del recurso del actor.----------

--- 2) Paso ahora a examinar los agravios de la demandada. En primer lugar sostiene que no corresponde el pago del incremento del art. 1 de la ley 25323 ya que no medió en la especie una situación de clandestinidad, sino que meramente el trabajador estuvo registrado con una categoría distinta, debiéndose estar a lo establecido en los arts. 7, 9 y 10 de la ley 24013. La norma antes mentada reza en su primer párrafo: *“Las indemnizaciones previstas por las leyes 20.744 (t.o. 1976), art. 245 y 25013, art. 7, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente”.* La “a quo” hizo lugar a esta indemnización, razonando que *“Por lo hasta aquí expuesto y sin más corresponde tener por acreditado que la relación debió estar regida por la ley de contrato de trabajo, por lo que ante el despido directo e incausado producido la demanda prospera en cuanto pretende las indemnizaciones derivadas de la ruptura incausada del vínculo, con más los agravamientos previstos por el art. 1 de la ley 25.323 -atento la deficiente registración de la relación laboral-...”* (ver sentencia a fs. 161, 2do. párrafo). Es así que la jueza basó la deficiente registración, no sólo en la distinta categoría laboral asignada sino básicamente en que la relación debió estar regida por la LCT. A ello cabe agregar, que también se registró deficientemente la fecha de ingreso del trabajador.----------

--- En cuanto a lo argumentado de que corresponde la aplicación de los arts. 7, 9 y 10 de la ley 24013 es sabido que el título pertinente de esta ley (Título II, “De la regularización del empleo no registrado”) se refiere a medidas que tienden a obtener la regularización en punto a la registración correcta de los empleados que se hallan trabajando sin tales requisitos o que si bien están registrados, los datos utilizados no son los correctos tanto en punto a la antigüedad como al monto de las remuneraciones asignadas (arts. 7 a 10 de la ley citada). En el art. 15 el legislador ha introducido una sanción especial para los empleadores que habiendo sido intimados justificadamente por el trabajador en los términos y condiciones del art. 11 y mientras la relación esté vigente, para que se los incorporara al registro o para que se corrigieran los datos erróneos, proceden a despedirlo sin justa causa dentro del lapso de dos años posteriores a la intimación. Ahora bien el legislador se ha ocupado de las situaciones de aquellos trabajadores que no se encuentran registrados debidamente y no han tenido

ocasión de formular en tiempo la intimación exigida por el art. 11 de la ley 24013; para ellos se ha dictado la ley 25323 que en su art. 1 establece una semejante duplicación de las indemnizaciones por despido sin causa justificada. En esta norma se ha precisado el alcance de la sanción, proyectándolo exclusivamente respecto de las disposiciones de la LCT de manera que no es aplicable a otras regulaciones estatutarias (conf. Rodríguez Mancini, Jorge, en Rodríguez Mancini-Barilaro, op. cit., Tº IV págs. 459/460). Es que uno de los requisitos que establecía la ley 24013 para que procedan las indemnizaciones por falta de registración o deficiencia en la misma es que la intimación para solucionar tal defecto debía hacerse con el contrato de trabajo vigente. La ley 25323 al parecer vino a traer la solución a las situaciones en que no se había intimado en los términos del art. 11 de la ley 24013, ya que el único requisito que se requiere es que se compruebe que al momento del despido la relación no esté registrada o lo esté de modo deficiente, por ende la indemnización de tal normativa no es acumulable a la estipulada en los arts. de la Ley Nacional de Empleo (conf. Ackerman-Sudera: “Extinción de la relación laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 636).----------

--- En la especie, en la liquidación de fs. 57, pto. IV, el actor requirió el incremento indemnizatorio de acuerdo a la ley 25323, por lo que no corresponde la aplicación de la ley 24013 como lo señala la demandada, sin perjuicio de que dicho planteo no fue introducido en la contestación de demanda. Es así que amén de todo lo expuesto cabe expresar que es sabido que la Cámara no puede conocer sino de las cuestiones planteadas previamente a la primera instancia, a consecuencia de obrar como controladora de las decisiones del juez recurrido (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., Tº 1, pág. 951). En ese orden de ideas se sostuvo que el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (conf. art. 277, 1er. párrafo), quedando así vedados a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación, o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-264; SCBA, 5/5/777, DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL, 1982-A-550; íd., Sala F, 1/12/81, LL, 1982-B-198; íd., Sala G, 5/11/81, LL, 1982-B-443 CN. Com., Sala B, 20/7/79, LL, 1980-A-232; entre otros). Es que la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CNFed.ContAdm., Sala III, 10/5/88, JA, 1989-III-321; C Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala I, 31/3/78, LL, 1978-C-441).----------

--- En síntesis, por las razones expuestas se desestima el agravio tratado.----------

--- 3) La demandada se agravia de la imposición de la multa del art. 2 de la ley 25323 por entender que la misma sólo procede en el caso de despido directo. Esta norma establece, en su primer párrafo: *“Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233y y 245 de la ley 20744 (t.o. 1976) y los arts. 6 y 7 de la ley 25013, o las que en el futuro las*

reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%". En comentario a la misma se ha sostenido que el objetivo de esta indemnización agravada no es el de resarcir los daños que produce el distracto en sí, sino que está orientada a reparar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de los rubros indemnizatorios que la LCT impone como consecuencia del despido.----------

--- Por otro lado teniendo en cuenta que la norma se refiere a la falta de pago de las indemnizaciones derivadas de los artículos 245, 233 y 232 (o las que en un futuro las reemplacen), indudablemente se está refiriendo a los despidos sin causa (conf. Salpeter, Pablo y Pepe, Carlos, en Ackerman-Sudera: "Extinción de la relación laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 637/638).----------

--- Como se puede apreciar la norma rige para todo tipo de despido sin causa, directo o indirecto. Pero amén de ello, es del caso señalar que en el "sub exámine" se está frente a un supuesto de despido directo, así lo expresó la jueza en porción del fallo que ha adquirido firmeza, en cuanto se está *"...ante el despido directo e incausado producido..."* (ver sentenia a fs. 161, 2do. párrafo). En consecuencia, el propio argumento esgrimido por la recurrente conspira contra el éxito del agravio.----------

--- En cuanto a que se considere el incremento indemnizatorio sobre la diferencia entre lo abonado al actor y lo que en realidad debía percibir, la norma citada no contempla dicha circunstancia, por lo que la sentenciante de grado se atuvo correctamente al texto de la misma. A mayor abundamiento es de considerar que el segundo párrafo de la norma en cuestión reza: *"... Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".* Pero con relación a las causas justificatorias de la reducción o eximición del pago de la indemnización agravada, se ha entendido que la situación debe ser suficientemente atendible, como podría ser una de fuerza mayor o de falencia (conf. Vázquez Vialard, Antonio: "Régimen de indemnización por despido incausado y sanciones con motivo de la ausencia o deficiente registro del empleado", en Revista de Derecho Laboral, Número extraordinario, La reforma laboral- II, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 21, nota 31). Como se puede apreciar no podría representar una causal suficiente que se hubiera abonado parcialmente la indemnización debida, como ocurre en la especie.----------

--- Pero amén de lo expuesto hasta aquí es de tenerse en cuenta que dicho argumento y consiguiente petición no fueron deducidos en la instancia originaria. Es que en la contestación de demanda, la accionada se limitó a expresar que *"tampoco se configuran en autos los extremos requeridos por los artículos 1 y 2 de la ley 25.323 a fin de determinar su procedencia, razón esta por la cual deben de rechazarse las multas solicitadas por el actor fundadas en dicha norma"* (ver fs. 83, anteúltimo párrafo "in

fine”). Al respecto es sabido que el contenido de la expresión de agravios debe referirse a cuestiones de hechos que debieron haber sido introducidas al contestarse demanda. Ante esta falta de introducción de tales hechos en la instancia originaria, vedado le está a este tribunal examinarlos en esta sede por no haber sido capítulo propuesto oportunamente. Es que en virtud de lo establecido por el art. 277 del CPCC, el tribunal de alzada no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia, quedando así vedado a la Cámara tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación o reconvención en su caso (conf. CSJN 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41; CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E 20/11/81, LL, 1982-A-550; entre otros). Es que la expresión de agravios no es la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN.Fed. ContAdm., Sala III, 10/5/88, J, 1989-III-321).----------

--- A la luz de las razones brindadas se desestima también este agravio.----------

--- 4) El tercer agravio que deduce la accionada resulta consecuencia de los anteriores, ya que la demandada se queja de la suma a la que arriba la juzgadora respecto al monto de condena. Es claro entonces que al no prosperar las quejas antecedentes, el presente agravio deviene vacío de contenido, ya que no resulta alterado el monto de condena.----------

--- Finalmente en lo relativo a las costas, la queja de la demandada radica en que no resulta ajustado al principio objetivo de la derrota que las mismas se le hayan impuesto en un 90% cuando la demanda prosperó por una suma inferior al 60% de lo pretendido. En primer lugar, cabe decir que no correspondía la aplicación del principio objetivo de la derrota dado que al hacer lugar parcialmente a la demanda, procedía aplicar, y así lo entendió la sentenciante, el art. 71 del CPCC, en virtud de existir un vencimiento parcial y mutuo. Asimismo es de considerar que la suma liquidada en la demanda (ver fs. 57, pto. IV) se desprende de una liquidación provisoria. A ello cabe añadir que el monto por el que se acoge la pretensión representa un 65,42% del monto reclamado. Pero además es de agregar que debe tenerse en cuenta, y la juzgadora de grado así lo consideró, que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. El está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo titi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos

reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140. Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “C. de R. c/ C. C. y otro”, SD 03/93).---------- En consecuencia, a la luz de las pautas expuestas, si bien es cierto que “cuantitativamente” se rechazó la demanda en un porcentaje cercano al 35%, es de tener presente que de siete rubros requeridos, se rechazó uno sólo, por lo que desde la visión global aludida, la distribución de costas que se efectuara en la instancia de origen resulta adecuada. Por lo tanto se rechaza también este último agravio.----------

--- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- Dado que se rechazan los recursos de ambas partes, las costas en la Alzada se imponen en el orden causado (conf. art. 71 del CPCC). Propongo asimismo regular los honorarios de los letrados actuantes en esta sede, atendiendo a la regulación efectuada en la primera instancia, y a la extensión y eficacia de las tareas, así como al resultado obtenido, de la siguiente manera: a los Dres. F. A. y M. A., letrados apoderados de la actora, en conjunto, en un 27%, y al Dr. A. A. P., letrado patrocinante de la demandada, en un 25%; en ambos casos sobre lo regulado a los mismos letrados en primera instancia, con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 9, 14, 47 y concs. de la ley 2200).----------

--- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandada y actora a fs. 166 y 167 -en el primer caso ratificada la gestión a fs. 179-, que fueran concedidos a fs. 168, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 159/162 y vta. que hizo lugar parcialmente a la demanda instaurada por J. G. T. y condenó a M. Q. de R. al pago dentro del plazo de cinco días de la suma de $14.574.-, con más sus intereses, en concepto de indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, con más la integración mes de despido, e incrementos previstos por los arts. 1 y 2 de la ley 25.323, con imposición de costas en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo del actor.----------

--- Los informes previstos por el art. 62 de la ley 69 lucen presentados por el actor y la demandada a fs. 169/177 y 180/184, los traslados fueron conferidos a fs. 178 y 185 y éste último fue evacuado por el accionante a fs. 186/190, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones.----------

--- 2. Se agravia el actor por el rechazo de la pretensión referida al agravamiento indemnizatorio derivado de la aplicación de la ley 25.561, prorrogada por la ley 25.972 y con los alcances del decreto 1433/05. Estima que el momento a partir del cual se produjo la pérdida de vigencia del recargo indemnizatorio es discutible. Cita doctrina, en particular Ramírez, a fin de expresar que el art. 4 de la ley 25.972 no es autosuficiente por lo que demandaba una reglamentación. También refiere jurisprudencia en apoyo de su postura.----------

--- Al respecto, esta sala “B” en c. 22.812, S.D.L. 53/08, y también en c. 22.919, S.D.L. 04/2009, sentó criterio sobre tal cuestión.----------

--- Y el art. 4 de la ley 25.972 prorrogó “ ... la suspensión de los despidos sin causa justificada dispuesta por el artículo 16 de la ley 25.561 y sus modificatorias, hasta que la tasa de desocupación elaborada por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censo (INDEC) resulte inferior al DIEZ POR CIENTO (10%).” (el subrayado me pertenece).

--- De tal modo, dicho ordenamiento no estableció un plazo de prórroga sino una condición resolutoria. ----------

--- Por eso, cumplida esa condición, y desde que no fue cuestionado por el actor que el índice de desocupación publicado por el INDEC se encontraba por debajo del 10% en el último trimestre de 2006, estimo que esa parte no resulta acreedora al mencionado incremento teniendo en cuenta que la rescisión del vínculo se produjo en el mes de agosto de 2007. ----------

--- Y el dictado del decreto 1224/07 si bien declaró cumplida la condición no brindó solución a los despidos producidos entre el informe del INDEC que determinó una tasa de desocupación por debajo del 10% y el dictado del referido decreto.----------

--- Como consecuencia del proceder adoptado por las autoridades nacionales, al lapso de inseguridad jurídica que precedió al dictado del decreto en cuestión le sucede un nuevo período de incertidumbre generada, precisamente por su dictado. ... Como puede advertirse, la nueva norma no sólo no arrojó luz sobre el asunto sino que, por el contrario, aumentó la incertidumbre y abrió la puerta a una nueva oleada de juicios en torno al incremento indemnizatorio que tantas dificultades interpretativas y tantos litigios generó desde que fue instalado. Una vez más serán los tribunales los que deban despejar las dudas pero, necesariamente, surgirán otras nuevas a partir de los pronunciamientos judiciales que seguramente serán dispares (Litterio, Liliana H., “El final anunciado de la “doble indemnización”, D.T. 2007-B-1074). ----------

--- Y el art. 4 de la ley 25.972 estableció como condición de la extinción del incremento la difusión de esa tasa, por lo que no resultaba necesario para producir tal extinción una declaración por decreto. ----------

--- Los decretos del Poder Ejecutivo tienen como finalidad reglamentar o ejecutar las leyes, no declarar la existencia o inexistencia de un hecho (Etala, Carlos Alberto, “La pérdida de vigencia del recargo indemnizatorio de la emergencia”, D.T. 2007-B-1060).---

--- Consecuentemente, el decreto 1224/07 no presenta los requisitos para ser considerado como un reglamento autónomo o como uno delegado, y en el mejor de los casos es una “declaración” en que se reconoce un hecho ya acaecido, pero sin efecto modificatorio sobre normas, por lo que no puede afectar el claro texto del art. 4to. de la 25.972 en cuanto a la vigencia de sus efectos (Etala y González Rossi, “El decreto 1224/07 – Inconstitucional y extemporáneo”, D.T. 2007-B-1063). ----------

--- Y la tasa de desocupación inferior al 10% se alcanzó en el último trimestre del año 2006 (8,7%) y su publicación se efectuó el 28/02/07, por lo que al momento de la extinción del vínculo laboral (agosto de 2007) ya se había cumplido la condición prevista por el art. 4 de la ley 25.972. ----------

--- Así, el decreto 1224/07 dictado el 10/09/2007 resultó extemporáneo y sólo tiene el alcance de ratificar el cese de la suspensión de los despidos. ----------

--- Si bien el decreto 1224/2007 ratifica nuestra opinión del cese del agravamiento indemnizatorio, a nuestro entender, el decreto es extemporáneo, debió haber sido publicado el 28 de febrero de 2007 cuando se dio a conocer el índice inferior a dos dígitos. Consideramos que ante la claridad del texto de la ley 25.972, el decreto 1224/2007 sólo puede interpretarse como ratificación del cese de la suspensión de los despidos, lo cual aconteció a partir del momento que el INDEC informó una tasa de desocupación inferior al 10%, es decir el 28/02/07. Sería inválido considerar que la publicación tardía del decreto significa una prórroga de una norma extinguida (Alejandro, Sergio J., “Término de vigencia del agravamiento indemnizatorio: Los alcances del decreto 1224/2007”, D.T. 2007-B-1083) (el subrayado me pertenece).

--- En este último aspecto, no cabe considerar que exista contradicción entre la ley 25.972 y el decreto 1224/07 ya que un eventual conflicto normativo sólo puede resolverse a partir de considerar la jerarquía de las normas, prevaleciendo así la ley frente al decreto ya que esta última norma resulta meramente declarativa. ----------

--- Desde esta perspectiva, aun cuando nos colocáramos en la posición más favorable al trabajador, lo cierto es que en caso de contradicción entre normas de distinta jerarquía la regla de la norma más favorable (art. 9 de la L.C.T.) no puede aplicarse ya que es evidente que la Constitución Nacional establece un sistema de preferencia en favor de la de mayor jerarquía, prevaleciendo así la ley 25.972.----------

--- Sin perjuicio de ello, destaco que el debate judicial ahora se centrará sobre si el decreto 1224/2007 resulta inoficioso, porque pretende reglamentar una norma que ya había perdido vigencia, o si resulta inconstitucional, porque intenta prolongar la vigencia de un recargo indemnizatorio que pesa sobre los empleadores con afectación de su derecho de propiedad, cuando había caducado por cumplimiento de una condición resolutoria que ya había ocurrido el 4ª trimestre del 2006 (Etala, Carlos Alberto, “¿Cuándo quedó sin efecto el recargo indemnizatorio por despidos en la ley de emegencia”, D.T. 2007-E-1370). ----------

--- El referido art. 4 de la ley 25.972 subordinó la extinción del incremento indemnizatorio al cumplimiento de una condición resolutoria vinculada al índice de desempleo y no hay controversia en cuanto a que dicha condición resolutoria se cumplió, por lo que debe considerarse como fecha de cese del agravamiento, la publicación o "informe de prensa" que efectuara el INDEC el 28/2/07 (Funes de Rioja, Daniel, "El agravamiento indemnizatorio. Críticas a las propuestas de sostén del empleo", La Ley, 19/12/2008, pág. 1). ----------

--- Finalmente, la existencia de opiniones dispares en doctrina y jurisprudencia encontrada sobre tal cuestión no permite tampoco aplicar la norma del art. 9 de la L.C.T. pues al formar mi opinión no considero que exista duda alguna al respecto.--------

--- En síntesis, a la fecha de la extinción del vínculo laboral (7 de agosto de 2007) ya había concluido la vigencia del incremento indemnizatorio, por lo que el decreto 1224/07 resultó inoficioso por extemporáneo. ----------

--- Por tales razones, se desestima el agravio vertido por el actor apelante. ----------

--- 3. Formula queja la demandada por estimar que no corresponde aplicar el incremento previsto por el art. 1 de la ley 25.323 ya que en el caso no media clandestinidad por encontrarse el trabajador registrado con una categoría distinta.--------

--- Al respecto, cabe aclarar que *la norma en examen*, a diferencia de la del art. 11 de la ley nacional de empleo, que ejemplifica sobre la materia en la que pudiera recaer la deficiencia registral (falta de inscripción, distorsión de la fecha de ingreso, o falseamiento del monto de la remuneración), *no admite por ello restricciones interpretativas en cuanto al objeto posible de la deficiente registración ... debe entenderse que también alcanza a cualquier otra deficiencia (v. gr.: persona del empleador reconocida como titular de la empresa, naturaleza del vínculo, modalidad de contratación, categoría laboral, etc)* (Ruiz, "Los alcances de la ley 25.323: algunas definiciones necesarias",. D.T. 2000-B, 2272/2273). La ley adquiere su operatividad, cuando se registran dos situaciones muy concretas y específicas. Debe tratarse del despido de un trabajador que no haya sido registrado, o que habiendo sido inscripto, lo fue en modo insuficiente. *La deficiencia puede estar vinculada a la antigüedad, a la categoría profesional, al nivel salarial o a la naturaleza del nexo vinculante* (Sappia, "El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323", D.T. 2001-A, págs. 223/224) (la cursiva me pertenece). ----------

--- Con tales pautas, ya el registro en una categoría distinta es un supuesto de clandestinidad parcial, esto es, de registro insuficiente.----------

--- Por lo demás, el juzgador a fs. 160/161 tuvo en consideración que la deficiencia registral se produjo al consignarse una fecha de ingreso distinta a la real, y también que la relación laboral se encuadró indebidamente al aplicarse el estatuto de la construcción en lugar de la L.C.T. ----------

--- En síntesis, el trabajador fue registrado en una categoría distinta, con una fecha de ingreso que no coincidió con la real, y en un encuadre normativo equivocado (ley

22.250 en lugar de L.C.T.), por lo que se configuró el registro deficiente previsto por el art. 1 de la ley 25.323.----------

--- Por tales razones no corresponde remitirse a los supuestos previstos por la ley 24.013, desde que el citado art. 1 no contienen restricciones interpretativas.----------

--- A ello cabe agregar que el trabajador tiene la opción de encuadrar su pretensión en el marco de la ley 24.013 o de la ley 25.323, según sea el caso.----------

--- En efecto, el art. 1 de la ley 25.323 tiende a sancionar la clandestinidad total o parcial del empleo en aquellos casos no cubiertos por el régimen previsto por la ley 24.013, por lo que si el trabajador cumple con los recaudos establecidos en este último ordenamiento le corresponderán las indemnizaciones previstas por los arts. 8 y 15 si así lo requiere.----------

--- Dicho de otro modo, si el trabajador cumplió con las exigencias previstas por la ley 24.013, en particular con el régimen de intimación previsto por el art. 11 (modificado por el art. 47 de la ley 25.345) podrá optar por los beneficios contemplados por los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, y si no podrá peticionar el incremento contemplado por el art. 1 de la ley 25.323----------

--- Así, el art. 1 de la ley 25.323 comparte el espacio con otras tipologías ... y en un territorio muy próximo conceptualmente, la duplicación de las indemnizaciones en el caso del artículo 15 de la ley 24.013 ... Lo importante es destacar las diferencias entre las situaciones y las de su tratamiento: A) La ley 24.013, según su interpretación universal, contempla todo el régimen indemnizatorio. ... B) El artículo 15 de la ley 24.013 tiene como condición el previo cumplimiento de la carga de actividad de su artículo 11, la intimación a regularizar, que por lo demás no puede realizarse después de la extinción del contrato de trabajo. ... C) La aplicación del sistema de reparación tarifada agravada del artículo 1º de la ley 25.323 no es acumulable, por expresa disposición de la norma, a las indemnizaciones previstas en los arts. 8º, 9º, 10 y 15 de la ley 24.013. *Queda así en claro, dado el mayor beneficio derivado de la aplicación de la ley 24.013, que la nueva norma será aplicable en todos los casos no cubiertos por el régimen de aquélla* (Elffman y Teuly, “Las “indemnizaciones laborales” de la ley 25.323”, D.T. 2001-A, 238). La motivación legislativa de la ley 25.323 es otorgar la duplicación a los supuestos del trabajador clandestino despedido sin causa, que no pudo usufructuar de las posibilidades de la ley 24.013, pues no intimó la registración antes de la extinción del vínculo. *La imposibilidad de acumular, está indicando que el trabajador debe elegir entre las indemnizaciones de la ley nacional de empleo o de la duplicación de la norma bajo examen. Obviamente elegirá la que mejor le resulte en términos económicos y no hay duda de que se trata de la ley 24.013*, por lo que el impedimento a la acumulación, pone de relieve que la nueva ley tiene como idea, otorgar el beneficio a los excluidos de la ley nacional de empleo (Sappia, comentario citado, D.T. 2001-A, 225) (la cursiva me pertenece). ----------

--- Sólo agregaré a mayor abundamiento que el planteo introducido en esta instancia en lo que hace a los supuestos que configuran un registro deficiente no fue capítulo propuesto al juez de la primera instancia, lo que así resulta de la lectura del escrito de contestación de demanda que luce a fs. 81/86, por lo que desde esta perspectiva la queja resulta inaudible ante la prohibición impuesta por el art. 277 del C.P.C.C. ----------

--- Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los art. 271 y 277 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia. ----------

--- En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177).----------

--- Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 60, pág. 166).----------

--- Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357).----------

--- Por tales razones, se rechaza el agravio. ----------

--- 4. Se agravia también la demandada por la condena al pago de la multa prevista por el art 2 de la ley 25.323 por considerar que no procede en el caso de despido indirecto.

Al respecto, corresponde señalar que dicha normativa tiene como finalidad evitar la promoción de juicios innecesarios, y su presupuesto es la omisión del empleador de abonar lo que se adeuda. Ese es el daño indemnizable. ----------

--- La intención legislativa no es otra que compeler a los empleadores a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (Pose, Carlos, “Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por ley 25.323”, D.T. 2000-B, 2305) (el subrayado me pertenece). ----------

--- Se trata de una conducta, *la omisión del deber legal de abonar lo adeudado* como consecuencia del despido arbitrario, *en tiempo, forma y lugar adecuados*. Hasta aquí, hemos dicho que la norma repara un daño autónomo, distinto al despido. Y es que la falta de pago es el daño indemnizable, distinto al daño del despido injusto. Lo que se repara por medio de esta tarifa es la mora en el pago de las indemnizaciones (Elffman y Teuly, comentario citado, D.T. 2001-A, 242) (la cursiva me pertenece).----------

--- Por ello, la indemnización se aplica tanto para el despido directo como para el indirecto, pues si bien no alude al art. 246 de la L.C.T., lo cierto es que la indemnización por despido no resulta de esa norma, sino del artículo 245. ----------

--- Es criterio de esta sala “B”, entre otros pronunciamientos, c. 22.334, S.D.L. 61/2007, c. 22.684, S.D.L. 34/2008, c. 460/09, S.D.L. 90/2009, c. 441/09, S.D.L. 93/2009, c. 567/09, S.D.L. 100/2009. ----------

--- Como la ley no distingue, no es el caso distinguir en este análisis y en consecuencia afirmo que no hay dudas que el artículo resulta operativo en igual forma se trate de un despido directo o indirecto … lo que la ley expresa, si bien defectuosamente es el modo en que deben pagarse las indemnizaciones que califica según el dispositivo la establece, y no en relación a la naturaleza del acto extintivo (Sappia, comentario citado, D.T. 2001-A, 223). ----------

--- Debe tenerse en consideración que *la sanción no está vinculada con la causa invocada para despedir, se pena la conducta dilatoria del empleador*, que genera mayores gastos y pérdidas de tiempo (intimaciones por medio de piezas postales, denuncia ante la autoridad administrativa o demanda judicial) (Altamira Gigena, “Ley N° 25.323. Buenas intenciones. Magros resultados. Un nuevo embate a la seriedad y realismo legislativo”, D.T. 2001-A, 228) (la cursiva me pertenece). ----------

--- ¿Se aplica la norma cuando se discute la existencia o no de justa causa del despido?. Sí, por supuesto. ... de ninguna manera es dable interpretar que la sola invocación de una causa de justificación desplaza la norma en análisis (Ruiz, “Los alcances de las ley 25.323: algunas definiciones necesarias”, DT. 2000-B, 2271).---------

---- Cabe entonces concluir en que el incremento procederá tanto si se trata de un despido “ad nutum”, cuanto si se produce un despido directo con expresión de causa que luego, discutida en sede judicial, no es aceptada como justificada por el organismo jurisdiccional ... (Tosca, “Consideraciones preliminares sobre los incrementos indemnizatorios introducidos por la ley 25.323”, DT. 2000-B, 2120). ----------

--- En consecuencia, el incremento indemnizatorio rige en todos los supuestos de despido, sea directo o indirecto. ----------

--- Por lo demás, el argumento de la quejosa en el sentido de la improcedencia en caso de despido indirecto carece de todo sustento pues conforme a las circunstancias comprobadas de la causa el vínculo laboral se extinguió por el despido directo dispuesto por la empleadora, y así lo precisó el fallo de la anterior instancia a fs. 161, segundo párrafo (“ ... ***despido directo e incausado*** ...”). ----------

--- Pretende en subsidio la apelante que la multa sea acogida por la diferencia existente entre lo abonado al actor en concepto de aporte al fondo de desempleo y lo que en realidad debió percibir. ----------

--- En tal sentido, es evidente el cambio de postura de la parte demandada pues en su escrito de contestación encuadró la relación laboral dentro de los términos contemplados en la ley 22.250, y al sostener que no resultaba aplicable la L.C.T.

entendió que no correspondía hacer lugar, entre otros rubros, a las indemnizaciones de los arts. 1 y 2 de la ley 25.323 (p. V. fs. 82 vta. y 83 vta.). Sin embargo, luego de la sentencia de primera instancia y ante el resultado desfavorable cambió de posicionamiento para intentar deducir sumas abonadas por otro concepto.----------

--- Por eso, el juzgador bien dispuso atenerse al claro texto del art. 2 de la ley 25.323, sin perjuicio de señalar que el incremento previsto por esa norma resulta procedente no sólo en el caso de que no se abonen las indemnizaciones allí previstas, sino también cuando el pago resulte incompleto, pues no efectúa distingo alguno.----------

--- Desde ya que no dejo de advertir que algún autor entiende que resultaría coherente que el agravamiento indemnizatorio se limite al monto efectivamente adeudado. ----------

--- Así, colijo que no existiendo en la ley una distinción, no cabe al interprete distinguir, *por lo que no estando acabadamente completada la obligación indemnizatoria, la mora del empleador intimado deberá causarle el agravamiento de su deuda*, pero sería coherente que el incremento actuara sólo sobre el segmento adeudado (Sappia, comentario citado, D.T. 2001-A, 226) (la cursiva me pertenece).----------

--- Sin embargo, cabe considerar que en el caso de autos no hubo pagos a favor del trabajador en concepto de indemnización por antigüedad, y lo que resulta dirimente es que tal cuestión no fue sometida al juez de la primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 277 del C.P.C.C. hace inaudible la queja. ----------

--- Es que, la falta de alegación oportuna en la anterior instancia impide ingresar a la queja como consecuencia del alcance previsto para la sentencia de segunda instancia en la última parte del art. 271 del C.P.C.C. (“… *en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia* que hubiesen sido materia de agravios.”) y prohibición impuesta por el art. 277 del citado ordenamiento (“*El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*.”) (la cursiva me pertenece).----------

--- Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo; igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 37 y 60, págs. 115 y 165/166, respectivamente). ---------

--- Al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4° del C.P.C.C.). ----------

--- Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los art. 271 y 277 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia. ----------

--- Por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del artículo 271 del Código Procesal, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad (Loutayf Ranea, obra y tomo citado, par. 29, pág. 76). ----------

--- Por tales fundamentos, se rechaza la queja. ----------

--- 5. En cuanto al agravio referido al monto de condena (p. III.C, fs. 183 vta.), desde que el mismo se apoya en las consideraciones efectuadas por la apelante que fueron rechazadas precedentemente, el mismo quedó vacío de contenido por lo que nada corresponde señalar. ----------

--- Resta por considerar la queja efectuada por la recurrente al sostener que el reclamo prosperó por una cifra inferior al 60%, por lo que entiende que debe aplicarse al caso el principio objetivo de la derrota. ----------

--- Al respecto, toda vez que progresó parcialmente la demandada mal puede sostenerse ese principio ya que resulta de aplicación el art. 71 del C.P.C.C. al existir vencimientos parciales y mutuos. ----------

--- Tampoco cabe efectuar un análisis en términos aritméticos pues reiteradamente se señaló que la noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y sus respectivos resultados (Arazi-Rojas, “Código Procesal ...”, Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, T. I, pág. 261; en igual sentido, Loutayf Ranea, “Condena en costas en el proceso civil”, Astrea, 1998, pág. 403, y nota nº 81). ----------

--- Desde esta perspectiva, el art. 59 de la ley 69 no establece un principio general de aplicación mecánica y automática, ya que permite siempre discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del resultado del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. S.T.J. en autos caratulados “C. L. c/ Pcia. del Chubut”, S.D. 7/91; y “C. de R. c/ C. C. y otro”, S.D. 3/93). ----------

--- Así, debe ponderarse la naturaleza de la acción entablada, el principio establecido por la ley de procedimiento laboral, y el resultado económico del pleito en función a los rubros que fueran acogidos. ----------

--- Con tales pautas, debe ponderarse que de las siete pretensiones que contiene la liquidación efectuada en el escrito de demanda (p. IV, fs. 57), solamente se rechazó una de ellas, la referida al agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 16 de la ley 25.561, por lo que estimo prudente la distribución de costas efectuada en primera instancia en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo del actor, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis, en concordancia con el principio antes señalado y los vencimientos recíprocos habidos en función del resultado final del proceso (arts. 59 de la ley 69 y 71 del C.P.C.C). ----------

--- Por tales fundamentos, se desestima el agravio.----------

--- 6. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada en el orden causado ante el fracaso de los agravios vertidos por ambas partes apelantes (art. 71 del C.P.C.C.).-----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados del actor, en forma conjunta, y del letrado patrocinante de la demandada, en un 27% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de primera instancia (arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA. ----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: ----------

--- I.- CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- II.- Imponer las costas en la Alzada en el orden causado.----------

--- III.-Regular los honorarios profesionales de los letrados de la actora actuante en esta sede, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en un 27%, y al Dr. A. A. P., letrado de la demandada en un 25%; en ambos casos sobre lo regulado a los mismos letrados en la instancia anterior, con más el IVA correspondiente.----------

--- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

--- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130,

To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

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

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

--- CONFIRMAR el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas en la Alzada en el orden causado.----------

--- REGULAR los honorarios profesionales de los letrados de la actora actuante en esta sede, Dres. F. A. y M. A., en conjunto, en un 27%, y al Dr. A. A. P., letrado de la demandada en un 25%; en ambos casos sobre lo regulado a los mismos letrados en la instancia anterior, con más el IVA correspondiente.----------

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2009 – SDL – CONSTE.-

cg