En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: "P. L., M. A. c/ P. J., G. E. s/ DEMANDA LABORAL (Dif. Hab. e Indem.)", expte. nro. 461/09, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 3712/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el Art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 722), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 677/689vta.? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 690) de la sentencia de fs. 677/689vta. que admite la demanda y condena al Sr. G. P. J., a abonar a la Sra. M. A. P. L., la suma que emerja de la liquidación que se practicará en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez días de quedar firme la misma, la que se incrementará de acuerdo al considerando respectivo.

Condena al demandado a entregar en el plazo de diez días de quedar firme la presente, el certificado de trabajo y la certificación de servicios, remuneraciones y aportes, solicitados por la actora.

Impone las costas a los demandados y regula los honorarios.

A fs. 695/701 se agrega la expresión de agravios, que es contestada a fs. 703/708.

Se agravian por haber considerado la sentenciante que el despido indirecto resultara justificado.

Relatan lo sucedido y sostienen que el reconocimiento por parte de la actora que la diferencia salarial se encontraba a su disposición, resultan suficientes para considerar el despido como injustificado o inválido.

Afirma que la actora no probó que se le informara que las diferencias se depositarían en la caja de ahorro.

Se refiere a lo atestiguado por la contadora S. e indica que dio la diferencia salarial para que se abone en el estudio y, ante la inconcurrencia de la actora, el estudio procedió a depositar el importe en la caja de ahorro de sueldos pertenecientes a la Sra. P. L..

El argumento del juez que no se pagó y que ese hecho justifica el distracto es equivocado, pues quien quedó en mora fue la trabajadora.

Señala que se puso a disposición de la empleada el dinero y que ello se probó en autos, mediante carta documento reconocida por la actora, lo que impide calificar la conducta de la demandada como injuriosa, lo que no se valoró. Cita doctrina y jurisprudencia.

Agrega que se omite considerar jurídicamente que el ofrecimiento en el derecho tiene efectos jurídicos, pues purga la mora, más cuando el domicilio de pago es el domicilio del deudor (Art. 129 LCT y 747 CC) y que coloca a la otra parte, en el caso el empleado, en mora accipiens.

Alude que se afirma sin fundamento fáctico, que al momento de la emisión del telegrama que se comunicaba el despido no se había pagado, afirmación que presenta errores, el primero y principal es que no hay detalles de horarios ni de la emisión del telegrama ni del depósito, ya que éste se efectuó el 25 de febrero de 2006, la puesta a disposición por parte de la entidad, seguramente se efectivizó el día 26 antes de las 13, el telegrama se pudo haber enviado hasta las 18.

El segundo error es que se omite considerar que las comunicaciones en el derecho tienen carácter recepticio, por lo que la fecha de emisión de la misiva, no resulta trascendente a fines de valuar la temporalidad, sino la fecha de recepción, por lo que a la fecha en que recibió su representado el telegrama que consideraba resuelto, el mismo ya había sido abonado.

Bajo el punto cuarto, resalta que contradiciendo la norma vigente aplicable, se afirma que la falta de presentación de la actora, en el estudio contable, no tiene virtualidad porque no era el modo normal y habitual de pago, lo que resulta una subjetividad desprovista de todo fundamento legal, pues su representado como tenía dos empleados no le pesaba la obligación legal de pagar por medio bancario, podía pagar en efectivo, en su domicilio o en su caso en el domicilio que le indicara al empleado, dado que el domicilio elegido por ley es el domicilio del deudor. Menciona el Art. 124 de la LCT. Arguyen que la conclusión a la que arriba la Sra. Juez es contraria al principio de buena fe, que debe primar a la hora de calificar las conductas.

Agrega que los parámetros que establece el Art. 242 LCT fueron violados en la sentencia, pues la falta, más allá que al momento del despido era inexistente, porque se había pagado, nunca fue grave, ya que faltaba una porción del salario, lo que no puede tornar imposible la prosecución del vínculo, cuando durante cinco años el pago fue en tiempo y forma, más cuando se reofreció pagar. La sanción es desproporcionada a la falta. La conducta de la actora contraría los arts. 10 y 63 de la LCT.

La multa del Art. 80 LCT que se ordena pagar le provoca agravio, ya que su representado cumplió con la entrega de certificado y las constancias documentales de aportes y contribuciones y la actora no cumplió con la intimación previa.

Relata que los certificados cumplieron con los requisitos que exige la ley y que la Juez se equivoca porque da por cumplida la intimación del Art. 80 LCT, con la demanda judicial, y la contraria realizó la intimación sin dejar transcurrir los 30 días que tenía la empleadora para la entrega. La multa por supuesta falta de entrega no resulta procedente, dado que el incumplimiento de la obligación establecida en el Art. 12 de la ley 24.241 no establece ninguna sanción o multa.

Como agravio subsidiario, trae la condena a pagar la indemnización del Art. 2 de la ley 25.323. Se equivoca la Juez al entender que la multa es automática. G. P. J., tiene razones serias y fundadas para entender que a la actora no le corresponden las indemnizaciones por despido injustificado.

Cita fallos de esta Cámara.

Ha llegado firme a esta instancia, y no fue motivo de discusión, la relación laboral que unía a las partes, así como la situación que dio origen a esta controversia, cual fue la disminución del

salario del mes de febrero que se efectivizara en el mes de marzo y que ante el reclamo de la Sra. P., el empleador P. J., reconociera, alegando un error del estudio contable, error reconocido por la profesional Contadora S. en la declaración testimonial.

Asimismo, no se cuestiona en esta etapa, el horario de trabajo, el que no sólo fue confirmado mediante las testimoniales, sino que es el propio demandado el que en la absolución de posiciones, niega que la actora trabajara ocho horas. Más: observo que en el recibo agregado a fs. 20, se consigna que la Sra. P. trabajaba 4 horas.

La controversia se centra en relación con el despido indirecto adoptado por la actora ante la falta de pago de la diferencia salarial del mes de febrero abonada en marzo.

De las pruebas agregadas se desprende que ante este hecho, disminución del pago de su salario de febrero de 2004, la Sra. P. envía carta documento con fecha 18 de marzo de 2004, lo intima para que en el término de dos días hábiles, a partir de recepcionada le haga efectivo el reintegro de la diferencia del período indicado, bajo apercibimiento de iniciar demanda laboral y/o considerarse despedida por su exclusiva culpa.

Comunicación que fue contestada el día 22 de marzo poniendo a disposición de la actora la diferencia del salario correspondiente al mes de febrero, la que se alega se produjo por un error en el estudio contable.

El día 26 de marzo la actora informa mediante CD, que el dinero no se encontraba disponible en el estudio contable, y que recabada información en su caja de ahorro hasta el 25-3-04, a las 20:23 horas no tenía crédito alguno a cobrar. Rechaza la carta documento agregada a fs. 594 y al no haber dado el empleador fiel cumplimiento a su intimación, vencido el plazo legal de la misma, se considera despedida por su culpa a partir del 26-3-04, intimando para que en el plazo de dos días, a partir de recepcionada la presente, le abone indemnizaciones, ley 20.744, Art. 231 y 245, modificada por ley 25.877, más ley 25.561, Art. 16, más diferencias de haberes de febrero/04, mes de integración de haberes de marzo/04, más la liquidación final. Entrega de certificado de trabajo, Art. 80, certificados de servicios y remuneraciones.

A ello se contesta rechazando la carta documento y señalando que el dinero estuvo a disposición de la actora y que ante la incomparecencia de ésta, fue depositado el día 25 de marzo.

En tales documentos el demandado si bien reconoce la deuda, deja de abonarla como lo hacía habitualmente, poniéndola a disposición en el estudio contable.

Y si bien la actora señala en la comunicación que el estudio le informó que no tenía el dinero a su disposición, en la absolución de posiciones, reconoce que, pasadas 72 horas de la carta que se redactó en la Subsecretaría, se le notificó que ese importe estaba en el domicilio de la contadora, y que ella no concurrió (lo que coincide con la declaración de la contadora S.), por asesoramiento de la Subsecretaría.

“Cuando se comunica mediante despachos telegráficos al trabajador que los haberes están a su disposición y éste no cumple con su obligación de cobrarlos, el empleador tiene el deber de pagar por medio de la consignación judicial, como medio para desobligarse”, (Ciera Trab. Circ. Mendoza, 21-11-95, “Segura, Miguel Angel c/ Maestu, Susana Inés s/ Ordinario”, RDL, Remuneraciones- II).

Y en autos se observa que la actora estaba anoticiada y no concurrió a percibirlo, más: el depósito se realizó el día 26 en igual fecha que el envío de la carta documento y no sólo no existe constancia de la hora en que fue impuesta la misma, sino, y lo más importante es que no se ha

probado la fecha de recepción por parte del accionado de dicha comunicación. Y es sabido que el acto formal de comunicación es de naturaleza recepticia consumándose recién cuando es recibida por el destinatario.

“El hecho de la extinción de la relación, distracto, es de carácter instantáneo, es decir que produce sus efectos desde el momento en que se perfecciona, esto es, cuando la voluntad de extinguirlo llega a conocimiento de la otra parte” (“Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, Julio Armando Grisolía, Pág. 541).

En consecuencia, el empleador cumple con su obligación antes que la situación de despido de la empleada llegara a su conocimiento y ello surge de la documental agregada a fs. 75/76 reconocida a fs. 558, reservada bajo el N ° 187/09 y el informe del Banco Francés de fs. 589.

La demandada no incurrió en mora, ya que la actora no concurrió al lugar indicado para la percepción del pago. El empleador reconoció en tiempo la obligación y la falta y expresó el lugar donde se encontraba a disposición la diferencia de la remuneración, y la actora al no concurrir, incurrió en mora accipiens.

Mas la trabajadora reconoce a fs. 616 ante la Subsecretaría de Trabajo el día 13 de abril de 2004, que el 26 de marzo de 2004 las diferencias estaban depositadas.

Todo ello por entender que más allá de lo trascendente de la falta de pago del salario en tiempo y forma, la buena fe que exige el ordenamiento laboral, debe manar de ambas partes, resultando, -a decir de G. en obra citada-, importante valorar el monto de la deuda, a lo que agrego el reconocimiento del empleador al momento de la intimación, el tiempo transcurrido hasta el depósito, así como el pago en tiempo y forma durante la relación laboral.

Si bien la mora en el pago de los salarios se produce de pleno derecho, no es tal circunstancia por sí misma la que autoriza la rescisión del contrato de trabajo, sino el carácter injurioso que pueda tener la negativa del empleador de cumplir con dicha obligación (SCJBA, 5-12-89 “Frutos, Dionisio c/ Tornillería del Sur S.A. s/ despido” “Revista de Derecho Laboral. Remuneraciones II”, Pág. 399).

Razones todas por las que revoco el punto 1 de la sentencia venida en apelación.

Tal decisión acarrea modificar el punto de la sentencia relacionado con la multa impuesta con fundamento en el Art. 2 de la ley 25.323 y 16 de la ley 25561.

El reclamo de entrega de certificado de trabajo y del certificado de aportes y remuneraciones, con más la indemnización que prevé el Art. 80 de la LCT solicitado por la actora, que admitiera la sentencia, es motivo de agravio. El nuevo texto de la citada norma legal (modificado por la ley 25.345) establece en su último párrafo que "si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuera menor".

El artículo 3 del dto. 146/01, reglamentario de la norma dispone que "el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo (...) dentro de

los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo". “La norma inferior, de cualquier modo, debe ser leída con los límites de la norma superior que reglamenta. Esta última otorga al empleador un plazo de dos días hábiles para cumplir el requerimiento del trabajador relativo a la entrega del certificado o cargar con la indemnización que se regula; la brevedad de ese plazo puede así explicar la interposición de otro plazo antes de que aquel requerimiento quede habilitado ya que, por ejemplo, el cumplimiento de la obligación del Art. 80 de la LCT puede incluir la necesidad de regularizar el vínculo (recuérdese que para estos fines un plazo idéntico es otorgado por la Ley de Empleo). La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación.

Mucho se ha escrito y decidido en punto a la indemnización prevista en el Art. 45 de la ley 25.345 y que va desde la admisión de la indemnización ante el solo hecho de no haber entregado el certificado al extinguirse la relación laboral o que es suficiente la exigencia del mismo junto a la demanda, hasta quienes requieren la intimación fehaciente dentro del plazo que determina el Art. 3 del decreto 146/2001, norma que habilita al trabajador a efectuar la intimación luego de transcurridos 30 días de extinguida la relación laboral, o quienes han declarado la inconstitucionalidad de dicha norma.

Ambas Salas de esta Cámara, en “N. c/ Siembra”, SD 48/2004; “G....” SD N ° 7/2005; “H...”, SD 98/2004 y en “M...”, SD 44/2003 se han expedido al respecto, entendiendo que la demanda no constituye la intimación fehaciente a que se refiere la norma, postura confirmada por el Superior Tribunal de Justicia. Sentencia registrada bajo el N ° 15/SER/06.

Y en tal causa, más allá de referirse a los antecedentes de la provincia, se señaló que “En lo que hace a la jurisprudencia nacional, he observado que las Salas de la Cámara Nacional del Trabajo, han tomado direcciones encontradas y en otros casos contrapuestas. Es decir, que algunas de ellas directamente se enrolaron en lo que es hoy la posición mayoritaria; otras en cambio, participando de la posición minoritaria como es el caso de la Sala III (v. gr., caso “Paz, Marcelo v. De vito, Eduardo”, 21/10/2002; caso “Ríos, Rubén R. v. Sempere S.A.”, 25/03/05, entre otras), cambiaron su postura para encarrilarse en posición mayoritaria a partir de la causa “Espasandín, Silvia N. c. San Sebastián S.A.”, el 22 de marzo de 2004. Otro caso particular es la situación de la Sala VI en cuanto hoy se mantiene, por mayoría, en esta misma línea señalada pero con la disidencia del Dr. Capón Filas porque participa de la postura que entiende que: “...el reclamo efectuado ante el SECLO (vía administrativa) y el posterior inicio de la demanda son aptos para suplir la intimación exigida por la ley para viabilizar dicha multa -la del Art. 80 de ley de contrato de trabajo-...” (v. gr., “González, Nicolás A. c. La Soleada S.R.L.”, 31/10/2003, publicado en la LL 2004-C, Págs. 800/804).

“En la línea jurisprudencial mayoritaria se han perfilado las Salas I (Cf. “Vallejos, Mercedes R. c. Koatz, Elisa y otro”, 30/04/2004 publicado en “La Ley Online” o “D. T. 2004 (septiembre)”, 1220); II (Cf. “Vallejos, Niocodemes v. Coniper S.A. y otros s/ ley 22.250”, S. D. N ° 93928, 26-07-05 publicada en LexisNexis N ° 13/10104); IV (Cf. “Campero, Juan J. v. Distribuidora Fluvial S.A. s/ Cobro de Salarios”, S. D. N ° 86825, 24-06-05, publicada en LexisNexis N ° 13/ 10075); VII (Cf. “Mendoza, Gladys c/ Martínez, María Del Carmen s/ Despido”, S. 38895-24/11/2005 publicada en elDial-AA3176); y VIII (Cf. “Torres, Isabel c. Consorcio de Prop. Callao 1415”, 13/02/2004 publicado en LL 2004-D, Págs. 342/344). A modo de síntesis quiero señalar que en líneas generales han sostenido que la obligación formal impuesta por el Art. 45 de

la Ley N º 25.345 y su decreto reglamentario, consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales previstos en el Art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria, ni por la instancia administrativa.

De allí, que enrolándome en esta postura entiendo que la procedencia de la indemnización contemplada en el último párrafo del Art. 80 de la LCT queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de los certificados mencionados en el mismo artículo. Esta intimación para que cobre virtualidad jurídica debe hacerse extrajudicialmente ante el incumplimiento del empleador de extender los certificados de trabajo al tiempo de la extinción de la relación laboral por cualquier causa que fuera; y formularse en términos precisos y claros. Por ello, la intimación extrajudicial cumplida en forma deficiente, no cumplida; o formulada en sede administrativa no tiene la virtualidad de ser suplida con el reclamo que en tal sentido se efectúe en sede judicial en ocasión de la interposición de la demanda o con el requerimiento que en tal sentido ordene el Juzgador al despachar la demanda. En estas condiciones no es posible ingresar en la aplicación de la indemnización establecida por la Ley de Evasión Fiscal".

En autos, ante la decisión que adopto con relación al término de la intimación, la quejosa intima al pago de la indemnización al interponer la demanda, en consecuencia atento lo resuelto por el STJ, y compartiendo sus argumentos y los de mis colegas en las causas de mención, admito la apelación interpuesta en punto a la indemnización prevista por el Art. 80 LCT último párrafo, que impusiera la Sra. Juez.

No obstante ello, el certificado acompañado mediante el cual la quejosa pretende tener por cumplida la manda, no reúne los requisitos que la doctrina y jurisprudencia vienen requiriendo.

Para señalar el cabal alcance del contenido del Art. 80 de la LCT, tomamos como referencia lo expresado por la propia jurisprudencia al enumerar los requisitos en cuanto a la exigencia de que "…el documento o documentos que se entreguen al trabajador contengan la totalidad de la información que resulta obligatoria de acuerdo al Art. 80 de la LCT. Los datos necesarios que tal documentación debe contener son:

a) Indicación del tiempo de prestación de los servicios (fecha de ingreso y egreso).

b) Naturaleza de los servicios (tareas, cargos, categoría profesional, etc.).

c) Constancia de los sueldos percibidos.

d) Constancia de los aportes y contribuciones efectuadas por el empleador con destino a los organismos de la seguridad social, y

e) Calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, y si hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación (Cf. Ley 24.576).

Se aprecia que la falta de algunos de estos elementos podría dar lugar a considerar el incumplimiento de esta obligación contractual del empleador para el trabajador ("Revista de Derecho Laboral. Contratación y Registración laboral", Rubinzal Culzoni, Pág. 19 y sgtes., noviembre de 2009).

El certificado presentado remite a los anexos adjuntos y en la doctrina enunciada se agrega "es evidente que no resulta ser el certificado de trabajo, por más que contenga datos similares (aunque a veces coincidentes), pues ambos tienen finalidades distintas…".

En consecuencia, corresponde que en el término de 10 días -como lo fijara la sentenciante-, de firme la presente, el empleador debe hacer entrega de los certificados requeridos bajo apercibimiento de ley.

Costas y honorarios ante la decisión a la que arribo deben ser adecuadas (Art. 2 del C.P.C.C.Ch).

Entiendo que pudo la actora considerar que las peticiones que realizaba eran atendibles, atento a que la doctrina y jurisprudencia no son contestes en las soluciones a que debe arribarse, motivo por el que determinaré que las costas de ambas instancias sean soportadas por el orden causado.

A fin de regular los honorarios de los letrados intervinientes, en ambas instancias valoraré la tarea profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 3, 5, 6, 7, 8 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Admitir parcialmente los agravios, revocando el punto 1 de la sentencia y, en consecuencia, desestimar la demanda interpuesta por la Sra. M. A. P. L. contra el Sr. G. E. P. J..

2) Revocar parcialmente el punto 2, condenando al Sr. G. E. P. J. a que en el plazo de diez días de firme la presente entregue los certificados que ordena el Art. 80 LCT y la certificación de servicios, remuneraciones y aportes de acuerdo al considerando respectivo.

3) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado y diferir la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 707vta.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 69/2009 del Juzgado Laboral de la jurisdicción que hizo lugar a la demanda y condenó al Sr. G. E. P. J. a abonar a la Sra. M. A. P. L. una suma de dinero sujeta a liquidación conforme pautas brindadas en la propia pieza atacada, condenó a la entrega del certificado de trabajo y certificación de servicios conforme lo dispuesto en el Art. 80 de la LCT, impuso las costas a la demandada vencida (fs. 677/89vta., fs. 691).

A fs. 695/701 luce el memorial de agravios de la parte demandada el que fuera contestado por la contraria a fs. 703/708.

Sin perjuicio de haber sido descriptas las quejas en que se asienta por la Sra. Camarista preinterviniente, y de encontrarse cumplimentada la manda procesal (Art. 165 del Digesto jurídico de la Pcia. del Chubut, Ley XIII nro.5), efectuaré una apretada síntesis a modo de guía.

1.- El primer agravio lo constituye la justificación del despido indirecto, cuando no surge de las pruebas que estaba dada la situación que permita considerar legítima la denuncia del contrato de trabajo. Reconoció la A quo que el demandado puso en el estudio contable la diferencia de salarios que habían sido mal calculados.

No negó la actora que estaba la diferencia en tiempo oportuno.

La demandada probó con la declaración del responsable del estudio contable que había cometido un error y el dinero estuvo en dicho estudio varios días hasta su depósito bancario. La actora no compareció. La intención era pagar. Quien quedó en mora previo a la extinción es la trabajadora. Califica a la conducta de la actora de no presentarse a cobrar la diferencia como fuera del sentido común y las conclusiones del juez sin fundamento lógico ni racional. La falta de pago de una

porción del salario no puede justificar el despido indirecto, deben tenerse en cuenta el carácter de las relaciones.

2.- El segundo agravio es la multa del Art. 80 de la LCT habida cuenta que la actora no intimó conforme lo dispone la norma (Dto. PEN nro.140/2001).

3.- La imposición de la multa del Art. 2 de la ley 25.323. Dice que no es de imposición automática sobre todo despido, el empleador discutió la procedencia del despido en este caso no se trató de una maniobra meramente dilatoria.

Análisis:

1.- Inicio el tratamiento del primer agravio y en primer término señalo que lo denominado por el demandado tiempo oportuno ya constituyó una demora, el salario no se había abonado en tiempo, y en lo que respecta la valoración y alcance de la injuria, que a ello indudablemente apunta el embate o debió estar dirigido el agravio, lo considero de suma gravedad y concuerdo con la magistrada de grado.

El carácter alimentario del salario es un enfoque parcial de lo que constituye el sueldo para un trabajador, sino que es un agravio una afrenta a decisión íntima de poner su fuerza laboral al servicio del empleador y un quebrantamiento de parte de este último a su deber insoslayable de pagar el sueldo en el tiempo y modo establecido por la ley.

El incumplimiento a lo dispuesto en los arts. 124 y concordantes de la LCT no fue desconocido por el demandado, y no resulta excusable el error que se autoatribuye el estudio contable.

Con mayor razón atiendo las circunstancias particulares en que se desarrolló la relación laboral, que en la especie se limita a un reducido núcleo de personas, por lo cual el empleador haciendo exteriorización de su buena fe laboral tuvo la posibilidad y oportunidad de solucionar personalmente el conflicto generado por la diferencia de pago del salario. En lugar de ello, según su postura argumental, exigió que solucione el problema un tercero, el estudio contable que lo había provocado. Olvidando que entre un error contable y su decisión de responsabilizar a los autores, existía un ser humano que era su propia y directa empleada. Tampoco depositó en sede administrativa por intermedio de representante. Rechazo el reclamo.

Es oportuno recordar que lo que caracteriza al vínculo laboral es que entre las partes no hay una relación de naturaleza asociativa, ello significa que el trabajador tiene derecho al salario por la circunstancia de haber puesto su capacidad laborativa a disposición del empleador, pero sin participar, de ningún modo, en las pérdidas que pueda experimentar el empresario o como ocurrió en el sublite el descuido, error u olvido en que haya incurrido un estudio contable. Este descuido y sinrazón de pagar menos del salario afecta el principio de intangibilidad salarial y es injuriante. La falta de respuesta oportuna del empleador al requerimiento de la actora le dio motivo para considerarse despedida, ya que el atraso salarial es lo suficientemente injurioso como para habilitar un despido indirecto.

No luce adecuado invocar el sentido común como sostén del agravio y la mera afirmación que la actora obró apresuradamente y de mala fe al considerarse despedida, por lo que quedó claro que el atraso salarial era imputable al accionado, reitero ha sido adecuadamente valorada la conducta injuriante del empleador por la A quo.

Abonando esta postura decisoria de rechazo al agravio, advierto que se presenta cuestionando por primera y única vez el horario de trabajo al encontrarse frente a la intimación.

“La falta de pago de la remuneración en la medida convenida y en tiempo oportuno configura un grave incumplimiento contractual, pues el pago de la retribución constituye una de las principales obligaciones del empleador, en atención a la naturaleza alimentaria del salario, por lo tanto el incumplimiento de tal deber (arts. 74 y 128 de la LCT), deviene inexcusable y constituye una injuria en los términos del Art. 242 de la LCT” (“Khadjoyan María Alejandra c/ DATALINK LATIN AMERICA S.R.L. s/ despido”, CNTRAB – SALA III – 08/09/2009, citar: elDial - AA5A3C).

Simplemente -a modo ilustrativo- cito una decisión jurisdiccional que comparto y en lo pertinente resulta analógicamente aplicable al caso subexamine. En reiteradas ocasiones esta Sala ha resuelto que el atraso salarial es suficiente motivo para el despido indirecto porque la remuneración es de estructura alimentaria y no existen razones para cargar en el trabajador el deber de seguir esperando que alguna vez se le pague lo que se le debe. Por ejemplo, en "M., J. N. c/ T. A., G. y A. SA s/ despido" esta Sala afirmó: “En todo momento pero sobre todo en los duros económicamente, el salario de un trabajador constituye la frontera entre la dignidad y la indignidad de su existencia. Su falta de percepción agravia seriamente los intereses y la calidad de vida de quien debiendo recibirlo no lo ha percibido".

"El trabajo decente como paradigma es transformador porque se rescata al hombre del determinismo económico. Afirmar que lo personal no se negocia, que no admite regateo, es afirmar lo previo a la revolución" (Emmanuel Lévinas, “2De lo Sagrado a lo Santo, Cinco lecturas talmúdicas”, Ríopiedras, Barcelona, 1997, Pág. 28)" ("Sierro Carlos Ernesto c/ Pescasur SA s/despido" - CNTRAB - SALA VI - 04/05/2004, citar: elDial - AA207E).

2.- La multa del Art. 80 de la LCT es el segundo agravio; dice que la actora no intimó como dispone la norma.

Asiste razón al apelante y coincido con la descripción del instituto efectuada por la Sra. Camarista prevotante y recuerdo la doctrina del Superior Tribunal de Justicia en sentencia definitiva nro. 15/SER/06: consideró la intimación previa y fehaciente de la entrega lo que no ocurrió en autos. De la decisión de darse por despedida, el 26 de marzo de 2004 esa intimación efectuada no está condicionada a lo dispuesto en el decreto nro. 146/01.

Por ello revoco en este punto de decisión la sentencia de grado y ordeno la realización de la liquidación excluyendo el concepto multa Art. 80 LCT (Art. 45 ley 23345).

3.- El último agravio es la sanción prevista en el Art. 2 de la ley 25.323. Vuelve a variar la suerte que corre el apelante toda vez que la trabajadora intimó en forma previa y específicamente a su empleador y de la lectura de las cartas documentos dirigidas al demandado se incluyó, y la discusión de las causales ni la intención del empleador resultan elementos suficientes para hacer variar lo dispuesto por la A quo, rechazo en consecuencia el agravio.

4.- Las costas de la alzada se imponen al apelante vencido por considerar que el rubro o queja por el que prosperó no resulta relevante para modificar el carácter de perdidoso y viabilizar la excepción de la norma procesal (Art. 69 del D. J., Ley XIII nro.5). Por idénticos motivos se mantiene la imposición de las costas y la regulación de honorarios efectuadas en la instancia de grado.

Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por lo expuesto propongo:

1.- Receptar parcialmente los agravios de la apelante demandada modificando la sentencia venida en crisis en punto a la condena de la multa prevista en la ley 23345, Art. 45. Ordeno practicar liquidación por Secretaría del Juzgado según considerando respectivo.

2.- Costas al demandado vencido. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo, según considerando respectivo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del Art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I. A) Advierto que han llegado firmes a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas preopinantes, la temática sobre: a) Hacer lugar a la apelación en cuanto a la multa prevista por el Art. 80 último párrafo de la LCT (segundo agravio de la apelante demandada - fs. 699/701- contestado por la actora - fs. 706vta.), quedando como desacordadas las cuestiones atinentes a: 1) si el despido indirecto fue o no justificado (primer agravio de la apelante demandada – fs. 695/699- contestado por la actora – fs. 703vta./ 706vta.); 2) la procedencia o no de la indemnización del Art. 2 de la Ley 25323 (tercer agravio de la apelante demandada – fs. 701/vta. – contestado por la actora – fs. 707/vta. y 3) la imposición de costas.

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a la emisión de mi voto sobre los puntos individualizados como desacordados en virtud de lo establecido por el Art. 274 del C.P.C.C.Ch , ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que “La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo”.

I. A-1) En cuanto a si el despido indirecto fue o no justificado (primer agravio de la apelante demandada –fs. 695/699- contestado por la actora – fs. 703vta./706vta.), respecto del derecho – fondo- es entendimiento de la suscripta que para que juegue el despido indirecto, debe estar clara, patente, visible, la buena fe; no tiene que haber incumplimiento por parte de quien ejerce ese derecho, y debe estar probada la mala fe o la intención terminante y precisa de injuriar a la trabajadora por parte del patrono.

En este sentido se ha determinado que: "El concepto injuria ha de tratarse de la inobservancia de los deberes de prestación o de conducta que estaban a cargo de cada una de las partes, debiendo tales incumplimientos revestir una gravedad tal que torne imposible la prosecución del contrato de trabajo” (causa nro. 469, 7-4-92, Cámara - Sala del Trabajo - Concepción del Uruguay, "Perez Ramona Buenaventura c/ Ayastuy de Alberto Eloisa s/ laboral por cobro de australes”, Pcia. Entre Ríos; elDial - ATB1B). Considero sobre el tema que vengo analizando que si bien la disposición del Art. 10 del Régimen de Contrato de Trabajo parece dirigida al empleador en cuanto a las situaciones dudosas acerca de la perdurabilidad de la relación de trabajo, en concordancia con lo dispuesto por el Art. 90 del mismo cuerpo legal, también obliga al

trabajador respecto de su principal cuando la permanencia está fuera de toda duda; esto último en consonancia con el deber de probidad y buena fe que debe imperar entre ambas partes por igual (Art. 63, Régimen Contrato de Trabajo)" (Cf. crit. DT 1995-A-412, citado en Ley de Contrato de Trabajo; “Manuales de Jurisprudencia La Ley”, 3ª edición, año 1999, Pág. 478 y 481).

Desde el aspecto procesal, no hay lugar a duda que la prueba de la causa invocada está a cargo del trabajador (Cf. crit. Dr. Julio Armando Grisolía, “Manual de Derecho Laboral”, Edit. Lexis Nexis, Pág. 455, Colegio Notarial de Mendoza, en J: 32.395 Doctorovich Alejandro M. c/ Colegio Notarial de Mendoza s/ Despido s/ Inc. Casación" - Fallo: 4199286 - Suprema Corte de Justicia - Circunscripción: 1 - Sala: 2 - Mendoza - 2004/06/24, Expedientes: 77003 - Ubicación: S338-137; elDial - MZ3F00).

En igual sentido a lo que considero se ha expedido la doctrina especializada en el tema, cuando expresa que: “La violación de los deberes de prestación o de conducta de las partes constituye un ilícito contractual que no siempre legitima el ejercicio de la facultad rescisoria. Por lo tanto, no cualquier incumplimiento legitima el ejercicio de la facultad rescisoria: se debe tratar de una injuria que por su gravedad torne imposible la continuidad del vínculo, es decir de un grave ilícito contractual”. Asimismo, tengo presente que dicha doctrina ha precisado que: ”Resulta importante valorar -en caso de falta de pago de remuneraciones como es el que se analizara en el presente voto– el monto de la deuda” (Dr. Julio Armando Grisolía, “Manual de Derecho Laboral”, Edit. Lexis Nexis, Pág. 455 y 463).

A ello cabe agregar que amerito que la valoración de la existencia de injuria la debe efectuar el juez en forma prudencial. Ello es así, ya que el Art. 242 de la LCT faculta a los jueces para evaluar las causas de despido y establece las pautas que “prudencialmente” deben tenerse en consideración: ”el carácter de las relaciones que resultan de un contrato y las modalidades y circunstancias personales en cada caso”.

El caso a decidir atento a lo expuesto por las partes y el intercambio telegráfico entre las mismas, corroborado conforme el informe prestado por el Correo Argentino (fs. 592/601) consiste en que:

La trabajadora –actora- se consideró en situación de despido indirecto invocando la causal de injuria en el incumplimiento del demandado a la intimación del reintegro de la diferencia de su salario correspondiente al mes de febrero del 2004, a la cual posteriormente agrega que éste determinó la variación en las condiciones de trabajo (fs. 9/17, 34/38vta.).

El empleador –demandado– ante la intimación de la actora reconoció la diferencia alegada por ella, justificando dicha circunstancia en un error involuntario incurrido por el estudio contable en la liquidación de su sueldo poniendo a disposición en el domicilio de dicho estudio la diferencia, intimándola en otro intercambio telegráfico el cumplimiento al horario de trabajo de Lunes a Viernes de 09:00 a 13:00 y de 16:00 a 20:00 h y Sábados de 09:00 a 13:00 h (fs. 389/391) (informe prestado por el Correo Argentino a fs. 592/601).

Del análisis de las constancias de autos, las cuales valoro conforme las premisas expuestas precedentemente en este voto, emerge que en la absolución de posiciones efectuada por la actora, la misma reconoce que no concurrió a percibir la diferencia puesta a su disposición, como tampoco a recepcionar el certificado de trabajo (fs. 556 y 557 contestación a la 6ta. y 7ma. posición); del reconocimiento de firma efectuado por el Sr. R. A. (Oficial de Banca de Empresas BBV Banco Francés -de fs. 75/78–) de la doc. reservada por Secretaría de Cámara de Apelaciones nro. 188/09 (fs. 558) ha quedado acreditado que el demandado autorizó a la entidad bancaria a debitar de su cuenta corriente en concepto de pago de sueldo de febrero para la actora

los días 05/03/04 la suma de pesos trescientos setenta y tres ($373) y 25/03/04 la suma de pesos cuatrocientos dos ($402), dicha suma también es corroborada por el informe prestado por el Banco Francés a fs. 589); de la declaración testimonial de la Contadora L. I. S. (fs. 568, contestación a la 2da., 3era., 6ta., 8va. pregunta) surge que en el Estudio de ella se efectuaba la liquidación de sueldos, del impuesto al valor agregado y de todas las obligaciones impositivas y previsionales para el demandado, habiendo cometido dicha profesional un error en la liquidación de sueldo del mes de febrero del 2004 correspondiente a la trabajadora, solicitándole el demandado -ante la carta documento remitida por la actora- que se abonara en dicho estudio la diferencia a los efectos de que ésta le firmara el recibo, encontrándose el dinero tres o cuatro días en dicho estudio, depositándose por la contadora posteriormente en el banco dicha diferencia; siendo comunicada por ella, en su momento, a la actora que el dinero estaba a disposición; de los dichos de la propia actora ante sede administrativa (fs. 618) emerge que: a) la remuneración normal y habitual bruta era de pesos setecientos ochenta y seis con ochenta y cuatro centavos ($786,84); b) había sido puesta en conocimiento que la diferencia de su sueldo del mes de febrero se encontraba a disposición ante las oficinas contables del demandado; c) habiendo consultado telefónicamente si ya podría cobrar, se le contestó telefónicamente que tales diferencias se le iban a depositar en su caja de ahorro y d) tales diferencias estaban acreditadas a partir del 26/03/04, habiéndolas percibido fuera del término legal. Observo, asimismo, que según sus propios dichos en dicha sede administrativa y en el mismo acto el 26/03/04 es el día que la misma remite telegrama al demandado considerándose incursa en despido indirecto.

Las testimoniales prestadas por las Sras. C. M. de los Á. (fs. 570/571) como por L. M. I. (fs. 573/vta.) y R. M. L. (fs. 575/vta.) no las he de ameritar atento a la relación de amistad con la actora y de su conocimiento por los dichos de ésta última que se evidencia de sus declaraciones. Ello así, ya que es criterio de la suscripta que: ”El testigo de oídas (“hearsay”) es insuficiente para justificar el hecho sobre que depone y menos ha de ser atendible cuando las referencias de que se hace eco provienen de la propia parte que lo propuso pues tal caso sólo refleja el punto de vista de la misma" (28-09-01, Sent. Definitiva nro. 60, en autos caratulados: “O. A., G. S. c/ P. S. SA s/ Demanda Laboral -Diferencia Haberes e Indemnizaciones-”, Expte. Nro. 11.148/99).

Evalúo, también, tanto la extensión de la relación laboral que unió a las partes desde el 01/11/99 hasta el 24/03/04, como que la relación entre las partes fue buena y armoniosa hasta el mes de febrero del 2004.

En virtud de los criterios de fondo y procesales expuestos considero que no se ha dado en el presente caso la gravedad injuriosa argüida por la actora para justificar considerarse en situación de despido indirecto.

A dicha decisión arribo porque considero de aplicación, a mayor abundamiento de lo que vengo exponiendo, el criterio jurisprudencial que determina que: "Reconocida la obligación y expresada por el deudor la voluntad de cumplimiento y señalado el lugar donde el importe de las remuneraciones se encontraba a disposición del acreedor, es éste quien incurrió en "mora accipiens". La inejecución de la obligación del principal en tiempo propio no trascendió a la categoría de incumplimiento, y no pudo ser invocada como causa de denuncia del contrato, en los términos del Art. 242 LCT (Ley 20.744). Si el trabajador no estaba de acuerdo con la forma de pago que la demandada le ofreció debió impugnar la misma, es más, conforme lo señalado por el Art. 124 LCT (Ley 20.744) estaba autorizado a exigir el pago en efectivo, pero ello no lo autorizaba a considerarse despedido alegando inejecución de la obligación" (10130/96 S. 29053 -

"Rondolini Carlos Alberto c/ Fortunato Arrufat S.A. y Otro s/ LEY 14546" – CN. Trab. - Sala VIII - 26/06/2000: elDial - AA65C).

Por las razones expuestas corresponde hacer lugar a la apelación interpuesta por el apelante demandado a fs. 695/699 y, en consecuencia, revocar el punto primero del fallo rechazando la demanda de la actora contra el demandado.

I. A-2) En lo atinente a la procedencia o no de la indemnización del Art. 2 de la Ley 25.323 (tercer agravio de la apelante demandada – fs. 701/vta. – contestado por la actora – fs. 707/vta.), teniendo en cuenta la decidido en el punto precedente de este voto, no corresponde tratar el mismo por ser improcedente.

I. B) Teniendo en cuenta cómo se ha decidido en el presente y compartiendo el criterio expuesto por la Cámara de Apelaciones -Sala A- Comodoro Rivadavia, en cuanto a que: ”El principio objetivo de derrota remite por vía de excepción, al factor subjetivo de la conducta del vencido, que permite al prudente arbitrio judicial disponer la eximición de costas al vencido, si media una "convicción razonable" acerca de la existencia del derecho que se invocó en la demanda, permitiendo establecer las costas por su orden (22-06-2000, Sentencia Definitiva, Magistrados: Dres. Julio Alexandre - Fernando Nahuelanca - Daniel Caneo, en autos caratulados: “Z., C. R. y Otro c/ G. A. SA y-u Otro s/ Demanda Laboral - Diferencias en Indemnización por Despido”, son razones todas por las cuales arribo a la decisión de imponer tanto las costas de primera como de segunda instancia por su orden (arts. 69, 2do. Párr. y 282 del C.P.C.C.Ch –Ley XIII, nro. 5, Anexo A). Se difiere la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo donde se tendrá en cuenta el tema traído a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido en un todo de acuerdo con lo prescripto por los arts. 5, 6, 8, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la colega preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y entender que esta parte del voto no está comprendida dentro de las premisas prescriptas por el Art. 169 de la Constitución Provincial, a la misma adhiero en la parte en que he tenido que decidir.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios, revocando el punto 1 de la sentencia de fs. 677/689vta. y, en consecuencia, desestimar la demanda interpuesta por la Sra. M. A. P. L. contra el Sr. G. E. P. J. .

2) Revocar parcialmente el punto 2, condenando al Sr. G. Ed. Pé. J. a que en el plazo de diez días de firme la presente entregue los certificados que ordena el Art. 80 LCT y la certificación de servicios, remuneraciones y aportes de acuerdo al considerando respectivo.

3) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. S. M. M., A. H. B. y M. C. P., conjuntamente, en el ONCE POR CIENTO (11%), a los Dres. J. J. E., M. E. F. v. R., M. B. G. y M. G., conjuntamente, en el CUATRO POR CIENTO (4%), a los Dres. O. G. A., C. S. K., M. G. y N. C. G., conjuntamente, en el VEINTE POR

CIENTO (20%) y al perito contador A. L. en el CUATRO POR CIENTO (4%), porcentajes a calcular sobre el monto total del presente juicio.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. C. S. K. y C. N. G., conjuntamente en el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%) y a la Dra. M. C. P. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), porcentajes a calcular sobre lo regulado a cada parte por sus respectivos trabajos en la instancia de grado.

6) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 707vta.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"