En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de febrero del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de María Inés de Villafañe y presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **" W. E. A. c/ M. G. y A. S.R.L. s/ Cobro de Pesos" (Expte. Nº153 Año 2010)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte.N° 359/08), 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.129

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas expresó:

1.

La sentencia en crisis hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a G. M. & A. S.R.L. a abonarle al Sr. E. A. W.– previo los descuentos de ley- la suma de $ 8.258,40 más intereses e impuso las costas por su orden.

Señaló la Sra. Jueza que, reconocida la relación laboral, el tema a resolver se limitaba a determinar si resultó acreditado el reclamado pago del fondo de desempleo como el cumplimiento de la entrega en tiempo y forma de las certificaciones previstas por el art.80 LCT.

Luego de valorar la pericial caligráfica y darle pleno valor probatorio, desestimó el reclamo del fondo de desempleo fundado en que *"No discutido que la contratación entre las partes tuvo las características de intermitencia de que da cuenta la certificación de remuneraciones, los recibos de fondo de desempleo que, conforme conclusión del perito calígrafo, aparecen firmados por el actor hacen plena prueba respecto del pago del reclamo rubro"*; rechazó la multa prevista en el art.18 de la Ley 22.250 por no haber acreditado la falta del pago de aportes al fondo de desempleo y que no intimó a la entrega de la Libreta, recaudo que señala, resulta condición para la admisión del rubro.

Por su lado reconoció el incumplimiento de la demandada a la obligación de entrega de las certificaciones del art. 80 de la LCT y admitió la multa prevista en la norma.

La sentencia fue apelada por la actora a fs.117 y se agregó el memorial de agravios a fs.119/ 121.

A fs. 130/130 vta. se dispuso por SIL N° 18/10 y como medida para mejor proveer la ampliación de la prueba pericial caligráfica. A fs. 135/138, se agregó el informe del perito calígrafo, debidamente notificado a las partes conforme cédulas de fs.140/141.

A fs. 143 se reanudó el plazo para dictar sentencia.

2.

Se quejó la parte actora por la desestimación del fondo de cese laboral y de la multa prevista en los arts. 15 y 18 de la Ley 22.250, para ello señaló:

a) que se tuvo por acreditado el pago de fondo de desempleo sobre la base de una pericia caligráfica que nada dice respecto de los supuestos comprobantes de pago identificados con los N° 35 al 46;

b) que más allá de la pericia, la Sra. Jueza omitió considerar el incumplimiento de las disposiciones del Capítulo V de la referida ley. Aludió que al comprobar la falta de depósito de los aportes, reclamó el pago del fondo de cese laboral, que está prohibido el pago directo al trabajador y que el incumplimiento de las obligaciones del art.18 produce la mora automática quedando expedita la acción judicial;

c) que se soslayó en la sentencia si los supuestos montos abonados son los que debió percibir y que cualquiera de la condiciones del art.17 desencadena la sanción legal;

d) Concluyó en la valoración discrecional y subjetiva de las pruebas reunidas.

3.

Fue un hecho controvertido en autos el pago del fondo de cese laboral que la ley 22.250 prevé para los obreros de la construcción.

En tanto la parte actora lo reclamó en su pretensión, la demandada sostuvo haberlo abonado en tiempo y forma.

Se queja la parte actora por cuanto la sentencia de la Instancia anterior desestimó la procedencia del fondo de cese laboral y la multa del art. 18 de la ley 22.250.

El decisorio tuvo por acreditado el pago del mencionado fondo, sustentando tal postura en la pericia caligráfica de fs. 88/101.

Aportada por la demandada la prueba documental individualizada con los Nros.35/46 (originales que tengo la vista para este acto), lo cierto es que fue sometida a pericial caligráfica, a fin de dirimir su autenticidad.

Discrepo con la Sra. Jueza de la Instancia anterior en cuanto a que dicha prueba ha cobrado todo valor probatorio, pues, contrariamente a lo que apunta en su decisorio, el examen pericial omitió expedirse concretamente sobre la autenticidad de las firmas insertas en la documental numerada con fs, 35/46.

A tal punto el mismo era incompleto que debió disponerse la medida para mejor proveer de fs. 130, agregándose de ese modo el informe pericial de fs. 135/138, que vino a completar el anteriormente mencionado.

El informe aportado por el perito en esa última instancia, nada señala respecto a la autenticidad o no de la documental identificada con los números 40,42,43,45 y 46. Sólo se limita a apuntar que sí pertenecen al actor las firmas clasificadas como treinta y cinco (35) a treinta y nueve (39), cuarenta y uno (41) y cuarenta y cuatro (44).

En todo caso, correspondió a la demandada el deber de acreditar que las nomencladas como 40,42,43,45 y 46 pertenecían al accionante, pues el *onus probandi* pesaba sobre esa parte.

Ello, sin perjuicio de poner de resalto que, en virtud del principio de preclusión, y con el traslado conferido a fs. 139, la tarea pericial complementaria no fue impugnada ni objetada por las partes.

Dicho principio, constituye una limitación que puede ser perjudicial para la parte que por cualquier motivo deja de ejercitar oportunamente un acto de importancia para la suerte del litigio. Viene a ser, el precio que el proceso escrito paga por una relativa rapidez en su tramitación.

Las partes son responsables de las consecuencias jurídico-procesales que en su contra se deducen al no ejercitar los actos conducentes en el respectivo período preclusivo, y por eso MICHELI observa atinadamente que se trata del ejercicio de un poder (carga), conferido en el interés de la parte misma. Por ello, cuando se habla de preclusión, se habla de autorresponsabilidad del sujeto procesal. Es decir, precluye la oportunidad para ejercitar un acto en interés de la parte que debía ejecutarlo (Cfr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Teoría General de la Prueba Judicial", Víctor P. De Zavalía, Editores, Bs.As., p. 60 y ss.).

Así las cosas, soy de la opinión que, no habiendo la parte demandada acreditado haber cumplido en tiempo y forma con el pago de dichos períodos, ha transgredido los términos de la norma del art. 16 de la ley 22.250. Y en ese sentido debo asignarle razón al apelante.

En esa línea de ideas, toda vez que el deudor cumplió defectuosamente con las obligaciones a su cargo (arg. art. 505, 2ª. parte, del Cód. Civil), ha incurrido en mora, la que, por imperio del art. 18 de la citada ley tiene carácter automático.

Ello, por cuanto el cumplimiento defectuoso queda asimilado al incumplimiento total (Conf. BUSSO, E., op. cit., t. III, p. 240, nº 13 y p. 287, núms. 77 y ss., especialmente nº 84; GALLI en SALVAT-GALLI, op. cit., t. I, nº 81, a,p. 96; REZZÓNICO, L. M., op. cit., t. I,p.126; BORDA, G.A., op. cit.,

nº 68, p.50) en cuanto uno y otro generan la responsabilidad del deudor (Conf. BUSSO, E., op. cit., t. III,p.238,núms. 1 y 2) .

El deudor no puede imponer al acreedor la recepción de un cumplimiento defectuoso, por no haber identidad entre lo debido y lo que se intenta pagar (Conf. Cám. Civ. 2ª, 21-IX-1945, "Gac. del Foro", t. 179, p. 252).

La percepción del fondo sustituye el régimen de preaviso e indemnización de la ley común. No obstante la denominación "fondo de desempleo", el instituto no tiene ninguna relación con el que en seguridad social se contempla; se trata de un salario diferido en cuanto se refiere a su percepción, que se opera en función del tiempo de servicio y con prescindencia de la situación de desempleo en que puede hallarse el trabajador (lo mismo da que obtenga otro empleo a los pocos días o que sólo lo logre después de varios meses, cuando el importe del "referido" fondo se hubiera agotado en la atención de los gastos normales para subvenir a sus necesidades y las de su grupo familiar. (cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", T° I, Ed. Astrea, Bs.As., p. 668).

Y en esa tesitura, deberá el empleador realizar el pago directo (pues tal modalidad no ha sido objetada por las partes) de los montos adeudados, con más las indemnización que dicha norma prevé (cfr. art. 508, Cód. Civil). Esto es, habiendo el actor cumplido con la formalidad que indica la 2ª. parte del art. 18 (ley cit.), la indemnización a que hace referencia dicha norma ha de obtener ,en el presente caso, favorable acogida.

Con relación al pago del fondo adeudado – correspondiente a los períodos noviembre/06, febrero/07 , marzo/07, julio/07 y febrero/08 – su monto ha de ser determinado en la liquidación que al efecto habrá de practicarse en autos, conforme con los porcentuales del art. 15, de la ley 22.250.

Respecto de los intereses adeudados por dicho incumplimiento en los períodos noviembre/06 (instrumental identificada con el N° 40), febrero/07

(instrumental identificada con el N° 42), marzo/07, julio/07 (instrumental identificada con el N° 45) y febrero/08 (instrumental identificada con el N° 46), deberán calcularse a la tasa activa del B. de la P. del C. S.A. que aplica para las operaciones de descuentos de documentos. El cómputo de tales intereses deberá realizarse desde el vencimiento en que cada aporte debió ser efectuado, conforme las pautas del art. 16 de la precitada ley. Esto es, a partir del día 16 del mes siguiente a aquel en que se haya devengado la remuneración debida, en los respectivos períodos adeudados.

Ello así, por cuanto los intereses moratorios se devengan, *ipso iure*, desde la mora, por expresa disposición legal, en virtud del art. 622, Cód. Civil. Habiendo sido reclamados en la demanda, los intereses moratorios siempre se deben, y es el Juez quien debe determinar su tasa a falta de convención o disposición legal (cfr. OSSOLA, Federico, " Intereses, Perspectiva Jurídica", en "*Cuaderno de Obligaciones*", n° 2, Alveroni, Ediciones, Córdoba, 2007, p. 180).

Respecto a la indemnización prevista en el art. 18, he de señalar lo siguiente: no puede soslayarse que la pericia complementaria de fs. 135/138 tuvo por reconocidas las firmas del actor en la instrumental identificada con los números 35 a 39, 41 y 44, circunstancia ésta que me permite afirmar que el incumplimiento del demandado fue incompleto, mas no fue absoluto. De modo tal que debo valorar que durante la mayoría de los períodos laborados, la demandada cumplió con las obligaciones a su cargo y esa conducta será merituada al momento de "graduar" la indemnización, tal como lo requiere la manda legal.

Razones de equidad me llevan a sostener que tal reparación no puede extenderse más allá del mínimo que la ley contempla, esto es, el equivalente a 30 días de retribución mensual del trabajador, que para el mes de febrero de 2008 era de $ 2.752,80. Ello también deberá, a mi modo de ver, ser objeto de cálculo de la liquidación que al efecto deberá practicarse en autos.

Ese monto tarifado es una consecuencia del obrar antijurídico del empleador. Más allá de acotarlo a una cifra determinada, nada obsta a que se trata igualmente de una obligación de dar sumas de dinero. En esa inteligencia, no advierto razones para excluirla del régimen del art. 622, del Cód. Civil a los efectos de los intereses.

No escapa a mi criterio que la indemnización contemplada en dicha regla de la ley 22.250 tiene una función resarcitoria, porque importa una liquidación anticipada (aunque el Juez haya de graduarla prudencialmente) de los daños y perjuicios que el incumplimiento de la obligación causa al acreedor, y una función compulsiva, en cuanto agrega un estímulo que mueve psicológicamente al deudor, a cumplir con las obligaciones que la ley le impone a su cargo.

Por tal razón, deberán adicionarse intereses, con la misma tasa que en el caso de los importes adeudados, y que fueran materia de análisis precedentemente. Ello, teniendo en cuenta que así fue solicitado también en ocasión de promover la demanda.

Respecto al cómputo de esos intereses, los mismos deberán dar comienzo una vez operado el plazo de dos días hábiles que, contemplado en la norma legal, fueron expuestos en el despacho epistolar de fs. 3, oportunidad en que se verificó la mora a que se refiere el art. 18 de la ley 22.250.

Por tales razones, voto por la **NEGATIVA**

4.

Atento al modo en que se resuelve la cuestión, y por imperio del art. 282 del CPCC, deberán readecuarse las costas de la Instancia anterior, debiendo acarrear con las mismas, en su totalidad, la accionada de autos. En cambio, no han de ser modificados los honorarios allí regulados.

5.

Las costas de esta Instancia se imponen al demandado. A tal fin, propongo regular los honorarios profesionales de la Sra. Letrada de la parte actora, J.

F., atento el mérito de la labor desarrollada, en el 30% de los correspondientes a la Instancia anterior.

Así lo voto

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe señaló:

1.- Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones siguientes.

a) Fondo de Cese Laboral:

La ley 22250 rige la actividad de los trabajadores de la construcción e instituye un régimen autónomo con disposiciones de orden público que excluye las contenidas en la LCT.

En el marco de esa norma, al trabajador se le otorga una Libreta de Aportes expedida por el Registro Nacional de la Industria de la Construcción y desde el comienzo de la relación laboral el empleador debe efectuar el aporte que integra el fondo de cese laboral- antes fondo de desempleo-, mediante depósito en una cuenta bancaria a su nombre, debiendo entregar las constancias fehacientes.

Finalizado el vínculo de trabajo, cualesquiera fuera la causa de dicha extinción, el trabajador tiene derecho a su cobro.*" En realidad, dicho concepto puede ser asimilado a un salario diferido, pues está conformado por la suma de los aportes mensuales que obligatoriamente debe hacer el empleador desde el comienzo de la relación laboral (Art. 15 de la ley citada), y su finalidad es la de proveer al trabajador de la construcción qué finalizó una relación de trabajo de medios*

económicos para afrontar los gastos que irroguen su subsistencia y la de su familia durante el tiempo que transcurra hasta que consiga un nuevo empleo." (CNTRAB - SALA III - 28/05/2003) .

El art. 16 prohíbe el pago directo al trabajador, pero la excepción está prevista en el art. 17 cuando señala que " *Únicamente en caso de cese se abonará directa el aporte que corresponda a la remuneración por la cantidad de días trabajados durante el lapso respecto del cual no haya vencido el plazo para el depósito previsto por el artículo 16"* (dentro de los primeros quince días del mes siguiente a aquel en que se haya devengado la remuneración).

Reclamado por la actora el fondo de cese laboral, la Sra. Jueza dando pleno valor probatorio al informe pericial y considerando que la contratación tuvo características de intermitencia, dio por extinguida la obligación de pago con los recibos – conforme la pericial- firmados por W.

En la Carta documento de fecha 30 de julio de 2008, la actora reclamó el fondo de desempleo correspondiente a los siguientes períodos laborados: 19 de abril de 2006 al 1 de diciembre de 2006; 7 de febrero de 2007 al 1 de marzo de 2007 y 4 de febrero de 2008 al 29 de febrero de 2008.

Acompañó la demandada, doce recibos individualizados alfabéticamente y numerados con lápiz negro ("A" a "L" y 35/46) con los que procuró acreditar el pago directo del fondo de desempleo. La pericial caligráfica cumplida tenía por objeto determinar la autenticidad de las firmas insertas en la documental (recibos de haberes y fondo de desempleo) individualizadas numéricamente con los N°s 1 al 34 y N°s 35 al 46. El perito Ramírez analizó en su informe las firmas dubitadas e indubitadas, señalando que -en función de los automatismos gráficos previamente reseñados- existen más de dos gestos gráficos escriturales concluyendo que *" las firmas estampadas sobre los formularios de recibos desglosados e identificados numéricamente con el Uno a Cuatro, Ocho, Nueve, Trece a Treinta y dos corresponden al gesto gráfico de puño y letra al actor E. W. "*. Con la medida

para mejor proveer y cuyas conclusiones se agregaron a fs.135/138, no queda margen de duda para determinar que los recibos identificados con N° 40 (18/12/2006 por $ 226,61), N° 42(6/3/2007 por $ 244,73), N° 43 (3/4/2007), N° 45 (10/8/2007) y N° 46 (19/03/2008 por $ 353,23) no fueron signados por el actor. La falta de impugnación a tales conclusiones por parte de la demandada, me permiten concluir en la suficiencia del dictamen y su ampliación y con ello que las firmas excluidas por el perito no pertenecen al patrimonio escritural del Sr. W.

Refiero aquí que, aun cuando le fuera prohibido el pago directo para aquellos períodos continuos de vinculación, de haberse acreditado su pago directo con la pericial caligráfica, vedado estaba al juzgador admitir el rubro por segunda vez.

Por lo expuesto, se admitirá el agravio y se mandará a pagar el fondo de cese laboral conforme la liquidación que deberá practicarse en la instancia anterior, en los porcentajes que indica el art.15 de la ley 22.250 y durante los períodos de tiempo reclamados por la carta documento de fs. 3, con más los intereses que para la tasa activa determina el B. del C S.A. desde que resultaron exigibles y hasta su efectivo pago.

b) Indemnización prevista en los arts. 15 y 18 de la Ley 22.250.

Conforme se resuelve el anterior agravio y considerando que "*Las dos condiciones del art. 3° de la ley 17.258, entrega de la libreta y pago del fondo de desempleo, deben ser consideradas como requisitos independientes de modo que la falta de cualquiera de ellos desencadena la sanción legal.*" (STJCh SD 16/1982), la multa prevista en el art. 18 prospera.

Brevemente me expediré en relación al requisito de la intimación previa para habilitar la percepción de la multa y que fuera materia de agravio de la actora.

La norma del art. 18 en su primer párrafo expresamente indica que incumplida la obligación de entregar la libreta o el pago directo del fondo

en los supuestos que el plazo del depósito aún no haya vencido al producirse el cese de la relación laboral, se produce la mora automática quedando habilitado para iniciar las acciones judiciales a fin que se haga entrega ya de la Libreta ya del pago directo del fondo de cese laboral. *" En la actual normativa, el incumplimiento del empleador a las obligaciones del art. 17, cuales son entregar la libreta de aportes -LFD-, que la misma cuente con los mismos, o en su caso el pago directo que la ley autoriza según la fecha del distracto, etc., genera una mora automática del empleador que se opera por el solo transcurso del tiempo y términos fijados en el citado artículo. La consecuencia de esta mora automática es que operada, el trabajador puede exigir la entrega de la LFD, que la misma tenga los aportes respectivos, o en su caso especial el pago en efectivo del Fondo de desempleo.* (CANE Sala A SDL 119/93).

El segundo párrafo del art. 18 exige que para hacerse acreedor de la indemnización que prevé, deberá el trabajador intimar por el término de dos días y constituir en mora al empleador.

Acreditado el incumplimiento del pago de los aportes al fondo de cese laboral e intimada la demandada, estimo pertinente admitir una indemnización equivalente a treinta días del salario real del trabajador. Para ello he de considerar que llega firme a esta instancia que la mejor remuneración mensual fue la del mes de febrero de 2008 por la suma de $ 2.752, 80. Al liquidar el monto deberán calcularse los intereses con la misma tasa que propongo para el item ya considerado y desde que la obligación se tornó exigible y hasta su efectivo pago.

Concluyo proponiendo al acuerdo revocar la sentencia de primera instancia en lo que ha sido materia de agravios condenando a la demandada a abonar el fondo de cese laboral a determinar en la etapa de ejecución de sentencia y a la indemnización del art. 18 por la suma de $ 2.752,80 con más los intereses que se indicaron.

c) Conforme se resuelve en los términos del art. 282 corresponde readecuar la imposición de costas de la primera instancia, imponiéndoselas en su totalidad a la demandada vencida. No se modifican los porcentajes fijados para los honorarios por la directa adecuación al monto de condena.
Las costas en la Alzada se imponen al demandado. Los honorarios de la Ab J. L. F. conforme las tareas cumplidas y el éxito obtenido en su apelación, propongo se determinen en el 30% de los que le correspondan en la primera instancia.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo: En caso de ser acompañado mi voto por mi colega de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:
1) REVOCAR el decisorio de fs. 112/114 en cuanto ha sido materia de recurso y agravios. A tal fin, deberá la demandada abonar a la actora las sumas adeudadas, en concepto de fondo de desempleo (art. 15, ley 22.250) correspondiente a los períodos noviembre/06, febrero/07, marzo/07, julio/07 y febrero/08 y la indemnización (art. 18, norma legal cit.) equivalente a pesos dos mil setecientos cincuenta y dos con 80/100 ($ 2.752,80). En ambos casos, con más intereses, cuya tasa y cómputo se dejaron establecidos precedentemente. Todo ello, deberá calcularse en la liquidación que al efecto deberá practicarse en autos.
2) READECUAR las costas de la Instancia anterior, en los términos del art. 282, las que serán soportadas en su totalidad por la parte demandada (art. 57, ley XIX n° 1).
3) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (cfr. art. 57, XIV N° 1).
4) REGULAR los honorarios por la labor en la alzada de la Sra. Letrada de la parte actora, J. L. F. en el 30 % de los que se determinen en etapa de

ejecución de sentencia como correspondientes a la instancia anterior (art. 6, 13 y cc., Ley XIII, N° 4).

5) REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

A LA SEGUNDA CUESTION: La Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

Conforme el acuerdo, la decisión que corresponde adoptar es la que propicia el Dr. Mario Vivas.

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 encontrarse vacante una vocalía (Arts.7 y 8 Ley V N°17)

Puerto Madryn, de febrero de 2011.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) REVOCAR el decisorio de fs. 112/114 en cuanto ha sido materia de recurso y agravios. A tal fin, deberá la demandada abonar a la actora las sumas adeudadas, en concepto de fondo de desempleo (art. 15, ley 22.250) correspondiente a los períodos noviembre/06, febrero/07, marzo/07, julio/07 y febrero/08 y la indemnización (art. 18, norma legal cit.) equivalente a pesos dos mil setecientos cincuenta y dos con 80/100 ($ 2.752,80). En ambos casos, con más intereses, cuya tasa y cómputo se dejaron establecidos precedentemente. Todo ello, deberá calcularse en la liquidación que al efecto deberá practicarse en autos.

2) READECUAR las costas de la Instancia anterior, en los términos del art. 282, las que serán soportadas en su totalidad por la parte demandada (art. 57, ley XIX n° 1).

3) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (cfr. art. 57, XIV N° 1).

4) REGULAR los honorarios por la labor en la alzada de la Sra. Letrada de la parte actora, J. L. F. en el 30 % de los que se determinen en etapa de ejecución de sentencia como correspondientes a la instancia anterior (art. 6, 13 y cc., Ley XIII, N° 4).

5) REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Registrada bajo el NO. SDL del año 2011. CONSTE.