En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil once, 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. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., D. c/ A., E. V. s/ COBRO DE PESOS", expte. nro. 36/11,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 61/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el Art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 316), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts 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. 275/291? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la demandada y por la actora contra la sentencia definitiva nro. 46/2011 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción (fs. 276/291, fs. 295, fs. 296).

La sentencia venida en crisis concluyó en tener por acreditada la relación laboral que vinculó a la trabajadora D. P. con la accionada E. A. por el período comprendido entre el 28-04-2008 al 30-05-2009

desempeñándose como maestranza en el horario de mucama y en el sector lavadero de miércoles a sábados de 09.30hs. a 13.00 h. Consideró inconstitucional los acuerdos convenidos de abril del 2008 y diciembre de 2007 y abril 2009 en cuanto asignan carácter no remunerativo a los rubros que configuran una ganancia ligada estrechamente a la prestación de servicios de la trabajadora. Admitió la indemnización por daños y perjuicios ocasionados a la trabajadora por la falta de cumplimiento del empleador de aportar al seguro de retiro. Dispuso acredite en el término de 10 días los aportes previsionales bajo apercibimiento de girar las actuaciones a la AFIP

Declaró incursa en temeridad y malicia a la demandada.

Admitió el reclamo efectuado por la actora respecto del certificado de servicios Art. 80 de la LCT y la procedencia de los créditos por diferencia de haberes por $5.410,34, SAC prop. 1er. semestre 2008 por $411,44, Sac 2do. semestre 2008 en $1.184,04, dif. salario enero $2.194,92, Salario abril/09 $2.668,09, el de mayo 2009 $2.668,09, indemnización por vacaciones no gozadas/09 $853,78 y su SAC $71,14, indemnización preaviso no otorgado $2.668,09 y su SAC $222,34, indemnización por antigüedad $2668,09, indemnización Art. 1 Ley 25323 $2668,09, Art. 2 Ley 25323 $2668,09, indemnización Art. 80 LCT $8.004,27, indemnización por daños y perjuicios provenientes de la falta de depósito del seguro de retiro complementario $446,35. Hacer lugar parcial a la sanción conminatoria del Art. 132 bis LCT en $21.504,72.

Por todo lo cual falló haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por D. P. y

condenó a E. V. A. a abonarle la suma de $56.311,88, a la entrega del certificado de trabajo. Con más los intereses a la tasa activa del Banco Nación Argentina. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales actuantes en forma proporcional.

1. A fs. 298/302vta. obra agregado el memorial de agravios de la parte actora.

Primer agravio: porque no hizo lugar al reclamo del pago del SAC sobre el salario proporcional al egreso correspondiente al primer semestre del año 2009 no atendiendo a lo específicamente peticionado.

Segundo agravio: dispuso un monto inferior al 50% del establecido en el Art. 2 de la Ley 25.323. Ello se debió a que la A quo excluyó del cálculo el SAC desconociendo que es parte integrativa de la indemnización prevista en el Art. 232 LCT y por lo tanto debe integrar la base de cálculo.

Tercer agravio: la a quo estableció el cese de la sanción conminatoria prevista en el Art. 132 bis de la LCT sin que la demandada hubiera acreditado el ingreso de los aportes retenidos a la actora, porque la demandada presentó un plan de pago. Omitió considerar la letra de la norma que está destinada a todos los aportes incluso los sindicales que no son exclusivamente los ingresados a la AFIP. La parte actora da cuenta que la intimación se efectuó por el Centro de Empleados de Comercio y no hubo prueba que demostrara que depositó y en los recibos de haberes acompañados por la accionante constan retenciones con destino a FAECYS pero no lo depositado. De la informativa de fs. 200/201 de lo ingresado por la demandada es inferior a lo retenido por los meses de

enero a marzo 2009, que existen otros trabajadores por lo cual debe disponerse que se mantenga la sanción conminatoria del Art. 132 bis de la LCT hasta la acreditación fehaciente del depósito de los mismos.

Cuarto agravio: la consideración de la A quo porque consideró de cumplimiento imposible la entrega a la actora de la constancia documentada del ingreso a los organismos de seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones.

La sentenciante dejó de aplicar la LCT invocando un acuerdo de Secretarios y Jueces laborales, acuerdo que desconoce la agraviada y que además no es vinculante para los administrados.

El formulario AFIP nro. 931 lleva anexa una declaración jurada que describe el nombre del trabajador, empleador, período, contribuciones, detalle de aportes con destino previsional.

Extrae una serie de conclusiones respecto del punto diciendo que de ser así los empleadores depositarían en forma global, siempre debe existir individualización del trabajador y empleador ante la AFIP, por lo cual el trabajador no puede controlar sus aportes pues es información extraña al formulario nro. 931 AFIP.

La última consideración es la obligación inversa que establece es la imposición al trabajador de tramitar y obtener la clave fiscal, se aparta de las normas protectoras en materia de derecho laboral.

Mantiene la reserva del caso federal.

2. Por su parte la demandada expresa agravios en el memorial que luce a fs. 303/307.

Primer agravio: la fecha de ingreso establecida por la A quo porque realizó en base a

testimonios de Z. P. y T., el primero es pariente de la actora y sus declaraciones son endebles, dio relevancia descartando a I. O.. Respecto de la segunda dice que tomó conocimiento porque se lo comentó la actora.

Además, todos los recibos de sueldo indican la fecha de ingreso sin haberse objetado y fueron tenidos por válidos según punto III 1.g del fallo.

Segundo agravio: el descuento de haberes del mes de enero de 2009, diciendo que la actora prestó conformidad.

Tercer agravio: es la declaración de inconstitucionalidad de las actas acuerdo colectivo de abril 2008 y 05-12-2007, son acuerdos celebrados entre el sindicato, la patronal y el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, dándole con la homologación carácter de obligatoriedad. Además, aceptados en el curso de la relación por las partes.

Cuarto agravio: En cuanto determinó la jueza otorgar a la actora una indemnización por daños y perjuicios por la omisión de los aportes al fondo de retiro. Asienta su queja en la no obligatoriedad del aporte.

Quinto agravio: Se refiere al incumplimiento de condena del anterior ítem referido a los aportes de los meses 28-4-2008 a 1-11-2008 porque la fecha de ingreso de la actora fue en noviembre de 2008.

Sexto agravio: el certificado de trabajo, la parte actora nunca lo retiró, además no cuestionó la validez de lo consignado, según las cartas documento siempre estuvo al alcance de la trabajadora.

Séptimo agravio: cuando admite como

procedente la indemnización del Art. 1 de la Ley 25323. La registración fue correcta porque respondió a la efectiva fecha de ingreso.

Octavo agravio: la correspondencia de la indemnización del Art. 2 de la Ley 25323. Existe constancia en autos que estuvo a su disposición la indemnización por carta documento y fue la actora quien no concurrió adoptando idéntica actitud que con los certificados de trabajo.

Noveno agravio: la decisión de declarar a esta parte incursa en temeridad y malicia y la sanción dispuesta de duplicar los intereses, por considerar esa parte que no hubo tal conducta.

A fs. 308/11 contesta agravios la parte actora de su contraria.

Peticionando la deserción del recurso y expidiéndose sobre los puntos de queja de la demandada.

Análisis:

Iniciaré el estudio de los agravios de los apelantes por las quejas de la demandada que cuestiona íntegramente lo decidido en la instancia de grado y la sentencia sobre lo planteado incidirá sobre la apelación de la parte actora memorial sobre el cual también habré de decidir en lo que sea pertinente por la exclusividad y/o superposición de los planteos.

Considero que el escrito bajo estudio de la parte demandada es una discrepancia con lo decidido por el sentenciante de grado, sostenida en meras discrepancias, pretendiendo contradecir las conclusiones a las que arribó ese magistrado basadas en las constancias de autos, lo que me permitiría afirmar, que dicho memorial escasamente reúne los requisitos establecidos en el Art. 265 del código ritual (Art. 268

C.P.C.C.Ch).

Este cuerpo que integro ha mantenido un criterio de admisibilidad amplio y en tal sentido deviene válido recordar que ha sostenido tal premisa la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Montes de Victores, Vilma E. c/ Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", 26-06-1991, "incurre en un injustificado rigor formal incompatible con el derecho de defensa, la resolución que declaró desierto el recurso, basado en la omisión de una crítica concreta y razonada, si el escrito contiene argumentos mínimos sobre el tema que pretende someter a conocimiento de la Alzada" (autos "Servicios Eléctricos del gran Bs. As. c/ Municipalidad de Gral. Sarmiento", CS 2010-08-24 DJ rev. año XXVI- nro. 52-29-12-2010).

Razones por las cuales no recepto los planteos de la parte actora de fs. 308.

En punto a la queja sobre la fecha de ingreso:

Por lo dicho me aboco al estudio de los agravios de la demandada del primer agravio, la queja sobre el ingreso de la trabajadora.

Recuerdo que en la apreciación de la prueba de testigos el magistrado goza de amplia facultad, admite o rechaza lo que su justo criterio le indique como acreedora de mayor fe, en concordancia con los demás elementos de mérito que obre en el expediente (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", Astrea Ed. 1993, t. 2, Pág. 438).

Estrechamente vinculado lo dicho con las objeciones que despliega la demandada apelante respecto de las declaraciones testimoniales que el primer

sentenciante evaluó para decidir por tratarse de testigos presenciales algunos y de oídas otros, la facultad del magistrado no resulta ajena a esta instancia de revisión cuando el planteo hace especial hincapié en el alcance dado a las declaraciones frente a los demás elementos probatorios.

A fs. 29 y fs. 100 (fs. 115vta. y fs. 116) fue ofrecida conjuntamente con la demás prueba sin que haya sido objetada en la instancia procesal oportuna.

Oídas las declaraciones de todos los testigos respecto de Z. P. y T. haciendo uso de su derecho interrogó al deponente la demandada, por lo que remito a lo dispuesto en los artículos 428 y 429 del código de procedimiento.

En cuanto al objeto de la impugnación, que en la especie no se dio, sino una crítica en el memorial de agravios, se ha de centrar en los hechos testimoniales, pues de estos se desprenden las circunstancias y motivos que disminuyen o aumentan la fuerza de la declaración (ver Fenochietto, "Cód. Proc…", t. 2, 642, Ed. Astrea-99).

Sin adoptar el sistema amplio de libre convicciones, en la apreciación de la prueba testimonial, se emplea un método que supone la existencia de pruebas en el proceso y el deber de los jueces de valorar sus resultados según ciertas reglas que los usos, la costumbre, las disciplinas científicas y la experiencia han consagrado. Las reglas de la sana crítica son criterios de lógica que exceden el marco normativo, preceptos de entendimiento y observaciones comunes que permiten deducir o inferir la exactitud y razonabilidad de un medio de prueba (autor y ob.

citada, Pág. 643).

"El testimonio se funda en una doble presunción: la conformidad del conocimiento del testigo con la realidad y la de su fundamento moral; es decir, que el testigo no se ha engañado y que no trata de engañar al juez, ya que la fe en la palabra del hombre que ha presenciado el hecho es uno de los pocos recursos que restan al juez para la averiguación de la verdad. Además, el valor del testimonio es de libre apreciación por parte del juez, según la norma del Art. 384 CPCC; aunque la referencia a las reglas de la sana crítica está indicando que "el principio de libertad está construido a base del criterio objetivo", en oposición "al subjetivismo y al empirismo de la 'convicción íntima o de la conciencia'"; y en particular para la prueba de testigos el Art. 456 CPCC dispone que el juez apreciará "las circunstancias y los motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones", también según las reglas de la sana crítica" (citar: elDial.com - W3B8C).

De la lectura de la sentencia la A quo no desconoce el grado de parentesco que une al testigo Z. P. con la actora, aunque le brinda valor a su declaración.

Haciendo detalle de los dichos como que desde que se encuentra en esta ciudad sabe que trabaja la accionante, también aclara el propio declarante haber comenzado a trabajar por su tía, por su pariente. Que cuidaba a sus niños, los de la actora, de noche cuando trabajaba, lo cual lleva a considerar que se trata de una circunstancia que no le consta que iba a su trabajo la Sra. P., sino que decía ir, pasa a transformarse en un testigo de oídas.

Con respecto al testimonio de T. nada puede extraerse respecto del punto a dilucidar que es la fecha de ingreso a trabajar de P., y efectúa apreciaciones sobre la realización de su labor en el local de la demandada que era ocasional refiriéndose al año pasado (de su declaración) es decir 2009, porque la audiencia se celebró el 29 de julio de 2010 (fs. 233), además de ser un testigo de los llamados de oídas. Razones estas que tornan de insuficiente a fin valor dicho testimonio.

No fundamenta la juez a quo el porque no tiene fuerza convictiva el testimonio O., transmitiendo un comentario del abogado de la parte actora efectuado en la audiencia sobre la declaración de dicho testigo como propio razonamiento en el momento que expone. El comentario derivado de la respuesta contenida en el interrogatorio, además de inoportunidad por quien lo efectuó y de la magistrada que lo recogió nada aporta con la palabra "significativo" respecto de la memoria de la testigo deponente.

A mi modo de ver ninguno de los testimonios tiene suficiente fuerza de convicción como para prevalecer uno sobre el otro al momento de evaluar este tema, abonando con suficientes argumentos la postura de cada parte. Por lo cual y conforme fueran acompañados tanto recibos de haberes como los libros exigidos por ley sin objeciones, tengo por fecha de ingreso la consignada en los mismos y la categoría profesional.

Si bien es cierto que el Art. 23 de la LCT como invoca la magistrada da por cierta el contrato de trabajo, en cuanto al inicio no resultan suficientes las pruebas reunidas

La presunción acerca de la prestación de servicios instituida en el Art. 23 de la LCT tiende a resguardar jurídicamente la situación del trabajador contratado informalmente, ello no puede inducir a presumir la existencia de subordinación jurídica en cualquier situación, ya que en este sentido juegan factores de aptitud y condiciones personales de las partes que permiten perfilar una efectiva dependencia económica la que a su vez supone por parte del dador principal el efectivo ejercicio del poder de dirección y disciplinario. Al no ser probada la relación laboral no se opera la presunción prevista en el Art. 23 de la Ley 20744, (CNT Sala V 1998-11-13 DT 1999-A-688; C. trab. Córdoba Sala 2 1984-6-08 LLC, 984-1183 (96-R)). Tal y como ocurrió en la especie, respecto del período abril a noviembre de 2008.

En el caso, ha de estarse a la situación dada que el contrato y la prestación se dieron en el mismo momento en que fuera registrada, noviembre de 2008.

No aportó la actora en el caso ninguna prueba para respaldar su postura como se indicara en párrafos precedentes frente a los recibos de sueldo cuyos datos son respaldados por el libro del Art. 52 (inc. "d") de la Ley de Contrato de Trabajo.

"No es procedente el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del a-quo, que tiene por cierta la fecha de ingreso alegada por la demandada. Ello así, ya que se cuenta en la causa con el libro previsto en el Art. 52 de la Ley de Contrato de Trabajo (20744), y recibos de sueldos aportados por ambas partes que dan cuenta de la iniciación laboral en la fecha señalada por el

empleador” (citar: elDial.com - AR381 S TCHACO); “Si la fecha de ingreso del trabajador a la empresa, se encuentra inserta en la totalidad de los recibos de sueldo, y estos contienen todos los recaudos exigidos por las normas laborales y, en su oportunidad, la actora no los cuestionó, la supuesta falsedad en la especificación de aquella fecha debe ser fehacientemente justificada, ya que los mismos, al estar confeccionados conforme a la ley, tienen plena validez” (citar: elDial.com - AT1B84 STJ Entre Ríos).

Por lo cual hago lugar al agravio teniendo por acreditado que el ingreso de la trabajadora a las órdenes de la demandada en el comercio C. de M. se produjo el 1 de noviembre de 2008 desempeñándose en la categoría que dan cuenta los recibos de haberes. Por lo cual deberá modificarse el fallo en este punto, y practicarse liquidación por secretaria del Juzgado.

Debiendo tener por acreditado el contrato de trabajo en noviembre de 2008 con el salario que dan cuenta los recibos de haberes, alcanzado al SAC segundo semestre de 2008, excluyendo las diferencias salariales incrementadas y el SAC por el primer semestre de ese año; contabilizándose las diferencias salariales correspondientes a abril y mayo del 2009, su aguinaldo proporcional y las vacaciones, todo lo cual se ajustara conforme lo dicho en Secretaria del Juzgado al practicar la liquidación que se ordena. Deberán tenerse en cuenta conforme el desarrollo que efectuaré en párrafos siguientes.

La juez de grado dice que ninguna de las partes encaminó su accionar a ilustrar sobre lo ocurrido respecto del mes de enero de 2009.

Determinando que se abone dicho salario. Por su parte el apelante demandado en su memorial, reiterando lo afirmado al contestar demanda, sostiene que la actora trabajadora no había concurrido a prestar tareas voluntariamente, no obstante no existir en autos intimación alguna al respecto.

De la lectura del Art. 137 de la LCT surge que el deber de pagar las remuneraciones tiene un plazo cierto y determinado y la mora del empleador se produce en forma automática (Art. 509 del Código Civil) es decir, sin necesidad de interpelación previa, por el mero vencimiento de los plazos señalados en el Art. 128 del mismo cuerpo legal. Independientemente de la consideración de una injuria grave, que para ello si se requerirá interpelación, pero ello es independiente del concepto en análisis, que es la procedencia del pago del salario.

Sabido es que el pago del salario, remuneración que tiene carácter alimentario, es la principal obligación del empleador, además de ello, y como consecuencia del carácter otorgado encontramos en la ley de contrato de trabajo diversas normas protectorias (Art. 124 a 129, arts. 132, 133, Art. 260 entre otros).

Por lo cual se rechaza el agravio.

Sobre la queja por la decisión de la A quo de considerar constitucionalidad acuerdos aumentos no remunerativos

La expresión de agravios en este punto reitera los argumentos brindados al contestar demanda, no constituyendo una derivación razonada crítica del fallo, descalificando el memorial, ya que son una reiteración de lo dicho en estadios anteriores, lo cual

hace desestimable la queja.

Sin que ello modifique la decisión de declarar desierto este punto de los agravios, considero que la sentencia decretó la inconstitucionalidad de dichos acuerdo, pues ellos adquirieron el carácter general de una norma como bien señalaron las partes con la homologación de los mismos y por ello sujeta a revisión constitucional por parte de los jueces. Para mantener la supremacía de la Constitución y de las leyes sin provocar el desequilibrio de los tres poderes, es indispensable que exista en el pleito una cuestión que proporcione a los componentes del Poder Judicial la oportunidad de examinar, a pedido de alguno de los litigantes, si la ley o decreto conforman sus disposiciones a los principios y garantías de la C. N., no siendo dable, si los textos respectivos no han sido objeto de planteamiento y tacha de inconstitucionalidad por el eventual afectado, expedirse al respecto de oficio salvo cuando excedan los límites constitucionales de las atribuciones jurisdiccionales de la CSJN (Cf. Fallos: 310:1401). Establecidos los hechos y determinada la norma que rige la cuestión litigiosa, el juez debe resolver la procedencia o improcedencia de la cuestión deducida, para lo que serán necesarias tres condiciones: a) que la situación concreta que la demanda plantea esté amparada por norma legal –esto adquiere especial relevancia en el caso-, b)que exista legitimación activa y pasiva, c) que exista un interés en la decisión, pues es el que pone en movimiento la jurisdicción (ver Falcón, E., "Cód. Proc…", t. II, Pág. 140 cita Alsina, IV, Pág. 84, Chiovenda (principii…, Págs. 149/56).

La insistencia argumental del apelante

en punto a que los acuerdos tachados por el interesado tienen carácter de norma legal, simplemente abona la condición para la procedencia del tratamiento tal como se indicara precedentemente, pero en nada critica en forma concreta y razonada la decisión fundada por la jueza de grado que no encuentra en dichos acuerdos salariales colectivos un quebrantamiento de principios y garantías constitucionales.

Sin perjuicio de lo dispuesto he de coincidir con lo establecido en consideración a lo dispuesto en el convenio nro. 95 de la OIT, del cual hizo pleno uso la magistrada de grado en cuanto a su aplicación, toda vez que el mismo establece que los beneficios que ocultan remuneraciones deben ser desactivados por incumplir una norma superior (ver Julio Grisolía, “Manual de derecho de laboral”, Lexis nexis, Pág. 954).

No desconozco que parte de la doctrina y la jurisprudencia han entendido que los convenios colectivos de trabajo o alguna de sus cláusulas insertas en ellos no pueden ser tachadas de inconstitucionales. Ello porque el convenio colectivo es en esencia un contrato nacido de la voluntad común de las partes concertantes y no constituye ley en sentido formal, resultando improcedente el pedido de inconstitucionalidad (Grisolia, obra citada, Pág. 912).

Esta posición a mi modo de ver se contrapone con los principios protectorios del derecho del trabajo, en particular el referido a la remuneración, que en citas jurisprudenciales hizo la magistrada de grado, aunque no específicamente del caso es válida la analogía y la generalidad que comprenden las distintas convenciones que dispusieron los aumentos

en dinero en los periodos establecidos y a percibirse con el salario.

No hay que olvidar que por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que dicen jurídicamente, es decir, con conexión con las demás normas que integran el ordenamiento del país, con el fin de establecer así la versión técnicamente elaborada de la norma aplicable al caso, por medio de una hermenéutica sistemática y razonable. En la interpretación de las leyes cabe estar al espíritu de la norma, la intención jurídica y el bien jurídico protegido por la misma (DT2003-A-81).

Es el juez quien tiene el deber de velar por la constitucionalidad de las normas y de la lectura de los convenios aludidos surge palmaria la intención de mejorar el salario de los trabajadores del sector comprendidos en dicha convención colectiva de trabajo, y la generalidad que comprende equiparándose a una norma jurídica y por lo tanto susceptible de revisión judicial de constitucionalidad.

Sigue en orden de tratamiento el agravio sobre daños y perjuicios por omisión del depósito del fondo de retiro daños y perjuicios

Demandó la actora como resarcimiento por los daños y perjuicios que puede ocasionar a la trabajadora la omisión de depósito del retiro complementario. El tema a decidir radica en la legitimación del actor a reclamar los fondos del retiro, en tal sentido tuve oportunidad de expedirme con anterioridad en disidencia y por una cuestión de celeridad y economía procesal si bien dejaré sentada mi opinión sosteniendo en minoría en aquellas ocasiones,

que se hace aplicable al caso lo dicho por la CN. Trab. en autos Sala III, expte. 10603/00 Sent. 84060 del 27/9/02 "Allonca, Elisa c/ Tonatiuch S.A. s/ inc. CCT" (DJ2003-2-) y su antecedente "Federación Argentina de Empleados de Comercio c/ Rabello y Cía.", sent. 83109 del 27/12/2001 (DT 198-148), ha dejado establecido que no existe colisión entre la norma 24241 y cualquier diseño de compensación de ingresos previsionales porque, más allá de la subsistencia parcial de los regímenes de reparto, nada obsta a que un grupo de trabajadores constituya un sistema para suplir desajustes entre los ingresos en actividad y pasividad, ya sea originarios en una opción de capitalización inicial o de un sistema subsistente de seguridad social típico, y no sería ilegítima en principio la búsqueda de paliativos complementarios para conjurar una situación de desequilibrio que como la experiencia indica ha sido muy habitual. A ello agrego que el acuerdo en cuestión homologado por DNRT4701/91 y 5883/91 fue integrado al convenio colectivo de la actividad, encontrando por ultractividad legal su vigencia hasta una derogación expresa, lo que no ha ocurrido.

Respecto de la legitimidad activa, por lo tanto la procedencia del reclamo e indemnización resarcitoria, y es en este tema no encuentro argumento para no seguir lo que he sostenido con anterioridad y al que hizo referencia el actor en su conteste del memorial, por lo cual confirmo lo decidido, debiendo ajustarse la liquidación a las pautas ordenadas en el presente.

El Art. 9 de su normativa faculta al trabajador desvinculado del sector a solicitar el

rescate de los aportes personales, sin requerirle el requisito de la edad, reduciendo tal rescate al 50% del total de los aportes referidos y si tales aportes no fueron realizados por la empleadora, es esta la que debe soportarlos de su propio peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo (CN. Trab. Sala VI "Sánchez Néstor c/ Ferbo SA s/ despido" 19-11-98)" (CN. Trab., Sala II, "Sabate, Cristina A. c/ Alcira Travellers Service SA", 24-8-2001 DT2002-A-763) (en idéntico sentido Trib. Trabajo Jujuy Sala I sent. 2002-oct-11 "Torres David c/ Casa Lozano SA", Equipo Federal de Trabajo online).

Incorporada la disposición 4701/91 al CCT 130/75 el acuerdo imponía al empleador un aporte mensual del 3.5% del salario liquidado al trabajador, en consecuencia se trata de una contribución, un aporte patronal, no se efectuaba un descuento en el salario del empleado.

Habiéndose reconocido que no cumplía con esa obligación, corresponde acoger la indemnización reclamada, cuyo importe será el equivalente al 50% del aporte que se omitió.

Posición que mantengo.

Por lo cual no hago lugar al agravio de la demandada con la salvedad dicha y confirmo en este punto el fallo venido en crisis.

La queja sobre la omisión de entrega documentación Art. 80 LCT.

No puede atenderse el agravio, además de su insuficiencia, por cuanto se tuvo en consideración en la instancia de grado el certificado acompañado a fs. 51 que carecía dicho documento de los mínimos requisitos exigidos por la ley, y atendiendo a la

circunstancia que la categoría profesional, fecha de ingreso quedó firme nada contradice lo decidido. Se rechaza el agravio confirmando el fallo respecto de la condena de entregar (condena de hacer) y conforme las pautas en que fuera modificada la sentencia venida en crisis, vale recordar, fecha de ingreso y categoría profesional manteniéndose la orden respecto de los adicionales salariales.

La actora se queja por la negativa para la entrega de la constancia documentada de aportes y contribuciones de la seguridad social.

Dice la accionante que no procede por el protocolo y en ello asiste razón a la actora, pues las decisiones informales que se adopten así como las metodologías de trabajos y/o las cuestiones de superintendencia resultan inoponible a los justiciables. A lo cual le asiste razón.

No obstante ello, el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia en sentencia definitiva nro. 1-2011 recaída en autos "L. R., H. c/ P. I. SRL s/ demanda laboral", expte. 21884-1-2010 dejó sentado dicho criterio, aun no constituyendo doctrina legal, criterio que resulta aplicable a este caso. En especie teniendo en cuenta que la demandada ofreció y aportó en autos constancia de los aportes a la AFIP (fs. 52/86), aun no tratándose de una empresa de gran envergadura, reitero que se aplica en el presente lo dispuesto por el máximo tribunal del país. La demandada se acogió a un plan de pago por el período en que la actora se desempeñó en el establecimiento bajo las órdenes de esa accionada.

"Considero que estos datos relevantes que dan cuenta del cumplimiento de la obligación por

parte de la accionada, no pueden desvanecerse, a tal punto que por no haberse entregado, tal como reza la norma "las constancias documentadas" se condene a la entrega y de operatividad a la indemnización especial (esta última es la situación de autos). Los organismos recaudadores están informando que el mismo trabajador puede acceder a dichos datos -que a la postre le van a servir para obtener los beneficios jubilatorios- accediendo a la página web de la ANSES en la opción "autopista de servicios" o presentándose con su DNI en cualquier de sus dependencias".

"Aún más, en los últimos tiempos que corren y los avances en los sistemas informáticos, hacen que en la práctica, la exigencia de la norma deje de tener la trascendencia de antes. El trabajador, tal como lo informara el Organismo de Seguridad Social, puede averiguar la integración de sus aportes y de las contribuciones, a través, de los medios que el Estado le pone a disposición. Pero también es cierto que cumplir con el extremo legal de estudio para el empleador, resulta dificultoso, en tanto cumple ante el organismo, presentando formularios en los que hacen imputaciones globales por la totalidad del personal por el cual deben efectuar aportes, es decir no se individualiza al trabajador. El ingreso se realiza en forma unificada.

Esta es realidad que se vive y se presenta a menudo. Por ello y sin prescindir de la voluntad legislativa, situaciones como la de autos, permiten una dulcificación de la norma legal para la resolución del caso. Se impone una interpretación integradora para superar el estricto formalismo con la que la concibió. Al respecto la Corte Suprema de

Justicia de la Nación ha sostenido que en el interpretación de las leyes no es método recomendable el atenerse estrictamente a sus palabras, ya que el espíritu que las informa debe rastrearse en procura de la una aplicación racional que avente el riesgo de un formalismo paralizante; lo que ha de perseguirse en una valiosa interpretación de los que las normas, jurídicamente, han querido mandar (Cf. CSJN, 12-9-1989 cita Grisolía, "DT…", Pág. 97).

En esta línea de pensamiento está perfilada la nueva corriente jurisprudencial, a partir de diversos pronunciamientos de la sala III de la CNT, que considera que el reclamo de la entrega de las certificaciones o constancias documentadas no resulta admisible, porque ha perdido toda utilidad práctica a partir de la circunstancia de que el trabajador puede obtener esa información directamente de la ANSES (…).

En conjunción con lo expuesto coincido con la recurrente, que condenar a la accionada a la indemnización especial del Art. 80 de la LCT cuando de autos surge que se han ingresado al organismo correspondiente los montos correspondientes a la seguridad social, es contrariar y desnaturalizar el espíritu de la Ley 25345 cuyo objetivo fue prevenir más eficazmente la evasión fiscal…" (voto Dr. Roger).

Con estos fundamentos seguidos por el máximo organismo judicial de la provincia, huelga extenderse y en lo que hace a mi decisión advierto que se da una modificación en el criterio seguido hasta dicho fallo, y adhiero a lo resuelto, por lo tanto confirmo en este punto la sentencia venida en crisis y desestimo el agravio de la parte actora.

Se queja la accionada por la condena por

temeridad y malicia .

De las constancias de autos no surge en mi opinión suficientemente acreditado que la accionada adoptara una conducta teniendo conciencia de la propia sin razón, por lo que entiendo no que están reunidos los extremos necesarios para declarar temeraria y maliciosa su conducta.

En relación a este punto (supuesto de temeridad y malicia) cabe señalar que ello procede en casos extremos y cuando de la actuación resulta un proceder malicioso y temerario, debidamente configurado y debe dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas, el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave pues, y sin razón de lo contrario, se puede afectar un principio constitucional como es el de defensa en juicio, lo que obliga a obrar con mayor prudencia .

En la especie no se encuentra configurada conducta y si bien existieron negativas por parte de la empleadora ello no alcanza como argumento suficiente para considerar una actitud temeraria y pasible de sanción, teniendo en cuenta que la imposición de sanciones no puede obedecer al sólo hecho de que las acciones o defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar las garantías constitucionales de defensa en juicio, por lo que no comparto lo dispuesto por la A quo en este punto sin dejar de puntualizar que la propia magistrada considero que los incumplimientos resultan de una gravedad inferior (fs. 249vta.), hago lugar al agravio de la empleadora demandada y modifico el fallo venido en crisis en este ítem.

No le asiste razón al apelante ya que, a mi juicio, las accionadas no han violado los deberes de lealtad, probidad y buena fe que las partes deben observar en el proceso, en tanto se han limitado a ejercer razonablemente su legítimo derecho de defensa" (Dr. Fernández Madrid, en disidencia) (citar: elDial.com - AA5BE1).

La conducta temeraria o maliciosa prevista en el Art. 275 L. C. T. consiste en litigar con plena conciencia de la sinrazón. Tanto la falta de derecho como la conciencia de ello deben resultar positivamente de las probanzas de la causa, ya que en este punto rige el principio penal según el cual la duda se resuelve a favor del imputado. Encontrándose en juego en estos casos el principio constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos, la multa procesal debe aplicarse en aquellos casos en que la sinrazón para litigar aparezca tan evidente y manifiesta que impida un margen mínimo de duda al juez (CNTRAB - S. IV. S. D. 92. 037/1 del 20/02/2007. Exp. 2452/04. "LOBNIK, Helena Eva c/ HERMANAS DEL NIÑO JESUS y otros s/ despido", citar: elDial.com - AL2455).

Las sanciones por conducta temeraria y maliciosa sólo son aplicables en casos extremos, debiendo quedar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo. El juez al ponderar la conducta debe actuar con prudencia pues no puede afectar el principio constitucional de defensa en juicio. Así, en el caso, si bien existió una negativa generalizada de los hechos invocados en la demanda y un encuadre diverso de las relaciones del que se consideró demostrado en autos, no se observa que la demandada

hubiera actuado con dolo o culpa grave, obstruccionista o ánimo dilatorio, por lo cual no se cumplen los requisitos del Art. 275 LCT (CNTRAB – SALA I. S. D. 83. 682 del 22/06/2006, expte. 14.254/03. "ALARCON, Rubén Luis y otros c/HAWK AIR S. A. s/despido", citar: elDial.com – AL196A).

Reitero por tal motivo, modifico el fallo en este punto, rechazando el pedido de temeridad y malicia formulado por la actora, debiendo excluirse del cálculo de intereses la duplicación ordenada en la sentencia venida en crisis.

Sobre la queja por la condena a la indemnización Art. 2, Ley 25323 que ambas partes cuestionaron.

Se ha dicho que "El Art. 2° de la ley 25.323 deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. Ergo, son requisitos para su procedencia: la intimación fehaciente y el inicio de acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas. La norma parece apuntar a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquél que se toma los tiempos judiciales, aún sabiendo que debe pagar (ver trabajo publicado en ERREPAR, N ° 185, enero/01, T. XV,"Nuevo Régimen de Indemnizaciones Laborales Establecido por la Ley 25.323", Dra. Estela M. Ferreirós). La actora intimó fehacientemente y debió iniciar el presente juicio para poder obtener el cobro" (citar: elDial.com – AA564E).

"Teniendo en cuenta que el pago es el

cumplimiento de la prestación debida, como objeto de la obligación (Art. 725 C. C.) el mismo no puede tenerse por cumplido por el mero ofrecimiento de efectivización. Es que la mera puesta a disposición fuera del marco judicial no significa cumplimiento de la prestación debida. La actora debió iniciar acciones judiciales para obtener la indemnización del Art. 245 L. C. T., la sustitutiva de preaviso y la integración del mes de despido entre otros créditos y además cumplió con el requisito formal que prevé el Art. 2° de la Ley 25323 en cuanto a la intimación. Así, deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado -como en autos- lo dispuesto en el Art. 2° ley 25323" (del voto de la Dra. Ferrerirós, en adhesión al del Dr. Fernández Madrid). CNTRAB - Sala VI - SD 59500 13/04/2007 - expte. N ° 1344/06 - "Figueroa Sandra Romina c/ Cucor S.A. s/ despido" (Fe. Ferr. F. M.), citar: elDial.com - AF23C0).

"A fin de calcular la indemnización prevista en el Art. 2 de la ley 25323 debe liquidarse el 50% de los montos correspondientes a indemnización por despido, indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido, estas dos últimas con incidencia del sueldo anual complementario" (CNTRAB - SALA III S. D. 87.624 del 29/03/2006, expte. 18750/2004. "PRESTI, María Cecilia c/SPM Sistema de Protección Médica S. A. y otro s/despido" (P. G.), citar: elDial.com - AL164A).

Por lo tanto, a fin de calcular la indemnización prevista en el Art. 2 de la Ley 25323 debe liquidarse el 50% de los montos correspondientes a

indemnización por despido, indemnización sustitutiva de preaviso e integración del mes de despido, estas dos últimas con incidencia del sueldo anual complementario, por lo que recepto el agravio de la actora debiendo efectuarse la liquidación pertinente en la Secretaria del Juzgado conforme lo desarrollado en el presente voto.

Esta circunstancia no reviste mayor análisis en cuanto a la queja de la demandada por cuanto la registración se corresponde conforme lo ya decidido con la fecha de ingreso y la categoría laboral, la indemnización pertinente, no estuvo a disposición, así como el incumplimiento en el pago conforme lo dicho en párrafos precedentes.

No obstante ello, considero que debo recordar lo dicho en oportunidades anteriores respecto de la indemnización por antigüedad, toda vez que del memorial se desprende que también la queja lo comprende, y la no inclusión del SAC en la indemnización prevista en el Art. 245 de la LCT, debo confirmarla, siguiendo jurisprudencia que en extracto transcribo para hacer mayores precisiones. “Esta Sala tiene dicho en otros pronunciamientos que dicho ítems no integra al concepto “de mejor remuneración mensual, normal y habitual” que dispone el Art. 245 de la LCT. Ello porque la norma prescribe que debe computarse el haber que mensualmente el trabajador tiene a su disposición como retribución de su desempeño, con exclusión de asignaciones no mensuales o de premios o retribuciones extraordinarias. Y el rubro de que se trata aunque “habitual y normal”, no se caracteriza por ser “mensual” toda vez que, pese a ganarse a cada momento se percibe dos veces al año (cita). En igual

sentido se ha expedido recientemente la CNT en fallo plenario nro. 322 del 19 de noviembre de 2009, "Tulosai, Alberto c/Banco Central de la Republica Arg." ("TS Córdoba, Sala Laboral, 2010/4/20 "Peralta, Miguel c/ ciudad de Córdoba SACIF" publicado DJ año XXVI nro. 42 del 30/10/2010, Pág.8 –cita on line AR/JUR/25217/2010-).

El presente caso fue comentado con nota en dicha publicación y es de destacar la conclusión en cuanto reza "los métodos de interpretación normativa son útiles para desentrañar el verdadero alcance de esta en caso de duda. En esta línea consideramos que toda interpretación posible de nuevo Art. 245 de la LCT, en virtud de la reforma del Art. 5to. de la ley 25.877, es decir desde un punto de vista literal, sea bajo un prisma teleológico, o bien bajo la óptica conceptual o armónico, conduce a una misma afirmación posible: el SAC no integra la base de calculo de la indemnización por antigüedad, por cuanto no reviste el carácter de remuneración mensual, calificativo este que junto con el de habitual y el de normal, se exige a toda remuneración para ser considerada como la aludida base" (publicación citada nota de Federico Castro Nevares).

Por lo cual se acoge el agravio primero y segundo de la parte actora.

Tercer agravio de la parte actora lo constituye la indemnización establecida en el Art. 132bis de la LCT.

De la lectura se infiere el límite de dicha sanción y no encuentro que los argumentos de la actora apelante lo conmueve, toda vez que su tuvo por cumplido el depósito con el acogimiento del plan de

pago presentado por la accionada.

Desestimo el agravio y confirmo la sentencia en este punto variando exclusivamente los montos establecidos.

Igual suerte corre su adversario, toda vez que del memorial no puede convalidarse como una critica concreta y razonada con el alcance técnico fijado en el Art. 268 del Digesto Jurídico, siéndole aplicable lo previsto en el Art. 269 del mismo cuerpo procesal.

A mayores fundamentos agrego que "la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido de modo reiterado que las sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aun cuando ellas sean sobrevinientes (CSJN Fallos 310:116). Teniendo en cuenta lo informado por la AFIP, la multa prevista por el Art. 132 bis de la LCT debe cesar a partir de la fecha en que la accionada se acogió al plan de moratoria, que aun se encuentra vigente" (CNT, Sala III Niwa, Beatriz c/OS Bancaria Arg.", 22-02-2010 ver Doctrina Judicial, Pág. 1427, Año XXVI –nro. 21-del 26 mayo 2010).

Por imposición legal, las costas y honorarios de la instancia de grado deben readecuarse (Art. 279 CP), el principio objetivo de la derrota no es absoluto y en la especie, la actora se vio obligada a accionar para obtener reconocimiento de su derecho, con lo cual y más allá de la aritmética que pueda lucir, no se modifica esta situación, a lo que adiciono como argumento, en la especie se trató de un pleito laboral. Se difiere la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en la instancia de grado al momento del Acuerdo en que se tendrá en cuenta como

base de cálculo el monto resultante en esta instancia.

Conforme fueron resueltas las cuestiones venidas a decisión, las costas de esta Alzada las impongo por el orden causado, (Art. 69/71 del Cód. Proc). Se difiere la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en esta instancia al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1. Receptar parcialmente los agravios de las partes y modificar parcialmente la sentencia venida en crisis conforme el detalle que seguidamente se efectúa según los considerandos respectivos.

2. Condenar a Sra. E. V. A. a pagar a la Sra. D. P. la suma que resulte de la liquidación a practicarse la secretaría del juzgado de grado conforme los considerandos respectivos.

3. Rechazar el pedido de daños y perjuicios ocasionados a la trabajadora por la omisión del depósito del seguro de retiro, según considerando respectivo

4. Rechazar el pedido de la actora de declarar a la demandada incursa en temeridad y malicia.

5. Ordenar la entrega de certificado de servicios y rechazar el pedido de indemnización del Art. 80 LCT.

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

I) La Sra. Jueza admitió parcialmente la demanda y condenó a E. V. A. a abonar a la Sra. D. P., la suma de cincuenta y seis mil trescientos once pesos con ochenta y ocho ctvos., en el término de diez días

de firme la sentencia, a hacer entrega del certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones y a acreditar el pago o ingreso al plan de pago por los aportes y contribuciones de acuerdo a los considerandos, con más los intereses conforme lo ordenado. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por la actora y demandada.

Concedido los recursos cumplen las partes con la manda del Art. 60 la ley XIV N ° 1.

Elevados los autos a la alzada, pasan los mismos a sentencia.

III) a. La actora se agravia ante la falta de tratamiento del sueldo anual complementario proporcional al egreso, correspondiente al primer semestre de 2009, que fuera solicitado.

Indica que fue peticionado en la demanda, indicado el monto en la liquidación y de acuerdo al Art. 123 LCT, corresponde admitir el reclamo.

b) El segundo agravio se dirige contra lo decidido respecto al Art. 2 de la Ley 25323 en cuanto dispuso un monto inferior al 50% de lo que dispone la norma.

Se refiere a los fundamentos de la sentencia apelada y entiende que la condena debió ascender a la suma de $2.779,21 que es el que determina en los puntos i) y j), y analizado ello concluye que la Sra. Juez a-quo restó de la base del 50% la suma equivalente al sueldo anual complementario.

Señala que el SAC sobre el preaviso no es un rubro independiente del preaviso y resultando el

SAC ser integrativo de la indemnización atento a haber sido una remuneración que se habría devengado de haberse otorgado el preaviso en forma efectiva va de suyo que debe ingresar en la base de cálculo de la indemnización del Art. 2° de la Ley 25323.

c) Estableció la sentencia una fecha de cese de la sanción conminatoria prevista en el Art. 132 bis LCT, sin que la demandada hubiera acreditado el ingreso del capital e intereses de los aportes retenidos a la actora con destino a los sindicatos, bajo el rubro falta de aportes.

Señalan que la norma se refiere a aportes retenidos a los trabajadores y en relación a ello no los limita a la seguridad social como los entiende la sentenciante, habiendo reclamado en la demanda no sólo se regularizaran los aportes retenidos con destino a la seguridad social, sino que reclamó también los que tenían destino sindical.

Transcribe el Art. 132 y recuerda que ya al intimar a la demandada en los términos del Art. 132 LCT lo fue por la falta de aportes al Centro Empleados de Comercio.

Resalta que los aportes fueron retenidos no probándose que ingresaran a la FAECYS.

Señala que cuando se le solicitó informes el sindicato de primer grado informó que no se los puede determinar atento que no los discriminó la demandada y la FAECYS que no hubo ingresos de todos los aportes retenidos a la actora, pues basta verificar la informativa de fs 200 y 201, el monto es inferior a lo retenido a la actora.

Agrega que la demandada acreditó que había otros trabajadores a los que también practicaba

retenciones, y lo informado por FAECYS, denota que el ingreso de los aportes retenidos fue insuficiente pues ni siquiera alcanza a los montos retenidos a la actora, por lo que la carga de acreditar el cumplimiento de la obligación como agente de retención no fue realizada y por ende no puede suspenderse la procedencia de la sanción hasta que ello ocurra, máxime cuando se probó que no se depositó el total de los aportes retenidos a la actora con destino al Sindicato. En consecuencia hasta que ello ocurra entiende procede la continuación de la sanción conminatoria del Art.132 LCT.

d) Cuestiona en el cuarto agravio en cuanto se consideró de cumplimiento imposible la entrega a la actora de constancias documentadas de ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicatos de aportes y contribuciones correspondientes a la actora basándose en un protocolo redactado en un encuentro de jueces laborales de la provincia.

Se agravia por que se deja sin aplicar una norma de LCT sin declarar su inconstitucionalidad y hacen notar que desconocen las conclusiones que invoca la magistrada, que por otra parte no resultan vinculantes.

Se refiere al formulario F 931 y a la declaración anexa en la que el empleador debe detallar nombre, declaración y monto de la remuneración que fue acompañada por la demandada a fs 66 a 86.

Adiciona que ninguno de los instrumentos mencionados por la A-quo puede constituir validamente el cumplimiento de la entrega de constancia de ingreso de aportes y contribuciones, no coincidiendo con las conclusiones que menciona la sentenciante arribadas en Puerto Madryn.

La conclusión de la A-quo, con relación al formulario F.931 aparece cuanto menos temeraria e inexacta, pues si se admite lo decidido jamás podrían imputarse a los organismos de seguridad social tale s aportes para la obra social y la jubilación de cada trabajador.

Agrega que otro tanto ocurre en materia sindical y mal puede determinarse que se puede dar por cumplida la obligación del primer párrafo del Art. 80 LCT con el certificado de trabajo y el formulario PS6.2, que no contiene referencia en materia de aportes y las contribuciones previstas en los convenios colectivos. Asegura que al igual que lo ocurrido en relación con la aplicación del Art. 132 bis LCT, parecería que el trabajador no puede controlar sus aportes sindicales. Critica por último la obligación de hacer que establece la sentencia.

Hace reserva del caso federal.

IV) a) La demandada a fs 303/306vta. se agravia por la decisión del a-quo de establecer la fecha de ingreso de la actora el 28 de abril del 2008, tomando como relevante los t. de Z. P. cuya declaración es endeble por ser familiar de la actora y de A. E. T. quien declaró que ingresó a principios del año 2008 y que sabe de tal circunstancia porque ella lo comentó, no recordando la testigo para que empresa trabajó y descartando la de I. O..

Indica que en todos los recibos de sueldos se consigna la fecha de ingreso no habiendo objetado jamás la misma hasta el cese de la relación laboral, no obstante haber tomado la Sra. Juez como válidos dichos recibos (punto III, 1.g).

b) Segundo agravio versa sobre la

decisión de considerar injustificado el descuento del mes de enero de 2009, no obstante haber sostenido el Juez que ninguna de las partes ha encaminado su accionar probatorio a fin de ilustrar sobre lo acontecido, invirtiendo con su accionar la carga de la prueba.

c) Se agravia también porque se decide tener como integrante de las remuneraciones las actas acuerdo colectivo de abril 2008 y 5/12/2007, declarando la inconstitucionalidad de las misma, señalando la quejosa que los acuerdos referenciados fueron realizados por la parte patronal, la parte sindical y el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, los que fueron homologados por este último lo que le dio el carácter de obligatoriedad ergo omnes.

Que los acuerdos representan a todos los trabajadores y empleadores, resultando los mismos obligatorios, en el presente para la empleadora y para la Sra. P., por lo que fueron pagados y aceptados, careciendo de lógica que sean incorporados como remuneración los importes acordados.

d) La indemnización por daños y perjuicios la agravia. Dice que la misma compañía de Seguros de retiro "L. E., indica que son terceros ajenos a LCT 130/75 y Disp DNRT (MTSS) Nro. 4701, por lo que no puede el aquo endilgarle el carácter de obligatorio a un aporte que la aseguradora indica que es tercero ajeno.

Cita jurisprudencia de donde surge que vencido el plazo y no habiéndose prorrogado dejó de tener vigencia la obligación de los trabajadores de aportar con destino al sistema de Retiro complementario.

Agrega que no es de aplicación a aquellos trabajadores que no pertenecen a las Cámaras que celebraron el convenio y que no está en CCT 130/75.

Se queja del decisorio por indicar que persiste el incumplimiento del ingreso de aportes y contribuciones por los períodos 28/4/2008-1/11/2008 con iguales fundamentos dados al controvertir la fecha de ingreso.

e) Respecto a la decisión sobre el certificado de trabajo, alega que este reúne todos los requisitos legales, sirviendo de suficiente comprobante de los servicios y remuneraciones pagadas el Formulario PS 6.2, que la actora fue intimada a retirar la certificación, encontrándose por ende a su disposición, más la aquo se ha pronunciado más allá de lo pedido pues la actora nunca ha cuestionado la validez de los certificados acompañados.

f) En punto a la indemnización de l Art. 1° y 2° de la Ley 25323, respecto del primero el que se basa en la fecha de ingreso cabe lo dicho en el primer agravio;, en punto al Art. 2°, señala que existe carta documento donde consta que se notificó a la actora que la indemnización se encontraba a su disposición, y fue ella la que no concurrió a fin de incrementar con sanciones pecuniarias su indemnización final.

g) La condena por temeridad y malicia es resistida con fundamento en la fecha de ingreso.

h) En el décimo agravio embate la sanción conminatoria del Art. 132 bis, ya que entiende que no existe perjuicio para el trabajador que amerite aplicar la sanción porque los aportes al sistema de la seguridad social fueron ingresados a la AFIP, con los intereses devengados a la fecha de acogimiento, estando

los planes solicitados vigentes, tal como da cuenta la contestación de oficio por parte del Organismo recaudador.

V) La actora solicita la deserción del recurso de la demandada y contesta agravios.

VI) En punto al pedido de la sanción que dispone el Art. 269 del C.P.C.Ch , ante el criterio amplio que ha receptado esta Cámara respecto a la crítica concreta y razonada, daré respuesta a los agravios de la demandada, sin perjuicio de estar conteste con el actor con relación de alguno de los agravios y los que oportunamente puntualizaré.

VII) Y he de tratar los agravios de la demandada en primer término tal como lo hiciera la Sra. Juez preopinante.

1) En primer lugar se agravia la demandada por la fecha de ingreso que dispusiera la Sra. Juez.

En efecto, la actora afirma haber ingresado a trabajar para la demandada el día 1 de abril de 2008 y la demandada sostiene que lo hizo el día 1 de noviembre de 2008.

Resulta preciso analizar la prueba testimonial en que la Sra. Juez ha basado su decisión y que es motivo de agravio.

Deviene cierto que el grado de parentesco declarado por el Sr. Z. P. (la demandada es tía) no lo inhibe de declarar y que no se encuentra comprendido dentro de la enumeración que efectúa el Art. 425 C.P.C.Ch que resulta taxativa, en consecuencia su testimonio resulta válido más allá que la valoración queda sometida a una apreciación mas rigurosa y sus dichos deben concordar con el resto de las pruebas.

Se advierte que la fecha que indican los testigos en que trabajó la actora, es aquella que alegan quienes los ofrecieron.

Así la testigo A. E. T. quien es conocida de la Sra. P., declaró que trabajó para la demandada sólo los fines de semana a través de una empresa de limpieza que no sabe el nombre, y desconoce la dirección del pelotero.

Relató que la Sra. D. se ocupaba de ordenar mesas, adornar y por lo que la actora le comentó estaba todo el día. En punto al tema en controversia dijo que comenzó a trabajar en el año 2008 y tiene entendido, creo, dijo, que en enero, desconociendo hasta cuando trabajó la actora y no recordando bien la fecha en que dejó de trabajar.

Al responder por la razón de sus dichos manifestó que lo sabe por que se lo comentó la Sra. P. y que ella la vio trabajar.

Por su parte el testigo A. Z. P., fue empleado, realizaba changas para la demandada, limpieza, jardinería y seguridad.

Declaró que su tía efectuaba la limpieza del salón y que el horario era a partir de las 8 o 9 de la mañana, y a veces trabajaba todo el día y la noche, para después agregar que de lunes a viernes solo a la mañana y más adelante manifestar que casi todos los días trabajaba a la mañana.

Dichos que no coinciden tampoco con lo que surge de la carta documento de fs 12 donde la actora manifiesta que la jornada laboral era de miércoles a lunes de 9 a 17, lo que reitera en la demanda.

Preguntado cuándo ingresó a trabajar la

actora, contestó que desde que el vino, es salteño pero venía de Bs. As., ella ya se encontraba trabajando, antes de la inauguración y que llegó aquí en abril de 2008, finalizando la relación laboral de la accionante en julio o agosto por falta de pago. Interrogado sobre la razón de sus dichos porque estuvo presente, él trabajaba y ella también y porque la Sra. P. le consiguió las changas.

La testigo O. que trabajó para la demandada realizando trabajos administrativos, sostuvo que P. comenzó a trabajar en octubre de 2008, determinó el trabajo que realizaba y que con anterioridad la tarea la efectuaba una empresa de servicios H. V. que finalizó en octubre de 2008. Se enteró del juicio a través de la cédula y que dejó de ayudar contablemente hacía 4 o 5 meses, no teniendo presente el tiempo de trabajo de la actora

Y fundó la razón de sus dichos en que lo vio.

Como escuchamos, nadie es certero en las declaraciones, la primer testigo no dio razones que avalen la fecha de ingreso, más dijo que lo sabe porque le comentó la Sra., el testigo Z. P., toma como parámetro la fecha que arribó a Comodoro que fue con posterioridad a la fecha que dice la actora, resultando contradictorio lo relacionado con el horario, lo que quita certeza a la misma, y la testigo O. sólo sabe la fecha de ingreso desconociendo otros datos.

Los dichos resultan contradictorios, imprecisos, desconociendo el nombre de las personas que trabajan en el lugar, hecho que permite a la suscripta relativizar sus manifestaciones, advirtiéndose en las mismas una tendencia a favorecer la posición del actor

por parte de T. y Z. P. y a la demandada, O..

Si bien puede generarse con los dichos de estos testigos una duda razonable a favor del accionante en relación a la fecha de ingreso, entiendo que la acreditación de esta circunstancia debe ser precisa, contundente y objetiva, ya que al haberse acreditado con la documentación laboral correspondiente una fecha de ingreso, para que resulte procedente revertir esos datos, que incluso se encuentran consignados en los recibos de haberes y en la Certificación de Servicios de la AFIP (fs. 44), deben exigirse precisión de datos que permitan al juzgador apartarse de esa prueba instrumental.

En función de ello, entiendo que con los dichos imprecisos, que carecen de detalles sobre las circunstancias de tiempo, en que se desarrollaron las tareas, así como los horarios, no puede concluirse que la relación laboral se hubiera iniciado el día 1 de abril de 2008 como lo sostiene el actor sino el día 1 de noviembre de 2008, fecha a partir de la cual se acreditó encontrarse registrada laboralmente.

No resultando de aplicación la mención que realiza la sentenciante del Art. 242 del C.P.C.Ch , más allá de las consideraciones que efectúa, pues la relación laboral no está discutida en autos.

2) El agravio relacionado con el pago del mes de enero de 2009 que ordenara la sentenciante, será mantenido.

La actora relató que en el mes de enero de 2009 la demandada decidió suspender las actividades y le indicó que permaneciera en su domicilio pues le daba las vacaciones del año 2008, pero al percibir el salario advirtió que le abonó dos días de vacaciones y

le descontó el salario mensual.

La demandada rechaza el reclamo aduciendo que la actora se ausentó del trabajo por el término de 30 días por problemas personales y estando de acuerdo con los descuentos efectuados, y tal es así que en las cartas documentos nada dice sobre el mes de enero.

La sentencia tuvo presente que ninguna de las partes encaminó su accionar a fin de ilustrar sobre lo acontecido en enero de 2009 y siendo carga de la demandada acreditar sus dichos al ser el descuento de carácter excepcional, admitió la petición.

La demandada en su agravio considera que la actora nunca reclamó nada al respecto durante la relación laboral y prestó conformidad por lo que es ella quien debe probar sus dichos.

Y más allá de quién debe probar, no se debe olvidar que en el Derecho Procesal moderno predomina el principio de la carga dinámica, por lo cual se coloca a esta en cabeza de la parte que ese encuentra en mejores condiciones para producirla. Así, la rigidez de preceptos es reemplazada por la búsqueda de la solución justa según las circunstancias del caso concreto.

Y en este caso quien en mejores condiciones se encontraba era la demandada, ya que debió probar que existió un acuerdo entre las partes, dada la latente posibilidad del empleador de imponer su voluntad, y el principio de irrenunciabilidad establecido en el Art. 12 de LCT.

Asimismo, a la luz de los artículos 58 y 260 de la LCT resulta insostenible entender que el silencio del trabajador deba interpretarse como

renuncia a cualquier derecho y se ha dicho que el pago insuficiente de obligaciones originadas en relaciones laborales efectuada por un empleador será considerado como entrega a cuenta del total adeudado, aunque se reciba sin reservas (DT 1994-B-22128 y DT 2001-1930).

Cabe recordar por último la descalificación que la CSJN ("Padín Capella c/ Litho Formas" 12-3-87, hiciera en torno a las rebajas unilaterales, sin que dé lugar a dudas la única forma de poder otorgar validez a una rebaja de los salarios sigue siendo mediante la suscripción de un acuerdo bilateral".

Respecto al planteo de la demandada en cuanto invoca que la actora consintió dicho pago, conforme Pla Rodriguez en "Los Principios del Derecho del Trabajo", 2da. Edición Actualizada, 1978, ed. Depalma), "No puede considerarse que hubo consentimiento del trabajador por el solo hecho de no haber cuestionado las remuneraciones pues, el paso del tiempo y el silencio, no inciden en el encuadre jurídico establecido por el Art. 12, L. C. T., el cual priva de efectos a toda convención que importe una disponibilidad en perjuicio del dependiente" (Cf. C. Nac. Trab., Sala 3ª, 30/4/1998 - Herrera, Eduardo E. V. Bergomi y Maccarinelli SA, publicado en "Manual de Jurisprudencia de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", 2004, Lexis Nexis, Pág. 208).

Y sabido es que el principio de irrenunciabilidad sentado en el Art. 12 de la L. C. T. debe entenderse como la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio (SD N ° 35/SRE/04).

3) El tercer agravio resulta una mera discrepancia con lo sostenido por la Sra. Juez aquo, quien dio motivos suficientes, coincidiendo o no con los mismos, para declarar la inconstitucionalidad de las actas acuerdos, no resultando una crítica concreta y razonada, sostener que la misma surge de acuerdos entre la patronal, la parte sindical y el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social, y que al ser homologado tienen el carácter de obligatorios, ya que no se arguyó para declarar la inconstitucionalidad la legitimación de quienes acordaron sino que entendió la magistrada, existe contradicción entre la normativa a la que hiciera referencia, Convenio N ° 95 OIT, y lo convencionalmente acordado (bono paz social y acta acuerdo 11/3/2008 y ante la primacía del Convenio N ° 95 y el Art. 17 de la CN declara la inconstitucionalidad. Y tales argumentos a los que sumó doctrina y jurisprudencia no recibieron análisis ni crítica alguna, de allí que corresponda la sanción del Art. 269 del C.P.C.C.Ch .

4) El cuarto agravio de la demandada, dirigido a cuestionar el fallo recurrido en tanto decidió la subsistencia del sistema creado al amparo del CCT 130/75 luego del dictado de la Ley 24241, considero que tampoco debe prosperar.

Se ha dicho y comparto lo sostenido por mis colegas en sentencia N ° 13 del año 2005 de esta Sala y los argumentos dados por la Sra. Juez de la instancia de grado en la presente quien siguiera lo sustentado por la Sala III in re "F. A.. de E. de C. y S. c/ C. L. S.A. s/ Cobro de aportes", S. D. Nro. 90.743 del 6/08/2000 y "F. A. de E. de C. y S. c/ R. y Cía. S.A. Agente de Bolsa s/Cobro de aportes", S.D.

nro. 83.109 del 27/12/2001,entre muchos que no existe colisión alguna entre el régimen y el establecido por la Ley 24241.

Postura que ya he adoptado en autos "G., J. E. c/ L. M. S.. s/ DEMANDA LABORAL (Indemnización), expte. 23/2010

Por consiguiente se propicia confirmar la sentencia apelada en este punto.

También rechazaré la queja por la indemnización acordada por los daños ante la falta de ingreso de tales fondos.

La legislación exige que el daño sea cierto (presente o futuro), no hipotético, personal y de interés propio del reclamante y advierto que dichos presupuestos se verifican en la especie.

En el escrito de demanda reclamó subsidiariamente un monto que resarza al accionante en cuanto a lo que hubiera podido tener en su cuenta de capitalización de haber cumplido la demandada a la fecha del dictado de la sentencia.

Y a fin de justificar tal decisión he de remitirme a las modificaciones al Protocolo suscripto el 21 /6/91 en el punto 7, que si bien establece que el sistema de seguro de retiro complementario deberá ser adecuado al nuevo régimen legal, ello no implica que el término adecuarse, deba ser entendido como suspensión, absorción, es decir que la falta de adecuación no puede ser interpretada como una derogación tácita del sistema complementario, que no es incompatible con la nueva regulación del régimen jubilatorio.

Ante ello y la obligación para las empresas del sector mercantil, la omisión del aporte del 3,5% ha perjudicado el derecho del actor a percibir

la renta mensual, el que debe repararse y con fundamento en los artículos 511, 512, 1068, 1069 y 1083 del CC y teniendo la sentencia por objeto reparar el perjuicio sufrido por el actor por la ausencia de los aportes que debió el empleador la decisión de la sentencia adoptada en la sentencia debe confirmarse.

5) El quinto agravio de la demandada, respecto de la decisión de la sentenciante de que persiste el incumplimiento del ingreso de aportes y contribuciones por los períodos 28-4-2008- 1-11-2008, de acuerdo a lo decidido respecto a la fecha de ingreso de la actora, tal agravio debe prosperar y en consecuencia revocar lo resuelto en este punto.

6) El sexto agravio en contra de la determinación de la Sra. Jueza que el certificado de trabajo otorgado no reúne las condiciones requeridas por la norma, será rechazado.

El Art. 80 LCT regula dos obligaciones, a) la entrega de la constancia documentada del depósito de los aportes y contribuciones correspondientes a la Seguridad Social y Sindicatos y b) la entrega de un certificado de trabajo, con las indicaciones que prevé el segundo párrafo del mismo artículo, a las que debe adicionarse la información sobre la formación profesional adquirida por el trabajador, de acuerdo con la modificación introducida por la Ley 24576.

Y tales requisitos, advirtió la Sra. Jueza no se encontraban cumplidos.

En principio, una orientación jurisprudencial considera que resulta procedente la condena a abonar la multa de Art. 45 Ley 25345 por el hecho de no haber hecho entrega al empleador del certificado de trabajo pues la mera puesta a

disposición es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en la norma y no permite considerar que la accionada haya tenido verdadera voluntad para hacer entrega del mismo (CN. Trab., sala VII, 27/12/2002 "Fiorio, Mirta E. v. Brewda Construcciones S.A." y 12/03/2003, "García, Roberto v. Pentars S.R.L.", CNAT, Sala V SD 29-9-03 "Gambarte, Jorge c/ Fundación Club Hindú Asoc. Civil s/ Despido).

"También se ha señalado que la entrega de los certificados previstos por el Art. 80 LCT, al dependiente en oportunidad de la extinción de su relación laboral es una obligación del empleador que debe ser cumplida en forma inmediata a la desvinculación(esto es, en el tiempo que razonablemente puede demorar su confección). No hay razones para considerar que el cumplimiento de esta obligación dependa de que el trabajador concurra a la sede de la empresa o establecimiento a retirar los certificados, si no que corresponde entender que, en caso de que así no ocurra, el empleador debe, previa intimación, consignarlo judicialmente (C. Nac. Trab., sala III, 01/02/2002, "Fraza, María A. v. Storto, Silvia N. y otro"...) "...La intimación fehaciente a que hacen referencia tanto el Art. 45 de la ley 25.345 como el Art. 3° del decreto 146/2001 solo puede surtir sus efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez transcurrido el plazo de treinta días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este último que constituye (desde el momento de la extinción) una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa ... "CNAT, Sala III, 12-12-2002, "Puga María Gabriela c/ S.

AB. Mandataria S.A. s/ Despido" ...Transcurridos treinta días desde el despido indirecto del actor, el demandado se encontraba en mora respecto de su obligación de hacer entrega de los certificados de trabajo (Cf. dec. 146/2001), por lo que la puesta a disposición realizada con posterioridad y entrega de los mismos en la audiencia de conciliación obligatoria, no obsta a la procedencia de la indemnización emergente del Art. 45 de la ley 25345..." (CNAT, sala VII, 27-11-2002, Toledo, Oscar c/ Seguridad Grupo Maipú), "Actualización doctrinaria y jurisprudencial- "Revista de Derecho Laboral" (Págs. 128 y 135)... La certificación de servicios a la que alude el Art. 80 L. C. T. solamente exige que se consigne en ella los "datos" allí indicados por las Leyes 25345 y 24576, sin que los mismos deban estar respaldados o acompañados por constancia documentada alguna, tal como sí ocurre con la otra obligación de dar que le impone el Art. 80 L. C. T. al empleador, esto es, entregarle al trabajador y a su requerimiento las constancias documentadas de los fondos ingresados a los organismos de la seguridad social y sindicales. Sabido es que el formulario A.N.S.E.S.S. P.S. 62 no cumple con las condiciones exigidas por el Art. 80 L. C. T. y, por ende, su entrega al trabajador no resulta suficiente para dar cumplimiento a la obligación legal impuesta por la norma legal y, consecuentemente, para eximirse de la indemnización allí prescripta para el caso de incumplimiento (Cámara 7a del Trabajo de Mendoza, 04/10/2010, "Gutiérrez, María del Carmen c. Aeropuertos 2000 S.A.", AR/JUR/66370/2010).

Y aún cuando el formulario de ANSES PS 62, pudiese ser complementario del Art. 80 LCT, como lo

sostiene el STJ en autos "L. R., H. M. c/ P. I. SRL s/ Demanda Laboral (Dif. Hab. E Indem.)", expte N ° 21.884-L-2010, el mismo no fue entregado en término.

Por todo lo expuesto, concluyo que la demandada no dio cumplimiento a esta obligación legal y, por lo tanto, propicio que se la condene al pago de la indemnización establecida en el Art. 80, 4° párrafo L. C. T.

En consecuencia se confirma lo ordenado en punto a la confección del nuevo certificado de trabajo, con los datos faltantes con excepción de la fecha de ingreso de acuerdo a lo decidido supra.

7) Y en punto a la apelación de la demandada de lo decidido con relación al Art. 1 de la Ley 25323; fundó tal indemnización la sentenciante en que al momento del despido se encontraba la trabajadora inscripta de manera deficiente y de acuerdo a lo que resolviera con relación a la fecha de ingreso asiste razón a la quejosa. En consecuencia la suma otorgada por este ítems de $2.668,09 deberá ser descontada de la liquidación a efectuarse.

8) El último agravio de la actora se dirige contra la procedencia de la indemnización por temeridad y malicia que admitiera la sentenciante.

Quien lo sustenta en que al no dar la empleadora cumplimiento a la obligación de abonar la indemnización por despido en tiempo y forma resulta procedente la remisión que el Art. 9 de la Ley 25013 efectúa al Art. 275 LCT y en razón de la discrecionalidad a la que habilita el Art. 275 LCT, incrementa los intereses en media vez por mes sobre lo que se fijara.

Entiendo que "… para determinar su

configuración es necesario proceder con prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer a la sola circunstancia de que las acciones y defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio" ("Procedimiento Laboral III", Revista de derecho Laboral, Pág. 395).

En autos si bien ha existido una sustracción a las normas, ello ha sido sancionado a través de las distintas indemnizaciones acordadas, máxime cuando es imprescindible proceder con suma prudencia ya que el hecho que las defensas hayan sido desestimadas o que carezcan de sustento jurídico no es suficiente para imponer sanciones como la requerida, pues se podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio, tal como lo considera y comparto parte de la jurisprudencia. Obra citada.

1er. Agravio del actor. Se agravia la actora, ya que la sentencia no hizo lugar al pago de sueldo anual complementario proporcional al egreso, correspondiente al primer semestre.

La relación laboral culminó el 30 de mayo del año 2009, solicitó el actor el SAC proporcional por tal período, no expidiéndose la sentenciante al respecto. Atento las facultades que confiere a la suscripta el ordenamiento procesal, y resultando acertado lo pretendido por el quejoso corresponde por ende, que por la secretaría del juzgado, se establezca el monto a percibir teniendo en cuenta el período trabajado y la remuneración

2do. Agravio: Admitió la Sra. Jueza aquo la indemnización del Art. 2° de la Ley 25323 en cuanto

a los conceptos de preaviso e indemnización, lo que es motivo de agravio, la actora por considerar que el sueldo anual complementario sobre el preaviso debe computarse para dicha indemnización, la demandada por su parte entiende que se notificó a la actora que la indemnización se encontraba a su disposición y fue ella quien no concurrió a percibirla.

El actor en su demanda al realizar la liquidación provisoria en el punto K) dijo que para el cálculo de las indemnizaciones de los artículos 1 y 2 de la Ley 25323, se procedió en el primer caso a determinar un monto similar al de la indemnización por antigüedad y en cuanto al Art. 2° asciende al 50% de lo determinado por integración mes de despido, preaviso e indemnización por antigüedad.

Se observa que de los rubros que deben ser incrementados la Ley 25323 en su Art. 2 indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233, 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, cuando el trabajador debe iniciar acciones para el cobro de las indemnizaciones por despido sólo se admitió diferencias por antigüedad.

No puedo omitir que la norma obliga al reclamante que previo a demandar "es requisito esencial de operatividad de la multa que el trabajador intime en forma previa y fehaciente para que se abonen las indemnizaciones a las que refiere el citado Art. 2 en su primer párrafo. El emplazamiento o constitución en mora del empleador, no opera automáticamente como sucede en el campo de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, razón por la que aparece en la norma como una carga impuesta al trabajador, que

debe formalizar en los términos de la Ley 25323. La fehaciencia requerida no es otra que la común a todo instituto jurídico, por lo que será necesaria la forma escrita por un medio que brinde alguna posibilidad de acreditar la recepción del destinatario de la comunicación receptiva (v. gr., telegrama, carta documento, acta notarial, entre otras) (Ruiz, Alvaro Daniel, "Los alcances de la ley 25323. Algunas definiciones necesarias", Rev. D. T. 2000-B, Págs. 2271/2277; Pose, Carlos, "Primera reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25.323"; y Alejandro, Sergio Joaquín, "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimientos del empleador", ambos trabajos publicados en Rev. DT 2000-B, Págs. 2303/2314, SD 23 STJ), y la decisión en ese aspecto llegó firme.

La Sra. Jueza ha determinado la indemnización por antigüedad y por preaviso, punto i) y j) de la sentencia, y en el punto i) cuantificó la omisión del preaviso, conforme los parámetros establecidos para las remuneraciones y lo dispuesto en el Art. 232, otorgando la suma de 2668,09 y su SAC, $222,34 (Cf. Art. 121 LCT).

Y he hecho alusión a tales puntos toda vez que la Sra. Juez en el punto l, luego de dar las razones por las que la indemnización del Art. 2° de la Ley 25323 era procedente, consideró viable la procedencia del incremento y lo cuantificó de conformidad a los rubros i) y j).

Ante ello surge claramente que la suma a la que arriba no condice con lo sustentado en los puntos a los que se refiere. Razón suficiente para admitir el agravio del actor.

Distinta solución he de adoptar en relación al agravio de la demandada sobre el mismo rubro, no sólo por no cumplir los mismos con las pautas del Art. 268 C.P.C.Ch , sino por haber ya sentado posición acerca del argumento de haber puesto a disposición de la actora la documentación cuya falta dio origen a la decisión.

Tercer agravio del actor: Al establecer el a-quo una fecha de cese de la sanción conminatoria prevista en el Art. 132bis LCT, sin que la demandada hubiera acreditado el ingreso de capital e intereses a los aportes retenidos a la actora con destino a los sindicatos, origina el tercer agravio de la actora.

Resulta acertada la decisión de la sentencia, ya que el Art. 1072 del Código Civil, en cuanto establece que la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, considerando tal al que contraríe los que aquella tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, establece una directiva general, de carácter ético, aplicable también al ámbito del derecho de trabajo.

Cuando se ejerce antifuncionalmente su derecho, el magistrado está autorizado a quitar eficacia al acto lesivo, salvaguardando, los intereses del perjudicado, principios que se aplicaran en Rosenstein c/ Adecco Argentina S.A. SCJ de Mendoza 30-11-2009, que si bien se refería al certificado de trabajo es de aplicación en autos.

Máxime cuando ha llegado firme a esta instancia el reconocimiento al acogimiento del plan de pagos a efectos de regularizar la actora su situación respecto de los aportes y contribuciones y lo decidido

respecto de la fecha de ingreso, lo que modificó el punto III) j, hace cesar como lo consigna la Sra. Jueza los efectos de la multa del Art. 132 bis de la LCT, parcialmente.

Y coincido con lo resuelto toda vez que los agravios de la demandada no resultan quejas atendibles ante la falta de crítica concreta y razonada a los fundamentos dados. En consecuencia confirmo este punto.

Cuarto Agravio: El punto c) de fs 286, en cuanto consideró de cumplimiento imposible la entrega a la actora de constancia documentada de ingreso a los organismos de seguridad social y sindicales de los aportes y contribuciones con fundamento en el informe de fs. 254 y 245 es apelado por esta.

En principio he de destacar que tener una postura diferente a la pretendida por el quejoso esta lejos de transformarse en una postura temeraria por parte de la Sra. Juez aquo y se sabe o se debe saber que la expresión de agravios no debe convertirse en un ataque personal al sentenciante, máxime cuando el profesional reúne las condiciones académicas para rebatir aquello con lo que no concuerda limitándose a lo técnico y jurídico.

En cuanto al agravio respecto a la entrega de constancias documentadas de los fondos destinados a los organismos de seguridad social y sindicales, esta es otra obligación de dar diferente a la ya analizada.

Y tiene dicho la Cámara 7ª. del Trabajo de Mendoza, 04/10/2010, “Gutierrez, María del Carmen c. Aeropuertos 2000 S.A.”, AR/JUR/66370/2010, que los

objetivos del legislador al consagrar normativamente este instituto fueron, básicamente, procurar el trabajo registrado y combatir la evasión fiscal y previsional y no generar una nueva indemnización a favor del trabajador como consecuencia de la rescisión del contrato de trabajo.

Esta distinta finalidad, la que en este caso, a diferencia de la antes tratada, justifica que el empleador se libere de la indemnización consagrada en el Art. 80 L. C. T., aún cuando no le entregue efectivamente al trabajador las constancias documentadas de los aportes y contribuciones ingresados a los entes de la seguridad social y sindicales, siempre y cuando, obviamente, acredite con otros medios de prueba que dio cumplimiento a estos débitos legales.

En suma, si la demandada pretende liberarse del pago de la indemnización que nos ocupa y no ha entregado al dependiente las constancias documentadas de marras, debe demostrar con otros medios probatorios en el juicio que positivamente ha dado cumplimiento al supuesto que la norma legal prevé.

Esta ha sido la posición que sobre esta cuestión ha tomado nuestra Suprema Corte de Justicia, y la adoptada por nuestro Superior Tribunal de justicia en autos “L. R., H. M. c/P. I. SRL s/ demanda Laboral”, SD 4-3-2011, al que se refiriera la Sra. Jueza preopinante, donde los ministros coincidieron en que condenar a la accionada a la indemnización especial del Art. 80 de la LCT cuando en autos, surge que se han ingresado al organismo correspondiente los montos correspondientes a la seguridad social, es contrariar y desnaturalizar el espíritu de la Ley 25345, cuyo objetivo fue prevenir más eficazmente la evasión

fiscal.

En autos, como lo señalara, la Sra. Jueza de la instancia de grado, los informes de fs. 245 dan cuenta que con relación a los aportes de la trabajadora D. P. CUIL 27-2008 "no podemos determinarlo porque efectúan los mismos sin discriminar empleados y AFIP a fs 245 en respuesta al oficio N ° 173/2010, informó que respecto a los contribuyentes no es posible proporcionar la información requerida y que la comprobación de su cumplimiento ha de realizarse en función de la cantidad de empleados declarados, sin especificar identidad de éstos, se rechaza el agravio.

En definitiva, admito la apelación de la demandada, en cuanto a la fecha de ingreso que la fijo el 1 de noviembre de 2008; al incumplimiento del ingreso de aportes decidido por la sentenciante, por el período 28-04-2008 al 1-11-2008 y a la indemnización del Art. 1° de la ley 25323.

Hacer lugar a los agravios del demandado respecto del aguinaldo proporcional primer semestre de 2009 y del Art. 2° de la Ley 25323.

En consecuencia corresponde se adecue la indemnización efectuando liquidación por la secretaría del Juzgado, teniendo en cuenta la fecha de ingreso indicado, con el salario que surgen de los recibos de sueldo y los adicionales, más el SAC segundo semestre de 2008, las diferencias salariales por los meses de abril a mayo de 2009 y el SAC proporcional primer semestre de 2009.

Por mandato legal ante la modificación de la sentencia costas y honorarios deben adecuarse.

Las de la instancia de grado permanecerán tal como se dispuso en la sentencia venida

en apelación, toda vez que las pretensiones deducidas fueron ampliamente receptadas, a lo que sumo y resulta decisivo que fue la demandada quien con su actitud obligó a la actora a litigar.

Las de esta instancia, tendré presente la doctrina de nuestro Tribunal Cimero en el sentido de compatibilizar el principio del Art. 59 de la Ley 69 con la imposición de costas al vencido en caso de sentencia condenatoria, con los arts. 68 y en particular el aludido 71, ambos del CPCC, lo que se plasmó en "C. de R. c/ C. C. y otro" (S. D. 3/93, donde se reitera y reafirma lo en su momento decidido en autos "C. L. c/ Prov. del Chubut" (S. D. 7/91), al decir que el Art. 59 de la ley ritual laboral establece un principio general, que no es de aplicación mecánica y automática, puesto que siempre remite a discernir la condición de derrotado o vencido, en un enfoque global del resultado del pleito, mediante un análisis de suma prudencia particularizado a la cuestión. "Orozco c/ Op. Esp. Arg." (S. D. 40/88), "C. c/ C.... de Pto. Madryn" (S. D. 47/92), "V. T. c/ Est. L. B." (S. D. 71/9)

En atención, por lo tanto, al progreso de alguno de los cuestionamientos de actor y demandado en la alzada, opino que las costas deben distribuirse en el orden causado.

A fin de regular los honorarios de los profesionales en ambas instancias, que los determinaré en forma proporcional, y que los difiero para el acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los arts. 5, 6, 9, 14 de la Ley de Aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Jueza de

Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Admito parcialmente los agravios del demandado en punto a la fecha de ingreso y al incumplimiento de ingresos de aportes desde el 28-4-2008 al 1-11-2008 y el Art. 1° de la Ley 25323 y respecto al actor el agravio sobre el sueldo anual complementario proporcional al egreso, primer semestre del año 2009, y Art. 2° de la Ley 25323 de acuerdo a los considerandos respectivos.

2) En consecuencia, modifico parcialmente la sentencia de fs. 275/291 y hago lugar parcialmente a la demanda de acuerdo a los considerandos respectivos, condenando a la demandada Sra. E. V. A. a abonar en el plazo de diez días la suma que resulte de la liquidación que se efectuará por la Secretaría del Juzgado, más los intereses a la tasa y desde y hasta la fecha que los fijara la Sra. Jueza de la instancia de grado, de acuerdo a los considerandos respectivos.

3) Impongo las costas de la primera instancia a la demandada vencida y las de la Alzada por el orden causado y difiero la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del C.P.C.C.Ch (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Melero no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios del

demandado en punto a la fecha de ingreso y al incumplimiento de ingresos de aportes desde el 28-4-2008 al 1-11-2008 y el Art. 1° de la Ley 25323 y respecto al actor el agravio sobre el sueldo anual complementario proporcional al egreso, primer semestre del año 2009, y Art. 2° de la Ley 25323 de acuerdo a los considerandos respectivos.

2) En consecuencia, modificar parcialmente la sentencia de fs. 275/291 y hacer lugar parcialmente a la demanda de acuerdo a los considerandos respectivos, condenando a la demandada Sra. E. V. A. a abonar en el plazo de diez días la suma que resulte de la liquidación que se efectuará por la Secretaría del Juzgado de Primera Instancia, más los intereses a la tasa y desde y hasta la fecha en que los fijara la Sra. Jueza de la instancia de grado, de acuerdo a los considerandos respectivos.

3) Imponer las costas de la primera instancia a la demandada vencida y las de la Alzada por el orden causado.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Abgs. J. M. P., J. H. P. y E. J. M., conjuntamente, en el DIECIOCHO POR CIENTO (18%) y a los Abgs. N. J. M. y G. M. D., conjuntamente, en el DOCE POR CIENTO (12%), porcentajes a calcular sobre el monto total del presente juicio.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Abgs. J. M. P., J. .H P. y E. J. M., conjuntamente, en el TREINTA POR CIENTO (30%) y a los Abgs. N. J. M. y G. M. D., conjuntamente, en el TREINTA POR CIENTO (30%), porcentajes a calcular sobre lo regulado por sus

respectivas labores en primera instancia.

6) Tener presente la reserva del caso federal.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2011
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"