En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio 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: **"A., C. G. c/ G. SRL s/ DEMANDA LABORAL (haberes e indemniz. por despido)", expte. nro. 192/11**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 1250/02), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 571), 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. 493/510vta.? 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 parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 21/2011 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción (fs. 493/510vta., fs. 512).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda y condenó a G. SRL a abonar a C. G. A. la suma de $43.625,90, impuso las costas a la demanda y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

La apelación demandada radica esencialmente en el cálculo utilizado para la condena por antigüedad, que obra agregada a fs. 517/18.

La base salarial, el cálculo de la indemnización por antigüedad, es la primera queja del demandado apelante, sostiene que la A quo hizo una errada interpretación del caso Vizzoti… efectúa los

cálculos que devienen a las conclusiones sobre la procedencia de una indemnización por antigüedad de $16.508,80.

A fs. 520/22 obra agregada la contestación de la parte actora, quien respecto del único agravio entiende asiste razón al apelante, y en el mismo escrito peticiona supla la omisión de la instancia de grado que no condenó a la entrega del certificado de trabajo del art. 80 LCT que fuera demandado. Introduce en esta Alzada la omisión de tratamiento por parte de la sentenciante de grado del reclamo oportunamente efectuado de la entrega del certificado de servicios art. 80 de la LCT y la multa por el incumplimiento prevista en la normativa.

Análisis.

1. Por lo descripto precedentemente, ha de acogerse con el reconocimiento de la contraparte el agravio de la demandada apelante, y asistiendo razón corresponde modificar la sentencia en el rubro de condena correspondiente a la indemnización por antigüedad dispuesta y por el monto de $16.508,80.

2. En cuanto al pedido de decidir sobre el punto reclamado y omitido en la sentencia de grado, detallo que, según confronte del libelo de inicio ampliación a fs. 66, expresamente peticiona “tenga por ampliada la petición de condena en el sentido de imponerle a la demandada la obligación de emitir y entregar certificado de trabajo a favor del actor conforme lo dispuesto por el art. 80 LCT por el período comprendido … en la misma categoría prevista en la denunciada en el recibo de haberes, con más la multa prevista en la Ley 25345 a favor del actor en el párrafo agregado al art. 80 LCT”.

Al contestar demanda nada dice a fs. 104/07 respecto de dicho reclamo.

De la lectura de la sentencia se advierte que fue omitido por la sentenciante de grado al tratar la ampliación de la demanda dicho concepto y rubro (fs. 495).

En el memorial de conteste introduce fundamentos respecto de la ausencia de intimación para la procedencia de la

establecida en la norma, aludiendo a la circunstancia que la demanda y su notificación suplen dicha omisión.

Ha dicho la doctrina que “las cuestiones planteada por la parte que no recurre en razón de haberle sido favorable el fallo quedan implícitamente sometidas al tribunal de apelación como consecuencia del recurso interpuesto por la otra parte. Por lo tanto la Cámara si al conocer el recurso de apelación entiende que el juez ha omitido resolver cuestiones litigiosas, no debe devolver los autos para que se subsane la omisión, sino pronunciarse directamente sobre ellos, puesto que la concesión del recurso le somete todo el material litigioso, sin que ello por más signifique la supresión de una instancia. Es que la doble instancia se conforma con que el capítulo haya sido propuesto en ambas instancias, no exige que haya sido resuelto también en ambas instancias” (ver Santiago Fassi, César Yáñez, “Código Proc.…”, t. 2, pág. 509/10, ed. Astrea-1989).

Reiteradamente sostuve en concordancia con fallos de esta Alzada que para la procedencia de la multa la multa prevista en el art. 45 de la Ley 25345, se requiere la intimación en forma fehaciente requiriendo la entrega del mismo, con posterioridad a la disolución del vínculo, cumpliendo de esta forma con lo establecido por el Dec. 146/01 (BO 13/2/01), no corresponde admitir la procedencia de la multa.

Procede la multa del reformado art. 80 de la LCT, modificado por el art. 45 de la Ley 25345, equivalente a tres meses de salarios para cuando el empleador fehacientemente intimado no cumple con la entrega de certificación de servicios en legal forma. Esto es, con indicación sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de estos, constancias de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de seguridad social ("P., E. DEL C. c/ S. S. p/ DESPIDO" - Fallo: 07190155 - Cuarta Cámara Laboral - Circunscripción: 1 - Mendoza - 2007/04/10, citar: elDial.com - MC3BFE).

De la lectura de la presente causa y, en particular, de los despachos telegráficos, no surge que el actor hay intimado conforme las previsiones legales al empleador la entrega del certificado de trabajo,

no incluyéndose en la ampliación de la demanda una intimación con el alcance dispuesto en la ley para habilitar la aplicación de la sanción.

En idéntico sentido se expidió el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, que para mayor precisión transcribo en lo pertinente.

El Dr. Pasutti dijo: “En los fallos citados como precedentes, los Sres. Camaristas participando del criterio mayoritario jurisprudencial, han sostenido que tanto la intimación extrajudicial no realizada -v. gr. caso "M...."-, como la efectuada en forma ineficaz, v. gr. causas "S...." y "B....", impide el progreso de la sanción contemplada en el art. 45 de la Ley N° 25345 y su Decreto reglamentario N° 146/01, pues la intimación contenida en la demanda no la suple ni puede hacerse valer como tal. La misma suerte que aquéllas corre la intimación efectuada en sede administrativa… En un primer orden de ideas, distinguida doctrina se ha ocupado de analizar la norma en cuestión explicitando las falencias técnicas y formales de las que a su parecer padece y ha destacado el claro fin fiscalista del art. 45 de la Ley N° 25345 (BO del 17/11/2000) que agrega un cuarto párrafo a los tres que hasta ese entonces conformaban el art. 80 de la LCT aprobada por la Ley N° 20744 y que luego; para salvar algunos inconvenientes de orden práctico se procedió a reglamentarlo a través del art. 3 del Decreto N° 146/2001 (BO del 13/02/2001). (Cf. Blosie, Leonardo G y Danussi, Alejandro E. en "Las obligaciones establecidas por el art. 80 LCT (t.o. por decreto 390/1976), con especial referencia al párrafo incorporado por el art. 45 Ley Nº 25345" publicado en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2005-A, págs. 819/828 y Ackerman, Mario E., "La modificación del artículo 80 de la LCT (t.o.)" publicado en Revista de Derecho Laboral, Número Extraordinario -La reforma laboral- II; Leyes 25323, 25344 y 25345 y decreto reglamentario-, págs. 41/51, ed. Rubinzal-Culzoni En definitiva, ha sido la jurisprudencia de nuestro país la que a lo largo de estos años se ha ocupado de delimitar a través de cada caso en particular sus alcances sirviendo así de precedentes; e incluso en algunos casos, ha procedido a modificar su criterio bajo un nuevo análisis

de la normativa. Evidentemente -de esta situación-, la jurisprudencia de nuestras Cámaras no ha sido ajena… En nuestra Provincia, a título ejemplificativo puedo señalar que tanto la Sala "A" y la "B" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia participan del criterio mayoritario en el que hoy se enrola la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Trelew. Así, v.gr., en SDL N° 98/2004 (caso "H...." 02/11/2992) la Dra. Alonso de Ariet como primera votante sostuvo que la procedencia de la indemnización (art. 80 LCT) está sujeta a la concurrencia de dos presupuestos uno de hecho y otro formal. El presupuesto de hecho es la omisión en la entrega del certificado de trabajo -configurado en el sublite-; y el formal -incumplido en la especie- es la intimación fehaciente del trabajador a cumplir con la entrega. La pretensión del demandado de tener por cumplido este recaudo con el traslado de la demanda no puede prosperar ya que el requerimiento debe ser previo al reclamo indemnizatorio y en el caso se ha reclamado la entrega del certificado y la reparación por su incumplimiento en forma conjunta; es decir en un mismo acto..."; y a su turno el Dr. Alexandre dijo "... que el principio de buena fe que debe ser respetado por las partes del contrato de trabajo incluso al momento de su extinción (art. 63, LCT), impone al trabajador el deber de requerir a su empleador -antes de iniciar una acción judicial- el cumplimiento de las obligaciones que estén a su cargo, tal la entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la ley citada pues, tanto la demanda judicial como el trámite de mediación obligatoria contienen el planteo de un estado de cosas pretérito,... tal la situación de autos y de allí la improcedencia del reclamo...". En igual sentido, la misma Sala pero con otra composición en SD N° 44/2003 (caso "M....", 19/06/03). Por su parte, la Sala "B" en SD N° 48/2004 (caso "N....", 13/08/04) claramente sostuvo que "... la única manera que el actor puede hacerse acreedor de la indemnización correspondiente -último párrafo art. 80 LCT a tal incumplimiento -entrega de certificados de trabajo- es cursando intimación fehaciente... no constituyendo la demanda la intimación fehaciente a la que alude la norma del art. 80 de la LCT..." (voto Dra. Melero); y en misma

posición la Dra. García Blanco dijo "... he de coincidir con la Dra. Melero en el sentido que se requiere la intimación previa al empleador, no siendo suficiente la demanda para considerarla con tal efecto, compartiendo la jurisprudencia citada...". En igual sentido puedo citar SDL N° 7/2005 del 16/02/2005 caso "G....". En lo que hace a la jurisprudencia nacional, he observado que las Salas de la Cámara Nacional del Trabajo, han tomado direcciones encontradas y en otros casos contrapuestas. Es decir, que algunas de ellas directamente se enrolaron en lo que es hoy la posición mayoritaria; otras en cambio, participando de la posición minoritaria como es el caso de la Sala III (v.gr., caso "P., M. v. D. V., E." 21/10/2002; caso "R., R. R. v. S. S.A.", 25/03/05, entre otras), cambiaron su postura para encarrilarse en posición mayoritaria a partir de la causa "E., S. N. c. S. S. S.A." el 22 de marzo de 2004. Otro caso particular es la situación de la Sala VI en cuanto hoy se mantiene, por mayoría, en esta misma línea señalada pero con la disidencia del Dr. Capón Filas porque participa de la postura que entiende que: "... el reclamo efectuado ante el SEL c. O. (vía administrativa) y el posterior inicio de la demanda son aptos para suplir la intimación exigida por la ley para viabilizar dicha multa -la del art. 80 de Ley de Contrato de Trabajo-..." (v.gr., "G., N. A. c. L. S. S. R. L. ", 31/10/2003, publicado en la L. L. 2004-C, págs. 800/804

En la línea jurisprudencial mayoritaria se han perfilado las Salas I (cf. "V., M. R. c. K., E. y otro", 30/04/2004 publicado en "La Ley Online" o "DT 2004 (septiembre)", 1220); II (cf. "V., N. v. C. S.A. y otros s/ ley 22250", SD N° 93928, 26-07-05 publicada en LexisNexis N° 13/10104); IV (cf. "C., J. J. v. D. F. S. A. s/ Cobro de Salarios", SD N° 86825, 24-06-05, publicada en LexisNexis N° 13/10075); VII (cf. "M., G. c/ M., M. del C. s/ Despido", S. 38895- 24/11/2005 publicada en elDial-AA3176); y VIII (cf. "T., I. c. C. de P. C. ****", 13/02/2004 publicado en L. L. 2004-D, págs. 342/344). A modo de síntesis, quiero señalar que en líneas generales han sostenido que la obligación formal impuesta por el art. 45 de la Ley Nº 25345 y su decreto reglamentario consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados

de trabajo y aportes previsionales previstos en el art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria ni por la instancia administrativa… De allí que enrolándome en esta postura entiendo que la procedencia de la indemnización contemplada en el último párrafo del art. 80 de la LCT queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de los certificados mencionados en el mismo artículo. Esta intimación para que cobre virtualidad jurídica debe hacerse extrajudicialmente ante el incumplimiento del empleador de extender los certificados de trabajo al tiempo de la extinción de la relación laboral por cualquier causa que fuera; y formularse en términos precisos y claros. Por ello, la intimación extrajudicial cumplida en forma deficiente, no cumplida; o formulada en sede administrativa no tiene la virtualidad de ser suplida con el reclamo que en tal sentido se efectúe en sede judicial en ocasión de la interposición de la demanda o con el requerimiento que en tal sentido ordene el Juzgador al despachar la demanda. En el sublite, precisamente -como en el caso "M...." no medió intimación extrajudicial válida del trabajador. Concretamente, del contenido de los despachos telegráficos acompañados a la causa a fs. 15/18, no emana. Por ello, no es suficiente ni complemento alguno a los fines de la viabilidad indemnizatoria, la petición que en tal sentido se introdujo en el libelo inicial en el punto VI de fs. 20, ni lo proveído favorablemente por la Sra. Jueza de Origen en el último párrafo de la providencia de fs. 22. No obstante ello, quiero dejar en claro, que lo expuesto no obstruye el progreso de la solicitud referida a la entrega del certificado de trabajo y a lo resuelto en tal sentido por ambas instancias, por cuanto se trata de obligaciones incumplidas por la empleadora demandada que en nada tienen que vincularse con el requisito formal exigido por la norma para la procedencia de la pretensión indemnizatoria, cuestión que por otra parte, ya ha adquirido firmeza al ingresar a esta sede. …En la línea jurisprudencial mayoritaria se han perfilado las Salas I (cf. "V., M. R. c. K., E. y otro", 30/04/2004 publicado en "La Ley Online" o "DT 2004 (septiembre)", 1220); II (cf. "V., N. v. C. S.A. y otros s/ Ley 22 250", S. D.

N° 93928, 26-07-05 publicada en LexisNexis N° 13/10104); IV (cf. "C., J. J. v. D. F. S. A. s/ Cobro de Salarios", S. D. N° 86825, 24-06-05, publicada en LexisNexis N° 13/10075); VII (cf. "M., G. c/ M., M. Del C. s/ Despido", S. 38895- 24/11/2005 publicada en elDial-AA3176); y VIII (cf. "T., I. c. C. de P. C. ****", 13/02/2004 publicado en LL 2004-D, págs. 342/344). A modo de síntesis, quiero señalar que en líneas generales han sostenido que la obligación formal impuesta por el art. 45 de la Ley Nº 25345 y su decreto reglamentario consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales previstos en el art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria ni por la instancia administrativa".

El Dr. Caneo en su exposición adherente dijo: "Lo cierto es, que en orden a la indemnización del art. 80 última parte de la LCT, tuve ocasión de expedirme como primer votante cuando integraba la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones de Comodoro Rivadavia en la causa "M...." (expte. N° 13. 472/03), sentencia definitiva registrada bajo el N° 44/03. Así, por considerarlo pertinente voy a transcribir lo que sostuve en aquella ocasión: "... 3) Indemnización del art. 80 última parte LCT: Sostienen los recurrentes que la sanción impuesta con fundamento en dicha norma es extra petita, porque la imposición de la misma no fue requerida por la demandante.

El art. 3 del Decreto 146/01, que reglamenta el art. 45 de la Ley 25. 345 (que agrega el último párrafo del art. 80 LCT) y que ya había sido dictado y publicado a la fecha de la imposición de oficio de la sanción, dispone: "El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiera hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo n° 20744 (t.o. por decreto 390/76) y sus modificatorias, dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo".

Queda claro entonces, que si, como es el caso de autos, en el mismo telegrama se alude a un despido sin justa causa ocurrido pocos días antes y se reclama el pago de la liquidación final y la entrega de la constancia y certificados previstos en el art. 80 LCT (fs. 65/66), no puede considerarse dicho requerimiento como válido a los efectos de la aplicación de la sanción de la última parte de dicha norma, porque no transcurrieron los treinta días corridos exigidos por el Decreto 146/01 supra referido.

La improcedencia de la indemnización no es ya porque su condena no fue solicitada por la interesada, sino porque para su procedencia no se cumplió el presupuesto previo previsto por la norma reglamentaria.

En definitiva, mi posición apuntó a determinar que no se había cumplido con el presupuesto previo de la norma reglamentaria -en el caso, el plazo en el que debía hacerse la intimación- rechazando el rubro porque la intimación extrajudicial que alegaba la parte era ineficaz por extemporáneo por prematura. Es decir, solo me ocupé de una de las facetas que han de considerarse a la hora de merituar la procedencia de la indemnización del art. 80 de la LCT, -esto es- el plazo en el que debe cursarse la intimación que ordena la norma al trabajador, pero teniendo en cuenta ineludiblemente para resolver en tal sentido, el requerimiento extrajudicial efectuado por vía telegráfica, descartando el argumento de la parte recurrente, de que el reclamo indemnizatorio no había sido introducido en el libelo de demanda. -Reitero- dije que la improcedencia de la indemnización no es ya porque su condena no fue solicitada por la interesada, sino porque para su procedencia no se cumplió el presupuesto previo previsto por la norma reglamentaria" (registrada bajo el N° 15/SRE/06).

Por todo lo expuesto, se condena la demanda a la entrega del Certificado de Trabajo en un todo conforme con lo dispuesto en el art. 80 de la LCT en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias.

Las costas de la instancia de grado se mantienen conforme lo dispuesto modificándose la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en mérito a lo decido (art. 282 CPCCCh). Se difiere la regulación al momento del Acuerdo.

Las costas de la Alzada se imponen por orden causado atento a lo decidido, toda vez que la controversia suscitada en esta instancia fue debida a un error de interpretación y sin controversia por parte del trabajador actor.

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

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1. Receptar los agravios de la demandada, en consecuencia, modificar el monto de condena en $35.493.90 al haber fijado como indemnización por antigüedad (art. 245 LCT) la suma de $16.508,80. Condenar a la entrega del certificado del art. 80 de la LCT en el término de cinco días bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias.

2. Modificar en dicho fallo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en la instancia de grado, difiriendo su regulación al momento del Acuerdo, adecuándolos al monto de condena.

3. Costas de la Alzada por el orden causado conforme considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

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

La Sra. juez de la instancia de grado hizo lugar a la demanda y condenó a G. SRL a abonar en el plazo de diez días de quedar firme la sentencia al Sr. C. G. A., la suma de cuarenta y tres mil seiscientos veinticinco con noventa centavos, incrementado conforme lo dispuesto en el considerando II. Impuso las costas a la demandada

vencida y reguló los honorarios.

Tal decisión es apelada por el demandado. Concedido el recurso, cumple el apelante con el art. 60, 1er. párrafo, de la Ley XIV.

La base salarial de cálculo de la indemnización por antigüedad le provoca la queja.

Sostiene que agravia a su representada que se calcule con el mejor salario normal y habitual la indemnización por antigüedad cuando ello no surge del fallo Vizzoti emitido por la CSJN.

La Sra. Juez declara de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 del LCT, entendiendo que en el caso el tope indemnizatorio reduce más allá de un 33% la base salarial de cálculo de la indemnización por antigüedad, con fundamento en Vizzotti y A., el último de esta Cámara.

Se refiere a lo dicho por la Corte en punto al tope indemnizatorio y manifiesta que la juez equivocadamente utiliza como base salarial de cálculo para la indemnización por antigüedad la remuneración mejor y habitual que percibía el actor, es decir $3.520 y en base a la doctrina del máximo tribunal se debió calcular la indemnización por antigüedad con una base salarial de $2358,4, que es el 67% del mejor salario de $3520, lo que arroja un total de $16.508 y no $24.640, con seis años y cinco meses de antigüedad.

Corrido el traslado el actor contesta y solicita se supla la omisión respecto de la pretensión oportunamente introducida al ampliar la demanda, 4.Petitorio, punto 2 en cuanto solicitó se condene a la demandada a emitir y entregar certificado de trabajo conforme lo dispuesto por el art. 80 LCT, por el período comprendido entre el 1ro. de noviembre de 1998 hasta enero de 2001.

De igual modo, firme la sentencia, que declare nulo el contrato de locación de servicios no registrado el contrato de trabajo por el período ya indicado, disponga librar oficio a la gerencia local de Anses y Dirección Regional Comodoro Rivadavia de la AFIP-DGI, informando el resultado del proceso, a fin que determinen el monto de las obligaciones fiscales y de la seguridad social incumplidas e inicien los sumarios de

responsabilidad y cobro de dichas deudas.

Funda su petición en el art. 68 de la ley de procedimiento laboral.

Corrido el traslado de la ampliación, indica el actor ninguna respuesta dio G. respecto de la obligación de entregar el certificado de trabajo. Ante el pedido de condena concreta no resuelta por el Juez, corresponde salvar esa omisión, y formular un concreto pronunciamiento ante la omisión de apelar de su parte. Formula reserva del caso federal.

Con relación al agravio del demandado, más allá que los fundamentos dados para obtener la modificación del fallo en el punto en controversia, el actor ha coincidido con el apelante, toda vez que la crítica formulada por el recurrente resulta ajustado a la jurisprudencia establecida por la CSJN en autos “Vizzoti”.

Ante tal acuerdo de las partes se ha de admitir el agravio corresponde en consecuencia modificar el fallo en este aspecto, determinando que el crédito por indemnización de antigüedad asciende a la suma de 16.508,80.

En punto al requerimiento del actor ante la omisión de la sentencia de expedirse sobre lo solicitado fs. 60/66vta., a fs. 61, segundo párrafo, y punto 2do. del petitorio, adelanto que el mismo no ha de prosperar.

El art. 278 del Código de procedimiento establece que el tribunal de apelación “podrá decidir sobre los puntos omitidos en la sentencia de primera instancia, aunque no se hubiese pedido aclaratoria, siempre que se solicitare el respectivo pronunciamiento al expresar agravios”.

Y sabido es que el art. 73 remite supletoriamente al procedimiento civil y comercial.

Y tal como lo consigna Loutayf Ranea, con cita de Couture, “son objeto de decisiones las peticiones, no las razones”.

Es decir que la omisión se refiere a los puntos del

petitorio y no a los fundamentos o razones dadas.

Se advierte que resulta cierto que fue solicitado en la ampliación de demanda y que corrido el traslado de ley el demandado guardó silencio, y que la Sra. Juez omitió expedirse, pero no es menos cierto que el actor omitió apelar.

Y señala el autor que sigo, en los supuestos del art. 278 del CPCC, cuando el juez de primera instancia omitió resolver algún punto sometido a decisión para que el tribunal de alzada pueda pronunciarse sobre este, es necesario que haya existido una petición concreta de la parte al expresar agravios y lógicamente, si la oportunidad para que el interesado pida tal pronunciamiento es en la expresión de agravios, previamente debe haber interpuesto el recurso de apelación, dado que sólo puede expresar agravios quien haya apelado de la resolución de grado.

Ante ello es que la subsanación de la omisión no prosperará, no resultando de aplicación como lo pretende el quejoso, el art. 68 del la ley de procedimiento laboral ya que nadie pone en discusión que el Juez puede dictar ultra petito, pero no es de aplicación al caso en tratamiento, máxime cuando esta normativa debe ser interpretada restrictivamente, teniendo en cuenta que excepcionalmente el tribunal puede suplir la omisión del accionante.

Atento a cómo se resuelve y que el actor ha consentido el agravio del demandado las costas de esta instancia las determino en el orden causado.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los arts. 5 y 13 de las ley de aranceles.

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

1) Modifica la sentencia en punto a la indemnización por antigüedad que se fija como concordaron las partes en la suma de

$16.508,80 y, en consecuencia, se condena a G. SRL a abonar en el plazo de diez días de firme la sentencia al Sr. C. G. A. la suma de $35.493,90 incrementada tal lo dispuso la Sra. Juez de la instancia de grado.

2) Rechazar la petición del actor.

3) Imponer las costas en el orden causado y regular los honorarios del Dr. C. S. K. en el 25% y del Dr. E. J. de V. en 25%, ambos de lo regulado en primera instancia.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

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

I.A) Después de un detenido y profundo análisis de los argumentos dados por mis colegas preopinantes advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por las mismas la decisión de hacer lugar al agravio planteado por la apelante demandada (fs. 517/518) sobre la base salarial del cálculo de la indemnización por antigüedad, quedando como desacordada las cuestiones planteadas por la parte actora en su contestación del traslado de agravios conferido a fs. 519 y que obran glosados a fs. 520/522 atinentes a que se supla la omisión incurrida por la a-quo respecto de imponerle a la demandada la obligación de emitir y entregar el certificado de trabajo a favor del actor –art. 80 LCT conforme modificación introducida por la Ley 25345– por el período comprendido entre el 01/11/98 hasta el mes de enero del 2001, en la misma categoría de revista que la denunciada en el recibo de haberes de octubre de 1998.

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a

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

I.A-a) En cuanto a lo solicitado en el traslado de los agravios por la parte actora, considero que el mismo ha de ser tratado, ya que es entendimiento de la suscripta que es condición fundamental de validez de la sentencia, que la misma se ajuste al contenido de las peticiones formuladas, pues el órgano jurisdiccional debe pronunciarse respecto al pedido de protección de derechos que se hacen valer y cuando no hay decisión sobre alguna cuestión oportunamente propuesta, se genera una omisión que afecta el derecho del recurrente. Considero, por lo dicho, que en autos se constata esta omisión, y es función del Tribunal de Alzada el salvarla, entrando en consideración de aquellas cuestiones propuestas, sobre las que no se expidió el pronunciamiento (en sentido similar: Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1987/10/07: Corte en Pleno, "M. L., F. c/ V. R. y Ots. s/ Cumplimiento de Contrato" - Fallo: 87190224 - Primera Cámara Civil - Circunscripción: 1 - Mendoza - 1987/10/07, expediente: 124823 - Ubicación: S076-227: elDial.com - MC8EA; SCJBA, "R. F. M. y otros c/ L., C. y otros s/ Nulidad de asamblea" - CC0002 - LM 117 RSI-62-1 I - 5-7-2001: elDial.com - W145F6; SCBA, "C. de O. c/ C., R. s/ Desalojo" - CC0001 - MO 29059 RSD-119-93 S - 3-6-1993: elDial.com - W997C; STJChaco, "H. E. C. c/ G. M. F. s/ Divorcio vincular" - CACCS2 - RS - l000 241 - Resolución Definitiva - 28-11-2002: elDial.com - ARE80, entre muchos otros).

En igual sentido se ha expedido la doctrina especializada en el tema cuando dice que: “En el caso que se hayan omitido cuestiones debidamente articuladas por las partes en la sentencia de primera instancia, y las mismas no hayan articulado recurso de aclaratoria, aquellas podrán ser abordadas por la cámara respectiva, conociendo del recurso de apelación en tanto hayan sido debidamente articuladas en su memorial o expresión de agravios por el apelante” (Dres. Rolland Arazi – Jorge Rojas en “Código Procesal Civil y comercial de la Nación”, 2da. Edic. Actualizada, 2007, T.I, pág. 1012, edit. Rubinzal – Culzoni).

También tengo en cuenta que son contestes la doctrina y jurisprudencia en cuanto a que: ”quedan implícitamente sometidas a decisión las cuestiones planteadas por el vencedor, desestimadas u omitidas en primera instancia” (Morello –Sosa – Berizonce -Tessone en “Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Pcia. de Bs. As. y de la Nación” “Manual de Códigos”, pág. 261, ed. Abeledo – Perrot año 1996.; SCBA, Ac. 51.929, 19/IV/94), más aún cuando lo peticionado fue planteado en la ampliación de demanda (fs. 60/66vta.), la cual se tuvo por ampliada a fs. 67, y corrido el debido traslado de contestación de demanda fs. 68vta., habiendo la contraparte demandada contestado la misma a fs. 103/108vta. negando expresamente en los ptos. 28vo., 31 ero. y 34to.cuestiones ha tratar en la temática planteada como omisión de tratamiento del a-quo, razón por la cual no advierto violación del legítimo derecho de defensa de la demandada al decidir la solicitud de la actora en esta instancia.

I.A-b) He principiar la decisión a tomar precisando la calificación jurídica de la obligación dispuesta en el art. 80 de la LCT.

Por un lado, la naturaleza jurídica en cuanto al tipo de obligación que nace del artículo 80, segunda parte, de la LCT se trata de una típica obligación de hacer, vale decir, aquella cuyo objeto consiste en una actividad del deudor, en un hecho de conducta que, en la especie, se configura con la entrega de una certificación de trabajo conteniendo los

datos que impone la ley cuando la relación contractual de empleo privado se ha extinguido (cf. crit. Sentencia nro 318 - "Flores José Héctor c/ Cañaverales San Jorge S.A. s/ Certificación de Servicios y remuneraciones" - Casación - Corte Suprema de Justicia - 11/09/1992; elDial - BBDF1).

Desde otro aspecto, la Ley 25345 establece una indemnización a favor del trabajador y no una multa, nadie puede apartarse del texto legal y llamar "multa" a lo que la norma denomina "indemnización".

Aclarado el tema, el decreto 146/2001 en su art. 3, reglamentando el art. 45 de la Ley 25345, dice "que el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previsto en los aps. 2 y 3 del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo 20744 dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

El art. 80 del LCT señala que el empleador está obligado a entregar los certificados de trabajo cuando éste lo requiriere a la época de la extinción de la relación, y durante el tiempo de la relación cuando medien causas razonables.

Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si este fuere menor.

En cuanto a la temática planteada la jurisprudencia reciente ha establecido que: “La sanción prevista por la Ley 25345, para el

supuesto de incumplimiento por parte del empleador del deber de entregar la certificación de servicios y remuneraciones (art. 80 LCT), es de aplicación restrictiva y procede si una vez transcurridos treinta (30) días de finalizado el vínculo, el dependiente intima fehacientemente al empleador para que se le haga entrega de las certificaciones y éste no lo hace dentro del plazo adicional de dos días" (66030/37) Sent. Nº 13 - "M. M. D. c/ D. M. C. - ordinario - despido - recurso de casación" - TSJ de Córdoba - Sala Laboral – 11/03/2011, elDial.com - AA6B09).

En efecto, de acuerdo a los requisitos que deben cumplimentarse para admitir la sanción prevista por la Ley 25345, reglamentada por el art. 3, del Dec. 146/01 aquella procede si una vez transcurridos treinta (30) días de finalizado el vínculo el dependiente intima fehacientemente al empleador para que se le haga entrega de las certificaciones y este no lo hace dentro del plazo adicional de dos (02) días.

Del cotejo de la presentación del escrito de demanda (fs. 34/38 del 03/04/01) y de la ampliación de demandada (fs. 60/66vta. del 04/07/03) con los términos en que fueran redactados los telegramas enviados por el actor a la demandada (conforme informativa prestada por Correo Argentino, fs. 213/215) de fechas 09/02/01 y 21/02/01, emerge claramente que recién en la ampliación de demanda (fs. 62 y 66) solicita la condena prevista en el art. 80 de la LCT.

A la circunstancia apuntada ha de hacerse aplicación del criterio jurisprudencial que determina que: "La norma y el decreto reglamentario 146/01 establecen claramente la procedencia de una indemnización supeditada a ciertos requisitos, y uno de ellos es la intimación fehaciente por parte del trabajador de la entrega del certificado para tener derecho a la correspondiente indemnización -circunstancia que no se materializa en el caso de autos- …"Ni la demanda ni el trámite ante el Seclo pueden constituir válidamente el requerimiento exigido por el art. 80 LCT, por ello tampoco puede admitirse la procedencia del reclamo, puesto que la intimación no se concretó."(S. 92536 Causa 4554/2007 - "O.

T. c/ S. M. SA s/ Ejecución de créditos lab." – CNTrab - Sala IV – 13/09/2007Citar: elDial.com - AA426F; Publicado el 07/11/2007).

Es decir que la indemnización prevista por el art. 45 de la Ley 25345 no corresponde porque la demanda no constituye la "intimación fehaciente" a la que alude la norma.

A mayor abundamiento, jurisprudencia actual sigue el mismo lineamiento cuando expresa que: “La intimación fehaciente a la que alude tanto el art. 45 de la Ley 25345 como el art. 3 del dec. 146/2001, sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez que haya 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 contractual- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa. Sin perjuicio de lo expuesto, aún cuando se considere que cabe atenerse a una interpretación literal del art. 3 del dec. 146/2001, se torna innecesaria dicha espera en supuestos donde la demandada niega la existencia de la relación laboral, y el actor formula la intimación pertinente al comunicar su decisión de considerarse despedido fundada, precisamente, en esa negativa injuriosa” (CNTrab - Sala V, S.D. 72925 del 09/02/2011, expte. N° 5851/08 "S. P. c/ C. G. L. s/ despido" (Z.-GM.): elDial.com - AL35C7) requisito este último que no cumplió el actor en los presentes autos conforme la valoración de la prueba informativa del Correo Argentino y de los términos de los telegramas colacionados valorados precedentemente.

En lo atinente a la entrega del certificado de trabajo, atento que ha llegado firme a esta instancia la decisión de la a-quo de la existencia del contrato de trabajo entre las partes durante el período 01/11/98 y 31/01/01 (considerando Iero. (fs. 487vta./507), conforme se extrae del segundo párrafo del art. 80 LCT, el empleador está obligado a entregar al trabajador un certificado en el que debe constar: a) el tiempo de prestación de servicios; b) categoría y tareas desempeñadas; c) remuneraciones percibidas; d) aportes y contribuciones efectuados a los

organismos de la seguridad social; y e) calificación profesional obtenida en los puestos de trabajo en los que se hubiere desempeñado. Si, como en el caso, ante la negativa de la demandada de la existencia de relación laboral, postura que no prosperó y quedó firme en primera instancia, con lo cual y con base en su defensa ha omitido la constancia de aportes y contribuciones a los organismos de seguridad social, corresponde la condena a su cumplimiento por el período comprendido entre el 01/11/98 hasta el mes de enero del 2001, en la misma categoría de revista que la denunciada en el recibo de haberes de octubre de 1998, dentro del plazo de cinco (05) días desde quede firme la presente decisión, bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento, le sean impuestas sanciones conminatorias.

Por las consideraciones efectuadas precedentemente arribo a la convicción de que debe hacerse lugar parcialmente a lo solicitado por la parte actora a fs. 520/522 en cuanto a la condena de entrega del certificado de trabajo conforme lo dispuesto en el párrafo anterior.

I.B) En virtud de lo decidido, siendo que he de coincidir con la colega preopinante y teniendo presente que han hecho mayoría con la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts tal como lo puntualizara en el pto. I.A) del presente voto, arribo a la conclusión que sin perjuicio que al modificarse el monto de condena es de aplicación lo prescripto por el art. 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A, es criterio sustentado por la suscripta (sent. def. nro. 32 de esta Sala B del 16/05/01, entre otros) la aplicación del principio jurisprudencial que establece que: "En la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la misma deben interpretarse conforme el principio protectorio" (CNTrab, Sala III, 20/10/92, "C., A. M. c/ S.o L. SRL", DT-1992-B-2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas

estas por las cuales arribo a la conclusión de que debe mantenerse la imposición de costas a la demandada en primera instancia.

En cuanto a las costas de esta instancia, teniendo en cuenta que, por un lado, se han decidido sobre cuestiones omitidas en primera instancia, y que, por el otro, se advierte que no se ha cumplido con el principio de contradicción, ya que conforme emerge del pto. III (fs. 520vta.) de la contestación de agravios del actor -teniendo la debida oportunidad de ejercitar el derecho de defensa-, este da razón a la crítica formulada por la recurrente demandada.

Que a ello se agrega que según Reimundín (“La condena en costas”, p. 91), la falta de participación activa de una de las partes no puede impedir, por esa omisión, la actividad jurisdiccional frente o contra ella, y por lo tanto el vencimiento. La falta de oposición en el proceso, genéricamente considerado, no conlleva necesariamente a la exención de costas respecto de quien guardó silencio (CNCom, Sala C, 4/7/80, LL, 1980-D-223; íd. 8/8/80, L.L., 1980-D-767, 35.724-S y LL, 1981-A-351) (Roberto Loutayf Ranea: “Condena en costas en el proceso civil”, p. 48, Ed. Astrea, Bs. As. 1998).

Son todas ellas razones por las cuales se imponen las costas por el orden causado (art. 69 párr. 2do.de la Ley XIII, nro. 5, Anexo “A” – Digesto Jurídico).

La regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, tanto de primera como de segunda instancia, se difieren para el momento del Acuerdo donde se regularán teniendo en cuenta el tema traído a debate, la labor desarrollada y el éxito obtenido en un todo de acuerdo a lo establecido por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico– (antes arts. 6, 7, 14 y ccdtes. Ley 2200).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula postulatoria de la vocal preopinante Dra. Graciela Mercedes García Blanco y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional provincial del art. 169, a la misma me adhiero.

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

SENTENCIA:

1) Receptar los agravios de la demandada y, en consecuencia, modificar el fallo la sentencia recurrida de fs. 493/510vta. en cuanto al monto de condena, que se fija en PESOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y TRES CON NOVENTA CENTAVOS en ($35.493.90) al haber fijado como indemnización por antigüedad (art. 245 LCT) la suma de $16.508,80. 2) Condenar a la entrega del certificado del art. 80 de la LCT en el término de cinco días bajo apercibimiento de imponer sanciones conminatorias.

2) Modificar en dicho fallo la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en la instancia de grado, los que se fijan para el Dr. E. J. de V. en el VEINTIÚN POR CIENTO (21%), para los Dres. O. G. A., C. S. K. y C. N. G., conjuntamente, en el DIECIOCHO POR CIENTO (18%) y para el perito contador A. L. en el DOS POR CIENTO (2%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio.

3) Costas de la Alzada por el orden causado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. E. J. de V. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y del Dr. C. S. K. en el TREINTA POR CIENTO (30%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por sus labores en la instancia de grado.

4) Tener presente la reserva del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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