--- En la ciudad de Trelew, a los días de febrero del año dos mil doce, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., S. B. c/ A. S.A. s/ Cobro de haberes e indemnización de ley”** (Expte. Nº 389 – año 2.011 CAT.) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 131.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 109, que fuera concedido a fs. 111, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 103/105 y vta. que hizo lugar a la demanda laboral instaurada por S. B. C. y condenó a A. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $57.353,21.-, con más sus intereses, y con imposición de costas a la demandada vencida.----------

---

--- La expresión de agravios luce a fs. 112/114, el traslado conferido a fs. 115 no fue evacuado por su contraria, y cuestiona la apelante la condena al pago de la indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25.323, y esa situación lleva también a agraviarse de la fecha a partir de la cual se dispone calcular el interés moratorio sobre los rubros derivados del despido incausado. Manifiesta que el fundamento de la condena radica en que la mora en el pago de los rubros originados en el despido se produce al día siguiente de la extinción de la relación laboral y no al cuarto día hábil conforme se expusiera al responder la demanda. Afirma que la doctrina mayoritaria ha venido sosteniendo hasta el dictado de la ley 26.593 que por la interpretación conjunta de los arts. 128 y 149 de la LCT, las indemnizaciones derivadas del despido resultan exigibles vencido el cuarto día hábil de extinguido el vínculo laboral. Cita fallos de esta Cámara en apoyo de su postura y expresa que, si el despido se produjo el 07/09/2009 y la actora curso el telegrama de intimación el 11/09/11 (en realidad 11/09/09), al tiempo de ese emplazamiento la demandada aún no se encontraba en mora. Entiende por ello que será a partir de su mora que queda habilitada la intimación prevista por el art. 2 de la ley 25.323, por lo que en el caso de autos la intimación cursada fue prematura y en consecuencia inoperativa a los fines de generar el derecho indemnizatorio por el cual se condena. Solicita se revoque en ese aspecto la sentencia, dejando sin efecto el rubro liquidado con remisión al art. 2 de la ley 25.323. Se agravia también en cuanto a que el interés moratorio comienza su curso el 08/09/09 ya que la mora en el pago de los haberes indemnizatorios se produce recién vencido el cuarto día hábil siendo a partir del quinto día hábil que debe comenzar el curso del accesorio. Plantea el caso federal y peticiona se revoque la sentencia definitiva en lo que ha sido motivo de agravio, con

costas.----------

--- 2. Tocante al agravamiento indemnizatorio debe señalarse que el juzgador entendió que ***resulta procedente la indemnización prevista en el artículo 2 de la ley 25.323, toda vez que la mora del empleador se produce al día siguiente de la extinción de la relación laboral y no a los cuatro días hábiles de operada la misma, ya que para el pago de las indemnizaciones no resultan aplicables los plazos fijados para el pago de las remuneraciones. -ver Julio Armando Grisolía, "Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo", Edit.Nova-Tesis, 4ª Ed., pags. 478/479-*** (fs. 104 vta./105).----------

--- Desde ya que no comparto ese criterio toda vez que una interpretación armónica de los arts. 128 y 149 de la L.C.T. lleva a concluir que el plazo de cuatro días hábiles para el pago de la remuneración mensual se aplica al pago de las indemnizaciones laborales. O sea, los intereses, se traten de haberes o indemnizaciones, se computan desde la mora de la deudora que opera automáticamente (art. 137 LCT) a partir del quinto día hábil posterior al despido pues no corresponde efectuar diferencia alguna en materia de créditos laborales.----------

--- La interpretación conjunta de los artículos 128 y 149 de la Ley de Contrato de Trabajo permite concluir que las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo son exigibles a los 4 días de operada la misma (Ackerman-Tosca, "Tratado de Derecho del Trabajo", Rubinzal – Culzoni Editores, 2005, T. IV, pág. 457). Para el pago de las indemnizaciones y su acreditación rigen también todas las disposiciones previstas para las remuneraciones ordinarias, tratadas precedentemente (Sardegna, Miguel Ángel, "Ley de Contrato de Trabajo", Editorial Universidad, 1999, pág. 471).-------

--- Es criterio de la sala "A", c. 79/09, S.D.L. 21/09; y también de esta sala "B", c. 294/10, S.D.L. 36/10.----------

--- Desde ya que el art. 255 bis de la L.C.T. (incorporado por el art. 1 de la ley 26.593) ha venido a zanjar cualquier discusión al respecto.----------

--- 3. Pese a lo expuesto en forma precedente existe otro fundamento que permiten confirmar la sentencia venida en apelación respecto de la condena al pago del incremento contemplado por el art. 2 de la ley 25.323, a cuyo respecto señalo que la apertura de esta instancia por la apelación interpuesta permite ejercer la facultad de revisión con amplitud suficiente ante la plenitud de jurisdicción.----------

--- El principio según el cual la jurisdicción del órgano "ad quem" se abre en función del alcance de la apelación, no obsta a que el mismo se pronuncie de conformidad con la regla "iura novit curia", es decir, que ha de realizar la calificación jurídica que corresponda de las pretensiones deducidas en el juicio, pues la misión de la justicia es aplicar el derecho independientemente de los planteos de las partes. En un orden de ideas similares se ha recalcado que el órgano "ad quem" no está limitado en su

razonamiento por la argumentación del recurrente. Si bien debe ceñirse a los puntos objetados, al abordarlos tiene amplias facultades, iguales a las que sobre la materia tenía el “a quo”. Incluso el juez de la apelación puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y el juez de primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 420/421).----------

--- Al respecto, cabe señalar que el art. 2 de la ley 25.323 al fijar como recaudo formal la previa intimación al empleador no establece como condición que la misma se curse una vez vencido el plazo que el ordenamiento laboral concede para el pago de las indemnizaciones (arts. 128 y 149 de la L.C.T.).----------

--- Dicho de otro modo. La citada norma no exige para la procedencia del incremento que la intimación se efectúe recién cuando la patronal se encuentre en mora en el pago de las indemnizaciones provenientes del despido. No hay sujeción a plazo alguno a diferencia de la previsión contenida en el art. 3 del decreto 146/01, reglamentario del art. 45 de la ley 25.345.----------

--- Por eso, tratándose de la indemnización del art. 2º, ley 25.323, la verificación del recaudo formal de una previa intimación no requiere como condición esencial que se hubieren vencido los plazos que la ley concede al empleador para hacer efectivo el pago de salarios e indemnizaciones (conf. arts. 128 y 149 LCT). En efecto, conforme surge del texto legal, el empleador debe asumir el pago del incremento allí dispuesto cuando no haga efectivo el pago de las indemnizaciones que al trabajador le corresponde como consecuencia del distracto, siempre que, previamente haya sido intimado (del voto de la Dra. González por la mayoría, CNTrab., Sala I, 22/04/2008, “Ozuna, Rosana Elizabeth c/ Compañía Agrícola Nobili S.A. y Otro s/ Despido”, SD. 85106) (elDial.com – AA480F).----------

--- Y ello por cuanto la ley sanciona la conducta del empleador cuando omite el deber de abonar las indemnizaciones. Su finalidad es evitar juicios innecesarios.----------

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

--- Se trata de una conducta, *la omisión del deber legal de abonar lo adeudado* como consecuencia del despido arbitrario, *en tiempo, forma y lugar adecuados*. Hasta aquí, hemos dicho que la norma repara un daño autónomo, distinto al despido. Y es que la falta de pago es el daño indemnizable, distinto al daño del despido injusto. Lo que se repara por medio de esta tarifa es la mora en el pago de las indemnizaciones (Elffman y Teuly, “Las “indemnizaciones laborales” de la ley 25.323”, Cap. VI, D.T. 2001-A, 242) (la cursiva me pertenece).----------

--- Y en el caso de autos en definitiva la empleadora no abonó las indemnizaciones adeudadas y ello obligó a la trabajadora a promover el presente proceso laboral.----------

--- En tales condiciones, desde que el recaudo de la intimación previa se encuentra cumplido, la actora resulta acreedora al incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25.323.----------

--- Por tales razones se desestima el agravio.----------

--- 4. Respecto de la queja vertida acerca de la fecha a partir de la cual se computan intereses, cabe expresar que le asiste razón a la recurrente conforme a los fundamentos ya expuestos al punto 2 que antecede.----------

--- Agrego en igual sentido que la interpretación conjunta de lo normado en los arts. 128 y 149 de la LCT permite concluir que las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo son exigibles a los cuatro días hábiles de operada (CNTrab., Sala I, 19/03/92, D.T. 1993-B, 1241).----------

--- Por ello, corresponde modificar el fallo en crisis para computar los intereses fijados a partir de la mora acaecida al quinto día hábil posterior al despido.----------

--- 5. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en lo principal que decide, modificando la misma para establecer que el cómputo de los intereses fijados debe efectuarse a partir de la mora acaecida al quinto día hábil posterior al despido.----------

--- El fracaso del principal agravio (art. 2 de la ley 25.323) que presenta mayor significación económica pues el monto de condena por ese rubro asciende a $17.253,59.-, y el éxito del restante (fecha a partir de la cual se computan los intereses) de menor cuantía patrimonial, permiten delinear un vencimiento parcial y mutuo que conduce a imponer las costas de segunda instancia en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora, por resultar dichos porcentajes adecuados a las porciones de fracaso y éxito obtenidos por la apelante (art. 72 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios del Dr. L. Á. N., letrado apoderado de la parte demandada, en la suma equivalente al 26% de la cantidad establecida para los emolumentos de primera instancia (arts. 5, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

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

--- La claridad de la reseña que efectuara el Sr. Magistrado antes sufragante respecto de la sentencia de fs. 103/105 vta., así como de la expresión de agravios que vertiera la demandada recurrente a fs. 112/114, me eximen de realizar nuevamente dicho relato, por lo que remito a la misma en homenaje a la brevedad.----------

--- I.- Por una cuestión de mejor seguimiento y lectura de este decisorio, seguiré el orden expuesto por el Dr. Vergara en el tratamiento de los agravios, si bien en la

práctica la queja se refiere a la indemnización prevista en el artículo 2 de la ley 25323.----- 1) El juez de grado hizo lugar a la indemnización antedicha argumentando *"...que la mora del empleador se produce al día siguiente de la extinción de la relación laboral y no a los cuatro días hábiles de operada la misma, ya que para el pago de las indemnizaciones no resultan aplicables los plazos fijados para el pago de las remuneraciones..."* (ver sentencia a fs. 104 vta. "in fine"/105, 1er. párrafo). Sin embargo el art. 128 de la LCT establece, respecto de las remuneraciones, que *"El pago se efectuará una vez vencido el período que corresponda, dentro de los siguientes plazos máximos: cuatro (4) días hábiles para la remuneración mensual o quincenal y tres (3) días hábiles para la semanal".* Y a su vez el art. 149 de la LCT dispone: *"Lo dispuesto en el presente capítulo, en lo que resulte aplicable, regirá respecto de las indemnizaciones debidas al trabajador o sus derechohabientes, con motivo del contrato de trabajo o de su extinción".*----------

--- Del juego armónico de ambas normas, se ha sostenido que *"La interpretación conjunta de lo normado en los arts. 128 y 149 de la LCT permite concluir que las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo son exigibles a los cuatro días de operada"* (conf. CNAT, Sala I, 19/3/92, DT, 1993-B-1241); así como *"El plazo de cuatro días del art. 128 de la LCT rige también para el pago de las indemnizaciones por aplicación de lo dispuesto en el art. 149 del mismo régimen"* (conf. CNAT, Sala II, 5/10/88, DT, 1989-B-1141). Por lo demás este Cuerpo expresamente decidió con relación a la indemnización en cuestión del art. 2 de la ley 25323 que en virtud de lo dispuesto por los arts. 128 y 137 de la LCT se establece el plazo de cuatro días hábiles para el pago de remuneración mensual y que la mora en dicho pago se produce por el mero vencimiento de dicho pago; asimismo dicha regla se aplica al pago de las indemnizaciones debidas con motivo de la extinción del contrato de trabajo (conf. art. 149 de la LCT) (conf. CATrelew, Sala "B", SDL Nº 36/10). Amén de ello cabe recordar que la ley 26593 zanjó toda discusión al respecto con la incorporación del art. 255 bis de la LCT que estipula: *"El pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de la extinción de la relación laboral".*----------

--- 2) No obstante lo anterior, es de tener presente que el principio "iura novit curia" rige en todos los grados de la jurisdicción. Por lo tanto, el tribunal de apelaciones, dentro de lo que ha sido materia del recurso interpuesto, puede aplicar este principio, pero siempre sobre los "capítulos" propuestos a decisión del juez de primera instancia, conforme a lo dispuesto por el art. 277 del CPCCN (art. 280 del CPCCChubut), salvo los supuestos excepcionales en que pueden ser introducidos en la segunda instancia. Para que el tribunal de alzada pueda ejercer la función jurisdiccional, y en su consecuencia aplicar el principio "iura novit curia", es necesario que medie recurso hábil que determine el ámbito de su competencia (conf. SCBA 27/11/62, Rep.LL, 1964-1284,

nº 83; íd., 20/12/77, Rep.ED, 12-703, nº 65, y Rep.LL, 1978-1641, nº 33), no puede, como ya se destacó, pronunciarse sobre cuestiones firmes (conf. CSJN, 16/5/89, Rep.ED, 24-540, nº 25). Si bien el tribunal de apelaciones tiene sus facultades limitadas por los términos de la litis y por el marco de los agravios, dentro del ámbito de su competencia, está facultado para pronunciarse y hacer aplicación del principio "iura novit curia" mediando recurso hábil. En virtud de éste, el tribunal de apelación no está limitado en su razonamiento por las argumentaciones de las partes ni del juez de primera instancia, sino que puede utilizar distintos fundamentos de derecho de los invocados por las partes y el juez de grado (conf.CSJN, 15/5/72, LL, 149-411, y JA, 15-1972-191) (citados en Loutayf Ranea, Roberto G.: "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Ed. Astrea, 2009, Tº 1, págs. 209/210).----------

--- Sentado lo anterior, es de señalar que la norma del art. 2 de la ley 25323 establece en su primer párrafo: *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6 y 7 de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%".* Como se ve el objetivo de esta indemnización agravada no es el de resarcir los daños que produce el distracto en sí, sino que está orientada a reparar los perjuicios que sufre el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de los rubros indemnizatorios que la LCT impone como consecuencia del despido. La ley pone de resalto el carácter alimentario de los créditos laborales y que los mismos sean satisfechos en forma inmediata sin que el trabajador padezca la pérdida de tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso sea administrativo o judicial. Al leer la norma queda claro que las condiciones de procedencia para que se condene al empleador al pago de la multa estipulada son dos: a) que el accionante hubiera intimado a su empleador para que le abone las indemnizaciones derivadas del distracto; b) que ante la conducta reticente de este último, el trabajador deba iniciar las actuaciones administrativas o judiciales tendientes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente (conf. Salpeter, Pablo y Pepe, Carlos: "Indemnizaciones tarifadas y agravadas", en Ackerman-Sudera: "Extinción de la relación laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 637/639).----------

--- Como se aprecia, la norma no establece un plazo dentro del cual el trabajador debe cumplir con la intimación, sólo exige que la misma se cumpla de manera extrajudicial, lo que revela una diferencia sustantiva con el plazo de treinta días expresamente previsto en el art. 3 del decreto 146/01 reglamentario del art. 45 de la ley 25345. Es más se ha dicho que cuando la ley indica que el empleador debe ser fehacientemente intimado, se refiere al emplazamiento que el trabajador debe hacer contemporáneamente al despido

para que ponga a su disposición las indemnizaciones derivadas del despido, por lo que la demanda no puede constituirse válidamente en el requerimiento que al efecto exige el artículo 2 de la ley 25323, acto que necesariamente debe preceder al reclamo jurisdiccional (conf. CNAT, Sala VIII, 7/3/03, in re: “Migdal, Damián c/ Sempre S.A.y otro s/ despido, SD 31.100, expte. 12.515/2002, cit. en Salpeter y Pepe, op. cit., pág. 639).----

--- A la luz de lo expresado, cabe considerar que la trabajadora ha cumplido con la intimación extrajudicial referida, no estando obligada a dejar transcurrir el plazo de mora para efectuar la intimación. Y el empleador no ha cumplido con el pago exigido, obligando a la actora a llevar su pretensión al ámbito judicial, por lo cual, se ha de desestimar el agravio, confirmándose la sentencia en cuanto a la procedencia de la indemnización del art. 2 de la ley 25323.----------

--- 3) Ahora bien, en virtud de lo expuesto en los considerandos precedentes, habrá de acogerse la queja en cuanto a la fecha de inicio del cómputo de los intereses, dado que de acuerdo a lo dispuesto por los arts. 128 y 149 de la LCT las indemnizaciones derivadas de la extinción de la relación laboral, son exigibles a los cuatro días de operada la misma. En consecuencia corresponderá modificar el fallo a los fines de computar los intereses a partir del quinto día hábil posterior al despido.----------

--- II.- En virtud de lo todo lo razonado, habré de acordar en que procede confirmar la sentencia apelada en lo principal que decide, modificándola a los meros efectos de establecer que el cómputo de los intereses fijados debe comenzar a partir del quinto día hábil posterior al despido.----------

--- Dado que el principal agravio, tanto cualitativa como cuantitativamente, resulta desestimado, y que se hace lugar a la queja relativa al cómputo de los intereses el cual tiene escasa incidencia económica, habré de compartir que las costas de esta sede se distribuyan en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora, como lo propone el colega preopinante, dado que ha existido un vencimiento parcial y mutuo que se traduce razonablemente en tales porcentajes(conf. art. 72 de la CPCC).----------

--- En lo que respecta a los honorarios, en atención al resultado del pleito, y al mérito y extensión de los trabajos desarrollados en la instancia precedente, procede establecer los mismos para el letrado apoderado de la demandada, Dr. L. Á. N., en un 26% de los emolumentos que le fueran regulados en la instancia de origen (conf. arts. 5, 8, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4), con más el IVA pertinente (leyes 23349 y 23871).---------- A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

---------- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ---------- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en lo principal que decide, modificando la misma para establecer que el cómputo de los intereses fijados debe efectuarse a partir de la mora acaecida al quinto día hábil posterior al despido; b) imponer las costas de segunda instancia en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora; y c) regular los honorarios del Dr. L. Á. N., por sus

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

tareas de Alzada, en la suma equivalente al 26% de la cantidad establecida para los emolumentos de primera instancia, con más el I.V.A. pertinente.------- Así lo voto.---------
---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ---------- En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del mismo.---------- Así lo voto.---------
---

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por licencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Sergio Rubén Lucero (Art. 7º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------
---------- **S E N T E N C I A**: ----------
--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------
--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en lo principal que decide, modificando la misma para establecer que el cómputo de los intereses fijados debe efectuarse a partir de la mora acaecida al quinto día hábil posterior al despido; ----------
--- IMPONER las costas de segunda instancia en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora; ----------
--- REGULAR los honorarios del Dr. L. Á. N., por sus tareas de Alzada, en la suma equivalente al 26% de la cantidad establecida para los emolumentos de primera instancia, con más el I.V.A. pertinente.----------
--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL N°____ DEL AÑO 2012 – SDL – CONSTE.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA