------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de marzo del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"E., D. E. A. c/ A. A. S.A. s/ Laboral"*** (Expte. N ° 279/11 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.---

------Practicado a fs. 448 el sorteo establecido por el Art. 271 de la Ley XIII N ° 5 del DJP –CPCC–, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FRÜCHTENICHT – FLASS – PETRIS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 344/349? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------**A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo**:-------

------1. Que llegan los presentes autos a esta Alzada, a fin de atender sendos recursos de apelación intentados por la parte actora: a fs. 352 y concedido a fs. 353, enderezado contra la sentencia definitiva de la instancia inferior que luce agregada a fs. 344/349, la que en lo sustancial decidió: I.- Hacer lugar a la demanda laboral articulada y en su consecuencia condenó a la accionada a que abone al actor la suma que indica, dentro del plazo que fija y con los intereses que determina; II.- Impone las costas del proceso a la demandada vencida; y III.- Regula los honorarios de los profesionales que asistieron a las partes, con agravios expresados a fs. 355/357 y replicados a fs. 365 y vta.; y también la apelación intentada por la misma parte actora a fs. 392 y contra la imposición de costas por su orden dispuesta por el Sr. Juez apelado en su sentencia interlocutoria obrante a fs. 390/391, parte resolutiva, pto. II.-, la que fuese fundada a fs. 397/398 de estos autos--------

------2.1. Anticipando que las quejas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas, surge que al expresar sus agravios contra la sentencia definitiva (v. memorial de fs. 355/357), el actor apelante refiere que su primera queja aparece en atención a que el judicante de grado no concedió el incremento indemnizatorio que a su juicio le asiste por aplicación del Art. 2 de la Ley N ° 25.323, con sustento en la circunstancia de no haber el trabajador intimado a la empleadora su pago. En apoyo de su postura

sostiene que la ley sólo requiere que la intimación haya sido fehaciente, es decir, que no admita margen de dudas y haga plena fe de que efectivamente ha sido cursada y recibida, mas ninguna referencia a que la misma deba contener términos sacramentales sino que reflejen una realidad que debe surgir de su propio relato (v. fs. 355 6to. Párr.) y cita precedentes en sustento de su argumento.----------

------Asumiendo el tratamiento de la queja que individualicé, advierto que el Art. 2º de la Ley 25.323 textualmente dispone, con meridiana claridad, que: "*Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6º y 7º 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%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago*". De su lectura, puedo colegir que el objetivo perseguido es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar así la litigación. Dice Grisolía que: "*...La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdidas de tiempo. El presupuesto de procedencia es el no pago de aquellas indemnizaciones en tiempo oportuno y la existencia de un despido sin invocación de causa...*" (cfr. GUISOLÍA, Julio Armando; "*Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo*"; Nova Tesis; Bs. As.; 2007; p. 479).----------

------En tal sentido, en el sub examine observo que la intimación efectivamente existió (v. Carta Documento que se agrega a fs. 14), aunque de su texto no aparecen individualizados los conceptos indemnizatorios reclamados, y tratándose la pretensión de la imposición de una sanción de multa, debe extremarse el análisis en orden a la existencia de aquellos extremos que habilitan su procedencia, atento el sentido restrictivo que cabe aplicar a su entendimiento.----------

------Tampoco se presenta en el caso un despido incausado, sino uno indirecto, y en tal supuesto, la aquí accionada bien pudo creerse con

derecho a no indemnizar, y en tal sentido aparece legítimo someter la cuestión a una decisión jurisdiccional de mérito que resuelva el conflicto habido.----------

------Con base en tales fundamentos, estimo que la queja no puede prosperar en esta sede, y así lo propondré al Pleno. Así lo voto.----------

------2.2. Que a fs. 355vta. penúltimo párrafo individualiza su segunda queja contra aquélla sentencia definitiva, la que aparece por haber omitido el *a quo* condenar la entrega del certificado de trabajo que ordena el Art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo Nro. 20744 (en adelante: LCT). Se ocupa en distinguir que lo perseguido es la entrega del certificado, para luego sí referenciar agravio por la no imposición de la multa prevista en el precitado Art. 80 LCT, la que expresamente solicita (v. petitorio de fs. 357 pto. 4.-).---

------Que habiéndose acompañado a fs. 404 el correspondiente certificado que dispone el Art. 80 LCT., y no habiéndolo observado el actor, sólo corresponde tratar la queja referida a la pretendida multa que dispone el párrafo 3ro. de la norma mencionada.----------

------Asiste razón al apelante en cuanto a que el derecho a contar con los certificados que dispone el Art. 80 LCT es diferente al hecho derivado del incumplimiento de su entrega que puede generar la multa que dispone el artículo citado. Lo primero surge de los párrafos 1ro. y 2do. de la norma, y la sanción se aloja en su párrafo 3ro.----------

------En efecto, dispone la norma en cuestión que: "*La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual. El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.*----------

------*"Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.*----------

------*“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 éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (Párrafo incorporado por Art. 45 de la Ley Nº 25.345 B. O. 17/11/2000).”*----------

------De la norma transcripta, se desprende claramente que debe existir requerimiento formulado por el trabajador, requerimiento que no surge de las cartas documento que lucen agregadas a fs. 12 y 14, no correspondiendo consentirse que tal intimación sea suplida por el requerimiento contenido en demanda tal y como lo pretende ahora el actor apelante, toda vez que ésta es, por definición, “*…un mero acto de iniciación del proceso; es el acto procesal introductorio de la instancia que promueve el titular de la pretensión. Es una forma de ejercer el derecho de acción.*” (v. LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo; “*Derecho Procesal Civil*”; Rubinzal Culzoni Ed.; Santa Fe; 2009; T º I; p. 451). En su función, no habilita a tener por suplido aquel requerimiento que se exige como presupuesto para la imposición de la multa que ahora se pretende.----------

---

------Por todo lo expuesto, esta segunda queja tampoco podrá prosperar, y así lo voto.----------

------2.3. Que a fs. 392 el actor apelante alzó su queja también contra lo resuelto por el judicante en su interlocutorio de fs. 390/391, al disponer la imposición de costas por su orden.----------

------En ocasión de fundar su queja (v. fs. 397/398), el apelante refiere una actuación “*displicente*” del letrado de la contraparte que, a su juicio, redunda en perjuicio del trabajador demandante, sin justificación alguna.---

------Atendiendo ahora el tratamiento de la apelación deducida a fs. 392, entiendo no le asiste razón al actor apelante cuando sostiene que no corresponde asumir las costas decretadas por su orden.----------

------A su respecto, entiendo oportuno señalar que a fs. 354 el Dr. J. E. R. apeló "*en nombre propio*" la sentencia definitiva de fs. 344/349, sin indicar puntualmente lo atacado ni referir agravio alguno.-----

------Que a tal manifestación del letrado mencionado, el juez, en su condición de director del proceso, le ordena a fs. 361 que aclare a ese respecto, interponiendo inmediatamente el actor –pese a la ausencia de agravio que señalaré– recurso de revocatoria con apelación en subsidio a fs. 362/364vta. Que corrido traslado al profesional mencionado (v. fs. 369 Párr. 3ro.), éste último guarda prudente silencio, sin replicar lo solicitado por el actor en ocasión de articular su revocatoria con apelación en subsidio de fs. 362/364vta., resolviendo luego el judicante mediante el interlocutorio de fs. 390/391, imponiendo con buen criterio las costas por su orden.--------

------Anticipando que promoveré el rechazo de la apelación que trato, debo manifestar que a mi juicio el Dr. J. E. R. no ostenta carácter de *vencido* en la incidencia cuya resolución se apela, toda vez que el recurso intentado "*en nombre propio*" (v. fs. 354) sólo podría entenderse como referido a la regulación de honorarios en su favor, los que conforme la imposición de las costas que surge de la sentencia definitiva de fs. 344/349 sólo puede reclamar a su propio cliente vencido en estos autos, y además, intentada la revocatoria por el actor, guardó oportuno silencio. En su función, no resultó perdedor frente al actor, quien, conforme lo vengo diciendo y siendo que el único obligado al pago de los honorarios del Dr. R. resultaba ser la demandada de autos, ningún perjuicio le pudo irrogar la pretensión de aquél contra su propio cliente. Atendiendo lo dicho, la apelación intentada subsidiariamente no podrá prosperar en esta sede, y así lo voto.----------

---

------3. Tal y como propondré al Pleno se resuelvan las cuestiones traídas al conocimiento de esta jurisdicción, estimo que las costas deberán imponerse al apelante vencido, por imperio del principio objetivo de la derrota que se aloja en el Art. 69 CPCC, no advirtiendo motivo alguno para apartarme de él. Así lo voto también.----------

**------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

------Habiendo el Dr. Früchtenicht, reseñado acabadamente los hechos antecedentes y planteos expuestos a esta Alzada voy a abordar directamente las cuestiones traídas a decisión del Tribunal.----------

***------1) Incremento Art. 2º Ley 25.323:----------***

------Se queja el recurrente de que el a quo no hubiera declarado procedente la multa del Art. 2º Ley 25.323 con el argumento de que el empleador no fue correctamente interpelado. Sostiene que el telegrama del 12 de junio expresamente se refiere a "multas pertinentes".----------

------El Art. 2º Ley 25.323 dice *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976 y los artículos 6º y 7º de la Ley 25.013), o las que en el futuro las remplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador, los jueces mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".*----------

------Asiste razón al recurrente respecto a que el empleador fue fehacientemente interpelado mediante la misiva del 12 de junio de 2008 obrante a fs. 14, mas no respecto a la procedencia del incremento.----------

------Voy a comenzar diciendo que el incremento del Art. 2º Ley 25.323, tiene naturaleza mixta: sancionatoria por un lado y resarcitoria por el otro. Se adscribe así al género de los mal llamados "daños punitivos", instituto relativamente novedoso en nuestro sistema jurídico continental y reservado a cierto tipo de relaciones contractuales caracterizadas por la debilidad de una de las partes (Derecho Laboral y Derecho del Consumo).----------

------La forma natural de resarcir la mora es mediante un interés agravado (interés moratorio), mas cuando el atraso produjo un daño superlativo suficientemente probado, el acreedor puede pedir un resarcimiento también mayor. A esta última posibilidad (daño superlativo), la norma ha venido a agregar otro supuesto limitado a cierto tipo de contratos y que es la excepcional reprochabilidad en el atraso.----------

------Para la procedencia del Art. 2º Ley 25.323, no basta con que hubiera habido mora del deudor, sino que además se requiere una conducta

excepcionalmente reprochable, traducida en dolo contractual (“no pago por que no quiero”) o al menos en una culpa grave. Es por eso que la norma autoriza al Juez a reducirlo prudencialmente, llegando incluso a exonerar su pago. Pero ¿Cuál es el parámetro a seguir?; ¿Cuándo la mora del empleador genera resarcimiento punitivo?. Considero que el incremento del Art. 2º Ley 25.323, requiere que el empleador despida al trabajador sin invocar causa alguna o invocando una causa notoriamente inverosímil. Entiéndase bien, no basta con que la causa invocada no pueda ser probada en sede judicial - pues ello equivaldría sancionar al empleador en todo tipo de despido sin causa justificada- sino que ella ha de ser ab inicio inverosímil.----------

------Coincidentemente con lo expuesto, la jurisprudencia dijo “Es improcedente la condena pretendida con base en el Art. 2º de la ley 25.323, dado que la ex empleadora pudo haber considerado, razonablemente, que los valores reclamados por el trabajador carecían de naturaleza salarial (Sala II 24/5/2007 “Bic. Argentina S.A. v. Popiloff, Damián Eduardo Conf. cit. De Grisolía, Julio Armando “Régimen indemnizatorio del contrato de trabajo” 4ª ed. Nova Tesis, Rosario 2007, Pág. 481).----------

------En igual sentido, la doctrina dijo “El objetivo perseguido es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdida de tiempo. El presupuesto de procedencia es el no pago de la indemnización en tiempo oportuno y la existencia de un despido sin invocación de causa producido a partir de 20/10/2000 aunque se lo debe hacer extensivo a los casos d despido indirecto con una causa justificada y de despido directo con invocación de una causa a todas luces inverosímil” (Grisolía, Julio Armando “Régimen indemnizatorio del contrato de trabajo” 4ª ed. Nova Tesis, Rosario 2007, Pág. 481).----------

------En concreto, el incremento del Art. 2º Ley 25.323 no ha de convertirse en un rubro habitual, sino en una sanción excepcional para casos también excepcionales.---------- ----------

------En el sub iudice el empleador pretende justificar el despido principalmente por la ausencia del empelado en el lugar de trabajo desde el 24 de abril de 2008 al 7 de mayo de 2008 (misiva de fs. 15). El actor en su

escrito de demanda reconoce que se "...desempeñaba sin límites horarios ni tampoco territoriales". Ciertamente que la ausencia imputada por el empleador no logró justificar el despido pues esa era la modalidad de trabajo, mas no parece que se trate de una causa ab initio inverosímil, por el contrario, los dichos del empleado tornan creíble la ausencia, aunque plenamente justificada por la naturaleza de la prestación al punto de que el Sr. Estaban ganó el juicio.----------

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que no resulta procedente en esta litis la aplicación de la sanción prevista en el Art. 2º Ley 25.323. Voto por el rechazo del agravio en cuestión.----------

***------La multa del Art. 80 LCT:----------***

------Se queja el recurrente de que el a quo no hubiera hecho lugar a la multa del Art. 80 LCT por falta de intimación oportuna pues entiende que el traslado de la demanda tiene la virtualidad de dejar interpelado al demandado.----------

------Se equivoca.----------

------La demanda es un acto procesal formal cuya finalidad es obtener lo reclamado para que sea acogido en la sentencia. La demanda puede contener una o mas pretensiones, es decir uno o mas derechos subjetivos que se ejercen mediante la petición procesal.----------

-----El derecho subjetivo que integra la pretensión debe ser anterior a la demanda. Esto es válido aun en las pretensiones cautelares pues el derecho subjetivo en ellas ejercido radica en la posibilidad de que la sentencia sea válida una vez dictada.----------

------Sintetizando, el derecho subjetivo ejercido en la demanda debe ser concreto y existente, no meramente potencial.----------

------¿Cuando surge el derecho subjetivo del trabajador a percibir la multa del Art. 80 LCT?. Ya lo dije en reiteradas oportunidades, el trabajador solo tiene derecho a percibir la multa cuando, transcurridos treinta días del despido, interpela al empleador y este omite cumplir en los dos días posteriores. Sin el mecanismo de la interpelación, el derecho subjetivo no nace, la pretensión carece de fundamento y al demanda resulta inhábil para lograr que el mismo fuera acogido en una sentencia.----------

------Repito el derecho subjetivo integrante de la pretensión debe ser anterior al acto procesal (demanda) por el que se pretende ejercerlo y no concomitante o posterior con esta.----------

------En conclusión, si el trabajador no interpeló al empleador tal omisión no puede ser sustituida con la notificación de la demanda pues ello significaría que al momento de accionar el actor carecía del derecho subjetivo que invocaba.----------

------Obiter dicta, si el traslado de la demanda tuviera el efecto interpelativo que pretende el recurrente, todo el sistema de constitución en mora hominis (Art. 509 Cod. Civ.) devendría en letra muerta pues bastaría con demandar jurisdiccionalmente el cumplimiento para que el deudor quede incurso en mora y asuma las consecuencias de dicho estado. Se diluiría completamente la diferencia entre mora automática y mora por interpelación convirtiendo a la distinción legal en un “pure parler”. No puede ser esta la interpretación razonable.----------

------Voy a coincidir con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado y así lo voto.----------

***------3) La distribución de costas respecto a la apelación de la demandada:----------***

------El demandado apeló extemporáneamente la sentencia. El actor se opuso a la concesión del recurso, planteo que fue receptado favorablemente por el a quo pero distribuyó las costas por su orden en atención a que el demandado no contestara la oposición del actor.----------

------Contra la distribución de costas se alza el Sr. E. fundando su recurso a fs. 397 y solicitando que las costas le sean impuestas al letrado de la demandada por ser él quien generó el incidente con su tardía presentación y por tratarse de una apelación de honorarios.----------

-------Voy a comenzar coincidiendo con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión en que el actor no tenía interés recursivo para oponerse a la regulación de los honorarios del letrado de la demandada en virtud de que no era el obligado al pago de los mismos. Tenemos entonces que el letrado de la actora apeló tardíamente la regulación de honorarios y el actor se opuso a la misma sin interés recursivo, resultando adecuado en dicho caso distribuir las costas por su orden.----------

------Por otro lado es doctrina sostenida en este Tribunal aquella según la cual las cuestiones de honorarios no generan costas.----------

-------Conforme a lo expuesto, coincidiendo una vez mas con el Sr. juez que me precediera en el tratamiento de la cuestión voy a votar por el rechazo del recurso bajo análisis.----------

-------Resta referirme a las costas de la presente instancia y en atención a que el recurrente resultó vencido en todas sus pretensiones deben imponérsele las costas en forma exclusiva.----------

------**A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT dijo**:------

------Atento lo expresado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia definitiva N ° 25/2011, de fecha 24/02/2011 y que obra a fs. 344/349, en cuanto fue materia de recurso; **II.- IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante vencido (Art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. E. R. en un 5,5% y los del Dr. O. S. G. en un 4%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto de los rubros discutidos en esta Alzada y resueltos a través del presente pronunciamiento. (art. 13 Ley XIII N° 4 DJP, Arancel).----------

**------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión, coincido con el Sr. Juez que me precediera en el tratamiento de la misma y voto por que: **II) CONFIRMAR** la sentencia definitiva n ° 25/2011 de fecha 24/02/2011 y que obra a fs. 344/349, en cuanto fue materia de recurso; **II- IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante vencido. **III). REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. E. R. en un 5,5% y los del Dr. O. S. G. en un 4% ambos porcentajes con mas el IVA pertinente y a calcular sobre el monto de los rubros discutidos en esta Alzada y resueltos a través del presente pronunciamiento (Art. 13 Ley XIII n ° 4 DJP). ----------

---

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

**----------S E N T E N C I A----------**

------**Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------**I.- CONFIRMAR** la sentencia definitiva N ° 25/2011, de fecha 24/02/2011 y que obra a fs. 344/349, en cuanto fue materia de recurso.-----

**------II.- IMPONER** las costas de esta Alzada al apelante vencido (Art. 69 CPCC).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. J. E. R. en un 5,5% y los del Dr. O. S. G. en un 4%, ambos porcentajes con más el IVA pertinente y a calcular sobre el monto de los rubros discutidos en esta Alzada y resueltos a través del presente pronunciamiento. (art. 13 Ley XIII Nº 4 DJP, Arancel).----------

------**IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N ° 17 del DJP) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris del derecho que le asiste conforme lo dispone el Art. 274, último párrafo, del CPCC.----------

**GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**

**REGISTRADA BAJO EL N ° 16 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2012. CONSTE.**