En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Silvia Noemí Alonso y asistencia de los señores Jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"A., R. J. c/ T. N. SA s/ SUMARIO - Cobro de pesos e Indemnizaciones de Ley", expte. nro. 30/12,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 493/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 424), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 255/263vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

La jueza de grado hizo lugar, en forma Parcial, a la demanda interpuesta por la Sra. R. J. A.; en consecuencia, condenó a T. N. SA a hacer entrega en el plazo de diez (10) días del certificado de trabajo y constancia documentada de aportes y a pagar en idéntico término la suma de pesos veintidós mil doscientos noventa y uno con noventa y dos centavos ($22.291,92) con más intereses desde que cada crédito resultó exigible hasta su efectivo pago.

Los rubros que componen la condena son los siguientes: diferencia en integración mes de despido y su SAC proporcional por la suma de $524,14;

diferencia en la indemnización por preaviso y su SAC, $2.928,80; diferencia en la indemnización por vacaciones 2009 y su SAC, $4.387,35, e indemnización del art. 80 LCT en $14.451,63.

A su vez, se rechazó la procedencia de los siguientes reclamos: diferencia salario mayo/10 (15% aumento) x 14 días; diferencia en indemnización por vacaciones 2010 y su SAC; diferencia en indemnización por antigüedad e indemnización del art. 2 de la Ley 25323.

La parte actora apeló la sentencia a fs. 265, el recurso fue concedido a fs. 266, fundado a fs. 271/275 y los agravios contestados a fs. 416/418.

La recurrente sostiene que le genera gravamen la declaración de improcedencia del reclamo por diferencias salariales por la falta de pago del retroactivo del mes de mayo de 2010; la incorrecta determinación del monto adecuado por vacaciones no gozadas y el rechazo del incremento indemnizatorio previsto en el artículo 2° de la Ley 25323 sobre la diferencia impaga de la indemnización por preaviso no otorgado y la integración del mes de despido.

Los fundamentos del primer agravio son la inexistencia de consignación y de pronunciamiento judicial sobre la validez de esta y la existencia de mora.

El segundo agravio se sustenta en la incorrecta liquidación del rubro vacaciones por dos motivos. Primero porque a la actora le corresponden, en función de su antigüedad, once días y no 7 como pretende la jueza y luego porque la base del cálculo no ha incluido el presentismo y el retroactivo.

En tercer término, sostiene que es arbitraria por violentar la ley la decisión de declarar la improcedencia de la indemnización del artículo 2 de la Ley 25323 por falta de intimación fehaciente. Transcribe la comunicación efectuada y considera que a través de esta se configura el recaudo legal.

Hace reserva del caso federal y pide la revocación del fallo en lo que ha sido materia de agravio.

La parte contraria contesta mediante consideraciones genéricas estos agravios y hace reserva del caso federal.

2. Tratamiento de los agravios.

El rechazo del reclamo correspondiente a las diferencias de salario correspondiente a los catorce días del mes de mayo de 2010 (15% de aumento).

El trámite procesal que la jueza de grado ha dado a la pretensión de la parte demandada –consignación de suma de dinero que reconoce adeudar- ha sido irregular y autoriza la actual pretensión de revisión.

En efecto, se observa que al contestar la demanda, –capítulo V-, bajo el nombre “Consignación” uno de los rubros reclamados –diferencias por acuerdo mayo-, atribuyendo mala fe a la actora que reclamó tales rubros cuando aun no se encontraba homologado el acuerdo.

Esta concreta pretensión procesal nunca fue proveída –fs. 162-, por lo tanto, como bien señala el recurrente nunca se le corrió traslado de esta “consignación”.

La voz utilizada por el empleador tiene un concreto significado jurídico. Huelga señalar que la consignación es una forma excepcional de pago porque se lo realiza en un proceso contencioso. Esta sola consideración, demuestra que ese pedido de la demandada con el consecuente agregado de la boleta de depósito exigía del tribunal una respuesta jurisdiccional específica que no existió.

Es que ora se lo considerara que la empresa demandada estaba reconviniendo por consignación, ora se encuadrara dicha pretensión en el marco de la figura del allanamiento parcial, siempre exigía que se corriera expreso traslado a la parte actora.

Esta omisión ha impedido el contradictorio y la resolución de la cuestión, consecuente esta indefinición también debió impedir el retiro de los fondos que la actora solicitó a fs. 175 y que el tribunal proveyó favorablemente. La providencia que libra la orden de pago hace referencia a montos consignados pero no resuelve la cuestión y más aún se entregan los fondos “a cuenta de mayor cantidad”. Es decir, en consonancia con la imputación pedida por la parte actora.

Ergo, el rechazo del rubro es improcedente porque no se examinó la conducta de la demandada respecto a la procedencia de forma y de fondo de la consignación. A todo evento se señala, por un lado, que no ha demostrado el empleador que se encuentre en condiciones de recurrir a este proceso contencioso para pagar y, por otro, que el trabajador no está obligado a recibir pagos parciales y/o defectuosos.

El irregular trámite procesal no puede conducir al rechazo del reclamo del

trabajador, en consecuencia corresponde hacer lugar al rubro omitido y ordenar que al momento de practicar la liquidación definitiva se reste la suma retirada por la actora, la que se imputará a intereses en primer lugar y a capital luego, conforme lo ordenado a fs. 176.

El segundo agravio se refiere a la cuantificación del monto adeudado en concepto de vacaciones no gozadas proporcionales al año 2010.

Asiste razón al recurrente cuando plantea que el monto es insuficiente porque uno de los parámetros que integran el cálculo –días de vacaciones- es equívoco. En efecto, considera que conforme la antigüedad de la actora y los días trabajados durante el año 2010 le correspondían 11 días de vacaciones y no 7 como se consignan en la sentencia. Al contestar el traslado la parte demandada reconoce que efectivamente le corresponden esa cantidad de días y que en realidad se trató de un error material del fallo que se consignó 7 en vez de 11 pero que el monto de condena es correcto.

El error material alegado no se verifica, los cálculos demuestran que el monto condenado tiene correlación con el número de días fijados en la sentencia; consecuentemente es procedente la revisión en función de esta variable.

La impugnación respecto a la base adoptada para el cálculo de esta indemnización –vacaciones no gozadas, año 2010- no prosperará porque la jueza adoptó esa misma base para el cálculo de la indemnización por vacaciones no gozadas correspondiente al año 2009 y ese cálculo fue consentido por la parte actora. Dicha conducta jurídicamente relevante obsta su actual pretensión.

En función de lo expuesto y con exclusivo sustento en el número de días que le correspondían a la actora se determina la procedencia del rubro, para su cálculo se adopta la misma metodología de la sentencia.

La actora debió percibir por vacaciones no gozadas año 2010 la suma de $2.470,49 más su SAC de $208,87. Es decir, $2.676,36; se le abonó el 19/05/10 la suma de $1.516,63 (fs. 25/26), de modo tal que quedó una diferencia impaga de $1.159,73 que generó intereses hasta el 18/06/10, fecha del segundo pago, de $17,97. Este último pagó se imputa primero a intereses y luego a capital de modo que a la suma de $590,08 (fs. 27) se le restan la suma por intereses lo que arroja un total imputable a capital de $572,11. Esta cantidad se resta del saldo adeudado

($1.159,73), arrojando un total adeudado al 18/6/2010 de $587,62; por esta suma prospera el rubro reclamado, con más los intereses calculados a la tasa activa promedio para operaciones de descuento de documentos comerciales del Banco de la Nación Argentina desde ese fecha hasta su efectivo pago.

El último agravio se refiere a la procedencia del incremento indemnizatorio previsto por el artículo 2 de la Ley 25323. La jueza funda el rechazo del rubro en la falta de concurrencia del presupuesto formal que da andamiaje al incremento, esto es la intimación fehaciente.

La compulsa de las intimaciones cursadas por la actora a la demandada demuestra que el agravio no puede prosperar, las intimaciones efectuadas carecen de referencia alguna a la mentada norma.

En diversos pronunciamientos en los que se ha planteado la cuestión que aquí se debate, la Sala que integro ha sostenido que es necesaria la concurrencia de este recaudo para la procedencia del agravamiento indemnizatorio por mora reglado por la ley citada (Sentencia Definitiva n° 03/10/L, 14/08/L y 79/06)

Estas decisiones además se alinean con la doctrina del Superior Tribunal de nuestra provincia; en efecto, ese máximo tribunal ha remarcado “que es requisito esencial de operatividad de la multa que el trabajador intime en forma previa y fehaciente para que abonen las indemnizaciones a las que refiere el citado art. 2 en su primer párrafo. El emplazamiento o constitución en mora del empleador no opera automáticamente como sucede en el campo de las indemnizaciones previstas en la Ley de Contrato de Trabajo, razón por la que aparece en la norma como una carga impuesta al trabajador, que debe formalizar en los términos de la Ley N° 25323. La fehaciencia requerida no es otra que la común a todo instituto jurídico, por lo que será necesaria la forma escrita por un medio que brinde alguna posibilidad de acreditar la recepción del destinatario de la comunicación receptiva (v.gr., telegrama, carta documento, acta notarial, entre otras) (Ruiz, Alvaro Daniel, "Los alcances de la Ley 25323. Algunas definiciones necesarias", Rev. D.T. 2000-B, págs. 2271/2277; Pose, Carlos, "Primera reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25323"; y Alejandro, Sergio Joaquín, "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimientos del empleador", ambos trabajos publicados en Rev. D.T. 2000-B,

págs. 2303/2314)” (SRJ, Sentencia Definitiva N° 8/2006, en autos “A., R. c/ P. C. SA, s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley”, expte. N° 19.836-A-2004, del 18/98/2005; ídem entre otras Sentencia definitiva n° 6/2006, en autos: “H., J. A. y otros c/ D. A. L. SUC. ARGENTINA s/ Demanda Laboral (Indemnizaciones)", expte. N° 20.142-H-2005).

En definitiva, de ninguna de las constancias epistolares agregadas a la causa resulta que la actora hubiere intimado -en los términos del art. 2 de la Ley 25323, lo que acarreó, sin duda, el incumplimiento del presupuesto legal de constitución en mora de la demandada, como lo ha señalado la jueza de grado. Por tal razón el agravio no puede prosperar.

Con base en lo expuesto, prospera parcialmente el recurso y corresponde modificar el monto de condena el que se fija en la suma de $23.187,20.

3. Los honorarios apelados.

Los honorarios fueron regulados en porcentuales, los letrados impugnan el porcentaje fijado y la limitación que la jueza ha impuesto al monto del proceso. La última cuestión queda superada por la solución que propongo, en el marco de las previsiones del artículo 282 del CPCCCh, aplicable en la especie por remisión del artículo 73 de la Ley XIV, n° 1. Ahora bien, el cuestionamiento al porcentaje fijado mantiene su plena vigencia, en tal orden de ideas no advierto motivo alguno para fundar la procedencia de un porcentual distinto al fijado por la magistrada de primera instancia que, como incluso señalan los recurrentes, están dentro de los límites de las escalas vigentes.

En función de lo expuesto y sin perjuicio de la modificación del monto de condena no corresponde ni la adecuación de los honorarios ni la de las costas de la anterior instancia, las que deben ser confirmadas.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota, la naturaleza del proceso y la procedencia parcial de la revisión.

Los honorarios de esta instancia se establecen de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas específicas contenidas en el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto se fijan a favor de los Dres. J. H. P., E. M. y J. M. P., en

forma conjunta en el 30% de los que le correspondan en la instancia de grado y a favor del Dr. D. R. D. G. en el 25% de los que le correspondan en la primera instancia. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiera.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

1) Hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 265.

2) Revocar parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia obrante a fs. 255/263vta., únicamente en cuanto al monto de condena, el que se establece en la suma de PESOS VEINTITRÉS MIL CIENTO OCHENTA Y SIETE CON VEINTE CENTAVOS ($23.187,20).

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 267/268 por los Dres. J. H. P., E. M. y J. M. P.

4) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

5) Regular los honorarios del modo propuesto.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 275 y vta. por la parte actora y a fs. 418 por la parte demandada.

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como prologa mi colega preopinante, la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 255/263vta. ha sido apelada por la actora a tenor del informe de fs. 471/475 y le son contestados por su oponente a fs. 416/418. Asimismo, los letrados de la recurrente apelan por la fijación de sus honorarios por bajos y conforme las razones aducidas a fs. 267/268.

El breve y ajustado resumen del contenido de ambas impugnaciones expuestos en el primer voto evita su mera reiteración, paso en consecuencia a emitir mi opinión siguiendo el orden propuesto en el mismo.

Las especiales circunstancias que dieron motivo a este primer agravio y su respectiva contestación dan cuenta, finalmente, de una actuación fallida por parte

de la iudex a quo y es que una cosa son las amplias facultades de las que goza el juez del fuero por la especial naturaleza de la relación y otra es la de engarzar estas con las pautas que emergen de la garantía del debido proceso.

Y es que mediante "correctivos" legales y judiciales se ha pretendido la igualdad real de las partes en el proceso laboral. Pero adviértase que la corrección de tal igualdad para nada desdibuja el derecho a la tutela jurídica efectiva que debe garantizarse por igual entre las partes en pugna; el derecho, en suma, a obtener la tutela de tribunales imparciales para la defensa de sus derechos e intereses, sin que se provoque indefensión, el derecho de utilizar en tal defensa de los medios de prueba pertinentes, de la utilización de los recursos ordinarios y extraordinarios, en fin, todo lo que haga a la garantía del debido proceso con raigambre constitucional.

A este respecto, valen recordar palabras de Alvarado Velloso, cuando opinaba que: "...creo de lo más justo, conveniente y necesario paliar la desigualdad real existente entre empleador y trabajador. A ello ha tendido la regulación del Derecho Sustantivo, pero una instancia procesal en que las partes discuten sus derechos en pie de igualdad jurídica ante un tercero que debe ser impartial, imparcial e independiente, debe serlo así cualquiera sea la naturaleza del debate, pues ese tercero es y debe seguir siendo juzgador, encargado final de asegurar la igualdad jurídica de las partes. Por tanto, no puede concebirse al juez como una autoridad que ha

venido a corregir las desigualdades reales entre las partes, antes bien, podrá ser cuidada por defensores ad hoc, por asesores en el litigio que procedan promiscuamente con los representantes de los trabajadores, por muchos y variados funcionarios, pero que se dediquen con exclusividad a ello. Nunca por el juez pues, al desnivelar la igualdad jurídica para lograr una supuesta y nunca alcanzable igualdad real, logra solo desequilibrar la fiel balanza de la justicia y hacer ilegítima su sentencia, …por justa que sea en los hechos, y para el sentir del propio juzgador" (ver "Garantismo procesal versus prueba judicial oficiosa", Editorial Juris 2006, págs. 251/252).

Indudablemente, a la luz de lo actuado, la falta de sustanciación del requerimiento de la demandada de fs. 159vta. p. VII in fine, pasó desapercibida para el Tribunal y para la accionante en la faz procesal pero no a los efectos de sus intereses (ver fs. 165, 174/174vta. y en especial la petición de fs. 175 y su injustificado resultado de fs. 176). No obstante tal circunstancia admite su saneamiento a través de esta vía, conforme los términos del primer agravio.

Así, conforme las constancias que obran en la causa en cuanto a la suerte del reclamo por diferencias salariales e indemnizatorias a que autorizó el incremento retroactivo de haberes decidido en el CCT 130/75 a mayo de 2010 (ver liquidación provisoria de fs. 34vta. y sus fundamentos; contestación de demanda "consignado" el monto estimado por tales rubros (fs. 159/159vta.) su efectivo depósito (fs. 145) y retiro a cuenta de mayor cantidad (fs. 176), autorizan a verificar el reconocimiento de la deuda y la voluntad de saldarla, no obstante el novedoso trámite impreso

obliga a establecer en el fallo la legitimidad del reclamo, condenado en consecuencia pero al momento de practicarse la liquidación de todo lo adeudado se descontará lo depositado y retirado por el actor, imputando dicha suma a los intereses y el resto al capital, todo consecuente con la formula no impugnada del proveído de fs. 176 y conforme las facultades jurisdiccionales de saneamiento y pautas de buena fe y lealtad procesal caras al fuero. El error que se detecta en el fallo en cuanto a los días que le correspondían al actor por vacaciones el año 2010, es denunciado por ambas partes aún cuando mantienen abierto el debate en cuanto al monto que correspondía establecer, en consecuencia, en el fallo, así de conformidad con los datos que al efecto se han adquirido en la causa, corresponde el reajuste que se propone en el voto anterior sin necesidad de reeditar la fórmula que lo determina por su simplicidad y lógica.

Más allá de los antecedentes que obran en la sala en cuanto a las exigencias formales a los fines del reclamo indemnizatorio previsto por el art. 2° de la Ley 25323 vale para la causa conforme sus antecedentes cuando se decide que: "La aplicación de la multa prevista en el artículo 2° de la Ley 25323 (DT, 2000-B, 2017), requiere que el trabajador haya intimado fehacientemente a su empleador el pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, reputándose necesaria que dicha intimación se lleve a cabo con posterioridad a la ruptura del contrato, y con anterioridad a la etapa de conciliación previa y reclamo jurisdiccional, no resultando factible

sustituirla con la demanda judicial" (ver Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV, 28/10/2005, "Herlein, Nora B. c. Antártida Cía. Argentina de Seguros S.A.", La Ley Online). Así, no se verifica en autos la intimación fehaciente indicada resultando extemporáneo el reclamo formulado al promover la demanda.

Los porcentuales establecidos para el cálculo de los honorarios de los letrados intervinientes se corresponde con las pautas establecidas por la normativa arancelaria y la modificación que en más no incide en tal resultado por lo que corresponde mantener firme aquella decisión y cargar las costas de la alzada en igual forma.

Los honorarios correspondientes a esta etapa procesal se difieren al momento del acuerdo, en el que se tendrán en cuenta las pautas establecidas en la Ley XIII-N° 4 y su modificatoria. Se tiene presente la reserva formulada por la recurrente del llamado "caso federal".

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con la opinión y propuesta de la Dra. Silvia Alonso, reitero su fórmula decisoria.

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

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar, en forma parcial, al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 265.

2) Revocar parcialmente el punto 2° de la parte resolutiva de la sentencia obrante a fs. 255/263vta., únicamente en cuanto al monto de condena, el que se establece en la suma de PESOS VEINTITRÉS MIL CIENTO OCHENTA Y

SIETE CON VEINTE CENTAVOS ($23.187,20).

3) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 267/268 por los Dres. J. H. P., E. M. y J. M. P.

4) Costas de esta instancia a la demandada vencida.

5) Regular los honorarios Dres. J. H. P., E. M. y J. M. P., en forma conjunta en el TREINTA POR CIENTO (30%) de los que le correspondan en la instancia de grado y a favor del Dr. D. R. D. G. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los que le correspondan en la primera instancia. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiera.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 275 y vta. por la parte actora y a fs. 418 por la parte demandada.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"