En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil trece, 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 del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., C. A. c/C. A. D. J. Y P. S.A. y otra s/Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 93 año 2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 94/2010), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs.1305), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre.

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

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

1. El fallo apelado.

La jueza de grado hizo lugar a la excepción de falta de legitimación opuesta por las co demandadas C. ART SA y C. S. d. R. SA; impuso las costas al actor y reguló los honorarios, correspondientes a esta defensa.

Luego, hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. C. A. G. y, en consecuencia condenó a C. A. d. F. d. J. y P. SA y a C. C. SA, en forma

solidaria, a abonar, la suma que resulte de la liquidación a practicar en autos conforme lo ordenado con más los intereses; impuso las costas y reguló los honorarios.

2. El recurso de la demandada. Sus fundamentos.

La parte demandada apeló la sentencia y los honorarios regulados por altos, a fs. 1288. El recurso fue concedido a fs. 1291; fundado a fs. 1294/1298 y los agravios no fueron contestados.

La recurrente, previo realizar una breve reseña de los antecedentes de la causa, cuestiona puntualmente dos de las cuestiones resueltas; en primer lugar la declaración de temeridad y malicia y en segundo lugar el encuadre jurídico de la extinción del vínculo laboral dentro de las previsiones del art. 245 LCT.

En orden al primero sostienen que la conducta procesal de su parte no merece reproche alguno y que la falta de pago de las indemnizaciones no puede alcanza para fundar la procedencia de la multa.

Respecto al segundo tópico manifiestan que el reconocimiento por parte de la juzgadora acerca del cambio forzado, imprevisible e inevitable al que fue sometida la empleadora determina el encuadre de la situación dentro de las previsiones del art. 247 LCT y no dentro del art. 245 como se pretende.

Finalmente piden la revocación del fallo en lo que ha sido materia de agravio y hacen reserva del caso federal.

3. El recurso contra los honorarios.

Los letrados apoderados de la demandada, a fs. 129 1290, apelaron por propio derecho y por bajos los honorarios regulados a su favor.

4. Tratamiento de los agravios.

Sin perjuicio del orden en que han sido expresados los agravios, atendiendo en abstracto a la incidencia recíproca que las cuestiones introducidas al debate pueden tener, he de comenzar el tratamiento de estas en un orden inverso al propuesto.

4.a. *El encuadre del despido*.

La pretensión de la demandada de encuadrar la extinción del vínculo laboral dentro de las previsiones del artículo 247 de la LCT es improcedente.

La mera invocación de la existencia de la ajenidad de la causa es insuficiente para generar el encuadre que se propone. Sabido es que el despido por fuerza mayor o por falta o disminución de trabajo requiere no solo la concurrencia de elementos sustanciales que pueden generar la ineficacia funcional del contrato, sino que también se deben cumplir con determinados recaudos formales o procedimentales. Su ausencia en el caso es manifiesta y este extremo por sí determina el rechazo de la pretensión.

4.b. *La declaración de temeridad y malicia.*

La recurrente insiste en la inexistencia de un supuesto que habilite la declaración de temeridad y malicia, cuestionando la valoración que ha efectuado la jueza de grado.

En dicho orden de ideas corresponde señalar que a los efectos de fundar la procedencia de la multa, la magistrada sólo ha hecho referencia a los fundamentos brindados para encuadrar la extinción del vínculo contractual como un supuesto de despido indirecto.

Este tribunal, en anteriores pronunciamientos ha determinado que no es dable soslayar que la aplicación

de la sanción prevista por el art. 275 LCT exige una presunción de dolo del empleador y solo proceden en casos extremos, siendo insuficiente la sentencia condenatoria parcial o total (Sentencia Definitiva N°06/2008 “L”).

Es que la procedencia de la sanción exige la acreditación fehaciente de conductas obstruccionistas o dilatorias que apreciadas objetivamente, se estimen incompatibles con el principio de buena fe procesal y la garantía de la defensa en juicio (Cfr. Pose, Carlos “La Corte Suprema de Justicia propicia la aplicación prudencial de las directivas del artículo 275 de la ley de contrato de trabajo”, DT 2001 A, 635)

Con base en tales premisas y teniendo en cuenta las especiales circunstancias generadas como consecuencia del dictado de la ley 26425, en orden a las relaciones de trabajo de las Administradoras de Jubilaciones y Pensiones, considero que no es dable sostener que al momento de la extinción del vínculo y en este proceso la empleadora se comportó con conciencia de su propia sin razón, incurriendo en un proceder malicioso y temerario.

Repárese que la jueza ha sostenido que la cesión que invoca la empleadora no se verificó por la falta de aceptación expresa y por escrito del trabajador. En este contexto que, se sostiene en el fallo que “a la empleadora le correspondió aclarar la situación laboral del trabajador, solicitarle en su caso la aceptación o el rechazo de la cesión propuesta y atenerse a las consecuencias de la voluntad del dependiente. En síntesis la empleadora debió efectuar aclaración de la

situación de indefinición y en función de ella proponer al dependiente que acepte la cesión o en su defecto abonar la indemnización que el art. 247 LCT estipula para el caso" (fs. 1279).

Esta situación perfectamente descripta no autoriza la aplicación de la multa que como hemos dicho exige un plus y, como ha señalado la jurisprudencia "dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave...

Ello es así, porque se encuentra en juego el principio constitucional de defensa en juicio" (CNTrab., Sala I, 31/08/2012, Causa 16661/10, autos "V., R. E. c/ O.I.T. Logística S.R.L. y otro s. despido", elDial.com - AA7A0E).

Insisto, los extremos referidos no se reúnen en autos y consecuentemente propongo la revocación del fallo en lo que ha sido materia de este agravio.

5. El recurso de los letrados de la demandada

Esta impugnación, en un todo de acuerdo con la resolución que propongo, ha devenido abstracta. Es que, tal como lo prevé el artículo 281 del ritual, cuando se modifica la sentencia de primera instancia corresponde el reajuste de las costas y de los honorarios regulados.

Por esta razón se declara carente de virtualidad su tratamiento.

6. Costas y honorarios

La resolución que propongo carece de entidad para modificar en lo sustancial la adoptada en la anterior instancia, por esta razón y atendiendo además a la

naturaleza laboral de este proceso no se readecuan las costas de la anterior instancia.

Los honorarios de la primera instancia, fijados en el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante a fs. 1273/1284, se revocan.

Los mismos se fijan de conformidad con las pautas legales del art. 5 de la ley XIII nº 5, por aplicación de las escalas de los artículos 6 y 7 y de conformidad con las previsiones de los artículos 36 y 46 se establecen a favor del Dr. E. F. en el diecinueve por ciento (19%) y los de los letrados de la demandada Dres. N. L. d. E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R. en el quince por ciento (15%), todos del monto que resulte de la liquidación que se practicará en autos.

Las costas de esta instancia se imponen en el orden causado atento la falta de controversia, el resultado obtenido y la naturaleza del proceso.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas arancelarias establecidas en el artículo 5 y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 de la ley arancelaria vigente. Los mismos se cuantifican a favor de las Dras. N. L. d. E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R., en forma conjunta, en el 28% de los que resulten en la instancia de grado.

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

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs.1288; en consecuencia revocar la aplicación de la multa del art. 275 LCT.

2) Revocar, parcialmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia obrante

a fs. 1273/1284, en cuanto a los honorarios regulados los que se fijan a favor del Dr. E. F. en el diecinueve por ciento (19%) y los de los letrados de la demandada Dres. N. L. d. E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R. en el quince por ciento (15%), todos del monto que resulte de la liquidación que se practicará en autos.

3) Declarar el recurso interpuesto, por propio derecho, por los letrados de la parte demandada, a fs. 1291, de abstracto tratamiento.

4) Costas de esta instancia en el orden causado.

4) Regular los honorarios a favor de las Dras. N. L. d. E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R., en forma conjunta, en el 28% de los que resulten en la instancia de grado.

5) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 1297 vta.

6) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que tal como prologa su voto la colega que abre el acuerdo, la sentencia de fs. 1273/1282 integrada con su aclaratoria de fs. 1286/1287% , por las que en primer lugar libera por falta de legitimación pasiva a la codemandadas C. ART SA y a C. S. d. R. SA y por el otro, hace lugar a la demanda en forma parcial en contra de las personas jurídicas codemandadas C. A. d. F. d. J. y P. SA y a C. C. SA. Imponiendo las costas a la parte vencida en cada situación y fijando los honorarios de los profesionales intervinientes.

Apelando las vencidas en la cuestión de fondo a fs. 1288/1289 a tenor del informe de fs. 1294/1298 y

sus letrados, por derecho propio, apelan la regulación de honorarios, por considerarlos exiguos a fs. 1230.

Tras la lectura de la queja y de los antecedentes que la motivan, coincido con mi colega preopinante en cuanto a la admisibilidad formal del recurso y habiendo ésta reseñado su contenido considero excesiva su mera reiteración.

Se agravian, en primer lugar por habérseles considerado y declarado incursas en temeridad y malicia tras una errónea valoración de sus conductas a la luz de la prueba adquirida.

De ningún modo puede considerarse que la iudex a quo no tuvo en cuenta que la problemática a resolver se encontraba inmersa en la complejidad que genera, comúnmente todo cambio de régimen de trabajo, en el caso provocado por la ley 26.425 (ver fs. 1278 últimos párrafos)(ver v. gr. CNTrab., sala IV, 15/07/2011 – "Buenaño Abarza Julio Marcelo c/ Máxima S.A. A.F.J.P. y otro s/ despido"- Cita: MJ-JU-M-68438-AR | MJJ68438 | MJJ68438) en consecuencia debió ser menos rigurosa en la valuación de las conductas de las partes involucradas y mas allá de hacer valer los derechos que le asistían y le fue consagrado en la sentencia al reclamante, considero que no ha quedado fehacientemente acreditada la temeridad o malicia imputada a las recurrentes, tan solo entendieron obrar conforme derecho quizá la límite de la buena fe pero sin quebrantarlo y todo al margen de la calificación legal de la causal por la que se considera justificado el despido indirecto.

Como bien nos cita Gabet, Emiliano A. en su trabajo “Temeridad y malicia en el derecho del trabajo”, publicado en: DT 2012 (julio) , 1755: "... la sanción por temeridad y malicia, solo se viabiliza en casos extremos y cuando de las actuaciones resulta un proceder que debe quedar perfectamente configurado, dejando en el ánimo de quien corresponde aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave. Para que se configure "la conducta maliciosa y temeraria" a que alude la norma es necesario que exista una inconducta procesal que, considerada con el rigor del ámbito penal, haga aplicable la sanción. Es imprescindible proceder con suma prudencia para su determinación y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al sólo hecho de que las acciones o defensas han sido finalmente desestimadas, ni siquiera que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio (cfr. esta Sala I, in re: "Córdoba Angélica c/Noemí Pedro s/accidente", S.D. Nro. 68.661 del 03.06.96)”.

De los elementos obrantes en la causa no participo de la certeza que obtuvo la sentenciante (fs. 1279) para calificar de tal modo la conducta de las demandadas y en consecuencia concuerdo con la propuesta, en tal sentido expuesta en el primer voto.

El reproche que se le formula a la vencida por no haber actuado de conformidad con las opciones que se le presentaban frente a las exigencias de su empleado fs. 1279, no implicó la aceptación de la existencia de razones de fuerza mayor o falta o disminución de

trabajo previsto en el art. 247 LCT. y mucho menso sin que se hayan previsto las exigencias adicionales para su configuración y operatividad, sino la verificación de una situación injuriante que justificó el despido indirecto, circunstancia consentida por la recurrente ya que tan solo pretende de modo indirecto aliviar las consecuencia económicas que le impone el fallo.

También es cierto que conforme lo acordado cobra vigencia la norma contenida en el art. 281 del CPr/DJ quitando sustento a los agravios de los letrados de la demandada. No obstante, la incidencia de la revocatoria dispuesta con respecto a la cuestión de fondo es mínima lo que no autoriza a adecuar la condena en costas en la instancia de grado sin perjuicio de establecerlas por su orden en la Alzada de conformidad al éxito obtenido y la falta de contestación de los agravios por parte de la actora.

Se difiere la regulación de honorarios de ambas instancias al momento del acuerdo y se tiene presente la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso reitero su formula decisoria.

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

SENTENCIA

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs.1288; en consecuencia revocar la aplicación de la multa del art. 275 LCT.

2) Revocar, parcialmente el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia de

primera instancia obrante a fs. 1273/1284, en cuanto a los honorarios regulados los que se fijan a favor del Dr. E. F. en el diecinueve por ciento (19%) y los de los letrados de la demandada Dres. N. L. de E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R. en el quince por ciento (15%), todos del monto de la liquidación que se practicará en autos.

3) Declarar el recurso interpuesto, por propio derecho, por los letrados de la parte demandada, a fs. 1291, de abstracto tratamiento.

4) Costas de esta instancia en el orden causado.

5) Regular los honorarios a favor de las Dras. N. L. d. E., J. F. L. G., G. A. B. y C. R., en forma conjunta, en el 28% de los que resulten en la instancia de grado.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a fs. 1297 vta.

7) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS “L”