------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de octubre del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Günther Enrique Flass y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Jorge Luis Früchtenicht y Claudio Alejandro Petris, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"P., N. H. c/ P. S. S.A. s/ Laboral"*** (Expte. N° 135/13 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 482 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico provincial, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FLASS – PETRIS - FRÜCHTENICHT.----

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia la sentencia definitiva registrada bajo el n° 30/2013, de fecha 22/07/2013 y que obra a fs. 459/467? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------A fs. 5/15 el Sr. N. H. P., por intermedio de su apoderado el Dr. R. M. M. inicia acción laboral en contra de "P. S. S.A." para que se lo indemnice con los distintos rubros que allí detalla.----------

---

------A fs. 39/46, contesta la demandada por intermedio de su apoderado el Dr. J. J. R. M., oponiéndose al progreso de la acción.------

---

------A fs. 419/467, se dicta sentencia n° 39/2013 del 22 de julio de 2013 conforme a la cual, y en lo que a la resolución del presente recurso interesa, el a quo dispone, entre otras cosas: 1) rechazar la indemnización por entrega extemporánea de certificado de servicios; 2) apartarse de la limitación prevista por el art. 245 de la LCT, aumentando dicho tope conforme a la doctrina "Vizzotti", sentada por la CSJN.----------

------A fs. 469 apela la demandada, no obstante, conforme informe actuarial de fs. 480, omitió expresar agravios oportunamente, correspondiendo declarar desierto el recurso.----------

------A fs. 472 apela la actora y concedido que lo fuera el recurso, expresa agravios a fs. 474 y 477, siendo sus quejas las siguientes: 1) se agravia de que no se hubiera hecho lugar a la indemnización punitiva prevista en el art. 80 LCT por retardo en la entrega de certificado de servicios; 2) se agravia también de que se hubiera aplicado la doctrina "Vizzotti" pues entiende que el a quo debió haber declaro de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 en cuanto establece topes remunerativos, agregando en un último párrafo que el art. 245 es inaplicable, toda vez que la remuneración del trabajador se liquidaba en base a comisiones.----------

------Expuesta de esta forma la pretensión recursiva corresponde analizar los agravios expresados.----------

------La multa del art. 80 LCT:----------

------Entiende el a quo, con razón, que para la procedencia de la multa prevista en el art. 80 LCT, es necesario, conforme lo dispone el decreto 146/01, que el trabajador intime a la patronal a entregar certificado de trabajo dentro de los 30 días corridos posteriores al distracto. A partir de la recepción de la interpelación la patronal tiene dos días para entregar el certificado de trabajo y si no cumple, recién se hace pasible de la sanción prevista en la norma.----------

------El recurrente reconoce expresamente que no logró probar la recepción de la interpelación por parte del demandado (fs. 475 parr. 3º) y ello es óbice para la procedencia de la multa.----------

------Tengo dicho que "*el trabajador sólo 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 la demanda resulta inhábil para lograr que el mismo fuera acogido en una sentencia*" (mi voto en SD

CANO nº 16/2012), y también que *"El art. 80 LCT crea una obligación a cargo del empleador cuya mora se produce a los dos días de haber sido interpelado de cumplimiento por el trabajador. Dicha mora hace procedente una indemnización punitiva equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual"*. (mi voto en SD CANO 52/2010). Por su parte la interpelación ha sido definida como *"La declaración unilateral de voluntad, no formal y recepticia por la que el acreedor puede reclamar categóricamente de su deudor el cumplimiento de la prestación y en cuya virtud la ley determina como consecuencia jurídica, aunque no haya sido querida por el acreedor, la constitución en mora del deudor" (*Wayar, Ernesto C., *"Derecho Civil. Obligaciones",* T. II. Lexis Nexis. Buenos Aires 2002, pág. 11).----

------Siendo la interpelación un acto eminente recepticio y no habiéndose probado la recepción de ella, el empleador no se encuentra incurso en mora, requisito, este último, ineludible a los efectos de la procedencia de la multa del art. 80 LCT, tal como lo llevo dicho y de cuyo criterio no encuentro motivos suficientes para apartarme.----------

------Por lo expuesto, propongo al Pleno el rechazo de agravio bajo análisis. Así lo voto.----------

------Tope resarcitorio del art. 245 LCT:----------

------El a quo, tal como lo dije, consideró inconstitucional el tope indemnizatorio del art. 245 LCT y en consecuencia aplicó la doctrina "Vizzotti", sentada por nuestra CSJN.----------

------Sorprendentemente, quien se agravia de ello es el actor.----------

------Sostiene que el a quo debió declarar, de oficio la inconstitucionalidad del art. 245 y considerar, sin mas, que no hay tope indemnizatorio alguno. A su vez, impugna la doctrina del caso Vizzotti, sostiene que el a quo aplicó dicha doctrina de forma "veloz pero poco estudiada" y termina preguntándose si la existencia de limites cuantitativos a la indemnización resulta conforme con el art. 14 bis de la CN. Por último aduce que siendo la remuneración *"por comisiones"*, no corresponde la aplicación del art. 245 sino el convenio colectivo respectivo, sin embargo a fs. 475 vta. textualmente dice *"si bien, como*

surge de la sentencia recurrida el actor no efectuó planteamiento alguno, fue en la inteligencia de considerar que el reclamo efectuado sobre los términos del art. 245 de la L.C.T. se ajustaban a sus intereses" (sic).----------

------Las contradicciones en que incurre el recurrente, serían motivo suficiente para rechazar el agravio en cuestión, sin embargo, en virtud del principio tutelar, propio del Derecho Laboral y de la amplitud de criterio con que esta Alzada considera las expresiones de agravios, voy a tratar de desbrozar tan confusos argumentos, aunque destacando desde ya que los mismos no tendrán recepción favorable en mi voto.----

------El actor, en su escrito de demanda, calculó la indemnización por despido en función de lo dispuesto en el art. 245 LCT al que cita expresamente. Si pretendía un apartamiento de dicha norma debió decirlo, o al menos no encuadrar la pretensión en ninguna norma. Por el contrario, si expresamente cita el art. 245, es esa norma y no otra la que sella los límites de la pretensión, pues como bien lo reconoce al expresar agravios (contradicción inexplicable) *"si ... no efectuó planteamiento alguno, fue en la inteligencia de considerar que el reclamo efectuado sobre los términos del art. 245 de la L.C.T. se ajustaban a sus intereses".*----------

------Quizás, y digo solo "quizás", el letrado apoderado, al incoar demanda, no advirtió que el art. 245 tenía un tope indemnizatorio. Ni el a quo, ni esta Alzada habrían podido salvar tal error sin incurrir en *extra petita* No obstante, lo dicho es solo un obiter dicta, completamente hipotético, del cual no hay constancias en autos y que no funda este decisorio.----------

------Lo cierto es que, cualquiera sea la motivación seguida por el actor, pretendió ser indemnizado bajo el procedimiento del art. 245 LCT y querer modificar dicha pretensión original ante esta Alzada, constituye no sólo un alzarse contra los propios actos, sino una invocación para que esta CANO transgreda el principio de congruencia, lo cual es, a todas luces, inaceptable.----------

------Se queja el recurrente de que se hubiera aplicado la doctrina Vizzotti. En primer lugar, parece olvidar que dicha doctrina beneficia a su parte, ya que amplía el tope resarcitorio dispuesto por el art. 245 LCT. Desde esta óptica carece el actor de interés recursivo y ello amerita el rechazo de la apelación. Pero además critica a la doctrina Vizzotti con el solo argumento de que el a quo no la estudió suficientemente, sumando a ello una mera exposición de dudas respecto a su adecuación con el art. 14 de la CN. Tales invocaciones no pueden considerarse argumentación impugnaticia suficiente. Si el recurrente considera inconstitucional la doctrina "Vizzotti", tenía la carga, al menos, de explicar en qué radica dicha inconstitucionalidad y no limitarse a manifestar una duda (sellada mediante signos de pregunta) pues ello no es crítica razonada de la sentencia.----------

------Por último, y a mayor abundamiento, sostiene el recurrente que, tratándose de una remuneración proporcional o a "comisión", no debió aplicarse el art. 245 LCT sino el respectivo convenio colectivo de trabajo, mas no especifica cuál cláusula de dicho convenio es la que deroga el tope del art. 245, incurriendo en nueva insuficiencia argumental. Lo cierto es que, después de haber leído dicho convenio, concluyo en que el mismo no modificó el régimen resarcitorio del art. 245 LCT y, en consecuencia, conserva éste su plena vigencia, con el agregado de la doctrina Vizzotti que viene a mejorar la relación del trabajador, y no a empeorarla como parece creer el recurrente.----------

------Por todo lo expuesto, propongo al Pleno el rechazo del agravio en cuestión y así lo voto.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia. Encuentro que el actor recurrente ha fracasado en toda su pretensión recursiva, no triunfando ni siquiera mínimamente en ninguna de ellas, razón por la cual no corresponde la exoneración en costas del art. 57 Ley XIV nº 1 DJP, pues, sin lugar a dudas, la *"parte vencida"* es ella. Por lo expuesto, considero que las costas de la Alzada deben imponerse al apelante vencido (art. 69 CPCC) y regularse los emolumentos del profesional actuante en esta Instancia. Así lo voto.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------

------Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 459/467 apelaron ambas partes a través de los escritos de fs. 469 y 472, recursos que fueron concedidos mediante el decreto judicial de fs. 473.----------

------La sentencia definitiva hizo lugar parcialmente a la demanda laboral entablada por el Sr. N. H. P. contra P. S. S.A. y condenó a esta última a abonar al primero la suma de $149.893,20, intereses y costas. Reguló estipendios profesionales.------

------El demandado no expresó agravios conforme surge de las constancias procesales obrantes a partir de fs. 474 en adelante, por lo que de conformidad con las previsiones del art. 269 del CPCC y 60 de la Ley XIV N° 1 DJP, corresponde declarar la deserción del recurso de apelación interpuesto a fs. 469 y concedido a fs. 473 apartado segundo. Así lo voto al Pleno que integro.----------

------El actor sí expresó agravios mediante la pieza que luce glosada a fs. 474/477, centrando las críticas el apelante en primer término al rechazo de la multa prevista por la entrega extemporánea del certificado de servicios, que el accionante reclamó por telegrama de fecha 11/01/2010 a la entrega del certificado de servicios de conformidad a lo previsto por el art. 80 LCT, que efectivamente el actor recibió el certificado pero el 23/02/2010 habiendo transcurrido en exceso el plazo del citado artículo lo que hace acreedor al trabajador de la indemnización correspondiente, que pese a no haberse acreditado la recepción de la misiva debe contemplarse que la patronal cumple con la manda del art. 80 LCT, pero debió ser entregado cuando se extinguió el vínculo sin necesidad de intimación previa.----------

------El segundo agravio se refiere a la indemnización por antigüedad, que la sentencia en crisis aplicó la doctrina del fallo “Vizzotti” sin más, que si bien no se cuestionó el tope previsto por el art. 245 LCT entiende el quejoso que el Juez “a quo” debió realizar un examen respecto a la constitucionalidad de la doctrina citada y comprobar si resulta justa y equitativa para el caso de autos, que la sentencia dijo que el control de

constitucionalidad no depende de las partes al ser de orden público más no resulta entendible como simplemente aplicó la doctrina sin efectuar un examen de la constitucionalidad de la misma. Cita jurisprudencia y sostiene que el fallo “Vizzotti” resulta aplicable en aquellos casos donde se toma como base para el cálculo de la indemnización la mejor remuneración mensual, normal y habitual y en el caso de autos la situación del actor difiere porque el sistema bajo el cual se desarrolló la relación laboral era por comisiones, siendo prueba de ello que el reclamo en la indemnización por comisiones fue acogida favorablemente.----------

------Corrido el traslado de ley, el mismo no ha sido contestado, llamándose a fs. 481 autos para dictar sentencia, providencia firme y consentida por los justiciables.----------

------Practicado el sorteo de ley a fs. 482, desinsaculado a votar en segundo término, de conformidad a las previsiones de los arts. 168 y 169 CP., procedo a emitir mi voto en este acto.----------

------Adelanto que las quejas no resultan atendibles y voy a coincidir con el colega que me precediera en el orden de los votos.----------

------En efecto, el primero de los agravios referido a la desestimación de la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT con fundamento por parte del Juez sentenciante que el actor reconociera haber recibido el certificado de servicios el 23/02/2010 y no surgiendo de autos acreditado en que fecha fue recibida por la patronal la intimación telegráfica despachada el 10/01/2010, por lo que no procede considerarse extemporánea la entrega de dicha certificación (fs. 464 vta. apartado segundo), no se hizo cargo el quejoso del argumento sentencial referido, lo pasa por alto, reconoce que no se acreditó la recepción de la intimación en cuestión e insiste que el certificado de servicios debió ser entregado cuando se extinguió el vínculo laboral sin necesidad de intimación previa toda vez que resulta de un deber de iniciativa conforme los términos del art. 79 LCT (fs. 475).----------

------Ante esta situación, mal puede invocar un deber genérico de diligencia e iniciativa del empleador cuando la indemnización

pretendida cuenta con un régimen específico. En efecto, la intimación fehaciente a que hacen referencia el art. 80 LCT modificado por la Ley 25.345 y el art. 3 del decreto 146/01 solo puede surtir sus efectos (el inicio de los 2 días y el posterior derecho a una indemnización), una vez que haya transcurrido el plazo de 30 días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo éste último que constituye una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa (conf. mi voto en S.D. 52/11; 62/12 CANO).----------

------En el sub–case arriba firme a la Alzada por ausencia de impugnación en que data fue recepcionada la intimación legal exigida para poder computar el plazo necesario que previó la manda legal como para determinar si la patronal fue infractora. A lo que se agrega que justamente ante esa situación y la entrega material de certificado de servicios no se advierte justamente una conducta por parte de la patronal que evidencie su intención de vulnerar el bien jurídico protegido por la ley 25.345 (evasión fiscal), por lo que no resulta procedente hacer lugar a la indemnización bajo análisis regulada por el art. 80 L.C.T., en tanto se haría un ejercicio abusivo del derecho ante la efectiva entrega de la certificación (conf. DT, 2003 – A – 81).----------

------El agravio debe ser rechazado. ASÍ LO VOTO.----------

------No mejor suerte ha de seguir el último agravio, es que habiendo reclamado en el libelo de demanda la indemnización por antigüedad por despido indirecto sobre la base del art. 245 LCT (ver fs. 12 vta. pto. 7 y 8), y habiendo el juez *“a quo”* resuelto en la sentencia la aplicación al caso sometido a juzgamiento de la doctrina del fallo “VIZZOTTI c/ AMSA S.A.”, del 14/09/2004 que declaró justamente la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del art. 245 LCT cuando el salario devengado regularmente por el trabajador resultare disminuido en más de un tercio (33%), a los fines de determinar la indemnización por despido, no demostró el quejoso el agravio actual que tal doctrina justamente le habría provocado de haberse aplicado lisa y llanamente el apartado segundo del art. 245 de la LCT.----------

------Nótese que se limitó a disentir con el criterio argumentativo utilizado por el iudex en la sentencia, pero eso no significa expresar agravios bajo la técnica recursiva del art. 268 del CPCC, no demostró el agravio concreto y los meros disensos o discrepancias sin el acompañamiento de algún sustento jurídico, cuando justamente de haberse aplicado la letra estricta de la ley (art. 245 LCT) hubiese implicado un resultado más gravoso al quejoso, descalifica la apelación, le resta seriedad y no lleva a otra solución que a la desestimación de la queja, tal cual lo propusiera el colega anterior.----------

------La meta de la actividad recursiva consiste precisamente en demostrar el desacierto sentencial que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea que en la especie y conforme lo llevo dicho no logró demostrar.----------

------ASÍ LO VOTO.----------

------Costas de Alzada al apelante perdidoso en la apelación, atento el resultado obtenido (art. 69 CPCC), debiendo regularse los emolumentos del Dr. Franco Burelli por la labor desarrollada en esta Instancia (art. 13 del Arancel).----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión, entiendo que se debe: **1°) DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto a fs. 469 (art. 269 del CPCC). **2°) CONFIRMAR**, en cuanto ha sido materia de recurso, la sentencia definitiva registrada bajo el n° 30/2013, de fecha 22/07/2013 y que obra a fs. 459/467. **3) IMPONER** las costas de esta Instancia al apelante perdidoso, atento el resultado obtenido (art. 69 CPCC). **4) REGULAR** los honorarios del Dr. Franco Burelli en un 3,75% del monto cuestionado a través del presente recurso con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS dijo:----------

------Atento lo expresado al votar a la primera cuestión, propongo al Pleno: **1°) DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto a fs. 469, conforme lo establece el art. 269 del CPCC. **2°)**

CONFIRMAR, en cuanto ha sido materia de recurso, la sentencia definitiva registrada bajo el n° 30/2013, de fecha 22/07/2013 y que obra a fs. 459/467. **3) IMPONER** las costas de esta Instancia al apelante perdidoso, atento el resultado obtenido (art. 69 CPCC). **4) REGULAR** los honorarios del Dr. Franco Burelli en un 3,75% del monto cuestionado a través del presente recurso con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------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:***--

------**1°) DECLARAR DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto a fs. 469 (art. 269 del CPCC).----------

------**2°) CONFIRMAR**, en cuanto ha sido materia de recurso, la sentencia definitiva registrada bajo el n° 30/2013, de fecha 22/07/2013 y que obra a fs. 459/467.----------

------**3) IMPONER** las costas de esta Instancia al apelante perdidoso, atento el resultado obtenido (art. 69 CPCC).----------

------ **4) REGULAR** los honorarios del Dr. F. B. en un 3,75% del monto cuestionado a través del presente pronunciamiento con más el IVA pertinente, por la labor desarrollada en esta Alzada (art. 13 del Arancel).----------

------**5) 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 Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Jorge Luis Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, de la Ley XIII N° 5 DJP.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS CLAUDIO ALEJANDRO PETRIS

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIA DEFINITIVAS DEL AÑO 2013. CONSTE.