En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., J. A. c/K. E. S. S.A. S/Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 470 año 2013**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. (expte. nro. 389/2010), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 588), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 556/566 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Nélida Susana Melero, dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la parte actora a fs. 570 la sentencia definitiva nro. 213 del día 22/07/13 de fs. 556/567, habiéndose concedido a fs. 572 el recurso de apelación interpuesto libremente y en ambos efectos.

El fallo en la parte que aquí se cuestiona dispuso: "1) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por J. A. B., en consecuencia, condenado a la Empresa K. E. S. S.A., a abonar en el plazo de diez (10) días la suma

de pesos doscientos veintitrés mil seiscientos cincuenta y siete con noventa y cuatro centavos($ 223.657,94), conforme lo analizado en los puntos IV.1.2.3., con más los intereses conforme lo expuesto en el pto. IV.4.; 2) regula honorarios profesionales.

I.A) A fs. 575/576vta., expresa agravios el apelante actor, corrido el traslado pertinente a fs. 579, y éstos fueron contestados por la parte demandada a fs. 581/583vta..

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos (aplicable aquí a los agravios) tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio (o de los agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (conf. crit. Morello- Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación" , T.II-C, pág. 64; Cám.nac.com. Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración y economía, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la parte apelante actora.

Concretamente se agravia el apelante actor en cuanto a que la a quo:

1) Rechazó la indemnización prevista en el art. 2do. de la Ley 25.323 por entender que el empleador no se encontraba fehacientemente intimado.

I.B) Entrando en el análisis de la temática planteada, el artículo 2 de la ley 25.323 establece 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 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%.

El incremento indemnizatorio previsto por la ley 25.323, si bien refiere en su misma enunciación a un argüido tópico resarcitorio, no es tal, sino que representa una suerte de sanción respecto de aquel empleador que no reconociere extrajudicialmente reclamos por despido, y de tal modo provocare la promoción de actividad administrativa o judicial tendiente a su percepción por parte del trabajador. El sentido de tal apreciación surge de la lectura del último párrafo del mentado artículo 2° de la ley 25.323. Ese apartado prescribe, luego de reconocer aquel incremento del 50% sobre la indemnización laboral, que 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.

Esta legislación importa una sanción análoga a las conminatorias previstas por el Código Civil art. 666 bis, lo cual da cuenta de la relatividad objetiva en la procedencia de tal rubro, en función de circunstancias eventuales y potestades de los jueces que podrían rebatir este incremento. Tal carácter impide el reconocimiento

sobre el tópico de un privilegio. Ello así en tal preferencia debe ser interpretada restrictivamente con arreglo a la ley, con apartamiento de apreciaciones fundadas en la analogía" (conf. crit. causa 16306/05 - "Sisic SA s/ concurso preventivo s/ Incidente de revisión" (por Yameo, Elba Sonia - CNCOM - SALA D - 27/06/2005). Es decir, que al establecer una sanción, debe existir una conducta contraria a la ley que merezca la sanción, no correspondiendo una simple configuración mecánica de los hechos haciendo alusión a causa justificada para eximir del agravamiento indemnizatorio al patrón, lo que no equivale a justa causa (arts. 245, 247 LCT), por lo cual ambos conceptos no deben superponerse indiferentemente.

Tiene dicho la jurisprudencia mayoritaria que respecto al incremento estipulado en el art. 2 Ley 25.323, si el actor no intimó en forma oportuna y eficaz a la demandada por medio fehaciente, a los fines de que le haga efectivas las indemnizaciones de ley, no corresponde el incremento indemnizatorio previsto en la norma(conf. crit. Expte. N° 16.996 – Año 2009 – "Canegalli Anibal Luis c/ Cavalari Augusto y/u otros s/Indemnización por Despido, etc – Casación" - STJ de Santiago del Estero – 09/03/2011: elDial.com - AA6A81, entre muchos otros.)

Entiendo que la a-quo ha decidido en forma acertada conforme emerge de lo analizado en el pto. h), considerando 3ero. a fs. 565vta. ya que ha quedado evidenciado que el actor atento surge de las constancias de fs. 548 y proveído de fs. 549 se la tuvo por desistida de la prueba informativa del C. A., con lo cual no ha quedado acreditada en la forma legal exigida que hubiera referencia alguna a la solicitud de la aplicación del

art. 2 de la Ley 25.323, circunstancia que no puede darse por cumplida cuando recién lo solicita en la demanda (fs. 12/vta. y fs. 29).

Por las consideraciones precedentemente expuestas arribo a la conclusión que deben desestimarse los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 575/576vta. y confirmar la sentencia de fs. 556/567 en este sentido.

I.C) Teniendo en cuenta lo resuelto, se hace de aplicación lo prescripto por el art.69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A,- Digesto Jurídico - razón por la cual corresponde imponer las de esta instancia al apelante actor vencido. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts.13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -.

A la segunda cuestión la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia la siguiente:

1) Rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 575/576vta. y confirmar la sentencia de fs. 556/567 en este sentido.

2) Imponer las costas de segunda instancia al actor apelante vencido. (art.69 la Ley XIII, nro. 5, Anexo A,- Digesto Jurídico -). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes. (arts.13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de

Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -).

3) De forma.

A la primera cuestión la Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

La Sra. Juez de la instancia de grado admitió parcialmente la demanda y condenó a K. E. S. S.A. a abonar al Sr. J. A. B., en el plazo de diez días de firme la sentencia la suma de doscientos veinte y tres mil seiscientos cincuenta y siete pesos con noventa y cuatro ctvos ($ 223.657,94), con mas los intereses y reguló los honorarios.

La decisión es apelada por la actora quien se agravia por el rechazo de la indemnización del art. 2 de la ley 25323.

Transcribe el artículo y sostiene que debe advertirse que al rechazarse la causal de despido mediante telegrama, se explicaron las causas que luego en la sentencia dan razón al trabajador, y contando con el rechazo se tuvo que dar por finalizado el intercambio epistolar, donde se solicitaba el pago de la diferencia existente y se agrega en un ítem la indemnización del art. 2 de la ley 25323.

Indica que no se tuvo en cuenta que el actor intimó al empleador en la misiva porque la demandada rechazó todas las explicaciones que el trabajador en su debido tiempo dio a la empresa, y que ello provocó una injuria y debió demandar para que sus derechos sean satisfechos, y que en su lugar el sentenciante optó por considerar sólo lo que la letra de la ley expresa como requisito formal. Cita jurisprudencia.

El demandado contesta los agravios.

Y he de tratar los agravios ante el concepto amplio que ha adoptado esta Cámara en punto a los requisitos que debe cumplir la expresión de agravios de acuerdo a lo que manda, requisito formal, el art. 268 LCT.

La quejosa pareciera decir que en la comunicación mediante telegrama n° 71204322, se solicitó dicha indemnización, no obstante observo que en la demanda ofreció prueba al C. A. para que remita copia autenticada del telegrama.

A fs. 239 el demandado desconoce toda la documentación.

Proveída la prueba, se oficia al C. A., quien a fs. 394 comunica sobre la imposibilidad de informar.

Y a fs. 548 la actora desiste de la prueba por entender que la misma es innecesaria ante el acompañamiento de las documentales por parte de la demandada.

De la contestación del demandado al telegrama N° 71204322, (fs 368) no surge respuesta alguna sobre tal requerimiento, y tampoco de los términos en que funda la demanda.

En consecuencia no cumplido el requisito de la notificación fehaciente, la decisión de la Sra Juez quien de manera precisa dio las razones por las que no correspondía dicha indemnización "En estas citaciones no se ha acreditado que el trabajador intimara al empleador, por ello no encontrándose verificado el requisito previo y formal de la intimación previa a la reticencia del empleador, corresponde rechazar la presente petición", debe confirmarse.

Y sólo a título didáctico he de transcribir lo que desde siempre y de acuerdo a la letra de la ley viene sosteniendo el STJ. "En este aspecto, debo adelantar,

decía el Dr. Royer, que el elemento que torna operativo el factor punitivo de la norma no es otro que la mora en el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T., o en su caso, por los arts. 6 y 7 de la Ley 25.013, cuando el trabajador despedido sin causa o impuesto a resolver el contrato laboral que lo vincula con su empleador, hubiere intimado fehacientemente para que las abone íntegramente. La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esta norma a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (conf. Sappia, Jorge J. "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25.323", publicado en D.T. 2001-A, págs. 223/227). Como lo expresara, es requisito esencial de operatividad de la multa que el trabajador intime en forma previa y fehaciente que abone las indemnizaciones a la 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 25.323. 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 25.323. Algunas definiciones necesarias", Rev. D.T. 2000-B, págs. 2271/2277; Pose, Carlos "Primera reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25.323"; y Alejandro,

Sergio Joaquin "Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimientos del empleador", ambos trabajos publicados en Rev. D.T. 2000-B, págs. 2303/2314 y 2308/2314, respectivamente).

"De este modo, visto los despachos telegráficos …., no se hizo referencia alguna al agravamiento indemnizatorio analizado…..

Y agregaba el Dr. Pasutti "De este modo, al igual que el Dr. Royer, coincido que en este supuesto legal de análisis, la mora no opera automáticamente, como ocurre con la mora consagrada en los arts. 137 y 149 de la L.C.T., por lo que, al no surgir de los telegramas obrantes 76/78, que los actores hayan emplazado a la accionada expresamente en los términos del art. 2 de la Ley 25.323, corresponde el rechazo del agravio emitido por los accionantes en este aspecto.- S.D Registrada Bajo el N° 08/05 S.R.E.

Argumentos que sostienen y reiteran en SD, registrada bajo el N° 06/S.R.E./06, a lo que añaden " que la sanción contemplada en el art. 2 de la Ley N° 25.323 tiene por objeto resarcir un tipo de daño que es totalmente distinto y autónomo, del que causa la cesantía o la extinción injustificada del vínculo laboral en sí. La norma está concebida para reparar los perjuicios que padece el trabajador como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno (mora) de las indemnizaciones consagradas en la Ley de Contrato de Trabajo e incluso en la Ley N° 25.013. Se trata de una sanción pecuniaria de carácter punitivo, por lo que en principio es ajena a la ruptura en sí y a su resarcibilidad (CNTrab., Sala IV – 29/04/04, Causa 11871/03, S. 89661, "Marón, Marisa Silvia c/ Cámara Argentina de Supermercados s/ despido"; publicado en elDial-AA2638; y Sala VI- Expte. N°21085/02

"Roca Maria Florencia c/ Linares Luque Humberto José y otro s/ despido" 15/07/04, elDial-AA2651, entre otros). Es así, que visto las constancias obrantes en autos, los actores no han acompañado despachos telegráficos que permitan inferir que han emplazado a la accionada en los términos del art. 2 de la Ley N° 25.323.

Y ello es concordante con la jurisprudencia que acerca la apelante, "es decir que la sanción se vincula con la conducta morosa del principal que fehacientemente intimado,…" fs 576.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la apelante actora vencida.

A fin de regular los honorarios que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente el trabajo profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y así como la oficiosidad de la tarea desarrollada. A ello sumo las demás pautas que surgen de los arts 5 y 14 de la ley de aranceles

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

1) Desestimar los agravios de la actora y confirmar la sentencia de fs 556/567.

2) Imponer las costas a la vencida y diferir la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

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

SENTENCIA

1. Rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 575/576vta. y confirmar la sentencia de fs. 556/567 en este sentido.

2. Imponer las costas de segunda instancia al actor apelante vencido. Regular los honorarios profesionales de las Dras. Y. V. F. y P. L. G.

en el veinticinco por ciento (25%) y los de los Dres. J. M. y C. O. en treinta por ciento (30%), en ambos casos los que le fueran regulados por sus respectivas actuaciones en la instancia de grado, más el IVA si correspondiere.-

3. Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sra. Juez de Cámara Dra. Graciela Mercedes - García Blanco 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"