En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año 2014, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y María Inés de Villafañe para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B., D. A. c/ K. C. S.A. y otro s/ COBRO DE PESOS "(Expte. Nº 5/ 2014)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 202/10) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?, **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden del sorteo de fs. 191.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

Se han radicado por ante esta Alzada los presentes actuados en virtud del recurso de apelación que ha interpuesto a fs. 166 la codemandada K. y C. S.A. contra la sentencia dictada en la anterior instancia (fs. 155/163 vta.), el cual le ha sido concedido a fs. 167. Los fundamentos de la recurrente en sustento de su apelación obran a fs. 168/171, habiendo sido contestado oportunamente por la contraria el traslado conferido de los mismos (fs. 173/174).

2 – La sentencia

La sentencia apelada hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a J. F. S. S. y solidariamente a K. y C. S.A. a abonar a D. A. B., dentro del plazo de cinco días y mediante depósito judicial, la suma de $ 15.181,67.- (Quince mil ciento ochenta y un pesos con 67/100), con más los intereses a la tasa

activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada suma fue adeudada y hasta su total cancelación. Las costas las impuso a las codemandadas y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Consideró inicialmente la a quo que el actor reclamó el pago créditos laborales generados en su favor y que están constituidos por: 532 horas trabajadas en altura, 62 horas normales, 23 horas al 50% y 6 horas al 100%, el presentismo computable a las horas reclamadas, con más la suma de $ 1.004,52.- por diferencia no abonada como fondo de desempleo; a ello agregó las multas previstas por el art. 18 de la Ley 22.250 y el art. 80 LCT.

Ponderó la situación del codemandado J. F. S. S. quien fue oportunamente declarado rebelde y por ello -dice la sentencia- resulta de aplicación el art. 49 de la ley del fuero; agregando que la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración (art. 61 CPCC). Además de ello, la sentenciante sumó a la "rebeldía" los efectos de la "confesión ficta" oportunamente decretada en autos, dejando sentado que el efecto probatorio de la confesión ficta solo podrá decaer ante la existencia de pruebas en contrario, lo cual no se dio en el caso dado que la rebeldía de S. S. le impidió ofrecer pruebas.

Realizó luego la a quo la valoración de la prueba testimonial y en este punto analizó la declaración del Sr. P. M.(fs. 83/85), Ingeniero Civil que fue Jefe de Obra de K. y C. S.A. desde el año 2009. Transcribió parcialmente este testimonio y concluyó su evaluación afirmando que esta declaración corrobora la versión de los hechos y las circunstancias relatadas por el accionante con relación a las 532 horas en altura que afirmó haber trabajado B. Conforme a ello, afirma la sentencia que quedó acreditado que el actor realizó trabajo en altura y que el CCT de la actividad establece un suplemento sobre los salarios básicos de acuerdo a los metros en altura en los cuales se desarrolle el trabajo, en el caso, de 4 a 26 metros en un 15%.

Consideró la a quo que conforme la declaración del Jefe de Obra de K. y C. S.A., Sr. M., las dimensiones son siempre referidas al interior de un pasa ganado, -3,50 metros- por lo que tuvo por acreditado que Bustamante realizó trabajos en altura -de 4 a 26 metros- tal como lo establece el CCT. En base a ello y a la ausencia de prueba adversa, tuvo por ciertos todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda respecto de la relación laboral invocada con el Sr. S. S.

En base a la pericial contable y la ausencia de prueba contraria, tuvo por cierto que la remuneración del trabajador que informa la misma.

Por todo ello admitió el reclamo por las horas en altura, las horas normales, las horas extras al 50% y las horas extras al 100% conforme la petición que contiene la demanda, con más el "presentismo" computable a las horas reclamadas y la diferencia no abonada del "fondo de desempleo".

Con respecto al reclamo de la "Multa prevista en el Art. 80 L.C.T.", no lo admitió por no haber acreditado el trabajador haber efectivizado el requerimiento fehaciente a su empleador en los términos de la normativa aplicable.

En lo que hace al reclamo de la "Multa que establece el Art. 18 de la Ley 22.250", accedió a la misma por haberse cumplido el recaudo formal (telegrama de fs. 6) y teniendo en cuenta la pericia contable que determinó una remuneración mensual de $ 6.047,89.-, fijando la indemnización en sesenta días de retribución.

Culmina la sentencia tratando la "solidaridad" de la codemandada K. y C. S.A. invocada por el accionante. Sostuvo la a quo que las tareas que realizaba el actor participaron de modo ineludible en la consecución del cumplimiento del fin propio e inherente a la actividad de K. y C. S.A., cual es la construcción de obras (en el caso la ruta Trelew-Madryn), por lo que ello convierte a la mencionada empresa en responsable solidaria de las obligaciones laborales pendientes. A ello le agregó las constancias que

obran en el Expte. Administrativo N° 2084/09 presentado como prueba y del cual surge la presentación de esta empresa por ante la Secretaría de Trabajo de Puerto Madryn a fin de abonar los haberes y liquidación final de varios dependientes de S. S. Por lo expuesto y teniendo en cuenta también que el subcontratista es responsable solidario del contratista, admitió la demanda contra K. y C. S.A.

3 – <u>Los agravios de K. y C. S.A</u>.

3.1) <u>Falta de prueba del trabajo en altura y de las horas extras</u>.

Agravia a la codemandada K. y C. S.A. que la sentencia haya admitido el reclamo por "diferencias salariales" y la aplicación de la "multa del art. 18 de la Ley 22.250".

Se analiza en el agravio la declaración testimonial del Ing. M. que es la considerada relevante por la a quo para admitir el reclamo del actor y afirma que no advierte de qué modo pudo interpretar la a quo que la declaración de este testigo acreditó que el actor trabajó 532 horas en altura y en horas hábiles e inhábiles. Por otra parte -continúa diciendo la queja- el testigo en ningún momento señaló que la altura de las alcantarillas o del pasa ganado sean superiores a los 4 metros, que es la medida mínima que establece el art. 57 del CCT para que sea procedente considerar el trabajo en altura. Concretamente, la recurrente dice que el relato de la demanda no está acreditado por ningún medio de prueba y como tal merece su rechazo, plasmando que la juez incurrió en un error al evaluar la prueba testimonial, tergiversando el relato y equivocando su valor probatorio.

Se insiste en el agravio en el sentido que el jefe de obra nunca dijo que el actor y/o la empresa para la que trabajó realizaron tareas en altura ni en jornadas extraordinarias y que no surgiendo de su declaración que el actor hubiera trabajado en altura, no corresponde aplicar el art. 57 del CCT.

Con respecto al resto de las pruebas, afirma la quejosa que no hay constancias de que el reclamante hubiera trabajado en altura, que ninguno de los testigos afirma tal hecho y que no existe prueba alguna que indique que el actor hubiera trabajado en horario inhábil. Concluye peticionando el rechazo de la demanda.

3.2) <u>Multa del Art. 18 Ley 22.250</u>.

Agravia a la recurrente la aplicación de la multa que contempla el art. 18 de la Ley 22.250. Sostiene que se trata de un rubro accesorio y que de admitirse el rechazo de la cuestión principal, debe ser rechazada también la aplicación de la multa en cuestión.

Argumenta también que debe evaluarse la buena fe de las partes, que el juez no ha aplicado prudencialmente la multa, que los aportes se han efectuado en tiempo y forma, habiéndose entregado la libreta al actor y que su parte no fue el empleador directo del actor lo que disminuye su responsabilidad.

En caso de que se confirmara el fallo en lo sustancial, peticiona la aplicación de la sanción en el mínimo legal.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>La prueba del trabajo en altura y las horas extras</u>

Ante el planteo realizado en este punto por la recurrente, debe esta Alzada analizar y resolver si realmente el reclamante acreditó los hechos en los que basó su reclamo o no. El mismo está basado en el hecho de haber trabajado "en altura" y en horas extras, lo cual no le fue abonado correctamente al término de la vinculación laboral. Es decir, estamos –a tenor de la queja— ante la problemática de la carga de la prueba (art. 381 CPCC).

El CCT 75/76, aplicable en el caso, dispone en su art. 57 un incremento sobre el salario básico, de acuerdo a los metros de altura en los cuales se

desarrolle el trabajo. De esta forma, el mismo establece que para el caso de trabajarse de 4.00 a 26.00 metros, el incremento será del 15%; si se trabaja de 26.00 a 40.00 metros, el incremento será de 20% y de ser a más de 40.00 metros el 25%.

Ante los términos de la demanda, quedó a cargo del actor acreditar aquí sus trabajos "en altura" y las "horas extras" que constituyen el objeto de su reclamo, fundamentalmente ante la negativa de la codemandada K. y C. S.A. sobre tales circunstancias.

Para admitir la demanda, la a quo se basó fundamentalmente en la declaración testimonial del Ing. P. M., Jefe de Obra de K. y C. S.A. (fs. 83/85) y al respecto dice la sentencia: *"…Esta declaración corrobora la versión de los hechos y las circunstancias relatadas por el accionante con relación a las 532 horas en altura que afirmó haber trabajado el Sr. B. declaración que luce categórica y sincera, por lo que me inclino por ella y por la versión de los hechos que se ha brindado el actor en la demanda…"* (fs. 159 vta.), *"…Conforme lo declarara el Jefe de Obra de K. y C.S.A., Sr. M. (fs. 83/85) en su declaración testimonial, de acuerdo a sus conocimientos técnicos, las dimensiones son siempre referidas al interior del pasa ganado, --3,50 metros— es decir que B. realizó trabajos en altura, y conforme lo establece el CCT estaríamos en presencia de una altura -de 4 a 26 metros- para la construcción de los puentes pasa ganado que van desde un lado de la Ruta Nacional N° 3 hacia el otro, por debajo de la autovía Puerto Madryn - Trelew…"* (fs. 160).

Ante la terminante conclusión de la a quo vertida en su decisión, corresponde detenerse en el análisis de la declaración testimonial del Ing. M., a fin de determinar si la misma avala lo decidido en la sentencia. De la lectura de los dichos del declarante surge con nitidez que en ningún momento el mismo hizo referencia a horas "extras" trabajadas por el reclamante. Por lo tanto, su realización no es posible ser acreditada mediante este testimonio. A lo dicho corresponde agregar que tampoco encuentro que se haya producido otra prueba que lo acredite. Es por ello

que no he de acompañar a la Sra. Magistrada de la anterior instancia en cuanto ha tenido por probado la realización de horas "extras" por parte del reclamante.

Con respecto a las características de construcción de la obra, fue preguntado el testigo en cuestión sobre las dimensiones que tienen las alcantarillas a las que hiciera referencia (8ª. pregunta), a lo que contestó: *"dimensiones varias, anchos pueden ir de 80 cm a 5 metros y de largo todas superan los 15 metros. Y en altura varían desde 60 cm a 3 metro 50"* (fs. 84). Al responder sobre la diferencia entre una alcantarilla y un pasa ganado (10ª. pregunta), dijo: *"…el pasa ganado como su nombre lo indica no cumple función de escurrimiento de agua sino que es para pasar el ganado de un campo a otro sin pasar por encima de la ruta y la dimensión es más grande porque tiene que pasar un hombre a caballo, la altura del hombre a caballo es 3,50"* (fs. 84). Por último, en lo que aquí interesa, en la 4ª. repregunta se le reiteró la pregunta sobre las dimensiones del pasa ganado y respondió: *"…de ancho unos 4 metros, de largo unos 16 metros y de alto 3,50, pueden ser 3,52 o 3,48 pero más o menos es esa la medida"* (fs. 84 vta.).

Del análisis de esta declaración en ningún momento surge que el testigo haya hecho referencia a la realización de trabajos "en altura" por parte del actor o de algún otro operario. Es más, si tenemos en cuenta que el CCT aplicable al caso y en el que basa su reclamo la parte actora, establece una altura mínima de 4 (cuatro) metros para considerar a un trabajo como desarrollado "en altura", surge de la declaración bajo análisis que la altura máxima que el testigo refirió es de **3,52 metros**. Por lo tanto, que el actor haya realizado trabajos "en altura" no está acreditado con esta testimonial. Pero advierto que del resto de las pruebas producidas durante el proceso tampoco surge acreditado por el actor la realización de trabajos "en altura", en clara contraposición con la conclusión a la que arribara la Sra. Jueza sentenciante.

Lo mismo ocurre, a mi entender, con la pretensión del actor de percibir un crédito por la realización de “horas extras”.

Estamos aquí ante un pedido de pago de “horas extras” cuya realización fue negada por la demandada y es sabido que la realización de las horas extras no puede basarse en meras presunciones sino que su prueba debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento del contrato individual de trabajo.

En relación al tema en tratamiento se ha resuelto con claridad que corresponde rechazar las horas extras reclamadas, en tanto la prueba testimonial producida no es suficientemente convictiva con respecto a la efectiva realización de las horas extras por parte de la actora (conf. CNTrab., Sala V, 29/03/2010, LLOnline: AR/JUR/6743/2010) y que es improcedente el reclamo de horas extras si no se acreditó que el trabajador cumpliese una jornada tan extensa como la que indica en su demanda y sin perjuicio de que no hay prueba concreta acerca del horario invocado, no está evidenciado que haya puesto su capacidad de trabajo a disposición del empleador más allá de los límites que emanan de la Ley 11.544 y de su decreto reglamentario (conf. CNTrab., Sala II, 11/06/2010, LLOnline: AR/JUR/38112/2010).

Concluyo el punto en análisis no compartiendo lo resuelto por la Sra. Magistrada del inferior dado que las reglas del onus probandi determinaron claramente aquí cómo debía fallar ante la carencia de medios probatorios por parte de la actora y le señalaron que el litigante que debía salir perjudicado por no satisfacer la carga de la prueba de los hechos que avalaban su posición era, precisamente, el actor.

En virtud de lo expuesto, considero que le asiste la razón a la recurrente cuando afirma que el trabajo en altura o la realización de tareas en horas y/o días inhábiles no se encuentra acreditado y de allí que no he de

acompañar la decisión contraria expuesta por la Sra. Magistrada en su sentencia en crisis.

Cuando existen abundantes medios de prueba que sirven para formar la convicción judicial, pierde trascendencia entrar a elucidar sobre cuál de las partes recae la carga probatoria reglada en el artículo 375 del ordenamiento (en nuestro caso, art. 381 CPCC). En cambio, cuando la prueba es magra o han quedado hechos o afirmaciones sin acreditar, reviste importancia determinar cuál de los sujetos que actúan en el proceso tuvo que asumir (tenía la *necesidad* de) la tarea de demostrar la existencia de los hechos controvertidos o la verdad de las proposiciones afirmadas que fueren desconocidas (conf. ALSINA, Tratado, 2ª. ed., T. III, pág. 254 "b"; PALACIO, Derecho Procesal Civil, T. IV, pág. 365; MORELLO…, "Cód. Proc.Civ.Com.", 1ª. ed., T. V, pág. 100 y jurisprudencia allí cit.).

Por consiguiente, el litigante que pretende que el juez aplique una norma jurídica debe afirmar en su demanda, y probar en el proceso, los hechos que constituyen los presupuestos del precepto. Cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los recaudos –aun los negativos— de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito en su pretensión procesal (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1960, III, pág. 23; 1963, II, pág. 1283; 1965, I, pág. 56; 1965, II, pág. 683; 1968, I, pág. 1012; DJBA, 76, pág.233).

Ahora bien, el incumplimiento de dicha carga –tal como aquí ha ocurrido— supone, entonces, soportar el riesgo de dejar indemostrado el hecho que convenga al interés de la parte remisa. La carga de la prueba –enseña CARNELUTTI— no es más que una distribución del poder de probar, la repartición del riesgo de la falta de prueba. Es que ante el incumplimiento de la carga procesal probatoria, la duda se resuelve en contra de la parte que no la satisfizo (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, III, pág. 863).

He anticipado ya que tengo para mí que ha existido en este caso una total orfandad probatoria por parte de la actora y de allí mi propuesta de no

confirmar lo decidido por la Sra. Magistrada sentenciante al admitir la demanda.

Lo hasta aquí expuesto no se desvirtúa en lo más mínimo por el hecho de que una de las codemandadas haya sido declarado en "rebeldía". Y ello es así porque que en el caso juega la norma del art. 61 del ritual. La misma es muy clara al señalar que la rebeldía *"…no alterará la secuela regular del proceso…"*, señalando a continuación que la sentencia debe ser pronunciada *"…según el mérito de la causa y lo establecido en el art. 360, inc. 1°…"*, con el alcance de que *"…En caso de duda, la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración…"*, razón por la cual corresponde evaluar todas las circunstancias que puedan gravitar en la justa solución del caso.

Viene al caso recordar que el art. 49 de la Ley del Fuero dispone que en el caso de "rebeldía" se procederá de conformidad con lo normado por los artículos 60 y concs. del CPCC.

Y la cuestión se encamina en la dirección que acabo de señalar dado que la declaración de rebeldía no importa una sanción contra el incompareciente, porque las partes no están obligadas, sino que les asiste el derecho de actuar en el proceso para la defensa de sus intereses. Por eso su inactividad no conlleva a que se le prive del amparo de la justicia, ni que se atribuyan al actor otros derechos que los que pruebe tener. De lo que se sigue que el juzgador debe examinar la prueba y dictar sentencia de acuerdo con las constancias de autos (conf. ALSINA, "Tratado", 2ª. edic., T. V, pág. 579, N° 2, ap. "c"; Cám. 1ª., Sala III, La Plata, C. 174.456, reg. sent. 280/78; MORELLO – SOSA – BERIZONCE, "Cód. Proc. Civ. Com.", T. II-B, pág. 23, Edit. Platense).

En lo que respecta a los "hechos" expuestos en la demanda, debo remarcar que la rebeldía tampoco produce sin más un reconocimiento de los hechos afirmados por la contraria y, menos, una sumisión a sus pretensiones. El

órgano ha de acordar lo reclamado si es justo y está suficientemente comprobado. Es decir, la rebeldía no impone al juez una decisión favorable a las pretensiones del actor, sino que lo autoriza a acceder a ellas si fueran justas y estuvieran acreditadas en forma (conf. Cám. 1ª., Sala III, La Plata, C. 167.846, reg. sent. 184/76; SCBA, Ac. y Sent., 1959, IV, pág. 96; J.A., 1944, III, pág. 292; Cám. 2ª., Sala II, La Plata, C. B-42.856, reg. sent. 123/77; Cám.Civ.Com.Morón, SP, La Ley, 980-120 (298-SP).

Lo hasta aquí expuesto demuestra con evidencia que, aun admitidos los hechos por el efecto de la contumacia, la condena no encuentra sustento en el simple silencio del remiso sino en la correlación de aquéllos con el derecho aplicable, ya que en uno y otro caso la sentencia debe ser justa por un imperativo axiológico indeclinable, ínsito en el proceso (conf. jurisp. cit. por MORELLO…, "Códigos…", T. II-B, págs.- 24/25).

Por otra parte, la rebeldía por sí sola no es suficiente para que el juez admita la verdad de los hechos afirmados por quien obtuvo la declaración, porque la sentencia debe ser pronunciada "según el mérito de la causa"; esto es, valorando los hechos y circunstancias del proceso, y también las pruebas si existiesen (conf. CNCiv., Sala A, 09/08/76, La Ley, 1976-D, 468; ídem, Sala D, 12/11/71, La Ley, 148, pág. 672, 29.509-S).

Permítaseme reiterar que la ley procesal establece que *"en caso de duda"* (art. 61 CPCC) la rebeldía constituirá presunción de verdad de los hechos (pertinentes) lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración; con lo cual, es más que claro que la presunción de verdad no es la regla general, como pareciera surgir de la sentencia en crisis. La SCBA tiene un criterio restrictivo en el tema que es claramente aplicable en este caso, y sostiene que *"Ni aun la posición rebelde del codemandado releva al actor de acreditar los hechos sobre los cuales estructura su reclamo, pues como esta Corte ya juzgó, el art. 354, inc. 1° del Código Procesal Civil y Comercial* -léase art. 360, inc. 1°, del CPCC Provincial- *no dice que la falta de contestación a la demanda deba estimarse*

como un reconocimiento de la verdad de los hechos expuestos al accionar, sino sólo que podrá acordársele ese efecto; razón por la cual los jueces conservan la facultad de resolver el alcance que corresponde atribuir al silencio, en cada caso, con arreglo a las circunstancias" (SCBA, 29/04/09, Ac. C.100.570, webRubinzal scjba 07/2009 2.12.1.1.r2).

En conclusión: la condición procesal del "rebelde" no acarrea como consecuencia la suerte favorable a las pretensiones del contrario, convirtiendo al juzgador en un autómata. Es por ello que las afirmaciones vertidas en el escrito de demanda deben resultar debidamente precisadas y acreditadas las condiciones de la acción, más aun en este caso en que la empresa codemandada tomó intervención negando todos los hechos y derechos invocados por el actor en su demanda. En consecuencia, la declaración de rebeldía de una de las partes no obliga a dictar una sentencia de condena contra el rebelde, dado que el juez ha de fallar *"según el mérito de la causa"*.

Las consecuencias que genera la "rebeldía" que acabo de referir no pierden solidez por la circunstancia de que en estos autos quien fuera declarado "rebelde" quedó también "confeso" (art. 24 Ley XIV N° 1). Y ello es así porque aquí se demandó a dos partes, de las cuales una de ellas tomó debida intervención en autos, contestó la demanda y desconoció todos los hechos y derechos invocados por el reclamante. Este desconocimiento provocó la ineludible obligación de que el actor acredite los hechos en los cuales funda su pretensión (art. 381 CPCC), conforme lo he explicado supra en este mismo punto, sin que haya quedado eximido de esta obligación por el hecho de que uno de sus codemandados esté "confeso" por no presentarse a absolver posiciones. Es más que obvio que la sentencia a dictarse es una sola y la misma debe basarse en las pruebas vinculantes y conducentes arrimadas durante el proceso las cuales versarán sobre los hechos que han sido controvertidos por las partes (art. 364 y concs. CPCC).

En virtud de los fundamentos expuestos, corresponde admitir los agravios analizados y revocar la sentencia en crisis en cuanto ha tenido por acreditado los trabajos “en altura” y la realización de “horas extras” que fuera invocado por el actor como fundamento de su pretensión, la cual debe ser rechazada. La revocación provoca que tampoco corresponda la condena por “Presentismo” ni por “Diferencia no abonada de fondo de desempleo” que contiene la decisión dictada en la anterior instancia, debido a que estos últimos rubros son una consecuencia directa de la admisión de los primeros. Es mi voto.

4.2 – <u>La multa establecida por el Art. 18 Ley 22.250</u>

Considera improcedente la recurrente la aplicación a su parte de la multa que contempla el art. 18 de la Ley 22.250, fundamentalmente por considerar inadmisible el reclamo por trabajo “en altura” y “horas extras”, por haber efectuado los aportes de ley en tiempo y forma y por habérsele entregado al actor la Libreta de Aportes.

El art. 17 de la Ley 22.250 establece que producida la cesación de la relación laboral, el empleador deberá hacerle entrega al trabajador de la Libreta de Aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos, dentro de las 48 horas de finalizada la relación y el art. 18 dispone que el incumplimiento de las obligaciones que establece el artículo anterior en tiempo propio, producirá la mora automática, quedando expedita la acción judicial para que se le entregue al trabajador la libreta, se le depositen los aportes o se le efectúe el pago directo cuando así corresponda. Agrega la norma que si ante el incumplimiento, el trabajador intima al empleador por dos días hábiles constituyéndolo en mora, se hará acreedor a una indemnización que la autoridad judicial graduará prudencialmente según las circunstancias del caso y cuyo monto no será inferior al equivalente a 30 días de la retribución mensual del trabajador, ni exceder de 90 días de dicha retribución.

Teniendo en cuenta los requisitos legales para la procedencia de esta indemnización, anticipo mi opinión en el sentido de que -atento lo propuesto en el punto anterior- no corresponde en el caso su procedencia. Y ello es así simplemente porque no se dan los requisitos necesarios que la ley fija para su admisibilidad.

Hemos visto ya que no corresponde admitir en el caso la realización de trabajos "en altura" ni las "horas extras" por lo cual el actor planteó su demanda. Pero, además, surge del Expediente Administrativo N° 04-2084/09 oportunamente sustanciado por ante la Secretaría de Trabajo de Puerto Madryn, cuyas copias auténticas tengo a la vista, lo siguiente: **a)** El día 22/12/09 la empresa K. y C. S.A. entregó en la Secretaría para su entrega al actor el Certificado de Liquidación del Fondo de Desempleo, el monto en efectivo correspondiente a la liquidación del mismo y su correspondiente recibo y la Libreta de Fondo de Cese Laboral y Certificación (fs. 40/41); **b)** El día 28/12/09 el actor recibió en la Secretaría de Trabajo la siguiente documentación en original: 1) Certificado libreta fondo de desempleo; 2) Libreta de Fondo de Cese Laboral y 3) Un recibo de haberes correspondiente al fondo de desempleo liquidación final (fs. 84); y **c)** El día 28/12/09 el actor recibió en la Secretaría de Trabajo la suma de $ 5.974.- (Cinco mil novecientos setenta y cuatro pesos) correspondientes a la primera quincena de Dic. 2009 y liquidación final (fs. 85).

La tramitación de este expediente ha sido expresamente referido por el reclamante en su escrito inicial, además de haber acompañado copias del mismo al promover su demanda (ver fs. 7, 8, 13).

Agrego a lo expuesto que el actor, al absolver posiciones (fs. 68/y vta.) reconoció que a fines del mes de Diciembre de 2009 recibió en la Subsecretaría de Trabajo local la liquidación en integridad de su Fondo y Cese Laboral y su Libreta del IERIC (3ª. posición), lo cual es plenamente coincidente con las pruebas documentales que acabo de mencionar.

Por otra parte, mal hubiese podido el actor presentar copias de la Libreta de Fondo de Desempleo al demandar (fs. 2/3/4), si dicho instrumento no hubiese estado en su poder.

Con las constancias instrumentales referidas y el expreso reconocimiento del reclamante en sede judicial, considero cumplidas las obligaciones que pone la Ley 22.250 en cabeza del empleador en los casos en que culmina la relación laboral y de allí que no corresponda sancionar a la recurrente con el pago de la indemnización especial que contempla el art. 18 de la misma dado que no existe razón legal para ello.

Por lo tanto, corresponde revocar la sentencia en este punto, admitiéndose el agravio en tratamiento. Es mi voto.

5 – Conclusión

Teniendo en cuenta que todos los agravios de la recurrente deben ser admitidos, es procedente concluir que corresponde revocar la sentencia en crisis en todas sus partes, rechazándose la demanda interpuesta por el actor contra las dos partes que han sido demandadas.

La conclusión que pregono es procedente porque estamos aquí ante una litis que ha versado sobre una obligación solidaria y en estos casos se considera que la apelación concedida a uno de los codeudores [solidarios] beneficia a los demás (conf. CNCiv., Sala C, 31/07/68, La Ley, 135-1121, 20.981-S; MORELLO, "Códigos Proc.", T. III, pág. 145, Ed. Platense – A.Perrot). De allí que pese a la circunstancia de que la sentencia ha sido apelada por uno solo de los demandados, no significa que el otro no pueda aprovechar el rechazo de la demanda decidido en la Alzada, por cuanto la causa de la obligación es igual para ambas partes.

6 – Adecuación de costas y honorarios

En atención a mi propuesta de revocar la sentencia en todas sus partes, corresponde realizar la adecuación prevista por la norma del art. 282 del CPCC.

Ante el rechazo de la demanda, corresponde imponer las costas de la primera instancia a la parte actora en su calidad de vencida en el proceso (arts. 57 Ley XIV N° 1 y 69 CPCC), quedando sin efecto la regulación de honorarios practicada en la primera instancia.

Por su labor en la instancia de origen corresponde regular los honorarios de los profesionales intervinientes de la siguiente manera: los de la Dra. María Belén Iglesias, apoderada de la codemandada K. y C. S.A., en el 18% del monto del proceso; los de los Dres. G. C. Q. y J. G. A., apoderada y patrocinante del actor respectivamente, en conjunto, en el 15% del monto del proceso y los del Sr. Perito Contador G. O. M., en el 4% del monto del proceso. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 6, 9, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A los efectos de determinar la base regulatoria, el monto del proceso resultará de calcular la suma reclamada por el actor ($ 18.603,01.-) con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut para las operaciones de descuento de documentos comerciales, desde la fecha de la interposición de la demanda (04 de Junio de 2010) al día del efectivo pago.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada corresponde imponerlas a la parte actora (arts. 57 Ley del Fuero y 69 del CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. D. G. L. y R. J. P., apoderados de la recurrente, en conjunto, en el 6,3% del monto del proceso y los de los Dres. G. C. Q. y J. G. A., apoderada y patrocinante del actor respectivamente, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo

dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 9, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen y en el orden propuesto por el magistrado que me antecede en el voto.

2.

a) La primera queja de la codemandada K. y C. S.A. gira en torno al reconocimiento en la sentencia de grado de las horas "en altura" y las horas extraordinarias.

Para ello la magistrada de grado valoró la rebeldía y la confesión ficta del codemandado J. F. S. S. y la declaración del Ingeniero P. M., Jefe de Obra de K. y C.

Al respecto diré que tratándose de un litisconsorcio facultativo, todos los litisconsortes gozan de plena autonomía de gestión dentro de un procedimiento único y salvada la uniformidad de la decisión judicial que recaiga sobre el hecho común, la sentencia que se dicte sobre procesos

acumulados podrá ser distinta respecto de los litisconsortes en orden a las diversas defensas personales que ellos hayan podido esgrimir. A más de ello debe ponderarse que "*Frente a un supuesto de litisconsorcio voluntario, las consecuencias de la situación procesal en que se encuentra incursa la empleadora del actor no se extienden a la codemandada, quien contestó demanda, y cuya eventual responsabilidad no resulta de los hechos alcanzados por la presunción de veracidad que la mencionada situación acarrea, sino de la pertinencia del artículo 30 LCT en el contexto de su relación con la demandada principal y, en su caso, del cumplimiento o incumplimiento de las cargas que, en el mismo contexto, esa norma le impone."* (CNAT Sala VIII Gilligan, Guillermo Luis vs. Mater Dei Asociación Civil y otros s. Despido. 18-02-2005; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 12184/07)

De modo tal que la rebeldía declarada al codemandado S. S. tendrá efectos sobre el régimen de notificaciones pero la sentencia deberá dictarse conforme el mérito de la causa y en caso de duda "la rebeldía declarada y firme constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por quien obtuvo la declaración conforme el art. 61 del CPCC. *"…en el supuesto de litisconsorcio y aun habiendo un litisconsorte rebelde difícilmente se dará el caso de duda que menciona el art.60 CPN, puesto que la presencia y actuación procesal de la otra parte inhibirá tal posibilidad* "(Martínez. "Procesos con sujetos múltiples" T 1 pág. 57 Ed La Rocca. Bs.As., 1994).

La circunstancia que el codemandado haya sido declarado confeso en los términos del art. 24 Ley XIV N°1, no produce efectos respecto de los otros litisconsortes y vale señalar que la norma del procedimiento laboral expresa claramente que *"será tenido por confeso sobre los hechos expuestos en la demanda o en la contestación, salvo prueba en contrario".*

En definitiva, tratándose de un litisconsorcio facultativo como el de autos, la situación del codemandado S. S. no obsta a que la valoración de la

prueba y sobre la base del principio de adquisición procesal, deberá hacerse sobre el conjunto del material probatorio reunido. *"Cuando se demanda sobre la base de hechos comunes dentro de la figura procesal de litisconsorcio pasivo, el juez debe valorar conjuntamente las diligencias probatorias producidas por cada litisconsorte pues no cabe concebir que el convencimiento judicial acerca de la verdad de un hecho común se produzca sólo con respecto a uno o alguno de los litisconsortes. Por lo tanto si uno solo de ellos produce prueba acerca de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo que reviste carácter común, ella será suficiente para tenerlo por acreditado en relación a los restantes."*(CNAT Sala I Sent. 73839 del 29/5/99 "ZORER, Christian C/ MASCIOTRA, Ricardo S/ despido" (elDial.com - AL3C1).

Dicho esto corresponde analizar la declaración del testigo M. prestada a fs. 83/85 y que es la prueba valorada por la magistrada de grado para justificar el trabajo en altura del Sr. D. B.

El testigo afirmó, al contestar la 8va pregunta sobre las dimensiones que tenían las alcantarillas encomendadas al codemandado S. S., que las mismas eran varias y en altura, oscilaban entre los 60 cm y los 3,50 mts. . En cuanto a los guardaganados especificó en la 4ta repgta. que la altura era de 3,50 mts, 3,52 o 3,48 mts.

Tales datos fácticos son los que, se expone en la sentencia, corroboran la versión de los hechos y las circunstancias relatadas por el accionante con relación a las 532 horas en altura que afirmó el trabajador haber cumplido.

Si el art. 57 del CCT aplicable al sector establece que las alturas de 4 a 26 mts. deben liquidarse con el adicional del 25 %, no se advierte el razonamiento lógico que se siguió para concluir, siguiendo el relato del testigo M. (la máxima altura señala es de 3,52 mts.), que B. trabajara en altura y con ello que debía abonarse el adicional convencional. Por lo que la queja en el punto deberá admitirse.

En cuanto a las horas extras reclamadas, la carga de la prueba de las horas suplementarias trabajadas incumbía, en principio, a la actora (art. 381, Ley XIII, N° 5). En lo que respecta a la intensidad de la prueba a producir, ninguna carga adicional debe imponerse a la prueba de las horas extra. La misma es exactamente igual que a la de cualquier otro rubro (STJCh S.D. Nº 11/S.R.E./08 y 12/S.R.E./08).

Soy del criterio que la actora no lo ha probado. En primer término porque no surge de la demanda cuál es el horario de trabajo que cumplía el actor y tal dato fáctico no puede incorporarse con la declaración de testigos. Luego, si la pretensión era el reconocimiento del valor de las horas extraordinarias por los trabajos en altura, desestimado que fuera la tarea en esas condiciones, es de toda lógica que el reclamo debe rechazarse.

Ya me he expedido sobre la trascendencia que tiene en el proceso que se desarrolla con más de una persona en la posición de parte, la declaración de rebeldía y la confesión ficta de una de ellas, por lo que el argumento que sostiene la sentencia para su reconocimiento no es válido para inferir la realización de trabajo extraordinario, con el alcance pretendido por la parte.

Luego de lo expuesto, he de compartir la proposición formulada por el Sr. Magistrado que me antecede en el voto, de admitir el agravio en el punto revocando la sentencia en tanto reconoce el adicional por trabajo en altura y las horas extraordinarias.

b) El segundo agravio cuestiona la aplicación de la multa prevista en el art. 18 de la ley 22.250.

La sentencia justifica la aplicación de la multa en el incumplimiento del empleador de la entrega de la libreta de aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos. Señaló que se había cumplido con la intimación (fs. 6) y que se verificaron los recaudos sustanciales que habilitaban la multa.

La intimación cursada a fs. 6 es de fecha 21 de diciembre de 2009 y lo fue exclusivamente a la codemandada K. y C.S.A. .

Del Expte Administrativo N° 04-2084/09 tramitado ante la Secretaría de Trabajo de esta ciudad, cuyas copias certificadas tengo a la vista para este acto surgen las siguientes circunstancias que resultan a mi criterio suficientes para refutar las conclusiones de la sentencia: a) A fs. 40/ 41 y en fecha 22/12/09 la empresa K. y C. S.A. depositó en ese Organismo los certificados de liquidación del Fondo de Desempleo, los montos en efectivo correspondientes a la liquidación del mismo y sus correspondientes recibos y las Libretas de Fondo de Cese Laboral y Certificación para los ex empleados de J. F. S. S., ex subcontratista de la empresa compareciente. Entre ellos se encontraba el actor conforme surge de fs. 40vta. N° 8; b) A fs. 84 y en fecha 28 /12/09 el actor recibió en la Secretaría de Trabajo la siguiente documentación en original: 1) Certificado libreta fondo de desempleo; 2) Libreta de Fondo de Cese Laboral y 3) Un recibo de haberes correspondiente al fondo de desempleo liquidación final ; y c) A fs. 85 y en fecha 28/12/09 el actor recibió en la Secretaría de Trabajo la suma de $ 5.974.- (Cinco mil novecientos setenta y cuatro pesos) correspondientes a la primera quincena de Dic. 2009 y liquidación final.

Aun cuando la parte actora ha desconocido a fs. 36 la referida instrumental, es de toda evidencia que ha referenciado en su demanda la tramitación del expediente administrativo aportando documental incorporado al mismo. (fs. 7, 8, 13). Por otro lado al absolver la 3era posición reconoció haber recibido a fines del mes de diciembre la liquidación en integridad de su fondo y cese laboral y la libreta del IERIC.

En los términos relacionados, no existe base fáctica que autorice a la aplicación de la multa del art. 18 de la ley 22.250.

El artículo 17 de la ley 22.250, establece que el trabajador dispondrá del fondo de desempleo al cesar la relación laboral, y que producida la cesación, el empleador deberá hacerle entrega de la libreta de aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos, es decir que deben constar en la libreta los sucesivos aportes depositados por el empleador en cumplimiento de la obligación que le imponen los arts. 15, párrafo 1º y 16 de la ley referida.

No acreditadas las diferencias argüidas para la integración del fondo de cese laboral y probado el depósito de la Libreta de aportes en sede administrativa, dentro de los dos días hábiles subsiguientes a ser intimada, la codemandada K. y C. S.A. no incurrió en la situación de mora que es el presupuesto normativo para que se devengue a favor del actor la indemnización especial que prevé el art. 18 de la ley 22.250.

Luego de lo expuesto, es claro que la codemandada y en mérito de la responsabilidad solidaria que le impone el art.32 de la ley 22.250 y art. 30 de la LCT, ha dado cumplimiento de las obligaciones del art. 17 y la sentencia en el punto debe revocarse.

c) Concluyo el tratamiento de los agravios expidiéndome por su admisión y consecuentemente en que la sentencia de grado debe revocarse en todos sus términos. Digo ello, porque aun cuando rige como principio el sistema de personalidad del recurso, se trata aquí de un litisconsorcio facultativo con fundamento en obligaciones solidarias impuestas por la ley y la sentencia que dirime el proceso se hace con base al juzgamiento de un hecho común a ambos litisconsortes y del que no podría decirse que es y no es al mismo tiempo. (v. Palacio; Lino E., "Efectos del recurso interpuesto por un litisconsorte en el caso de litisconsorcio facultativo", "El Derecho", 153, pág. 572). *"Empero, como resulta obvio, si se trata de sentencias que condenan a prestaciones solidarias…, en caso de que la Alzada las modifique, ello aprovecha o*

perjudica a todos los litisconsortes" (Hitters "Técnica de los recursos ordinarios" 2da. Edición. Pág.367 Ed. Librería Editora Platense, 2004).

3. <u>Las costas</u>

a) Las costas y honorarios determinados en la primera de primera instancia deberán readecuarse conforme la previsión del art. 282 del CPCC.

Las mismas serán impuestas a la actora vencida (art 57 Ley XIV N°1 y art. 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios de los letrados y perito que han intervenido en la causa y teniendo en consideración las pautas mensurativas en cuanto al mérito, extensión, etapas cumplidas, éxito obtenido, la propuesta que formula el Dr. Fiordelisi refleja la actividad profesional cumplida. Los porcentajes será aplicados sin perjuicio de los mínimos legales, con más el IVA si correspondiera (arts. 5, 6, 6bis, 7, 8, 9, 18, 38 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.) y sobre el monto del proceso que resulte (capital reclamado con más los intereses desde la fecha de interposición de la demanda hasta su efectivo pago).

b) Las costas en la Alzada deben imponerse a la actora vencida (art. 69 del CPCC). En cuanto a los honorarios, acompaño los porcentajes que propone el Dr. Fiordelisi que se adecuan a la actividad profesional cumplida y éxito obtenido (art 5 y 13 ley arancelaria)

Voto a la primera cuestión, por la **NEGATIVA.**

<u>A LA SEGUNDA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartidos mis fundamentos expuestos precedentemente por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1 – REVOCAR la sentencia apelada dictada a fs. 155/163 vta.

2 – RECHAZAR la demanda incoada por D. A. B. contra J. F. S. S. y K. y C. S.A.

3 – ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS imponiendo las costas de la primera instancia a la parte actora, dejando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia de origen y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en ella de la siguiente manera: los de la Dra. M. B. I., apoderada de la codemandada K. y C. S.A., en el 18% del monto del proceso; los de los Dres. G. C. Q. y J. G. A., apoderada y patrocinante del actor respectivamente, en conjunto, en el 15% del monto del proceso y los del Sr. Perito Contador G. O. M., en el 4% del monto del proceso. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 6, 9, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4 – IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora (arts. 57 Ley del Fuero y 69 del CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. D. G. L. y R. J. P., apoderados de la recurrente, en conjunto, en el 6,3% del monto del proceso y los de los Dres. G. C. Q. y J. G. A., apoderada y patrocinante del actor respectivamente, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 9, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5 – REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Fiordelisi.

Asi lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis VIVAS no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2014.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1 – REVOCAR la sentencia apelada dictada a fs. 155/163 vta.

2 – RECHAZAR la demanda incoada por D. A. B. contra J. F. S. S. y K. y C. S.A.

3 – ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS imponiendo las costas de la primera instancia a la parte actora, dejando sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia de origen y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en ella de la siguiente manera: los de la Dra. M. B. I., apoderada de la codemandada K. y C. S.A., en el 18% del monto del proceso; los de los Dres. G. C. Q. y J. G. A., apoderada y patrocinante del actor respectivamente, en conjunto, en el 15% del monto del proceso y los del Sr. Perito Contador G. O. M., en el 4% del monto del proceso. En todos los casos, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 6, 9, 38, 46, 60 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

4 – IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora (arts. 57 Ley del Fuero y 69 del CPCC), regulándose los honorarios de los Dres. D. G. L. y R. J. P., apoderados de la recurrente, en conjunto, en el 6,3% del monto del proceso y los de los Dres. G. C. Q. y J. G. A., apoderada y patrocinante del actor respectivamente, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la instancia de origen, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 9, 13, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5 – REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDL. CONSTE.