En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de junio del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"J., V. c/ M. S. SRL s/ SUMARIO (cobro de pesos e indemnizaciones de ley)", expte. nro. 94/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 396/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 372), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia N. Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

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

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

344/353? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado:

La jueza de grado declaró la inconstitucionalidad de los acuerdos que disponen el pago de sumas no remunerativas e hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. V. J., condenando a la empresa M. S. SRL a confeccionar y entregar la constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales, certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones, como así también a abonarle en idéntico plazo la suma de pesos veintisiete mil cincuenta y tres con ochenta y seis centavos ($27.053,86), debiendo deducirse la suma de pesos cinco mil quinientos

ochenta y cinco con cincuenta centavos ($5.585,50) abonada por la empleadora, la que se computará primero a intereses y luego a capital, todo ello con más los intereses. Por último impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales.

El monto de condena se integró con diferencias salariales e indemnizaciones de ley; expresamente se rechazó la procedencia de la multa del artículo 132 bis LCT y la del artículo 2 de la Ley 25323.

2. El recurso de la parte actora. Los fundamentos:

La parte actora apeló a fs. 355, el recurso fue concedido a fs. 358, fundado a fs. 359/365 sin contestación de la contraparte.

Concretamente, se agravia por el rechazo de los rubros reclamados (multa artículo 132 bis LCT y multa del artículo 2 de la Ley 25323).

Sostiene que el pronunciamiento carece de motivación adecuada por cuanto se basa en prueba inexistente siendo que la colectada demuestra que en autos concurren la totalidad de los presupuestos que le dan andamiaje a tales reclamos.

3. Tratamiento de los agravios:

3. b. La multa del art. 132 bis:

Los presupuestos para la aplicación de la sanción prevista por el art. 132 bis LCT son: la retención por parte del empleador de los aportes a los que se refiere la norma; la omisión de ingresar total o parcialmente los mencionados aportes y la preexistencia de la omisión al momento de producirse la extinción del contrato.

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

Los recibos de haberes agregados a la causa por el trabajador -fs. 5/48- demuestran claramente la retención de los aportes tanto a organismos de la seguridad social

como sindicales; extremo que también se verifica con los agregados por la demandada –fs. 91/96-.

Por otra parte, la lectura integral del informe de la Administración Federal de Ingresos Públicos -anejado al expediente el día 26 de setiembre de 2014- demuestra la omisión de ingresar total o parcialmente los importes retenidos en concepto de aportes previsionales al momento de la extinción del vínculo. Repárese que, como bien destaca el recurrente, del detalle acompañado por el organismo fiscal resultan que los correspondientes a los períodos octubre de 2006 fueron ingresados el 8/7/13 (fs. 319); los de agosto de 2006, el 8/7/13 (fs. 320); los de noviembre de 2006, el 8/7/13 (fs. 321); los de abril y junio de 2008, el 13/8/13 y 12/9/13, respectivamente (fs. 322/323); los de septiembre de 2008, el 12/913 y los de junio de 2009, el 14/4/14

Las pruebas reseñadas desbaratan la conclusión a la que arribó la magistrada en orden a la multa del art. 132 bis y permiten sostener que no es una derivación razonada del derecho aplicable a los hechos probados de la causa.

Ello por cuanto tienen entidad más que suficiente para probar que la empleadora omitió ingresar a los organismos de la seguridad social importes que retuvo de la remuneración del trabajador en concepto de aportes previsional.

Ahora bien, no es posible soslayar que también se han retenido aportes sindicales, extremo que nítidamente se acredita con los mentados recibos de haberes. Es decir, se ha probado la premisa esencial para acceder al resarcimiento previsto en el art. 132 bis de la LCT. Ello puesto que, en la lógica del instituto que nos ocupa, resulta imprescindible que el trabajador acredite que el principal le hubiera retenido aportes con destino a los organismos de la seguridad social y a partir de tal extremo pesa sobre el empleador demostrar el oportuno ingreso de los fondos a las agencias respectivas.

En tal orden de ideas, es imposible soslayar la conducta procesal de la parte demandada. En efecto, en primer lugar sostuvo la improcedencia de la multa con base en la insuficiencia de la intimación cursada por el trabajador; es decir con sustento en un extremo formal. En ese marco, no ofreció prueba alguna tendiente a probar el ingreso de los aportes no acompañando tampoco los comprobantes de pago de los aportes retenidos a sus dependientes. Luego, tampoco dio cumplimiento a la intimación cursada para acompañar la totalidad de los recibos de haberes, el registro del artículo 52 LCT y la totalidad de las constancias de ingreso a los organismos de la seguridad social y sindicales.

Ahora bien, la jueza de grado sostuvo el cumplimiento de ese presupuesto formal y su decisión fue consentida por la empleadora, de

GISELA CINTIA MOREJÓN
Secretaria de Cámara

modo tal que ha quedado habilitado el examen de los presupuestos de fondos conforme lo expuesto.

En definitiva, respecto de los aportes sindicales más allá de la ambigüedad de la contestación del Centro Empleado de Comercio, lo cierto es que la empleadora no ha acreditado su depósito y hasta que ello suceda corresponde revocar el rechazo y declarar procedente la aplicación de la multa del artículo 132 bis, con el alcance señalado.

2.b. La multa del artículo 2 de la Ley 25323:

En orden a la cuestión sometida a revisión, destaco que es nutrida la jurisprudencia de esta Sala, en consonancia con la doctrina del Superior Tribunal de Justicia, respecto a la procedencia del agravamiento indemnizatorio cuando se reúnen los presupuestos esenciales que le dan andamiaje al instituto. Así debo señalar que el elemento que torna operativo el factor punitivo de la norma es la mora en el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de

la L.C.T. y la debida intimación de pago en los términos de la Ley 25323.

Ambos extremos concurren en el caso bajo examen, tal como se verá. Así es imposible soslayar que tal como resulta con claridad de la constancia obrante a fs. 91 no fueron liquidadas ni tampoco abonadas la indemnización por preaviso (art. 232 LCT) ni la integración del mes de despido (art. 233 LCT) y la indemnización por antigüedad fue liquidada en forma insuficiente no solo por el reconocimiento del carácter remunerativo de los acuerdos paritarios.

En este contexto es claro que corresponde la aplicación de la multa por el segmento respecto al cual el empleador se encontraba en mora y dicho extremo es el que genera el incremento, conforme ya lo he expresado en anteriores pronunciamientos ("A., H. O. c/ S. S.R.L. s/ demanda laboral (Indem)", expte. nro. 288/11, Sentencia Definitiva L N° 16/11, decisión sustentada en la doctrina allí individualizada: Sappia Jorge, "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", DT 2001-A-224; ídem Pose Carlos, "Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por Ley 25323", DT 2000-B-2304 y Sentencia Definitiva N° 24/11 L, entre otras).

En definitiva, la decisión adoptada por la jueza de grado, en el caso concreto, improcedencia del incremento indemnizatorio, no fue adoptada previo análisis de los hechos probados de la causa y del derecho aplicable.

La situación fáctica de este caso concreto no es equiparable a la de otros supuestos en los que se justificó la conducta del empleador cuando las diferencias indemnizatorias tenían como único sustento la declaración de inconstitucionalidad de los incrementos salariales no remunerativos a través de la negociación colectiva.

Insisto, en el caso no se puede aplicar mecánicamente tal criterio, puesto que la mora se sustenta en la falta de pago de los rubros ya individualizados.

Por las razones expuestas prospera el agravio y se declara procedente la multa del artículo 2 Ley 25323.

La liquidación de ambas multas se efectuara en la instancia de origen.

3. Costas y honorarios:

La modificación del fallo de primera instancia que propongo no obliga a la readecuación de costas y honorarios de dicha instancia por cuanto las primeras fueron íntegramente impuestas a la parte demandada y los honorarios regulados en porcentuales.

Las costas de esta instancia, se imponen a la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota.

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento. Con base en estas premisas se establecen a favor de los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., en forma conjunta, en el 30% de los que le correspondan en la instancia de grado A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Propongo la siguiente resolución:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 514, declarando procedente la aplicación de la multas del artículo 132 bis LCT y del artículo 2 de la Ley 25323 y ordenando su liquidación en la etapa de ejecución de sentencia.

2) Costas de esta instancia a la demandada.

3) Regular los honorarios del modo propuesto.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Que tal como informa mi colega preopinante, la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 344/353 es apelada por la actora a fs. 355 según informe de fs.

359/365, sin réplica de su contraria tal como se consigna a fs. 368. Además, quien abre el acuerdo, verifica la procedencia formal de la queja dándole posterior tratamiento, lo que se comparte y reseña, al comienzo, el contenido de los agravios evitando, de tal modo, su mera reedición. Ello autoriza sin más a considerar y opinar respecto de cada rubro cuestionado siguiendo el orden del primer voto, ya que se ajusta al que propone la recurrente.

Ya he tenido oportunidad de señalar que a los efectos de la sanción prevista en el art 132 bis LCT debe tener como hechos antecedentes a) un acto: la retención por parte del empleador de los aportes a que se refiere la norma; b) una omisión: la de ingresar en tiempo propio total o parcialmente los mencionados aportes; c) un momento en que se aprecia la omisión: la omisión de ingreso de los aportes debe existir al momento de la extinción del contrato de trabajo; d) los aportes deben ser los taxativamente enumerados por la ley.

Y dado que las disposiciones que establecen penas o gravámenes son de interpretación restrictiva, no cabe una inteligencia analógica o extensiva de la norma. Esto es, la omisión de ingreso de los aportes retenidos debe existir "al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa", por lo que si el empleador hubiese ingresado los aportes, aunque con retardo, antes de perfeccionarse la extinción, la sanción prevista no tiene lugar.

De autos surge, sin discusión alguna, de conformidad con el cotejo de los recibos de haberes e informes de los organismos encargados de la recaudación la situación señalada en el párrafo anterior, de allí que, al igual que en situaciones análogas, me incline por la solución dada por la *iudex a quo* a fojas 352 p. k) (ver, *v. gr.*, CNTrab., sala V, 10/06/2010 – "Ponetti, Luis Albert c. Oracle Argentina S.A." en www.pjn.gov.ar/Publicaciones/ 00007/00061102 y CNTrab., Sala II, 14/05/2014 –"Le-

Lo señalado en los considerandos a fs. 252vta., p. h), no se encuentra reflejado en la causa, ya que de ningún modo la intimación de fs. 50 refiere a una insuficiencia, sino que además de tal irregularidad intima la falta de pago de todos aquellos rubros que debieron incluirse en la liquidación de fs. 91 y están ausentes, tal como se describen el voto anterior, esto es indemnización por preaviso e integración del mes de despido. La insuficiencia a la que refiere el fallo se da en la indemnización por antigüedad por incidencia de los rubros declarados, a instancia del actor, como remunerativos. En consecuencia, esta última circunstancia justifica la configuración de la situación prevista por el art. 2 de la Ley 25323 a efectos del incremento indemnizatorio, por lo que resulta procedente y enervando el decisorio en tal punto.

Por todo lo expuesto corresponde se acoja parcialmente el recurso de apelación incoado por la actora debiendo la demandada soportar las costas de la alzada y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo, en el que se tendrán presente las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15.

A la segunda cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora declarando procedente el incremento indemnizatorio del art. 2 de la Ley 25323 y ordenando su cálculo y liquidación en la instancia de grado al momento procesal oportuno. Costas de la alzada a la demandada, difiriéndose la regulación de honorarios de conformidad a los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Llegan los presentes actuados con la sentencia de fs. 344/353, por la que se declara la inconstitucionalidad de los acuerdos que disponen el pago de sumas no remuneratorias. Hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la parte actora V. J. y condena a la parte demandada M. S. SRL a entregar en 10 días constancia documentada de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales, certificado de trabajo y certificación de servicios y remuneraciones y a pagar la suma de $27.053,86, deduciendo $5.585,50, con la imputación que señala.

Impone las costas a la parte demandada y regula los honorarios profesionales.

El material recursivo se encuentra explicitado por mis colegas de primero y segundo voto, donde la actora apela por cuanto afirma que se encuentran reunidos los presupuestos del art. 132 bis, con base en los recibos de haberes acompañados por la propia actora y demandada, con retención de aportes con destino a obra social y previsionales, pero que asimismo retenía los aportes del art. 100 CCT 130/75. Asimismo, afirma la recurrente que el día 21/1/2010 intimó a la empleadora con plazo de 30 días para que ingrese capital, intereses legales y multas con relación a tales aportes, recibido por esta el 25/1/2010 (Correo Argentino fs. 163).

La sentencia, al tratar la sanción “conminatoria” del art. 132 bis L.C.T., señala que a la vista del informe de la A.F.I.P., no se desprende la existencia de saldos impagos con relación a los aportes retenidos; tampoco extrae del informe de FAECYS la existencia de deudas en los aportes y del informe del Centro de Empleados de Comercio, no se desprende la falta de ingresos de los aportes retenidos, ya que la misma solo informó la falta de aportes del art.

100 CCT 130/75, pero de los recibos de haberes se verifica que tal retención nunca se efectivizó (fs. 352).

Se queja con razón la actora en su agravio por la forma de resolver a la vista del informe del C. d. E. d. C. sobre el art. 100 CCT 130/75, por una supuesta coincidencia entre el informe sobre la falta de aportes y entender la inexistencia de retenciones salariales.

Es claro que la atestación de la sentencia se encuentra contradicha por las constancias de los recibos 5/48 y los presentados a fs. 91/96.

Por otra parte, todo lo que no surge, atento a la naturaleza de las obligaciones y frente a la existencia de obligaciones positivas de la empleadora es en disfavor de esta parte. La ausencia en juicio de documentación de la integralidad de los depósitos previstos en el art. 100 CCT 130/75 (Homologación del Acuerdo: Disp. (D.N.R.T.) 4803 de fecha 4/7/91, es lo que no se desprende. Las sumas retenidas por el empleador debían ser depositadas por este en el mismo plazo fijado para el depósito de los aportes de obra social, utilizando las boletas y en cuentas bancarias que suministrarán las asociaciones sindicales receptoras. Es la contracara de lo que "no se desprende" y define el incumplimiento.

Es que extraña el proceso intelectivo sobre el punto, porque paralelamente ya había resuelto el incumplimiento del debido certificado de trabajo, con componentes estrechamente vinculados al art. 100 cit. A fs. 351vta. expresa la sentencia, que la empleadora no entregó el certificado de trabajo "ni la constancia documentada de aportes y contribuciones a seguridad social y sindical". Precisamente en la oportunidad del art. 80, debía entregar las constancias documentadas de los pagos a la seguridad social y los sindicales a su cargo, sea como obligado directo, fuere como agente de retención.

Con lo expuesto y ausencia de prueba de los importes retenidos, se ha puesto en juego la aplicación del art. 132 bis L.C.T., ya que el mismo dispone su aplicación por falta de ingreso total o parcial de tales los importes. Procede el agravio.

Por el agravio en razón del rechazo a la aplicación del art. 2 de la Ley 25323, mis pares se pronuncian en mayoría, con lo que carece de virtualidad el examen del agravio.

Las costas en cuanto lo tratado en el presente voto y la procedencia del agravio, corresponde se impongan a la parte demandada (art. 57 Ley XIV N° 1), consecuentemente en la parte en que expido, la regulación de honorarios conforme los arts. 5, 6, 8, 9, 13 y concords. Ley XIII N° 4, el mérito de los trabajos profesionales y su resultado.

A la segunda cuestión, el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

Atento a la parte de lo votado y concordando con la Dra. Alonso, corresponde el pronunciamiento que propone sobre el punto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial del Dr. Alexandre, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 514 contra la sentencia de fs. 344/353, declarando procedente la aplicación de la multas del artículo 132 bis LCT y del artículo 2 de la Ley 25323, ordenando su liquidación en la etapa de ejecución de sentencia.

2) Costas de esta instancia a la demandada.

3) Regular los honorarios de los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., en forma conjunta, en el treinta por ciento (30%) de lo regulado a su parte

por la labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

JULIO ANTONIO ALEXANDRE Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

GISELA CINTIA MOREJÓN Secretaria de Cámara