----En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala "A" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia de la Sra. Juez del Cuerpo Dra. Natalia Isabel Spoturno, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"A., P. A. c/ M., L. G. s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley" (Expte. 489 - Año 2016 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde
dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 103. ----------
---**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, La Dra. Natalia Isabel Spoturno dijo: ----------
--I. A fs. 82/86vta. el juez de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la demanda promovida por P. A. A. y condenando a L. G. M. a que en el término de 10 días abone al actor la suma de $36.343,22 con más los intereses desde la mora hasta su efectivo pago a la tasa del Banco del Chubut SA para sus operaciones generales vencidas, con capitalización desde la notificación de la demanda. Impuso las costas al demandado y reguló los honorarios de los letrados
intervinientes.----------
----El juez de grado, en la parte de la decisión que fue apelada, rechazó la indemnización prevista en el art. 132 bis de la LCT, en razón de no haber probado el actor que efectivamente se le descontaran de su salario sumas por dichos conceptos y que no se pagaran esos importes a los organismos de la Seguridad Social. Agrega el sentenciante que no basta que exista una falta de pago de uno o varios períodos —que es lo que surge de autos— sino que por esos mismos períodos se hubieran retenido del sueldo del trabajador esos conceptos, y que eso no se encuentra acreditado en el
expediente.----------
---Esta decisión fue apelada por la parte actora a fs. 88 quien, concedida la apelación, expresó a fs. 93/95 los siguientes agravios:----------
---Sostiene que para decidir la cuestión con justicia se debe efectuar el análisis tanto de la prueba aportada por el actor, como la que dejó de aportar el demandado y que
obraba en su poder.----------
----Asegura que con los dos recibos de sueldo que acompañó probó la retención por parte del empleador y que, además, probó que el empleador no los ingresó al sistema previsional. ----------
----Agrega que la demandada incumplió con la carga dinámica de la prueba no aportando los elementos que debía adjuntar al proceso por ser quien se encontraba en mejores condiciones de aportar dicha documentación. Dice que M. no acompañó, pese haber sido intimado para hacerlo, los recibos de haberes del
trabajador, el Libro Especial ni los comprobantes de pago. ----------
---Sostiene que por aplicación del criterio de apreciación dinámica de la prueba dentro

de la materia laboral, el juzgador debe tener en consideración la premisa planteada por el actor frente a la ausencia total de pruebas acompañadas por la demandada.----------

---Por último sostiene que a fs. 27 surge la confesión ficta del demandado al que le atribuye el efecto de tener por reconocidas las afirmaciones vertidas por el actor en cuanto a que el demandado retuvo y no depositó los aportes a las Seguridad Social. ----

---En conclusión, la parte actora entiende que esta decisión debe revocarse en virtud de las pruebas arrimadas por ella misma, las dejadas de presentar por el demandado así como también su confesión ficta.----------

--II. El art. 132 bis establece que si el empleador hubiere retenido aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones a que estuviesen obligados los trabajadores y al momento de producirse la extinción del contrato de trabajo por cualquier causa no hubiere ingresado total o parcialmente esos importes a favor de los organismos, entidades o instituciones a los que estuvieren destinados, deberá a partir de ese momento pagar al trabajador afectado una sanción conminatoria mensual.----------Como fuera resuelto en la sentencia de primera instancia, quien tenía la carga de la prueba de los presupuestos de hecho que habilitan la imposición de la sanción era el actor y esto es así porque rigen las reglas generales en cuanto a la carga de la prueba (art. 44 de la Ley XIV N° 1 y art. 381 del CPCC). ----------

----Mediante fundamentos que comparto se ha resuelto: *“Para que proceda la indemnización prevista por el art. 132 bis, LCT, se requiere una acreditación positiva y categórica de la retención de aportes al trabajador y la falta de su depósito en los organismos pertinentes, estando en cabeza del trabajador la carga procesal de probar tales extremos”* (Ramoa, Francisco Javier vs. Cemaso S.A. s. Despido - 21/11/2006 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala III - Rubinzal Online - RC J 3049/07). No resulta de aplicación en este caso, como sugiere el apelante, la doctrina de las cargas probatorias dinámicas. Quien debía probar —y no lo hizo— la retención de aportes y la falta de ingreso de los mismos a los organismos de recaudación, era el actor.----------

---

----Entiendo, en consecuencia, que no resulta suficiente para tener por acreditados dichos extremos que el demandado fuera intimado a presentar recibos de haberes y libros laborales y no los presentara así como tampoco resulta suficiente la confesión ficta en que incurriera.----------En este sentido se ha resuelto: *“La rebeldía de la demandada no es suficiente para tener por cierto que existió la retención de aportes destinados a los organismos de la seguridad social que sanciona el art. 132 bis, LCT. La preceptiva mencionada contiene una sanción y por lo tanto la ilicitud no debe tenerse por acreditada únicamente en base a presunciones. La procedencia de las multas debe ser interpretada de manera estricta”* (Márquez, Claudia Verónica vs. Carmesí S.A. s. Despido - 22/07/2008 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VIII - Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.

- RC J 3568/08).----------

----En otro caso en el que el demandado se encontraba en rebeldía, la Sala V de la Cámara Nacional del Trabajo resolvió: *"El solo hecho de que el demandado se encuentre incurso en la situación prevista en el art. 71, Ley 18345, no es suficiente por sí mismo para el progreso de la demanda, si de los hechos narrados en ésta no surge la justificación del derecho a los rubros reclamados. Una sanción conminatoria que tiene como presupuesto de viabilidad una retención indebida de recursos de la seguridad social previamente descontados al trabajador, que importa un ilícito (art. 43, Ley 25345 y 9, Ley 24769), no se encuentra alcanzada por la presunción de marras"* (Torres, Mariano vs. D.R. Onetto S.A. s. Ley 22250 - 09/09/2003 - Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala V – Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab. - RC J 1626/07).----------

----En cuanto a la retención de aportes, el actor acreditó, con los dos recibos de haberes que acompañó, que le fueron descontados los correspondientes a los períodos 10 y 11 de 2013. ----------

---Por otro lado y en cuanto a la falta de ingreso de dichos aportes, con el oficio librado a la AFIP, cuya respuesta obra a fs. 49/52, el actor acreditó como único período impago el correspondiente a enero de 2014. Fuera de este período que, efectivamente surge como impago del informe de AFIP, no se advierten otros períodos impagos. De hecho, al responder el oficio, informó el ente recaudador que "se verificó en nuestros sistemas informáticos que el Sr. A., P. A. CUIL N° 20-08213598-8 registra aportes".----------

----------Es esta la única prueba obrante en autos al respecto puesto que la pericia contable ofrecida al demandar fue desistida por la actora a fs. 66 y la documental sin firmas acompañada por el actor (de la que surgirían más períodos impagos) fue desconocida por la demandada al contestar la demanda.----------Considero suficientes estos fundamentos para rechazar los agravios expresados por la parte actora y confirmar, consecuentemente, la sentencia apelada en cuanto fuera materia de agravios. ----------III. La conclusión:----------

----Por todo lo expuesto propongo al acuerdo confirmar la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios con costas de alzada a cargo del actor vencido (art. 57 de la Ley XIV n°1) sin regular honorarios al Dr. G. R. G. O. en virtud del pacto de cuota litis homologado a fs. 9 *in fine* (art. 4 de la Ley de Aranceles).----------Por los fundamentos expuestos me pronuncio en la primera cuestión POR LA AFIRMATIVA.----------

---**A ESA MISMA CUESTIÓN PRIMERA**, el Dr. Velázquez manifestó:----------

-En acatamiento del principio procesal de celeridad, me remito a la síntesis que de la decisión impugnada y los agravios vertidos por las recurrentes realizara la Señora

Magistrada ponente. ----------
---Concuerda mi opinión con la de la colega y para fundar mi voto individual, cual lo exigen la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará con formular las consideraciones siguientes.----------
---Considero indisputable que la carga de la prueba de los extremos que tornarían procedente la sanción conminatoria del art. 132 bis L.C.T. correspondía al actor. Si él procuraba obtener en su beneficio tal condena, también a él tocaba demostrar la concurrencia de sus requisitos, pues sobre cada una de las partes pesa el probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, cual reza el art. 381 C.P.C.C., aplicable por remisión del art. 44 de la Ley XIV n° 1, sin que juegue aquí la teoría de las cargas probatorias dinámicas, en tanto en el caso el acceso a las fuentes de prueba era igualmente fácil para ambos litigantes: un simple pedido de informes a la A.F.I.P., que, por lo demás, obra en la causa (fs. 49/52).-
---Y en esta especie no satisfizo el actor tal imperativo en el propio interés por ninguno de los conductos que en su pieza de agravios indicara. ----------
---Así, irrelevante resulta en el subexamen la no presentación a los autos por el empleador del libro especial del art. 52 L.C.T. -exigible al mismo por imperio del art. 2 inc. “c” de la ley citada, texto del art. 100 de la Ley 26.727-, toda vez que dicha omisión sólo crea una presunción a favor del trabajador “sobre las circunstancias que debieron constar en tales asientos” del libro (art. 55 L.C.T.) y hete aquí que la existencia de retenciones e integraciones de ellas en los entes recaudadores respectivos no se hallan previstas entre lo que dicha documentación debe consignar. ----------
---Tampoco posee efecto probatorio la confesión ficta del demandado. Es que ella crea únicamente una presunción “iuris tantum”, desvirtuable por ende mediante pruebas en contrario (“salvo prueba en contrario”, reza el art. 24 de la Ley XIV n° 1; esta alzada, c. 22.655 S.D.L. 27/08. c. 675/09 S.D.L. 85/09) y en el caso tal probanza hábil para destruir la presunción de la ausencia de integración de los aportes por el empleador la suministró el informe de la A.F.I.P., del que resulta que el actor registra aportes según el sistema informático del ente (fs. 49/52).----------En cuanto a la falta de presentación por el demandado de la documental acreditante de la integración de los aportes retenidos, ello únicamente adquiriría eficacia como fuente de presunción “cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido” (art. 392 C.P.C.C.), lo que no acontece en la especie, donde, antes bien, el informe de la A.F.I.P. ya aludido vino a demostrar que la integración de aportes sí existió. ---------- Lo hasta aquí expuesto, unido a lo antes vertido por la colega preopinante, me persuade que la sentencia apelada debe ser confirmada en lo que fuera materia de agravios, con costas de segunda instancia al actor vencido en ella (art. 57 de la Ley XIV n° 1), sin que quepa regular honorarios en favor de su letrado apoderado en razón de la codena en costas al cliente y la existencia del pacto de cuota litis de fs. 2 homologado a fs. 9 últ. párr. (art. 4

de la Ley XIII n° 4).----------Tales las razones por los que me expido en esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, la Dra. Spoturno expresó: ----------Ante el acuerdo alcanzado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:----------

--- 1) CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- 2) IMPONER las costas generadas en esta instancia al actor vencido sin regular honorarios al Dr. G. R. G. O..----------

--- 3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

----Tal mi voto.----------

--**A ESTA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió:----------

-El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por la Dra. Spoturno, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre la precedente cuestión.----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse vacante la restante vocalía (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17).----------

---Trelew, de marzo de 2017.----------

--En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la ciudad de Trelew, pronuncia la siguiente:----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas generadas en esta instancia al actor vencido sin regular honorarios al Dr. G. R. G. O..---------- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

NATALIA I. SPOTURNO
JUEZ DE CAMARA

CARLOS A. VELAZQUEZ
PRESIDENTE

--- REGISTRADA BAJO EL N° _____ DE 2017 - SDL. - CONSTE.----------

GUILLERMO N. WALTER
SECRETARIO DE REFUERZO
CÁMARA DE APELACIONES