----En la ciudad de Trelew, a los días de noviembre del año dos mil diecisiete, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., S. c/ C. H. L. S.A. s/ Cobro de pesos e indemnización de ley” (Expte. N° 305 – Año 2017 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. 196.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 175 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 167/171, por el cual se hace lugar parcialmente a la demanda entablada por S. R. contra C. H. L. S.A., condenando a esta última a que abone a la actora, en el plazo de diez días, la suma de

$ 529.645,60, con más intereses fijados en el considerando respectivo, y costas. ----------A fs. 176 se concede el recurso de la demandada. A fs. 177/183 vta. obra la expresión de agravios de la misma, de la cual se confiere traslado a fs. 184, el que fuera contestado por la actora a fs. 185/189 vta.----------I.- Haré una breve reseña de los agravios expuestos y de la respuesta a los mismos, a fin de delimitar el “thema decidendum” de la facultad revisora de esta Alzada. ----------1) La accionada recurrente, luego de una presentación general de los agravios, precisa su primera queja, cuestionando la inaplicabilidad del art. 252 de la LCT, en cuanto se fundamenta el decisorio en que la demandada pretendió engañar al juez al decir que nada sabía de que la actora ya se encontraba jubilada al tiempo que el 13/07/15 la intimara para que inicie los trámites correspondientes. Asimismo refiere a la conclusión del juez en cuanto a que no se aplica lo dispuesto por el art. 252 de la LCT pues la empleada ya se encontraba jubilada desde fines de 2014, por lo que no puede entender otra cosa que la relación laboral siguió sin solución de continuidad. Se agravia de este razonamiento por cuanto se desentiende de la verdadera situación fáctica planteada en autos. Agrega que el juez concede a la prueba pericial anticipada -y al presunto conocimiento de su parte de la obtención del beneficio jubilatorio- una eficacia probatoria y un alcance que no tienen. Apunta que el juez soslayó que la actora dejó de concurrir a trabajar desde que se dobló un tobillo el 11/11/14 hasta la extinción del vínculo laboral. Destaca que la licencia por accidente de trabajo se acredita con los recibos aportados por la propia actora, así como que el juez yerra cuando sostiene que la actora siguió laborando una vez obtenido el beneficio jubilatorio, lo cual es relevante por cuanto así se acredita que no comunicó a su parte dicha obtención al dejar de concurrir desde el accidente. Añade que la contraria tramitó y obtuvo dicho beneficio mientras gozaba de licencia por accidente de trabajo,

omitiendo notificar al empleador, lo que se imponía por el principio de buena fe de acuerdo a los arts. 62 y 63 de la LCT. Se agravia de que se le endilgara una presunta intención de engaño cuando fue la contraria quien tuvo un comportamiento malicioso. Expresa que surge de la sentencia que su parte no tuvo conocimiento de la jubilación hasta julio de 2015, concediendo al aviso de la actora un alcance y eficacia que no tiene. Resalta que su representada decidió considerar extinguida la relación laboral cuando toma conocimiento de la comunicación de la actora. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema, reiterando que su parte no tomó ni pudo haber tomado conocimiento de manera alguna en diciembre de 2014 de que la actora había accedido a la jubilación ya que no estaba concurriendo a laborar. Reitera que la contraria recién comunicó la obtención del beneficio jubilatorio siete meses después de haber accedido al mismo. Es así que considera que el juez soslayó el marco fáctico referido, por lo que no puede entenderse que existió manifestación volitiva de su parte para consentir la continuación del vínculo laboral con la actora una vez que obtuvo el beneficio jubilatorio en diciembre de 2014. Asimismo cuestiona que se conceda a la intimación prevista en el art. 252 de la LCT un alcance que no tiene, ya que el requisito al cual está condicionada la legitimidad de la decisión extintiva que puede adoptar la empleadora es la concesión o goce del beneficio jubilatorio, aun cuando no haya mediado previa intimación del empleador. ----------En segundo lugar, y de manera subsidiaria, sostiene que a la actora no le asiste el derecho de percibir la indemnización por antigüedad y preaviso. Se agravia así de que no resulte de aplicación el art. 253 de la LCT, que el juez rechazó por calificar la jubilación como escasa. Considera que el sentenciante se desentiende de las disposiciones y objetivos de la norma. Vuelve a citar jurisprudencia de la Corte Suprema. Agrega que el juzgador desconoce las últimas modificaciones en el régimen previsional nacional, vuelve a citar jurisprudencia en apoyo a su tesitura, así como doctrina. Sostiene que a partir de la sanción de la ley 24347 se han zanjado las disímiles interpretaciones en torno a la cuestión, al indicarse que de acuerdo a la norma en cuestión sólo debe computarse el período posterior a la obtención del beneficio, dado que la intención del legislador fue establecer una excepción a la regla prevista en el art. 18 de la LCT. Asimismo destaca que reconocer un mayor derecho al trabajador jubilado que continuó desempeñándose a las órdenes del mismo empleador, importaría una discriminación infundada en perjuicio del dependiente que tras finalizar su contrato por jubilación comienza a laborar para otro empleador o que reingresa a las órdenes del mismo. Por las razones expuestas añade que le causa agravio que el juez hubiera fundado su interpretación en el art. 9 de la LCT, por cuanto pretende generar una duda donde no la hay. Considera que el pronunciamiento recurrido desnaturaliza y desvirtúa principios sobre los que se apoya el orden público laboral, así como se aparta de la “verdad objetiva”. Reitera que con la reforma introducida por la ley 24347 se zanjaron los vaivenes interpretativos que originariamente presentó la cuestión regulada por el art. 253

de la LCT; así como que el juez intenta una interpretación arbitraria por estar disconforme con el régimen jubilatorio, lo que no es responsabilidad de su mandante.------Por último, y también de manera subsidiaria, considera que no se verifican los presupuestos del art. 2 de la ley 25323, citando jurisprudencia en el sentido de eximir de la multa a la empleadora frente a las particulares circunstancias del caso. Asimismo señala que al tratarse de una norma punitiva su interpretación es restrictiva. Plantea y hace reserva del caso federal y efectúa el petitorio de estilo.----------2) La actora considera, preliminarmente, que el recurso resulta técnicamente insuficiente, citando jurisprudencia en tal sentido, por lo que solicita que se declare desierto el mismo. En cuanto a los agravios, respecto del primero resalta que fue la actora quien avisó oportunamente la tramitación del beneficio jubilatorio y se acreditó que ella presentó las constancias del mismo ante su empleador a fin de que se reduzcan los descuentos de ley. Agrega que la accionada jamás inició el procedimiento del art. 252 de la LCT, ya que la pericia informática demuestra con suma claridad que antes del primer telegrama de la empleadora, la actora había informado a la misma de que había accedido a la jubilación. En cuanto a la jurisprudencia que cita la apelante, amén de que considera que no es obligatorio su seguimiento, expresa que en la materia existen antecedentes en sentido contrario. Concluye señalando que la demandada tenía conocimiento de que la actora estaba en condiciones de iniciar los trámites jubilatorios y no la intimó. La actora los promovió por su cuenta, avisando a sus compañeros y superiores, constando el correo electrónico enviado por la demandada a su casa central con anterioridad a que la patronal intimara a R. a iniciar los trámites antedichos. Una vez que la actora respondió que estaba jubilada procedió a despedirla en los términos del art. 252 de la LCT, invocándose mal dicha norma, ya que no se daban los requisitos para hacerlo. ----------
----------En cuanto al segundo agravio sostiene que la apelante pretende fundarlo en un fallo de la Corte Suprema que, además de no ser vinculante, tampoco trata la cuestión de fondo aquí discutida. De todas maneras señala que comparte el criterio del máximo tribunal cordobés con relación al art. 253 de la LCT, en tanto el supuesto allí normado se refiere al trabajador jubilado que volviera a desempeñarse en relación de dependencia. Manifiesta que no comparte la cita doctrinaria que efectúa la contraria, frente a lo cual cita jurisprudencia en apoyo de su postura.----------Finalmente con relación a la tercera queja considera que está demostrado que la demandada conocía la situación de jubilada de R., luego de ello procedió a intimarla para que se jubile, y ante la respuesta de la trabajadora la despidió conforme el art. 252 de la LCT sin indemnización alguna. Añade que la quejosa nunca efectuó un ofrecimiento de conciliación, y ahora se agravia desconociendo la prueba informativa en particular que deja en claro el conocimiento que tenía de la situación previsional de la actora. Agrega que la aplicación del art. 2 de la ley 25323 es privativa de los jueces, de allí que depende del criterio del “a quo”. Efectúa el

petitorio de estilo.----------II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, me adentraré en el tratamiento de los agravios reseñados, en el orden en que fueron expuestos por la apelante, sin perjuicio de tratar previamente el pedido de
deserción de la actora. ----------
---1) La accionante considera que los agravios no satisfacen los requisitos de los arts. 268 y 269 del CPCC por no constituir una crítica concreta y razonada del decisorio (ver fs. 185/186, pto. II). Sin embargo, salvo dicha afirmación genérica y la cita de jurisprudencia, no se explica por qué la expresión de agravios resulta insuficiente. Ahora bien, sin perjuicio de la suerte que corran los agravios, la apelante ha manifestado diversas razones por las que considera que no corresponde la indemnización por despido a la actora, en algún caso haciendo referencia al marco fáctico en el que se dio el distracto, y citando jurisprudencia y doctrina en apoyo de su posición. Es por ello que no encuentro que de manera general no se hubiera efectuado una crítica concreta y
razonada del fallo.----------
----Por lo demás debe recordarse que en casos de duda, es decir si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice, aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad. Los agravios no necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de defensa en juicio. En suma, la sanción que importa la deserción reviste carácter restrictivo (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 945).----------Sentado lo anterior y adentrándome en el examen del primer agravio, la apelante cuestiona que el juzgador se hubiera desentendido de la verdadera situación fáctica no considerando prueba relevante para la causa. Se refiere a que no se consideró que desde el 11/11/14 la actora dejó de concurrir al trabajo, desde que se dobló el tobillo, hasta la extinción del vínculo laboral, encontrándose en ese lapso de licencia. Es así que considera que el juez yerra al sostener que la actora siguió laborando una vez obtenido el beneficio de la jubilación, ya que obtuvo el beneficio mientras gozaba de su licencia y omitió notificar a su parte. Agrega que se admite en el decisorio que su mandante no tomó conocimiento del beneficio previsional de R. hasta julio de 2015, por lo que no existió una actitud volitiva de su parte de continuar con el vínculo laboral (ver fs. 177/179 vta., pto. 2.1).----------
----------En cuanto al marco fáctico que la recurrente sostiene que se ha omitido considerar, cabe decir lo siguiente. En primer lugar es cierto que el juzgador no tomó en cuenta la situación de licencia de la actora desde noviembre

de 2014 como lo expuso la demandada al contestar la demanda (ver fs. 66 vta., pto. 6.a) y que se acredita con los recibos que obran a fs. 40/47 de la documental reservada. Sin embargo ello no resultó relevante en el razonamiento del juzgador, ya que a los fines de aplicar o no el art. 252 de la LCT el juez de grado consideró si la empleadora intimó a la trabajadora a iniciar los trámites jubilatorios de manera previa o no a tomar conocimiento de que ya había

accedido al beneficio previsional. ----------

---En efecto el sentenciante razonó que ha quedado acreditado que a la actora se le otorgó la jubilación el 21/11/14, que registró aportes, contribuciones y remuneraciones desde el 11/01 hasta el 07/15 (ver fs. 138); así como que el 03/07/15 se remitió vía email y a instancia de la empleada desde la sucursal Trelew a casa central la documentación que luce a fs. 39, demostrándose así que la demandada conocía que la actora se encontraba jubilada en forma previa a la intimación que cursara a la misma para que inicie los trámites jubilatorios (ver sentencia a fs. 168 vta./169). Esto ha quedado demostrado básicamente con el correo electrónico que obra a fs. 38 que da cuenta que el 03 de julio de 2015 la demandada estaba en conocimiento de que R. había obtenido la jubilación, esto es, en forma previa a la intimación del 13 de julio del mismo año enviada por la empleadora para que la actora inicie el trámite previsional (ver carta documento de fs. 03 de la documental reservada).----------Este argumento, esto es, la secuencia cronólogica según la cual, la intimación del art. 252 de la LCT fue cursada en fecha posterior a la toma de conocimiento de que la actora estaba ya jubilada, no fue controvertida en el agravio. Por lo tanto carece de trascendencia que la apelante sostenga que el juez se equivocó al afirmar que la actora siguió laborando luego de obtener la jubilación. Ello es así porque el sentenciante no efectuó dicha afirmación en el sentido de que concurrió a trabajar, sino en tanto el vínculo laboral continuó a pesar de que R. ya estaba jubilada, y ello se demuestra con los recibos de haberes de fs. 40/47 de la documental reservada que ya

fueran referidos.----------

---En cuanto a la cita jurisprudencial de la Corte Suprema que realiza la recurrente (ver fs. 178 vta., último párrafo/179, 1er. párrafo), he de señalar lo siguiente. En el precedente citado “Gómez, Ricardo Victerman c/ Consorcio de Propietarios del Edificio O’Higgins 1785”, SCJN, del 08/05/01 (conf. Thomson Reuters, cita online: 60001578), el máximo tribunal federal hizo lugar a una queja por denegación del recurso extraordinario, remitiéndose a la opinión del Procurador Fiscal. Éste señaló que cabía abrir la vía recursiva por cuanto no se consideró en las instancias previas que el actor ocultó la concesión del beneficio jubilatorio y no se probó la existencia de un acuerdo de continuidad de la relación laboral posterior a la concesión del citado beneficio. Se agregó que vencido el término de intimación del art. 252 de la LCT y no despedido el actor,

carece de trascendencia el conocimiento por el empleador de la concesión del beneficio.----------

----De lo que se deduce del dictamen del procurador fiscal cabe concluir que la situación fáctica del precedente en cuestión es diversa a la que aquí nos ocupa, ya que en aquél existió una intimación en los términos del art. 252 de la LCT y vencido el plazo de un año que la norma establece, el trabajador habría continuado laborando, ello en razón de que habría ocultado al empleador la concesión del beneficio previsional. En la especie el marco fáctico es distinto, por cuanto la trabajadora obtuvo el beneficio en noviembre de 2014 sin haber sido intimada por la empleadora en los términos del art. 252 de la LCT, y si bien comunicó dicha circunstancia recién en julio de 2015, la misma fue previa a la intimación mentada. Al respecto cabe señalar que nada impedía a la empleadora efectuar dicha intimación en noviembre de 2014 dado que se supone que debía estar en conocimiento de que, a dicha fecha, la actora cumplía con los requisitos para acceder al beneficio. ----------

----Por último cabe destacar que el pronunciamiento impugnado se condice con lo decidido por este Cuerpo en la materia. Es que en los precedentes de esta Sala “B”, SDL N° 021/01 y N° 012/07, se señaló que no cae bajo las previsiones del art. 252 de la LCT la situación del trabajador que, habiendo obtenido el beneficio previsional, no fue intimado por su empleador a iniciar los trámites pertinentes, y continuó laborando bajo las órdenes del mismo, por lo que la posterior extinción del vínculo laboral no exime a aquél del pago de la indemnización correspondiente. ----------

---Por lo demás es de tener en cuenta que nada impide, en el caso del trabajador enfermo -la actora se encontraba con licencia por accidente laboral-, que el mismo sea intimado en los términos del art. 252 de la LCT. El trabajador en este último caso sólo debe iniciar el trámite jubilatorio ante la intimación del patrono y esperar a que el organismo o agencia previsional se pronuncie o se agote el plazo de un año, por lo que no corresponde la suspensión del plazo por enfermedad inculpable o accidente de trabajo. Una vez que el dependiente ha iniciado el trámite, la circunstancia de que se encuentre imposibilitado por causa de enfermedad o accidente no incide sobre el trámite en su solicitud previsional (conf. CNAT., sala VIII, 31/10/00, in re: “Varela, Enrique c/ Aerolíneas Argentinas S.A. s/despido”, SD 21.649; Sudera, Alejandro, en Ackerman-Sforsini: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Rubinzal-Culzoni
Editores, 2016, T° III, págs. 271/272).----------

---Por los motivos expuestos es que postulo el rechazo de este primer agravio.----------

--2) En segundo lugar y en subsidio de la anterior queja, la recurrente objeta que se le haya reconocido a la actora la indemnización por antigüedad y preaviso, por cuestionar que no se haya aplicado la normativa del art. 253 de la LCT con el argumento de que el beneficio jubilatorio poco y nada tiene de tal. Considera que su parte es ajena a la valoración negativa que el sentenciante realizara del haber previsional. Vuelve a citar

jurisprudencia y doctrina en apoyo de su queja y entiende que el “a quo” recurre al art. 9 de la LCT a fin de forzar la letra del art. 253 del mismo texto legal, el cual no presenta dudas (ver fs. 179 vta./182 vta., pto. 2.2).----------

----Sobre este aspecto el juez de grado argumentó: *“Corolario de lo que vengo de exponer es que no solo no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 252 de la LCT sino por tanto tampoco la limitación que impone el art. 253 LCT al cómputo de la antigüedad en el caso de un trabajador que volviere a prestar servicios a las órdenes del mismo empleador una vez obtenido el mal llamado beneficio jubilatorio pues de beneficio poco y nada tiene”* (ver sentencia a fs. 169 vta., 3er. párrafo). Y luego de ello citó jurisprudencia en el mismo sentido que su interpretación (ver sentencia a fs. 169 vta., anteúltimo párrafo). Es de destacar que la cita que se efectúa del art. 9 se realiza eventualmente si se considerara dudosa la cuestión, y no sólo por la aplicación del art. 253, sino también por la del art. 252 inclusive (ver sentencia a fs. 169 vta., último párrafo/170, 1er. párrafo). ----------

---Debo decir que el primer argumento expuesto por el juzgador, en cuanto no resulta aplicable la limitación del art. 253 de la LCT porque el beneficio previsional poco tiene de beneficio, no resulta un fundamento sólido, porque la aplicación de la norma en cuestión depende de que se presenten los presupuestos de la misma y no de la cuantía del haber previsional. Ahora bien el art. 253 precitado regula las potenciales consecuencias indemnizatorias que pueden darse en el supuesto del trabajador que llega a jubilarse, y que con posterioridad abandona la pasividad y vuelve a desempeñarse como trabajador dependiente, lo cual es legalmente posible, en tanto el régimen vigente no sólo establece la compatibilidad como regla, sino que inclusive el inc. 3 del art. 34 de la ley 24241 dispone que *“los nuevos aportes no darán derecho a reajustes o mejoras en las prestaciones originarias”*, debiendo aclararse que los aportes derivados de los nuevos servicios no tendrán como destino el sistema previsional, sino el Fondo Nacional de Empleo (conf. Sudera, op. cit., ídem, pág. 274). ----------La vuelta del trabajador jubilado a la actividad puede tener lugar tanto con un nuevo empleador cuanto con uno que ya lo hubiera sido (sea el último antes de la jubilación o no). En el caso de que el regreso del trabajador jubilado a la actividad se produzca a órdenes de un empleador a favor del cual ya se hubiere desempeñado, el segundo párrafo del artículo 253 regula una excepción a la regla de cómputo de antigüedad, toda vez que manda a hacer abstracción de la devengada en los períodos precedentes de vinculación. En apoyo de esta excepción, se ha argumentado que el legislador pretendió la fragmentación del período de servicios, tomando como referencia que el dependiente, al jubilarse, percibe un beneficio sustitutivo de sus ingresos regulares y que obraría como compensación por la ruptura del vínculo laboral (conf. CNAT, sala V, 14/3/97, in re: “Campo de Díaz c/ Sudamérica Cía. de Seguros de Vida Patrimoniales S.A. s/ despido”, SD 55.902; conf. Sudera, op. cit., págs. 275/276).----------Lo cierto es que

en la especie no se trata de un reingreso a la actividad bajo las órdenes del mismo empleador, sino de la continuación de la actividad. Justamente se ha considerado como una cuestión problemática la situación del trabajador que se jubila pero para seguir -sin solución de continuidad- prestando servicios a favor del mismo empleador. Ello así, dado que el primer párrafo del art. 253 de la LCT hace inequívoca referencia al trabajador jubilado que "volviera a prestar servicios en relación de dependencia", lo que parece llevar ínsita la necesidad de que hubiera dejado de hacerlo, mientras que el segundo párrafo alude expresamente a que la antigüedad a computar será la "posterior al cese". Se advierte, así, que la literalidad de la norma parece requerir, para que opere la excepción a la regla del artículo 18 de la LCT y no se compute la antigüedad del tramo anterior de vinculación, la existencia de un cese y de un reingreso. Y -correlativamente- que no operaría la excepción y regiría la regla, de no haberse verificado cese ya que la circunstancia obstaría la verificación del presupuesto del reingreso o la "vuelta a prestar servicios". En tal supuesto, el cese no pasaría de ser meramente formal, en tanto que la realidad mostraría que nunca hubo voluntad de las partes de disolver el contrato ni -lógicamente- de volver a celebrar uno nuevo (conf. Sudera, op. cit., ídem, pág. 277).----------La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo sentó doctrina en torno al punto, al dictar el fallo plenario 321, que establece: *"es aplicable lo dispuesto por el artículo 253, último párrafo, LCT al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación"* (conf. CNAT, 05/06/09, in re: "Couto de Capa, Irene c/ Areva SA s/Ley 14.546", fallo plenario 321; Thomson Reuters, cita Online: AR/JUR/13288/2009). Sin embargo ello no es lo que se desprende del texto de la norma. En el voto de la minoría de dicho fallo plenario, el Dr. Guibourg, en un análisis conjunto de los arts. 252 y 253 de la LCT, argumentó que citaba dichas normas en conjunto porque entiende que forman un sistema relativo a la estabilidad del trabajador que se halla al final de su carrera laboral. Ningún trabajador se ve privado de su protección contra el despido arbitrario en razón de su edad ni de su tiempo de servicios; la única excepción a esta regla es el derecho del empleador a requerir su jubilación. La norma mencionada sólo puede fundarse razonablemente en que el legislador no ha querido obligar al empleador a mantener el contrato de trabajadores cuya edad, acaso, haya terminado por minar su eficiencia en la tarea, y aun en esas condiciones asegura al dependiente el tiempo necesario para obtener su retiro. Si, más tarde, el empleador decide volver a contratarlo, la ley considera que la antigüedad anterior al primer cese queda cancelada con la jubilación. En cambio, cuando el trabajador continúa ininterrumpidamente al servicio del empleador, aquella justificación no se verifica. Hay que admitir que el empleador no pensó en privarse de los servicios del trabajador con experiencia, de tal suerte que el cese formal requerido para la jubilación se convierte en ficticio y su invocación por el empleador parece menos

vinculado con la capacidad del trabajador que con su deseo de descargar en el sistema previsional una parte de lo que suele llamarse “pasivo laboral”. No existe un verdadero reingreso, sino una continuidad práctica del contrato, y la nueva situación del empleado no exime al principal de su obligación de dar trabajo ni la de reconocer la antigüedad íntegra de que ha trabajado efectivamente a su servicio durante determinado tiempo total.----------Encuentro muy sólidos los argumentos expuestos por el Dr. Guibourg, ya que nada impide al empleador intimar en los términos del art. 252 de la LCT para provocar el cese del vínculo laboral por el otorgamiento del beneficio previsional al trabajador, en cuyo caso podría, una vez acaecido efectivamente dicho cese, retomar al empleado y en ese caso hacer que devenga aplicable el art. 253 examinado. Es cierto que en el precedente de la Corte Suprema de la Nación que cita la quejosa se declaró procedente el recurso extraordinario contra un decisorio del Superior Tribunal de Córdoba, básicamente porque dicho tribunal determinó la inexistencia de la acreditación de los elementos que posibilitan el encuadramiento del caso en el art. 253 de la LC, considerando imprescindible el efectivo ingreso del trabajador a la situación de pasividad y el posterior reingreso a la actividad laboral, sin tomar en cuenta los elementos aportados a la causa. Y se argumentó al respecto que se había acreditado la tramitación y posterior goce del beneficio por parte del actor, quien admitió tales extremos. En tales condiciones, siguió razonando el máximo tribunal federal, se prescindió -sin dar razones plausibles- de la norma del art. 253 de la LCT que al aludir a la vuelta a prestar servicios por parte del trabajador no distingue situaciones de interrupción o continuidad en la prestación de las tareas (conf. SCJN, in re: “Quetglas Magnasco, Eduardo Antonio Cayetano c/ Sullair Argentina S.A. y otro s/ despido”, 24/11/15, CSJ 53/2012 (48-Q)/CS1 Recurso de
hecho).----------Podría argumentarse que el fallo en cuestión otorga razón a la apelante en cuanto señaló que el art. 253 de la LCT no distingue entre la interrupción o la continuidad en la prestación de las tareas, sin embargo sólo efectuó dicha referencia a los fines de destacar que el tribunal “a quo” no había hecho mérito de todos los elementos fácticos de la causa a los efectos de considerar la aplicación o no de la norma en cuestión, y se dejó sin efecto la sentencia recurrida devolviendo la causa a fin de que se dicte un nuevo pronunciamiento. Es así que no sentó doctrina en el sentido de que el art. 253 resulta aplicable aun en el supuesto de continuidad de la relación laboral.----------He de agregar que sobre este punto, este Cuerpo ha decidido en los precedentes ya citados de esta Sala “B” (SDL N° 21/01 y N° 12/07) que no corresponde reducir el cómputo de la antigüedad al tiempo posterior al cese sino existió un real cese y operó la continuidad de la relación laboral. Es más, en el voto del Dr. Lucero en el precedente SDL N° 12/07 se entiende que la aplicación del art. 253 de la LCT sólo resulta procedente en el supuesto de que el reingreso a la actividad sea para un nuevo empleador. Sin que exprese mi

concordancia con esta última inteligencia, encuentro que queda claro que en el supuesto de autos, no hubo “vuelta” a la actividad, sino continuidad del vínculo con el mismo empleador, por lo que no se presenta el supuesto fáctico del art. 253 de la LCT. ----------
----------A la luz de los motivos expuestos es que postulo la desestimación de este segundo agravio.----------
--3) También de manera subsidiaria se plantea, como tercer agravio, que no se verifican los presupuestos fácticos que justifiquen la multa del art. 2 de la ley 25323, se cita jurisprudencia en sustento de su reclamo, y se entiende que por ser una norma punitiva es de interpretación restrictiva, no correspondiendo su aplicación por tratarse de un caso de duda razonable (ver fs. 183/vta., pto. 3.3). ----------En cuanto a que no se dan los presupuestos fácticos que justifiquen la multa, debe recordarse que las condiciones de procedencia para que se condene al empleador al pago de la multa estipulada son dos: a) que el accionante hubiera intimado a su empleador para que le abone las indemnizaciones derivadas del distracto; b) que ante la conducta reticente de este último, el trabajador deba iniciar las actuaciones administrativas o judiciales tendientes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente. Cuando la ley indica que el empleador debe ser fehacientemente intimado, se refiere al emplazamiento que el trabajador debe hacer contemporáneamente al despido para que ponga a su disposición las indemnizaciones derivadas del distracto (conf. Salpeter, Pablo y Pepe, Carlos: “Indemnizaciones tarifadas y agravadas”, en Ackerman-Sudera: “Extinción de la relación laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 639). La intimación en cuestión se acredita con el telegrama obrante a fs. 09 de la documental reservada del 24/07/15, resultando obvio que se incoaron las actuaciones judiciales correspondientes.----------
---Ahora bien y más allá de ello, la norma les da la posibilidad a los jueces de reducir o eximir al empleador de tal imposición, en caso de existir causas que justifiquen la conducta del empleador de no pagar en tiempo y forma las indemnizaciones. Para ello es menester que los jueces realicen una prudente valoración de las circunstancias que justificaron al empleador a no abonar las indemnizaciones en legal tiempo y forma. Es cierto que también sería viable la excepción cuando el empleador de buena fe pagó las indemnizaciones que a su criterio correspondía abonar, más allá de que la sentencia luego establezca que las mismas no eran suficientes. Sin embargo esta facultad está dirigida a situaciones en las que exista un razonable debate respecto del derecho que tenía el empleador de disponer el despido, pero no cuando el mismo resultó injustificado y arbitrario (conf. Salpeter y Pepe, op. cit., págs. 639/640).----------
---De manera concordante se ha sostenido que el legislador ha previsto causas de justificación que operan como circunstancias típicas negativas de la intensificación indemnizatoria. Las mismas comportan presupuestos fácticos circunstanciales de

entidad objetiva que legitiman la conducta omisiva del dador de trabajo respecto del oportuno pago de las indemnizaciones legales, habilitando al órgano jurisdiccional para disponer, en el caso generador de proceso concreto, la reducción del *quantum* e inclusive la eximición de pago del recargo resarcitorio. De modo que, si bien, el despido *ad nutum* determina el incremento indemnizatorio, nada impide que el empleador invoque y acredite la existencia de causas de justificación, que la doctrina laboral identifica en dos órdenes: 1) imposibilidad material o jurídica de satisfacción del crédito -v.gr.: insuperables dificultades financieras, fuerza mayor no imputable, abandono de trabajo, proceso penal, etc.-, la que supone que el empleador reconoce el derecho del trabajador a percibir las indemnizaciones derivadas del distracto, pero invoca un motivo habilitante para el retraso del pago; 2) pertinencia de la justa causa de despido invocada. Asimismo la providencia desestimatoria del recargo indemnizatorio por el sentenciador deberá sustentarse en los elementos fácticos de la litis, en el material probatorio colectado y el Derecho aplicable, apreciados con carácter restrictivo y con sujeción a estándares de razonabilidad o de sana crítica racional (conf. Toselli, Carlos Alberto y Solá Torino, Victorino: “Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del distracto”, Alveroni Ediciones, 2009, págs. 623/624).----------En la especie cabe considerar que la cuestión planteada presenta aristas peculiares que pudieron llevar a la demandada a considerar que no correspondía el pago de las indemnizaciones por despido. En cuanto al marco fáctico, y más allá de que la empleadora intimó en los términos del art. 252 de la LCT una vez que hubo tomado conocimiento de la situación previsional de la actora, es de considerar que esta última comunicó la misma siete meses después de la obtención del beneficio previsional. A ello cabe agregar que existe jurisprudencia contradictoria en cuanto a la aplicación del art. 253 de la LCT en el supuesto de la continuidad del vínculo laboral.----------
Es así que ponderadas las notas particulares que se presentan en el caso en examen encuentro procedente el agravio analizado, por lo que propongo excluir del monto de condena la suma de $ 175.376,69 correspondiente a la indemnización del art. 2 de la ley 25323.----------
----III.- En consecuencia de todo lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado a los meros fines de reducir el monto total de condena a la suma de **pesos trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta y ocho con noventa y un centavos ($ 354.268,91),** con más los intereses fijados en el decisorio, y confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de agravios. ----------
---Si bien se revoca parcialmente la sentencia, y se rechaza la indemnización del art. 2 de la ley 25323, lo que importaría un vencimiento parcial de la demandada, es de hacer mérito que la desestimación mentada fue consecuencia de las facultades prudenciales que la norma en cuestión confiere a los jueces. Es por ello que entiendo que no se alteran

las condiciones de vencedor y vencido dispuestas en la instancia de grado (conf. art. 69 del CPCC, conf. remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1). Es así que no corresponde la readecuación de las costas de origen en los términos del art. 282 del CPCC. Y tampoco resulta necesaria en cuanto a los honorarios, dado que los mismos fueron establecidos en porcentajes, por lo que se readecuarán automáticamente a la nueva base regulatoria. ----------En cuanto a las costas de esta sede, atento a que la apelante resulta vencedora en uno de los tres agravios expuestos, entiendo que existió un vencimiento parcial y mutuo. Dado que el agravio que procede no resulta sustancial a la pretensión, sino que su materia es de carácter secundario, propongo que las costas se impongan en un 90% a la demandada y en un 10% al actor (conf. art. 71 del CPCC, conf. remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1). ----------

----En cuanto a la regulación de honorarios por las tareas realizadas en esta sede, dado el mérito y extensión de las mismas, así como el resultado del pleito, propongo establecer los emolumentos de los letrados apoderado y patrocinante de la actora, Dres. C. M. M., C. F. M. y Y. E., en conjunto, en un 5,45%; y los de los letrados apoderados de la demandada, Dres. D. A. E. P. y C. D. E., en conjunto, en un 3,18%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 8, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII N° 4, y leyes 23349 y 23871).----------

----Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. Vergara dijo: ----------

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 175, que fuera concedido a fs. 176, contra la sentencia definitiva dictada a fs. 167/171 que hizo lugar parcialmente a la demanda laboral entablada por S. R. y condenó a C. H. L. S.A. para que en el plazo de diez días abone a la actora la suma de $529.645,60, con más los intereses fijados en el considerando respectivo, y con imposición de costas a la demandada vencida.----------La expresión de agravios luce a fs. 177/183 y vta., el traslado conferido a fs. 184 fue evacuado por su contraria a fs. 185/189 y vta., y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------2. La accionante en su escrito de contestación solicita se declare la deserción del recurso de apelación interpuesto por la demandada ya que dicho recurso no satisface los requisitos legales establecidos por los arts. 268 y 269 del C.P.C.C. Señala que el escrito impugnatorio no contienen una crítica concreta y razonada de los eventuales yerros del juez, limitándose a una mera disconformidad. Cita jurisprudencia.----------Al respecto, se trata de una mera apreciación genérica pues la parte no concreta la razón por la cual estima que el escrito

de agravios incumple la manda impuesta por el art. 268 del C.P.C.C., por lo que tal circunstancia es suficiente para rechazar la petición, a lo que agrego que la cita de jurisprudencia es también genérica toda vez que no explica su aplicación al caso. Por lo demás, la accionada formula argumentos según los cuales no resultaría procedente la indemnización por despido y ello merece ser objeto de análisis. En tales condiciones, estimo que la apelante desarrolla una línea argumental que contiene suficiencia técnica y ello autoriza a ingresar a su estudio, máxime si se considera que la deserción del recurso debe interpretarse con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1998, T. 1, par. 101, pág.
275).----------

--------Con ese alcance ingreso al análisis del primer agravio al impugnar la recurrente que el sentenciante prescindiera del marco fáctico al omitir toda valoración sobre prueba que estima relevante para la causa. Señala que el juez soslayó que la actora dejó de concurrir a trabajar a partir del 11 de noviembre de 2014, momento en que se dobló el tobillo derecho hasta la extinción del vínculo laboral, encontrándose durante dicho lapso bajo el amparo de la situación prevista por el art. 7, inciso 2, apartado C, de la ley de riesgos del trabajo. Estima que el juez yerra cuando sostiene que una vez obtenido el beneficio de la jubilación la actora siguió trabajando en el local comercial ya que la actora no comunicó la obtención del beneficio jubilatorio, ya que una vez que obtuvo dicho beneficio mientras se encontraba de licencia por accidente de trabajo omitió notificar a su empleador. Destaca que la propia sentencia reconoce que su parte no conoció hasta julio de 2015 que la actora había accedido al beneficio en cuestión, por lo que de ninguna manera puede el juez considerar que existió manifestación volitiva alguna de su parte para consentir la continuación del vínculo laboral. Agrega con cita de fallo que la extinción del contrato de trabajo por encontrarse el trabajador en condiciones de obtener su jubilación es un modo natural de extinción de la relación laboral, y que el requisito al cual está condicionada la legitimidad de la decisión extintiva que puede adoptar la empleadora es la concesión o goce del beneficio jubilatorio, aún cuando no haya mediado intimación previa del empleador.---------- ----Tocante a que el juzgador prescindió del marco fáctico, cabe señalar que efectivamente no consideró que la actora se encontraba de licencia desde noviembre de 2014, circunstancia acreditada con los recibos de haberes que lucen a fs. 40/47 de la documentación reservada que tengo a la vista (ver concepto “Lic. Accidente ART”), lo que condice con la copia de la denuncia de accidente de trabajo que obra a fs. 88 de dicha documental reservada. De todos modos, dicha circunstancia no resultó trascendente en el fundamento brindado por el sentenciante ya que a los fines de decidir si cabía aplicar o no el art. 252 de la L.C.T. tuvo en cuenta si la patronal intimó a la trabajadora a iniciar los

trámites jubilatorios previamente o no a tomar conocimiento de que ya había accedido al beneficio jubilatorio.---------- ----En tal sentido, el juzgador a fs. 168 vta. tuvo por acreditado que a la Sra. R. se le otorgó el 21 de noviembre de 2014 la jubilación, que registró aportes, contribuciones y remuneraciones declaradas por su empleador C. H. L. desde 11/2001 hasta 07/2015 inclusive. Asimismo, consideró que el día 3 de julio de 2015 se remitió vía email y a instancias de la empleada desde la sucursal Trelew a la casa central la documentación que luce a fs. 39, y también que la negativa de la demandada en el sentido de no tener conocimiento de que la actora había iniciado y culminado los trámites jubilatorios quedó desvirtuada con la pericia informática ya que a fs. 38/39 surge que la patronal se encontraba en pleno conocimiento de la situación previsional de la Sra. R. (ver mensaje por correo electrónico enviado desde “Administración Trelew” el viernes 03 de julio de 2015 dando cuenta de la notificación de Anses correspondiente a R. S., legajo 961, de JUBILACION). Es decir, que la empleadora al tiempo que remitió el 13 de julio de 2015 la intimación para que la actora comenzara los trámites jubilatorios ya tenía pleno conocimiento de que R. ya estaba jubilada (ver carta documento, CD 6325112 9, del 13/07/2015, fs. 03 de la documental reservada). ---------- ----De ello claramente resulta que la intimación prevista por el art. 252 de la L.C.T. fue remitida después que la patronal tomara conocimiento de que la trabajadora ya se encontraba jubilada, más exactamente diez días después. Dicha circunstancia temporal no mereció ataque concreto alguno por la recurrente, por lo que carece de relevancia que la quejosa señale que el juzgador se equivocó al sostener que una vez obtenido el beneficio de la jubilación la actora siguió trabajando pues lo que tuvo en miras el sentenciante es que la relación laboral continuó pese a que la actora ya se encontraba jubilada, lo que así surge de los ya referidos recibos de haberes que lucen a fs. 40/47 de la documental reservada.---------- ----------En lo que hace a la cita del fallo de la C.S.J.N., autos caratulados “Gómez, Ricardo Victerman c/ Consorcio de Propietarios del Edificio O’Higgins 1785”, del 08/05/2001 (Thomson Reuters, Cita Online: 60001578), cabe precisar que la Corte Suprema hizo lugar a la queja y declaró procedente el recurso extraordinario para dejar sin efecto la sentencia apelada para lo cual se remitió por razones de brevedad al dictamen del Procurador Fiscal. Y en dicho dictamen se consideró que correspondía hacer lugar a la queja señalando que no podía dejarse de hacer notar que el actor “… ocultó la concesión del beneficio jubilatorio y, también, que no se probó la existencia de un acuerdo de continuidad de la relación laboral, posterior a la concesión del citado beneficio y haciendo mérito del otorgamiento del mismo”. Además precisó que “… vencido el término de intimación del art. 252 del R.C.T. y no despedido el actor, carece de trascendencia el conocimiento por el empleador de la concesión del beneficio …”. De tal modo, las

circunstancias de hecho del citado pronunciamiento difieren pues en aquel caso la empleadora cursó intimación conforme lo previsto por el art. 252 de la L.C.T. y vencido el plazo de un año el dependiente habría continuado trabajando ya que ocultó a su empleador la concesión del beneficio jubilatorio. Y digo que difiere y agrego sustancialmente ya que en la presente causa a la actora se le otorgó la jubilación el 21 de noviembre de 2014 sin que la empleadora le cursara intimación de acuerdo a lo que establece el art. 252 de la L.C.T., y aún cuando se la intimó el 13 de julio de 2015 a esa fecha ya se encontraba jubilada, a lo que agrego que al cursar dicha intimación ya sabía la patronal del otorgamiento del beneficio previsional. O sea que la empleadora cursó extemporáneamente la intimación a sabiendas que tal requerimiento era inútil, adoptando así una conducta tendiente a ocultar su torpeza tal como se indicara en el fallo pues nada obstaba a que esa intimación se cumpliera hacia noviembre de 2014 pues ya a esa época debió conocer que la trabajadora estaba en condiciones de

obtener el beneficio jubilatorio.----------

---Con ese alcance, el juzgador a fs. 169/vta. razonó de modo dirimente que: ***Lo cierto es que en este caso no puede resultar aplicable el art. 252 de la LCT pues la empleada ya estaba jubilada desde fines del año 2014, había transcurrido más de 7 meses de esa situación y no debo entender otra cosa que la relación laboral siguió sin solución de continuidad hasta que la empleadora, sorprendida por la respuesta de la actora –fs. 85 d.r- le responde el día 21 de julio de 2015 –fs. 84- negando haber omitido intimarla a que inicie los trámites y haber tomado conocimiento de que la Sra. R. había accedido al beneficio jubilatorio con anterioridad al día 17 de julio cuando la empleada le respondió a la intimación. Para concluir a fs. 169 vta. con cita de fallo que: Como ha quedado demostrado nada de esto es cierto pues C. H. L. tenía conocimiento preciso sin duda con anterioridad, pero con certeza desde el día 3 de ese mes y año en que recibió la documentación que luce a fs. 39 en la sucursal Trelew y la remitió vía mail a la sede central de la empresa en Bahía Blanca.*** ----------

- ----Y con referencia a los arts. 252 y 253 de la L.C.T. se expresa que la LCT estableció dos soluciones diametralmente opuestas, según que el trabajador se encontrare en condiciones de gozar de la jubilación ordinaria, o estuviera ya beneficiándose de ella. En el primer caso, según el art. 252, cumplido el plazo de intimación u otorgado el beneficio, perdía todo derecho a permanecer en el empleo, resolviéndose la relación sin consecuencias indemnizatorias. En cambio, en el segundo caso, cuando el trabajador titular de un beneficio previsional, continúa prestando servicios al mismo o a otro empleador, no puede extinguirse la relación sino con cargo de las indemnizaciones comunes de la LCT (Vázquez Vialard, Antonio, *Director*, “Tratado de derecho del trabajo”, Astrea, 1984, T. 5, pág. 586). Y estas soluciones opuestas no han sido modificadas

sustancialmente por los arts. 6 y 7 de la ley 24.347 (B.O. 29/06/94) al sustituir el primer párrafo del art. 252 ("… para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, …", en lugar de "… para obtener jubilación ordinaria, …"), y agregar el último párrafo del art. 253 ("En este supuesto se computará como antigüedad el tiempo de servicio posterior al cese"). Así, en un caso se trata del despido del trabajador en condiciones de jubilarse (art. 252), y en el otro del despido del jubilado vuelto a la actividad (art. 253).----------

----Por ello, toda vez que la situación de la trabajadora no queda comprendida en lo establecido por el art. 252 de la L.C.T. ya que obtuvo el beneficio jubilatorio el 21 de noviembre de 2014 sin que previamente fuera intimada por su empleadora a iniciar los trámites pertinentes, y que posteriormente a esa fecha continuó vigente la relación laboral, la posterior extinción de la relación laboral así considerada por la patronal y que plasmara en la carta documento de fecha 21 de julio de 2015 (CD 63252962 6, fs. 04 de la documental reservada) no la libera del pago de las indemnizaciones pertinentes. ----------Por lo demás, bien refiere el Dr. De Cunto que en el supuesto del trabajador enfermo, situación de enfermedad que se equipara al caso del accidente de trabajo, nada obsta a que sea intimado conforme lo establece el art. 252 de la L.C.T. pues la circunstancia de que se encuentre imposibilitado por causa de enfermedad o accidente no incide sobre el trámite en su solicitud previsional (Ackerman, Mario E., Director, Sforsini, María Isabel, Coordinadora, "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Rubinzal - Culzoni Editores, 2016, T. III, págs. 271/272, cita de fallo nota n° 300).----------

---Por tales razones, se rechaza este primer agravio.----------

--3. En subsidio la apelante expresa que no le asiste derecho a la actora a percibir la indemnización por antigüedad y preaviso. Se agravia de la afirmación realizada en el sentido que el beneficio jubilatorio de beneficio poco y nada tiene pues tal circunstancia no le es atribuible a su parte. Agrega que el sentenciante pretende forzar la redacción del artículo 253 de la L.C.T. para imponer limitaciones a la aplicación de esa disposición. Cita jurisprudencia de la Corte Suprema, de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, y de la Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn y de Trelew acerca del alcance del art. 253 de la L.C.T. Respecto de la aplicación del art. 9 de la L.C.T. estima que el juez a quo pretende generar una duda donde no la hay para forzar un pronunciamiento favorable al trabajador apelando al artículo 17 bis de ese ordenamiento. ----------

----------Desde ya destaco que la manifestación del juzgador acerca de que el beneficio jubilatorio poco y nada tiene de beneficio carece de relevancia para dilucidar la cuestión pues en definitiva ese no fue el fundamento dirimente para dilucidar la cuestión sino la interpretación efectuada del art. 253 de la L.C.T. en cuanto a que esa norma contempla el supuesto del jubilado que vuelve a prestar servicios y ese no es el caso de autos.---------- ----Así, el sentenciante razonó que: ***Corolario de lo que vengo de***

exponer es que no solo no resulta aplicable lo dispuesto en el art. 252 de la LCT sino por tanto tampoco la limitación que impone el art. 253 LCT al computo de la antigüedad en el caso de un trabajador que volviere a prestar servicios a las ordenes del mismo empleador una vez obtenido el mal llamado beneficio jubilatorio pues de beneficio poco y nada tiene. En concreto, a los efectos de la causa, R. inició los trámites jubilatorios en el año 2014 y accedió a la jubilación en el mes noviembre de ese año continuando con su relación de dependencia hasta que tardíamente la empleadora decide dar por concluido el contrato de trabajo aproximadamente 8 meses después. Se ha entendido que: "Cuando el dependiente ya jubilado continúa trabajando con el mismo empleador, sin cesar en sus actividades, dicha continuidad hace que tenga derecho a que se compute su tiempo de servicio a partir de la fecha de ingreso inicial y que la misma no sufra ningún tipo de alteración o merma a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad, pues, de admitirse una solución distinta, se estaría permitiendo el enriquecimiento sin causa del empleador que se benefició con el trabajo de su antiguo dependiente ya jubilado, prescindiendo luego de sus servicios sin abonarle las indemnizaciones que por ley le correspondían, conducta reñida con el carácter protectorio de la legislación laboral." (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII • 21/04/2010 • Renzi, Leticia Clelia c. Vigilancias y Seguridad S.A. • IMP 20108 , 266 DT 2010 (julio) , 1800 con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose; Juan

José Etala (h.) • AR/JUR/17101/2010).----------

----Y el sentenciante al concluir que no era de aplicación la limitación impuesta por el art. 253 de la L.C.T. siguió el criterio expuesto por esa sala "B", c. 22.003, S.D.L. 12/2007. En tal sentido, considero que si después de obtenido el beneficio previsional el jubilado hubiera continuado trabajando en la empresa sin solución de continuidad, la solución dada por el art. 253, último párrafo, de la L.C.T. resulta disvaliosa ya que parte de la doctrina interpreta que de ese modo se quebrantarían los derechos que le concede al trabajador el art. 18 de la L.C.T. Por eso, el art. 253 de la L.C.T. sólo contempla el caso de un jubilado vuelto a la actividad, y ese no es el caso de autos, máxime cuando resulta necesario que exista un cese real (ver R. Mancini, Jorge, Director, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", La Ley, 2007, T. IV, pág. 607/608). Así se expresa que: "5. Pensamos que en caso que se demuestre que el cese fue sólo formal y que el trabajador continuó prestando servicios sin solución de continuidad, el posterior despido debería ser indemnizado teniendo en cuenta su antigüedad de acuerdo con el art. 18 de la ley de contrato de trabajo" (Loustaunau, Eduardo A., "El trabajador jubilado que vuelve a la actividad (Comentario al nuevo artículo 253 de la ley de contrato de trabajo)", D.T. 1994-B, 2309).---------- ----A su vez, la S.C.B.A. con fecha 04/06/2003, por mayoría, en los autos caratulados "Frigerio, Domingo L. c. Caja de

Previsión y Seguro Médico de la Provincia de Buenos Aires", en el caso de un despido de un dependiente jubilado rechazó el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto contra la decisión del tribunal de trabajo que computó para el cálculo indemnizatorio el tiempo total de prestación de servicios. Así, el Dr. Salas al rechazar el recurso extraordinario expresó que: "… III. El recurso, en mi criterio, no debe prosperar. 1. El tribunal de grado estructura su decisión esencialmente en asignarle a la circunstancia de que al momento del otorgamiento del beneficio jubilatorio tanto trabajador como empleador plasmaron la vocación de no conclusión del vínculo laboral, presupuesto que conforme su interpretación impone la no aplicación de la norma legal antes mencionada y esta opinión se debe confirmar. De las circunstancias fácticas que arribaron firmes ante esta instancia se desprende, en lo que interesa para la solución del conflicto: que el desempeño laboral del actor ocurrió desde el ingreso el 15/XI/72 y sin solución de continuidad prestó servicios hasta su único cese sucedido el 24 de julio de 1998 en que fue despedido sin causa. El accionante, entonces, no interrumpió su trabajo, nunca cesó en forma efectiva desde que no se puede computar como tal el otorgamiento del beneficio previsional de su jubilación. El texto de la ley es claro en el sentido que el dependiente jubilado despedido sin causa y que reingrese a sus tareas sólo puede computar en su favor la antigüedad de la relación a los fines indemnizatorios del tiempo posterior al primer cese, situación que no se configura en el caso de autos. Es así entonces que el presupuesto de operatividad del art. 253 de la ley de contrato de trabajo en su primer párr., no se cumple desde que el mismo se refiere al trabajador que "volviera a prestar servicios" secuencia que impone una rescisión anterior que en autos no aconteció, conforme a la prueba acreditada y en cuya conclusión el a quo estableció que desde su ingreso el reclamante prestó servicios sin solución de continuidad hasta su único cese ocurrido por despido sin causa el 24/VII/98. Lo mismo sucede con el segundo párr. agregado por la ley 24.347 el que expresamente se refiere a que "sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese" debiendo entenderse que se refiere a la efectiva extinción de la relación de trabajo subordinada y su posterior reintegro al trabajo, presupuesto que conforme a lo verificado en la especie tampoco se acreditó en autos. En consecuencia es mi opinión, la indemnización por antigüedad que corresponde pagar a Frigerio que continuó sin interrupción trabajando desde su ingreso el 15/IX/72 en la Caja de Previsión y Seguro Médico de la provincia, no obstante que se acogió al beneficio previsional pero sin cese, por lo cual debe determinarse su antigüedad conforme lo decidió el tribunal a quo, o sea computando todo el tiempo de prestación de servicios desde su ingreso el 15/IX/72 (art. 245, L.C.T.) hasta la fecha en que se produjo su único cese por su despido sin causa del 24/VII/98. …". Dicho voto fue compartido por sus fundamentos por los Dres. Negri, Lázzari, Pettigiani y Hitters (ver LLBA 2003-1229, cita Online: AR/JUR/2382/2003). ---------- ----De tal modo, en el presente caso no se trata de una jubilada

que vuelve a prestar servicios sino de una trabajadora que continuó su relación laboral después de obtener el beneficio jubilatorio, por lo que es evidente que no se aplica el art. 253 de la L.C.T. pues precisamente la vuelta al trabajo es el presupuesto de la norma ("En caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia …") (el subrayado me pertenece). ---------- ----No omito considerar que la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en los autos caratulados "Couto de Capa, Irene Marta c. Areva S.A. s/ley 14.546", dictó con fecha 05/06/2009 el fallo plenario N° 321 que dispone: "Es aplicable lo dispuesto por el artículo 253 último párrafo L.C.T. al caso de un trabajador que sigue prestando servicios sin interrupción a las órdenes del mismo empleador, luego del goce del beneficio de la jubilación" (Thomson Reuters, Cita Online: AR/JUR/13288/2009). Pese a ello reitero que esa interpretación no responde al texto del art. 253 de la L.C.T. En ese aspecto por la minoría votaron los Dres. Guibourg, Maza, Ferreirós, Stortini, R. Brunengo, Fernández Madrid y Zas. Así, el Dr. Guibourg sostuvo que "… Si más tarde, el empleador decide volver a contratarlo, la ley considera que la antigüedad anterior al primer cese queda cancelada con la jubilación. En cambio, cuando el trabajador continúa ininterrumpidamente al servicio del empleador (o cuando las circunstancias del caso muestran que no ha sido voluntad de ninguna de las partes terminar definitivamente el vínculo), aquella justificación no se verifica. Hay que admitir que el empleador no pensó en privarse de los servicios del trabajador con experiencia, de tal suerte que el cese formal requerido para la jubilación se convierte en ficticio y su invocación por el empleador parece menos vinculado con la capacidad del trabajador que con su deseo de descargar en el sistema previsional una parte de lo que suele llamarse "pasivo laboral". No existe un verdadero reingreso, sino una continuidad práctica del contrato, y la nueva situación del empleado no exime al principal de su obligación de dar trabajo ni la de reconocer la antigüedad íntegra de que ha trabajado efectivamente a su servicio durante determinado tiempo total. En virtud de lo expuesto, voto por la negativa al interrogante planteado". Y el Dr. Fernández Madrid, luego de señalar que el art. 252 de la L.C.T. consagra una excepción al régimen general expresó que: "… La excepcionalidad anotada impone una aplicación restrictiva del art. 253 L.C.T. Y no considero viable que el intérprete se aparte de los términos literales de la ley, según los cuales en caso de que el trabajador titular de un beneficio previsional de cualquier régimen volviera a prestar servicios en relación de dependencia … sólo se computará como antigüedad el tiempo de servicios posterior al cese. … De ahí que la sola obtención del beneficio jubilatorio no tenga efectos extintivos del contrato. Desde otro punto de vista, debe entenderse que la exoneración de indemnizaciones que, en su caso, puede invocar el empleador, excluye las hipótesis de dolo, como serían aquellas en que no se produce una verdadera y seria interrupción en las prestaciones".----------En síntesis, por las razones expuestas no resulta de aplicación la limitante prevista por el art. 253 de

la L.C.T. ya que no es el caso de un trabajador jubilado que vuelve a prestar servicios sino de una dependiente que obtuvo el beneficio jubilatorio y continuó vinculada laboralmente a las órdenes del mismo empleador. ----------Por ello, se rechaza este segundo agravio. ----------4. Finalmente como tercer agravio en forma subsidiaria la quejosa considera que no se verifican los presupuestos fácticos que justifiquen la imposición a su parte de la multa contemplada por el art. 2 de la ley 25.323. Cita fallo y estima que esa disposición reviste el carácter de norma penalizadora por lo que su interpretación deviene restrictiva y de esa manera en caso de duda razonable el juzgador debe optar por su inaplicabilidad.----------

----Tocante a que no se verifican los presupuestos fácticos que justifiquen la imposición de la multa señalo que son requisitos de procedencia del incremento indemnizatorio la intimación fehaciente previa al empleador y la falta de pago que obligue al trabajador a iniciar acciones judiciales, y ambos recaudos se encuentran cumplidos.----------

- ----Paso entonces a considerar si existen causas que justifiquen la conducta asumida por el empleador que permitan reducir prudencialmente el monto del incremento indemnizatorio o en su caso la eximición de su pago. Al respecto se expresa que en puridad, el legislador ha previsto *causas de justificación* que operan como circunstancias típicas negativas de la intensificación indemnizatoria. Las mismas comportan presupuestos fácticos circunstanciales de entidad objetiva que legitiman la conducta omisiva del dador de trabajo respecto del oportuno pago de las indemnizaciones legales, habilitando al órgano jurisdiccional para disponer, en el caso generador de proceso concreto, la reducción del *quantum* e inclusive la eximición del pago del recargo resarcitorio. La providencia desestimatoria del recargo indemnizatorio por el sentenciador deberá sustentarse en los elementos fácticos de la litis, en el material probatorio colectado y el Derecho aplicable, apreciados con carácter restrictivo y con sujeción a *standards de razonabilidad o de sana crítica racional* –reglas de la lógica, psicología y experiencia común (Toselli, Carlos Alberto y Solá Torino, Victorino, “Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del distracto”, Alveroni Ediciones, 2009, págs. 623/624). Y acerca de un ejercicio prudente de esa facultad se expresa: ¿Qué debe entenderse por el ejercicio prudente por parte de los jueces de la atribución acordada por la norma? La prudencia está ligada a la razonabilidad de la decisión en un caso dado, a una valoración de los hechos que revele como justificable –aunque no lícito- el obrar omisivo patronal. Pero además atiende al modo de ejercitar esa facultad, lo prudente nos habla de una manera ciertamente restrictiva y evitando las generalizaciones que puedan hacer caer en letra muerta la télesis básica de la norma (Ruiz, Alvaro Daniel, “Los alcances de la ley 25.323: algunas definiciones necesarias”, D.T. 2000-B, 2276). ----------

--Con tales pautas, destaco en primer lugar que en cuanto al derecho aplicable existe

jurisprudencia divergente sobre la materia. Y en lo que se refiere a los datos fácticos, si bien la empleadora intimó de acuerdo al art. 252 de la L.C.T. después de que la trabajadora accediera al beneficio jubilatorio y cuando ya conocía esa circunstancia, no es menos cierto también que la actora le comunicó a la patronal su situación previsional aproximadamente siete meses después de obtenido ese beneficio. ----------

---En tales condiciones, también considero que existen circunstancias jurídicas y fácticas en el caso en análisis que justifican eximir a la empleadora del recargo indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25.323 en uso de la facultad conferida por esa normativa, lo que conduce a reducir el capital de condena al deducir el monto de ese rubro que asciende a $175.376,69. ----------5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de $354.268,91, con más los intereses establecidos en la anterior instancia, confirmando el fallo en crisis en todo lo demás que fuera materia de agravios. ---------- ----Si bien se propicia la revocatoria parcial del fallo como consecuencia de rechazar la indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25.323, debe ponderarse que en el caso se dieron los presupuestos de procedencia del incremento indemnizatorio y que en definitiva la desestimación del rubro se produjo al eximir a la demandada de su pago en uso de la facultad prevista por dicha norma. En tales condiciones considero que no se alteran las calidades de vencedora y vencida que presentan las partes actora y demandada en la anterior instancia, por lo que no será necesario efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C., dejando constancia que los honorarios fueron regulados en porcentajes por lo que se ajustarán en forma automática al nuevo monto de condena.---

----------El fracaso de los dos primeros agravios, de mayor trascendencia jurídica y económica por referirse a la cuestión principal, y el éxito del restante, de menor relevancia económica y de carácter secundario, permite delinear un vencimiento parcial y mutuo que conduce a imponer las costas de Alzada en un 90% a la demandada apelante y en un 10% a la actora, por responder adecuadamente a las porciones de fracaso y éxito obtenidos por la apelante en esta instancia (art. 72 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1). ----------

Finalmente, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, entiendo adecuado los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados y patrocinante de la accionante y de los letrados apoderados de la demanda, en ambos casos en forma conjunta, en las sumas porcentuales equivalentes al 5,45% y 3,18%, respectivamente, del monto de condena a establecerse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13, y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. pertinente.----------Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA

AFIRMATIVA. ----------

----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Revocar parcialmente el fallo apelado a los meros fines de reducir el monto total de condena a la suma de **pesos trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta y ocho con noventa y un centavos ($ 354.268,91)**, con más los intereses fijados en el decisorio, confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de agravios. ----II.- Imponer las costas de esta sede en un 90% a la demandada y en un 10% al actor (conf. art. 71 del CPCC, conf. remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).----------

----III.- Regular los honorarios por las tareas realizadas en esta sede, a los Dres. C. M. M., C. F. M. y Y. E., en conjunto, en un 5,45%; y a los Dres. D. A. E. P. y C. D. E., en conjunto, en un 3,18%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 8, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII N° 4, y leyes 23349 y 23871). ----------

-------Así lo voto. ----------

-------**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

-------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación. ----------

----Así lo voto. ----------

----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 de licencia el restante integrante de la Sala Dr. Sergio Rubén Lucero (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar: ----------

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

---Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

---REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado a los meros fines de reducir el monto total de condena a la suma de **pesos trescientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta y ocho con noventa y un centavos ($ 354.268,91)**, con más los intereses fijados en el decisorio, confirmándolo en todo lo demás que ha sido materia de agravios. ----IMPONER las costas de esta sede en un 90% a la demandada y en un 10% al actor (conf. art. 71 del CPCC, conf. remisión del art. 73 de la ley XIV N° 1).----------

---REGULAR los honorarios por las tareas realizadas en esta sede, a los Dres. C. M. M, C. F. M. y Y. E., en conjunto, en un 5,45%; y a los Dres. D. A. E. P. y C. D. E., en conjunto, en un 3,18%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 8, 9, 13, 46 y concs. de la ley XIII N° 4, y leyes 23349 y 23871). ----------

------Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

--

ALDO LUIS DE CUNTO

JUEZ DE CAMARA

RAUL ADRIAN VERGARA

PRESIDENTE

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

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA