En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil diecinueve, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Graciela Mercedes García Blanco, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. M. Fernanda Zanatta, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"R., J. G. c/ S., M. I. y otra s/ SUMARIO - Cobro de Pesos e Indem. de Ley", expte. nro. 83/19**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 129/16), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 3731), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. M. Fernanda Zanatta, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 3639/3646? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. M. Fernanda Zanatta dijo:

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. J. G. R., y en consecuencia condenó a M. I. S. y a SP A. SA a abonar en el plazo de 10 (diez) días la suma que determine la experta contable comprensiva de los rubros indemnización del art. 245 LCT, indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC, integración del mes de despido y su SAC, vacaciones proporcionales y su SAC, SAC proporcional, indemnización del art. 2 de la Ley 25323, con más los intereses a la tasa activa para préstamos personales y familiares del Banco del Chubut. Impuso las costas a la demandada. Reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

Recursos:

Contra tal sentencia, obrante a fs. 3639/3646, interpuso recurso de apelación la parte actora a

fs.3650. Asimismo, se alzó la codemandada M. I. S. mediante recurso de apelación interpuesto a fs. 3651, y a fs. 3652 apeló los honorarios fijados a favor de los letrados de la parte actora, de la demandada y del perito contador por altos. Los recursos fueron concedidos a fs. 3656.

Agravios actora:

A fs. 3657/3658 califica la sentencia de arbitraria por el rechazo de la aplicación de la multa prevista en el art. 132 bis de la LCT.

Sostiene que la jueza rechaza la sanción al advertir que en la contestación al oficio cursado al Correo Oficial Argentino no se coteja si la misiva obrante a fs. 3152 ha sido recepcionada.

Indicó que con el escrito de interposición de demanda solicitó se libre oficio al correo para que acompañe copia certificada de las piezas postales acompañadas, entre ellas el telegrama colacionado CD 717076625 donde se intimó a la demandada el ingreso de aportes y contribuciones bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 132 bis.

Y que también ofreció prueba informativa subsidiaria para el caso en que la demandada desconozca las piezas postales acompañadas: se libre oficio al correo Oficial.

Quedó demostrado en autos -tal como lo indica la jueza- que dicha intimación ha sido enviada, pero luego indica que no tiene certeza que dicha intimación haya sido notificada de acuerdo a la respuesta del correo oficial. Entiende que en el caso debe ceder el principio *in dubio pro operario* ante el principio *in dubio pro reo*.

Reconoce que la intimación y recepción de la intimación resultan condiciones *sine que non* para la aplicación de la penalidad del art. 132 bis, pero señala que en autos, ni la parte que se agravia ni el actuario, observaron que el Correo Argentino, no había dado respuesta la prueba informativa subsidiaria ofrecida por la actora y admitida por la jueza a fs. 220/222 y

vta.Sostiene que estando pendiente la producción de la misma no corresponde la clausura probatoria.

Considera que el juez pudo remediar la situación antes de dictar la sentencia, sea ordenando la producción de la prueba faltante o dictando las medidas para mejor proveer para evitar una sentencia arbitraria.

Afirmó que la prueba producida e incontestada por el correo resulta de carácter esencial para resolver el punto tornando arbitraria la sentencia.

Solicitó la producción de prueba en esta instancia.

Agravios demandada:

A fs. 3659/3683 M. I. S. se agravia en razón de la desestimación de la defensa de fondo interpuesta fundada en la verificación de causal de falta de trabajo contemplada en el art. 247 de la LCT.

Refuta los argumentos dados en la sentencia.

En relación al procedimiento de crisis, sostiene que no es un requisito constitutivo de la causal de despido por falta o disminución de trabajo.

Luego de repasar la evolución histórica de las leyes aplicables en cuanto al punto, argumenta que la Ley 24013 no establece la obligatoriedad del uso del procedimiento de crisis para empresas que operaran la afectación de menos del 15% de su plantilla de 400 trabajadores (art. 98). A su vez dice que el Decreto 264/2002 rescató la vigencia del Decreto 328/88 para saltar este parámetro generando la posibilidad de extensión del procedimiento a la afectación de plantilla cualquiera fuera el número de trabajadores afectados, indicando que la ausencia de este procedimiento impedirá invocar las previsiones del art. 247 LCT a los efectos del art. 16 Ley 25561 (actualmente derogado).

Concluye que ni el art. 247 LCT ni la Ley 24013 establecen el procedimiento de crisis como requisito constitutivo para validar los despidos por falta o disminución de trabajo, generando en el mejor de los casos una presunción en contra del empleador, que jamás puede aplicarse en forma automática como pretende la sentenciante.

La sentenciante introduce un requisito a la ley que esta no tenía y además le otorga efectos sobre las pares que no posee.

A todo evento deja planteada la inconstitucionalidad del art. 4 del Decreto 264/2002 formulando la consecuente reserva de cuestión federal.

Luego aborda la cuestión relativa a la teoría de la ajenidad del trabajador en los riesgos asumidos por el empleador, arguyendo que llevada al extremo de su interpretación, vacía de contenido a las causales de despido por causas económicas.

Sostiene que el principio de la ajenidad del trabajador en el alea de las empresa no puede invocarse dogmáticamente para todos los casos. Dice que tal como lo aplica el fallo y la mayoría de la doctrina no existe posibilidad alguna de aplicar el art. 247, salvo para casos de fuerza mayor o actos de imperio de la autoridad. Cuestiona por ello que el principio opere por encima de la acreditación de que el hecho generador de la ausencia de trabajo ha sido irresistible, inevitable o perdurable en el tiempo.

Argumenta que en el caso se ha probado que medió un cese abrupto de todas las contrataciones que la demandada ejecutaba, sumado a la falta de reconocimiento de las últimas tres facturaciones, lo que impidió no solo conseguir sustituir contrataciones, sino también seguir abonando el sueldo de los trabajadores (entre ellos el actor). Refiere al punto 4 del informe pericial de fs. 3534 y a la declaración testimonial de E. S, E. C., Contadora Norma Rollán y en particular J. S..No obstante, señala que se acudió previamente al remedio de la suspensión previa para emplear todos los medios necesarios para evitar los despidos y cierre, lo que fue imposible.

Reitera que el cese de todos los contratos fue una medida imprevisible, irresistible y perduró en el tiempo. Acota que la contratista rescindió todos los contratos que mantenía con sus clientes e inició proceso de concurso preventivo de acreedores aun en marcha como

consta en el expediente, no mediando mecanismos alternativos para obtener el cumplimiento de los débitos obrantes a favor de la demandada, incluso el que se obtenga como resultado del presente proceso.

Afirma que estamos frente a un caso donde debe ceder el principio de la ajenidad en pos de la causal invocada en el art. 247 por haberse configurado sin lugar a dudas un caso de falta de trabajo con ajustada tipicidad normativa.

En cuanto al orden secuencial, sostiene que no resulta de aplicación en tanto la empleadora procedió al despido de la totalidad del personal afectado al contrato.

Expone que no se ha tenido en cuenta el volumen empresarial de la demandada, pues se hubiera reparado en que el contrato cesado consistía en el transporte de personal de la codemandada a equipos de YPF para lo que se disponía de una camioneta con dos choferes. El cese del contrato implicó el despido de los dos choferes sin que quede personal alguno cumpliendo con el servicio, por lo que mal podía invocarse un orden de despido que a la sazón resultaba inaplicable.

Seguidamente se agravia por la imposición de la multa del art. 2 Ley 25323. Arguye que no se verifica en autos la conducta que la norma busca penalizar.

Sostiene que la causa que ha generado el cese de la actividad en que el actor se desempeñaba ha sido acreditada, fundando la jueza la condena en la ausencia de requisitos habilitantes que han sido previamente cuestionados en el agravio precedente.

Asimismo, sostiene que sin perjuicio de ello aun cuando se penalice con la indemnización plena deberá tenerse presente que no ha existido conducta dolosa o negligente del demandado tendiente a eludir las consecuencias de las indemnizaciones, sino imposibilidad para asistir a su pago tal como consta en el expediente administrativo obrante a fs. 3187/3224, 3301/3404 y 3405/3493, considera al respecto que

corresponde desestimar el agravamiento indemnizatorio o menguarlo.

Por último cuestiona que la sentenciante viabilizara la indemnización aun cuando el reclamante no ha cumplido con el requisito de intimación, sosteniendo la jueza que se constituye con el reclamo del pago de la indemnización final sin que sea necesario contener el apercibimiento de accionar la Ley 25323.

Al respecto refuta que la Ley 25323 no opera automáticamente y que la constitución en mora debe siempre fijar las consecuencias.

Afirma que con la interpretación dada no sería siquiera necesario reclamar puntualmente la indemnización del art. 2 de la ley en cuestión porque aparecería como un rubro más de la liquidación final.

Por último ataca la imposición de costas en proporción superior a la autorizada por el art. 730 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Dice que el fallo ha fijado honorarios de los letrados de la actora en un 20% y los de la perita en un 7 por ciento los que se ha dispuesto a cargar en forma conjunta a ambas demandadas, estableciéndose una carga del 27% sin distribuir y superior a la fijada en la norma vigente. Transcribe doctrina y jurisprudencia al respecto de su pretensión para solicitar la modificación del fallo.

Efectúa reserva del Caso Federal

Antecedentes:

El Sr. J. G. R. promovió demanda laboral contra la Sra. M. I. S. y SP A. SA por la suma de $614.214,95 en concepto de diferencias salariales, indemnización de ley conforme arts. 245 y 132 bis de la LCT y art. 2 de la Ley 25323. Relató que comenzó a laborar para “R. A.s”, nombre de fantasía cuya titularidad pertenece a la Sra. I. M. S. el 07 de septiembre de 2004 hasta el 15 de marzo de 2016 fecha en la que fue despedido en los términos del art. 247 de la LCT.

Dijo que se desempeñaba como chofer transportando personal de la empresa SP A. SA, el que retiraba de sus

domicilios particulares y llevaba al equipo de *pulling* n° 36 de titularidad de la codemandada SP A. SA.

En relación a la extinción del vínculo laboral, señaló que en fecha 15/02/2016 la empleadora le remitió CD notificando la suspensión del contrato de trabajo en los términos de los arts. 218, 219 y 220 de la LCT, argumentando la falta de prestación de servicio de transporte del equipo n° 36 desde septiembre de 2015 como también la falta de pago de SP A. SA. Sostuvo que dicha misiva fue por el rechazada, en tanto las causales invocadas no consisten en justa cusa para efectuar la suspensión comunicada.

Indicó luego que con fecha 15/03/2016 la Sra. S. mediante CD lo despidió sosteniendo el vencimiento del plazo de suspensión y subsistencia de las causales invocadas en los términos del art. 247 LCT.

Sostuvo que la realidad de la falta de continuidad del contrato de las codemandadas radicó en que SP A. conminó a la Sra. S. a renovar los vehículos en los que transportaba personal, por ser antiguos y presentar inconvenientes mecánicos prácticamente en forma diaria. Afirmó que al no renovar la flota SP no renovó el contrato tomando otro servicio.

Refirió al intercambio epistolar habido entre las partes. Efectuó consideraciones respecto a las sumas percibidas mediante consignación ante la Subsecretaria de Trabajo en concepto de indemnización. Fundó la responsabilidad solidaria de la firma SP A. SA en el art. 30 LCT atento a que transportó durante toda la relación laboral personal dependiente de la firma hacia el equipo de *pullig* n° 36. Practicó liquidación provisoria.

La Sra. M. I. S.. Reconoció la fecha de ingreso y egreso del actor y las tareas por él desempeñadas, y la causal del despido. Dijo que el despido se fundó en la causal económica de falta de trabajo, ocasionada por hechos de terceros, imprevisibles, inevitables, irresistibles e insuperables. Se explayó en su argumentación. Se opuso a los rubros reclamados. Ofreció

prueba. Peticionó el rechazo de la demanda. A fs. 360/371 y vta. contestó demanda SP A.SA oponiéndose a su progreso. Negó los hechos alegados por el actor. Desconoció la documental adjuntada. Impugnó la liquidación practicada. Sostuvo que el actor nunca integro la nómina de trabajadores de SP y la responsabilidad exclusiva de la codemandada frente a los reclamos del actor. Afirmó que SP dejó de solicitar el servicio a la Sra. S. porque teniendo serios desperfectos que ponía en riesgo al personal de SP no los acondicionó, ni renovó, ni reparó. Planteó la inexistencia de la solidaridad denunciada. Ofreció prueba. Solicito el rechazo de la acción.

Producida la prueba admitida a fs. 394, a fs. 3632 se dio por finalizado el periodo probatorio. Habiendo hecho uso de la facultad de alegar solo la parte actora a fs. 3634/3636 se dictó sentencia en los términos referenciados.

Análisis:

Previo a entrar en el análisis de autos, recuerdo que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia (ver CSJN, "Fallos": 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros) y tampoco es obligación referir a todas las pruebas agregadas, sino únicamente las apropiadas para resolver (art. 386, *in fine*, del ritual; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611).

Abordaré los agravios de la demandada M. I. S. frente a la desestimación de la defensa de fondo interpuesta fundada en la verificación de la falta de trabajo contemplada en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Y adelanto que la queja no ha de prosperar.

Los argumentos vertidos por la recurrente no alcanzan a conmover los fundamentos brindados en la sentencia atacada.

La magistrada de grado señaló: "el hecho aducido por la demandada como desencadenante para proceder a

despedir al actor -falta de trabajo o fuerza mayor-, dada la actividad desarrollada por la accionada, constituye un riesgo propio de la actividad asumida por la empleadora, que impide que tales vicisitudes se trasladen al personal dependiente que no aprovecha los beneficios económicos en épocas de las acreencias empresarias…".

Debe tenerse presente que los arts. 21 y 22 de la LCT definen el contrato y a la relación de trabajo como la obligación y la realización de actos, ejecución de obras o prestación de servicios a favor de la otra o bajo su dependencia. Una de las aristas de esa dependencia es la económica que indica que el trabajo se realiza enteramente "por cuenta ajena" para la empresa u organización de otro a cambio de una retribución. Esta noción trae implícito que el dependiente tiene asegurado su ingreso y su trabajo, porque el riesgo corre exclusivamente por cuenta del empresario, como contrapartida, solo a él le corresponden los frutos.

Por ello, es unánime la doctrina y la jurisprudencia en cuanto a que los supuestos invocados por los empleadores deben evaluarse con criterio restrictivo.

Es que, "si bien pueden ser ciertas las dificultades económicas y financieras que pudieron afectar a la empleadora ante determinadas circunstancias del mercado, lo cierto es que las exigencias de la Ley de Contrato de Trabajo para reducir las obligaciones en caso de despidos deben ser cumplimentadas pues, de lo contrario, se obligaría al trabajador a soportar riesgos que le son ajenos" (RC J 2664/17), lo que no se verifica en autos.

La demandada no demostró durante el proceso que los problemas económicos que sufrió excedieron el riesgo propio de su organización empresarial, y tampoco gravitan sobre este aspecto los agravios esgrimidos, que se afincan en disentir respecto de la interpretación que cabe darle a los requisitos establecidos por la ley para

que esta solución excepcional prevista por la Ley de Contrato de Trabajo sea convalidada en sede judicial, razón suficiente para proceder al rechazo del agravio.

La crítica en cuanto a los alcances del procedimiento preventivo de crisis, radica en una interpretación propia de lo normado por el art. 247 LCT, por lo que incumple los recaudos del art. 268 CPr. Por otra parte el pedido de inconstitucionalidad del art. 4 del Decreto 264/2002 no guarda relación con el fallo atacado.

En cuanto a la queja sobre la aplicación mecánica del principio de ajenidad del trabajador respecto del riesgo empresario, cabe adunar a lo ya dicho sobre el tema, que el planteo, tal como es efectuado, implicaría aplicar al contrato de trabajo celebrado la teoría de la imprevisión prácticamente como si se tratara del derecho común. Obsta a tal solución, la naturaleza de la relación habida entre las partes, que por ser laboral implica la no asunción de riesgos por parte del trabajador. La teoría de la imprevisión está elaborada sobre la base de fundamentos que tiene en cuenta una relación jurídica individual e igualitaria y no asimétrica como ocurre en autos, constituyendo un riesgo propio de la empleadora, y no trasladable al trabajador que la empresa contratante decidiera no renovar el contrato por los motivos que fueran. De hecho, el reemplazo del servicio por parte de la codemandada, según surge de autos, obedeció a que no contaba "R. A.s" con un vehículo destinado a cubrir con el servicio convenido, en tanto el rodado de relevo no superó el *Check list*. Tal circunstancia no resulta imputable al trabajador dependiente, mucho menos cabe encuadrarlo en un supuesto no imputable al empleador de fuerza mayor.

Por último, en cuanto al orden de prelación en que debieron ser efectuados los despidos, es la propia recurrente quien al contestar demanda afirmó que contaba con cuatro empleados, mas no acreditó que hubiese efectuado los despidos en atención a la antigüedad y a las cargas de familia, siendo que todos los empleados

revestían la categoría de choferes. Por el contrario, los despidos fueron dispuestos en razón de la suspensión del servicio prestado para el traslado de personal al equipo de *pulling* N° 36.

Es así que, ante la omisión de tramitar el pertinente procedimiento preventivo de crisis, normado en los arts. 98/105 Ley 24013; y no habiendo la accionada demostrado que los despidos fueron realizados conforme lo prevé el art. 247 LCT segundo párrafo, el despido, conforme los términos en los que fue efectuado, carece de legitimidad.

Tal conclusión como ya adelantara no se ve enervada por los argumentos vertidos por la recurrente, ello, porque no basta con discutir el criterio judicial adoptado en la instancia de grado reiterando los argumentos que ya fueron evaluados, sino que deben aportarse críticas que evidencien el error en el que ha incurrido el juez respecto de la apreciación de los elementos de convicción aportados al proceso o en la aplicación del derecho, lo que no ha ocurrido.

En razón de lo expuesto, entiendo que debe confirmarse la sentencia en cuanto a lo que fuera materia del primer agravio.

La segunda queja radica en la condena a abonar la indemnización contemplada en el art. 2 de la Ley. 25323.

Tal como ya lo he señalado, el art. 2 de la Ley 25323 implementó un sistema de recargo indemnizatorio que convierte en más onerosa la obligación de pagar las indemnizaciones por despido injustificado en tiempo oportuno. Se trata de una sanción por la infracción del bien jurídico protegido: el mantenimiento de la ecuación conforme a la cual la limitación del resarcimiento -por ser tarifada- debe encontrar correspondencia en el cumplimiento del beneficio prometido a cambio término (Machado, J. Daniel, “Teoría y práctica del artículo 2° de la Ley 25323”, en Revista de Derecho Laboral “Contratación y Registración Laboral”, Rubinzal Culzoni 2009-2 p. 397 y sgtes.). De allí que se sancione la renuencia previa que

“consecuentemente obligare” a promover el juicio.

Tal norma, exige como presupuesto para la viabilidad del incremento en cuestión, que el empleador esté fehacientemente intimado y que pese a tal intimación no abone las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245, LCT.

La recurrente se agravia en el entendimiento que la misiva enviada por el trabajador no constituye intimación fehaciente en estos términos, sosteniendo el incumplimiento del reclamante al requisito previo.

Sostiene que la intimación fehaciente no puede ser la intimación al pago de la indemnización, dado que la Ley 25323 no opera automáticamente y la constitución en mora debe fijar siempre el contenido de las consecuencias de la omisión del pago.

La sentenciante consideró que la intimación al pago de la indemnización del art. 245 LCT bajo apercibimiento de iniciar acciones legales es suficiente para tener por cumplidos los presupuestos de la norma.

Expresamente dejó aclarado que disiente del criterio seguido por esta Sala entre otras en SD “L” nros. 4/2008; 6/2008; 8/2012, 10/2012 y 33/2012, que con base en doctrina del Superior Tribunal de Justicia (sentencias definitivas 8/SRE/05 y 6/SRE/06 entre otras) entendió que en la intimación debía hacer referencia a la aplicación del art. 2 de la Ley 25323.

Cabe recordar que tanto en doctrina como en jurisprudencia no existe unanimidad de criterio en cuanto a la exigencia del recaudo formal del deber de intimar al pago de las indemnizaciones derivadas del despido con expresa indicación del apercibimiento del art. 2 de la Ley 25323.

Pero en el caso, la solución excede del tratamiento de tal tópico pues, la propia norma prevé: “Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago”.

Es decir que el legislador confirió a los jueces, la facultad de valorar las conductas de las partes.

Y he dicho antes que comparto la tesis que sostiene que en estos casos no se trata de invocar una causa seria, como lo es la falta o disminución del trabajo, sino de probar los hechos invocados o al menos desplegar diligencia para hacerlo.

De allí, que no comprobada la causa alegada, ni desplegado prueba suficiente respecto de la causal, resulta improcedente la dispensa o morigeración que se solicita.

En el particular, entiendo que la demandada ha desplegado suficiente prueba tendiente a acreditar la seriedad de la causal esgrimida para el despido. Quedó acreditado en la causa que la contratista (SP) dejó de solicitar el servicio del transporte de personal al equipo 36 (fs. 279, 283, 365) a R. A.s en el mes de septiembre de 2015; que frente a la falta de pago de facturas por parte de SP a R. A.s, los sueldos del actor y otros empleados de esta última, fueron abonados por SP desde el mes de noviembre de 2015 al mes del despido

(marzo de 2016) (ver expte. Ministerio de Trabajo nro. 1-0552/16, fs. 3449, intercambios de *mails* entre las partes e informe del Banco del Chubut de fs. 3140/3142).

Además de ello, la actora luego de suspender al empleado por falta o disminución del trabajo, abonó la indemnización correspondiente al art. 247 LCT.

En tal sentido, se afirma que cuando más consistente fuere la pretensión causal del despido y su intento de acreditarla, más disminuye la agresión a la ratio de la sanción (habilitando una reducción de la escala) y a la inversa, cuando el hecho típico del no pago no esté acompañado de invocación y prueba de hechos que instalen como duda sobre la posible concurrencia de justa causa, no procede moderación alguna del incremento (Machado, J. Daniel, "Teoría y Práctica del artículo 2° de la Ley 25323 en Revista de Derecho Laboral

"Contratación y Registración Laboral", Rubinzal Culzoni, 2009-2 p. 397 y sgtes.).

La jurisprudencia se ha expedido también en tal sentido: "El empleador que invoca como justa causa un incumplimiento susceptible de ser encuadrado en el concepto de injuria del art. 242 L.C.T., no ofrece prueba u ofrece como tal la que no lo es, o no intenta en absoluto producir la ofrecida, sugiere con su conducta negligente que ha comunicado el despido con invocación de una justa causa ficticia, con la finalidad de evadir la sanción, cuyo propósito disuasorio de los despidos no está en discusión. En esas condiciones será lícito considerar que produjo un despido *ad nutum*, incluido en los presupuestos del art. 2 de la Ley 25323 (del voto del Dr. Morando) - CNAT, Sala VIII, expte. N° 1260/07 Sent. Def. n° 37.548 del 09/09/2010, "Fernández Luque, Claudio Roberto c/ Transtex SA s/ despido" (Catardo –Morando - Vázquez); íd. CNAT, Sala IX, expte n° 2874/01 Sent. Def. n° 10.434 del 24/4/03, "Kannemann, Graciela c/ Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte s/ despido" (Zapatero de Ruckauf – Pasini).

Es por ello que si aún luego de tramitada la causa y de la prueba rendida, surge de los fundamentos de la sentencia que se confirma, que la falta o disminución de trabajo existió efectivamente, aun cuando no se haya configurado la causal justificante que habilita el pago de la indemnización reducida, y ello lógicamente no es un riesgo trasladable al trabajador, y que tal decisión también es confirmada, estoy convencida que en el caso, existieron causas que justificaron la actitud de la demandada que llevan a eximirla de la multa prevista por la norma analizada.

En consecuencia, propongo admitir el agravio.

El último agravio ataca la imposición de costas por contrariar lo dispuesto por el art. 730 Código Civil y Comercial de la Nación.

Este tribunal ya se ha pronunciado sobre esta cuestión (S.I. 227/03 del 9/12/2003), sosteniendo que las previsiones de la mentada norma no inciden en las

pautas regulatorias dado que las reglas arancelarias específicas no han sido derogadas ni sustituidas por la normativa en cuestión. Asimismo, agrego que no se debe confundir el derecho de los profesionales al reconocimiento de una justa compensación por los trabajos cumplidos en el proceso, con la eventual limitación de la responsabilidad de alguna de las partes en orden a su efectiva satisfacción (*cf*. SD 30/2017 "L").

A tenor de lo expuesto, rechazo el agravio.

Decidido lo anterior, corresponde tratar el único agravio de la actora en que cuestiona el rechazo de la indemnización prevista por el art. 132 bis LCT por falta de acreditación de recepción de la intimación cursada a tal fin.

El agravio tiene respuesta en lo decidido a fs. 3725/3726 en la S.I. 94/19 en que se desestimara la pretensión de apertura a prueba en esta instancia.

A lo ya dicho, agrego que la orfandad probatoria no puede ser suplida por la pretendida aplicación del principio *in dubio pro operario*, pues debe recordarse que este principio protectorio apunta a superar una realidad: la insuficiencia (económica, cultural, negocial, material, etc.) del trabajador bajo situación dependiente y no se debe pretender subsanar otra insuficiencia no aceptable, cual es la de las presentaciones judiciales, circunstancia que por ser desigual atentaría contra el ejercicio de nuestra profesión. Es que la ley debe defender (porque la Constitución nacional así lo manda) al trabajador de las consecuencias de su inferioridad material y esencial, pero nunca debe inmiscuirse para subsanar deficiencias que no son excusables, pues para evitarlas la ley exige el patrocinio jurídico obligatorio (*cf*. Maza, "Ley de Organización y Procedimiento de la Justicia Nacional del Trabajo Comentada, Anotada y Concordada", dir. por Amadeo Allocati (2ª edición actualizada y ampliada, T.2, ed. Astrea, Bs. As., 1999, ps. 14 y 34).

Por las razones expuestas propongo rechazar el agravio.

Costas y honorarios:

En atención a como se decide, las costas y honorarios deben adecuarse, careciendo de virtualidad pronunciarme sobre el recurso de fs 3652 de la codemandada S. en contra de los honorarios regulados a los letrados y perita contadora por considerarlos altos.

Las costas de primera instancia las mantendré como fueran decididas, pues la modificación que propongo no modifica el carácter de vencida de las demandadas.

En relación a los honorarios de los letrados, advierto que los mismos han sido regulados de acuerdo a la labor efectivamente cumplida, el éxito obtenido y de acuerdo a las escalas porcentuales, razón por la que los mantendré.

Varía la decisión en relación a los honorarios de la perita contadora. Es que la retribución de los peritos, al igual que sucede con los abogados y procuradores, tiene por efecto apreciar la aludida actividad y traducirla en una suma de dinero sin que se trate una la mera remisión a la letra de los textos legales. En base a tales pautas, lo dispuesto en al art. 60 de la ley arancelaria y art. 22 de la Ley XIII18 y apreciando la actividad profesional desplegada en el informe de fs. 3533/3536 y la incidencia de la misma en el resultado del pleito, los honorarios regulados por la sentenciante resultan elevados. En consecuencia, propongo reducirlos al 4%, porcentaje mínimo establecido por la Ley XIII-18 DJPCh.

Las costas de esta instancia, propongo imponerlas en el orden causado en atención al resultado obtenido.

Los honorarios de los profesionales actuantes por su labor ante esta alzada se regularán de conformidad a las pautas de los arts. 5 a 9 y 13 de la ley arancelaria.

En consecuencia, propongo fijar a favor del Dr. J. J. E. en el 27% y a los Dres. N. J. M. y G. M. D. en el 25% de los que les fueron regulados por su actuación en

la primera instancia. En ambos supuestos con más el IVA si correspondiere.

A la segunda cuestión, la Dra. M. Fernanda Zanatta dijo:

Propongo como fórmula postulatoria la siguiente:

1) Rechazar el recurso interpuesto por el actor a fs. 3650 contra la sentencia de fs. 3639/3646.

2) Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la demandada a fs. 3651 y revocar la sentencia de grado en cuanto impone la multa del art. 2 de la Ley 25323, la que se deja sin efecto.

3) Costas de primera instancia a las demandadas vencidas.

4) Costas de la alzada a las recurrentes por su orden.

5) Regular honorarios en la forma propuesta.

A la primera cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 92/2018 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción dispuso hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. J. G. R., en consecuencia condenó a M. I. S. y a SP A. SA a abonar en el plazo de 10 días la suma que determine la experta contable comprensiva de los rubros indemnización del art. 245 LCT, indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC, integración del mes de despido y su SAC, vacaciones proporcionales y su SAC, SAC proporcional, indemnización del art. 2 de la Ley 25323, con más los intereses, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 3639/3646). Contra la misma se alzaron las partes actora y demandada fs. 3651, fs. 3652.

Habiendo sido extensamente detallados los antecedentes fácticos y jurídicos del presente pleito, así como las cuestiones a decidir por esta alzada por la Sra. camarista que me precedió, no lo repetiré por ser innecesaria tal

labor y, encontrándose cumplida la manda procesal (art. 165 CPr), abordaré directamente los agravios.

En cuanto a la queja de la demandada sobre el rechazo de la defensa opuesta que se encontraba en situación prevista en el art. 247 de la LCT, el memorial de agravios lejos está de demostrar el error del fallo en el marco de lo dispuesto en el art. 268 del ritual, es una mera disconformidad subjetiva, habida cuenta que la causa determinante para el rechazo fue claramente expuesta en la sentencia. La demandada no dio cumplimiento al procedimiento previo fijado para hacer operativa la opción rescisoria prevista en el art. 247 de la LCT ni demostró los problemas económicos sufridos, no acreditó haber cumplido con los presupuestos exigidos por dicha norma. Se careció del presupuesto indispensable y, como si ello fuera poco, hubo una omisión de acreditar que se cumplió con la exigencia de rescindir en un determinado orden en atención a la antigüedad en el establecimiento y demás situaciones personales de los trabajadores afectados. A título meramente ilustrativo cito la jurisprudencia que es criterio mayoritario a nivel nacional y local: “La realización de un proceso preventivo de crisis, es insuficiente como para justificar el pago de la indemnización reducida del artículo 247 LCT, y le incumbe al empleador acreditar que la falta de trabajo no le sea imputable, por cuanto al tratarse de una obligación de dar ocupación, el instituto debe interpretarse con criterio restrictivo y probar en forma certera que ha intentado tomar todas las medidas necesarias como para evitar o superar la situación por la que atravesara. En este sentido, la disminución de las ventas no constituye "falta de trabajo o fuerza mayor" puesto que la actividad comercial está ligada al alea normal con los altos y bajos que se dan en toda actividad productiva y permeable a los vaivenes de la economía, siendo un riesgo común en toda explotación comercial o industrial que no se autoriza sin más la invocación de la falta o disminución de trabajo. Para justificar los despidos por falta o disminución de trabajo el empleador debe probar no solo la existencia

de dicha causal en una medida tal que por su gravedad no consienta la prosecución del vínculo, sino también que la situación no le sea imputable, es decir que obedezca a circunstancias objetivas, que no medie culpa ni negligencia empresaria, que se respete el orden de antigüedad y que haya perdurabilidad de la crisis alegada" (CNAT, Sala VII, 18-7-2006, "Fuentes, Américo Damián y otros c/ Peugeot Citroen A. SA s/ Despido", Oficina de Jurisprudencia de la CNAT, www.rubinzalonline.com.ar, Jurisprudencia de Derecho Laboral RC J 1372/2007).

Por ello, rechazo el agravio.

En cuanto al segundo agravio, la multa del art. 2 de la Ley 25323, el actor en su demanda a fs. 215 reclama la indemnización del art. 2 de la Ley 25323; se opuso la demandada a fs. 334 invocando que no había sido intimada.

Ha de tener una recepción por aplicación de la facultad discrecional otorgada por la ley a los magistrados. La jueza *a quo* abordó el tema haciendo lugar a la multa en cuestión con argumentos que doy por reproducidos referidos al alcance de la intimación.

La demandada hace especial hincapié en el criterio de un antecedente de esta Sala B.

No encuentro argumento alguno para apartarme del criterio ya sostenido y mantenido durante muchos años, por lo que he de reiterar lo dicho en Sentencia Definitiva nro. 08/2012 "D. S., L. P. c/T. N. SA s/ SUMARIO", obrante en los registro del tribunal:

"Los fundamentos del rechazo fue la omisión de intimación en mérito que en la misiva cursada -en el caso fs. 3144- no se precisó la multa del art. 2 de la Ley 25323;… -en el caso fueron la indemnización del art. 245 LCT-. No encuentro argumentos por parte de la quejosa que me aparten del criterio sostenido en Sentencia Definitiva nro. 6/2008/L en la que sostuve: "Con referencia a la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 en autos "M., E. d. C. y otra c/ A. B. SA s/ demanda laboral", Sentencia Definitiva nro.

04/08 que obra en los registro del tribunal, siguiendo doctrina del STJ de la provincia en Sentencia Definitiva nro. 07/SRE/06, autos "S., J. c/ DLS A.... s/ Laboral", expte. X-S-2005, que me permito transcribir parcialmente y en lo pertinente el voto del Dr. Caneo: "El agravio que se ha traído a esta sede ya fue objeto de tratamiento por este STJ en Sent. Def. 08-SRE-05. Es así como el Dr. Royer, como primer votante, señaló: "... el elemento que torna operativo el factor punitivo de la norma no es otro que la mora en el pago de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de LCT; o en su caso por los arts. 6 y 7 de la Ley 25013, cuando el trabajador despedido sin causa o impuesto a resolver el contrato laboral que lo vincula con su empleador hubiere intimado fehacientemente para que las abone íntegramente. La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esas normas a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (*cf*. Sapia, J. J. "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", publicado en DT-2001A-223/27), como lo expresara, es requisito esencial de operatividad de la multa, que el trabajador intime en forma previa y fehaciente que abone las indemnizaciones a que refiere el citado art. 2 en su primer párrafo. El emplazamiento o constitución en mora del empleador, no opera automáticamente como sucede en el campo de las indemnizaciones previstas en la ley de contrato de trabajo, razón por la que aparece en la norma como una carga impuesta al trabajador, que debe formalizar en los términos de la Ley 25323. La fehaciencia requerida no es otra que la común a todo instituto jurídico, por lo que será necesaria la forma escrita por un medio que brinde alguna posibilidad de acreditar la recepción del destinatario de la comunicación (*v.gr*., telegrama, carta documento, acta notarial entre otras) (Ruiz Álvaro Daniel, "Los alcances de la Ley 25323. Algunas definiciones necesarias", Rev. DT 2000-B-2271/7, Pose Carlos "Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio impuesto por la Ley

25323”; y A. J. J. “Agravamiento de las indemnizaciones por incumplimiento del trabajador”, ambos trabajos, publicados en Rev. DT 2000-B, págs. 2303/14)...””.

A estas consideraciones -a las que adhiero en su plenitud-, solo añadiría que la sanción contemplada en el art. 2 de la Ley 25323 tiene por objeto resarcir un tipo de daño que es totalmente distinto y autónomo del que causa la cesantía o extinción injustificada del vínculo laboral en sí. La norma está concebida para reparar los perjuicios que padece el trabajador como consecuencia de la falta de pago oportuno (mora) de las indemnizaciones consagradas en la LCT e incluso en la Ley 25013. Se trata de una sanción pecuniaria de carácter punitivo, por lo que en principio es ajena a la ruptura en sí y en su resarcibilidad (CNT, Sala IV 29-4-04, causa 11871-03).

Es así que de la prueba documental acompañada por la actora al interponer el libelo inicial, observo que si bien ha aportado los despachos telegráficos que refiere a la extinción del vínculo laboral, al reclamo de las indemnizaciones contempladas en los arts. 16 de la Ley 25561 y arts. de la Ley 24013, no es posible inferir que se haya emplazado a la accionada en los términos del art. 2 de la Ley 25323. El requisito legal previo que habilita la sanción punitiva no se cumplió (expte. 16869 en el registro del tribunal). Idéntica postura sostuve en Sentencia Definitiva nro. 10/2011.

Por otra parte considero: “No obstante el *nomen juris* adoptado por el legislador, las obligaciones creadas por los artículos 1 y 2 de la Ley 25323 no son indemnizaciones sino multas, en tanto no compensan nada (como la obligación del artículo 80 RCT o las de la LNE), pues la obligación originaria sigue existiendo. Como multas que son importan una agresión sobre el patrimonio del deudor que, por tanto, si bien no exigen daño (por eso no reparan ni sustituyen nada) requieren todas las garantías que nuestra Constitución acuerda a sus habitantes: Necesidad de un factor subjetivo de atribución (*nulla poena sine culpa*), tipicidad de la

conducta punida por ley anterior al hecho del proceso (*nulla poena sine lege*), que importa la imposibilidad de aplicar una pena por analogía (si, por ejemplo, el artículo 2 de la Ley 25323 se refiere a las indemnizaciones de los artículos 232, 233 y 245 RCT no se pude extender a otros supuestos de falta de pago por similares que parezcan) y el *non bis in ídem* (por eso no son acumulables las multas de los artículos 9 de la Ley 25013 y 2 de la Ley 25323 que, en muchos supuestos casos, caen en la hipótesis de concurso ideal). Esta es precisamente la razón por la que rechazo el reclamo en términos del artículo 2 de la Ley 25.323, y considero adecuada la condena en términos del artículo 1° de la misma ley en la situación en análisis" (citar: elDial.com - AA7474)" (sic).

La jueza *a quo* abordó el tema litigioso propuesto por las partes, la actora en su libelo de inicio y la demandada en oportunidad de contestar con expresa oposición, y no puedo dejar de observar que existiendo una única Cámara de Apelaciones que mantuvo un criterio a lo largo del tiempo y contando con sostén del STJ de nuestra provincia, pudo bien dejar a salvo su postura y aplicar la jurisprudencia local, evitando un dispendio y una dilación jurisdiccional innecesariamente.

Recepto el agravio, modifico el fallo en el punto.

En cuanto a la queja de la parte actora, es criterio de la Cámara que integro que existió una falta de acreditación oportuna. Que el principio que en caso de dudas se esté a favor del trabajador. No es esta la hipótesis, no existió duda, sino inobservancia de los presupuestos procesales. Además, el art. 132 bis LCT contempla incumplimientos legales que llevan a la aplicación de una sanción a la empleadora, lo que se encuentra fuera del fin tuitivo de ese instituto que enerva la equiparación de situaciones por parte de los jueces. Por lo que rechazo el agravio.

En cuanto al tope de los honorarios planteado por la demandada como tercer agravio que hace referencia a lo dispuesto en art. 730 del actual CCyCN que es similar

al art. 505 del anterior CC, si bien hace referencia a la ley Martínez Raymonda, el apelante, la Ley nro. 24430 que incorpora al texto del art. 505 del CC, nada tiene que ver con la mencionada que es la 24283.

He de rechazar el agravio por no encontrarse configurada la hipótesis prevista en la norma, ya que se refiere a los letrados que tuvieron representación o patrocinio de la condenada en costas, así se sostuvo en Sentencia Interlocutoria nro. 199/2014 confirmada por el STJ en Sentencia nro.
83/SER/17.

Costas y honorarios:

El art. 282 del ritual impone la readecuación al haberse modificado la sentencia de grado, por tal motivo carece de virtualidad jurídica expedirse sobre el recurso de apelación de fs. 3652.

Mantengo las costas de primera instancia conforme fueron dispuesta por la jueza *a quo* y la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes por ajustarse a lo dispuesto por la ley arancelaria.

En cuanto a la perita contadora, habrá de considerarse la trascendencia para las partes, la incidencia del informe efectuado y las demás pautas de los artículos 5 y 6 de la ley arancelaria y Ley XIII18, arts. 21 y 22, y ateniéndome a ello considero que lo dispuesto por la jueza *a quo* es elevado y los readecuo en un 4%.

En atención al resultado obtenido, el éxito de la parte demandada, el rechazo del agravio de la actora, en la especie amerita que las costas sean impuestas por el orden causado, sin apartarme de la situación que se trata de un pleito laboral, y según lo dispuesto en el art. 69 segundo párrafo del CPr que faculta a los jueces a eximir en modo excepcional, considero dadas las razones para ello.

Se mantuvo la regulación de honorarios de la instancia de grado por lo tanto y por aplicación del art. 13 de la ley arancelaria he de coincidir con la propuesta de la colega prevotante.

A la segunda cuestión, la Dra. Graciela Mercedes García Blanco dijo:

Habiendo hecho acuerdo en la resolución del presente con la Dra. Zanatta, doy por reproducida su fórmula postulatoria.

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

1) Rechazar el recurso interpuesto por el actor a fs. 3650 contra la sentencia de fs. 3639/3646.

2) Admitir parcialmente el recurso interpuesto por la demandada a fs. 3651 y revocar la sentencia de grado de fs. 3639/3646 en cuanto impone la multa del art. 2 de la Ley 25323, la que se deja sin efecto.

3) Mantener la imposición de costas y la regulación de honorarios de primera instancia, con excepción de los honorarios correspondientes a la perita contadora Marianela Marcos, que se fijan en el cuatro por ciento (4%) del monto del proceso.

4) Costas de la alzada por su orden.

5) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en esta instancia al Dr. J. J. E. en el veintisiete por ciento (27%) y a los Dres. N. J. M. y G. M. D., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

M. FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

M. MAGDALENA CONSTANZO Secretaria
de Cámara