000190/2020

En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil veinte, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial nro. II con asiento en esta ciudad, con la presidencia de su titular, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, y asistencia de las señoras juezas de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Z., C. L. c/ T. S.R.L. y Otros/ Sumario – Cobro de pesos e indem. de ley"**, **expte. nro. 190/2020**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 233/2018), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 539), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes y Dra. María Fernanda Zanatta.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 488/501? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Viene a mi conocimiento este pleito con motivo de la apelación interpuesta por la parte actora a fs. 503 y la demandada a fs. 504 contra la Sentencia Definitiva nro. 28/2020, del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción, que hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. C. L. Z.

En consecuencia condenó a la firma T. SRL a que en el plazo de Diez (10) días haga entrega de la constancia

de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales. Asimismo ordenó abonar en idéntico plazo la suma que determine el experto contable conforme con más intereses, y que por otra parte, rechazó la demanda interpuesta por el actor en contra de la firma N. S. R. M. haciendo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta. En relación a la demanda interpuesta contra la firma T. SRL impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios de los profesionales actuantes. Con respecto a la demanda interpuesta contra la firma N. S. R. M. impuso las costas al actor y reguló honorarios. Dejó expresa constancia de que la regulación precedentemente efectuada incluye la labor por la presentación, contestación y sustanciación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

Agravios del actor (fs.512/524)

En primer término, cuestionó el acciónate el rechazo del encuadre laboral, en el entendimiento que logró demostrar, probar, acreditar y producir convicción probatoria respecto a la totalidad de actividades, funciones, puesto de trabajo, tareas, responsabilidades, exigencias, obligaciones que cumplía a diario.

Sostuvo a partir de transcripción jurisprudencial la procedencia de las diferencias salariales reclamadas, al haberse probado que el actor realizaba tareas correspondientes al personal jerárquico, pero no era retribuido en proporción.

Invocando el principio de la realidad, dijo que corresponde el pago por tareas de una categoría función diferente conforme la batería de labores y tareas que realizada diariamente, acompañando su argumentación con transcripciones doctrinarias.

Señaló que al iniciar la demanda a los fines de un correcto encuadre laboral, expuso la posibilidad de aplicación del CCT de Jerárquicos, puesto que el mismo es aplicable a los trabajadores tienen a su cargo el control de cumplimiento de procesos de trabajo y procedimientos establecidos por el marco normativo del instituto o superiores jerárquicos, porque pueden implicar tareas de control operativo de unidades organizativas de menor nivel, definiendo el ritmo de ejecución y distribución de las tareas para lograr sincronización de los servicios, con o sin conocimientos específicos en la materia pero con experiencias suficiente en muchos casos por la misma formación en las tareas y con una autonomía para la toma de decisiones, dentro de la competencia asignada y bajo supervisión directa del representante legal de la empresa o gerencia.

Señaló que ingresó a laborar bajo las ordenes y directivas del Sr. N. S. tanto en los servicios que brindaba T. SA como en la empresa unipersonal del Sr. S. con fecha 03/01/2008, hace casi 10 años del despido, y no había en la empresa otro empleado de esa antigüedad. Explicó que al ser el único empleado de confianza, comprobado que manejaba las cuentas corrientes, los depósitos bancarias, y era el representante "informal" de la empresa, su puesto no puede ser meramente asimilado a un simple empleado.

Sostuvo que el resultado del análisis al respecto que efectuó la magistrada resulta erróneo, en el entendimiento que las características y funciones en T. y en S. eran las de un gerente operativo, pues no había otro empleado igual que haga todas sus funciones,

no existía un empleado intermedio entre los choferes y los dueños. En base a ello es que consideró de expresa aplicación el CCT 611/2010.-

Afirmó que es equivocado el análisis de la jueza a quo al considerar que por tener cinco empleados, que resulta inaplicable el CCT 611/2010 pues a partir de allí es que surge el reclamo y el posterior despido, a los quince días por parte de los Dueños de T.

Recordó que los chóferes percibían haberes muy superiores; y el reclamo comenzó con ajustar sus funciones a un jerárquico y que se abonen los haberes en conformidad con las responsabilidades y tareas que realizaba todos los días.

Solicitó el pago de todas las diferencias salariales devengadas en favor de la suscripto durante el transcurso de la relación laboral desde el 03/01/2008, pues se ha verificado la incorrecta registración de la relación laboral, conforme la categoría descripta y abonada conforme los recibos de haberes bajo errónea categoría no convencional, cuando la categoría pertinente es convencional jerárquico 611/2010

Insistió en que, a lo largo de todo el considerando inicial, la jueza describió todas y cada una de las tareas desarrolladas, pero, al momento de resolver dijo que la categoría reconocida y haberes abonados son correctos.

Expuso que resulta llamativo que en los últimos cinco años no tuvo faltas, ni días de enfermedad, que no tenía francos y laboraba seis días a las emana más de diez horas diarias para solamente ser un coordinar.

Cuestionó que la jueza de grado no valorara que en varios recibos el actor se le liquidaban 26 conceptos de comida y viáticos especiales, es decir, que laboraba como mínimo según el propio recibo 26 días al mes, y las horas extras estaba recortadas deliberadamente por el empleador, abonándole 42 horas extras al 50 %, y 28 horas al 100 cuando claro esta laboraba más horas extras conforme las propias COMIDA y viáticos especial reconocidos.

Especificó que el mes de liquidación, mes de junio de 2017, se le abonó la suma de 29 COMIDAS y 29 viáticos especiales, alegando que ello implica un reconocimiento tácito del demandado que el actor laboraba todos los días, sin descanso, pero le abonaba como un empleado administrativo.

A su entender el rechazo del planteo vulnera los derechos y principios básicos del derecho laboral en tanto contando con más de 8 años de antigüedad, sin ninguna sanción y siendo un ejemplar empleado, al pedir la protección de sus derechos laborales vulnerados con el pago de haberes en menor cuantía que los que le corresponden, fue echado de su trabajo, por reclamar y ahora ve que la jueza de grado sustenta ese rechazo sin fundamentos lógicos algunos, convirtiendo la sentencia en arbitraria.

Afirmó que en la sentencia en crisis, no se aprecia la protección del trabajador, y que no mereció análisis el despido a los quince días del único reclamo presentado por carta documento, no mereció análisis de la jueza, quien tampoco consideró que era el único empleado de la empresa que no era conductor, o sea que

la empresa en su faz no operativa propiamente dicha sea apoyaba únicamente en sus tareas.

Asimismo consideró errónea la interpretación efectuada por la magistrada de grado respecto la jornada laboral aduciendo que la cumplida fue la descripta al incoar demanda y no como equivocadamente consideró la jueza de grado "…de 9:00 a 12:00 y de 14:00 hs a 18.00 hs. (declaración Sr. Rodríguez) ...", señalando que la primacía de la realidad de los hechos desvirtúa el el análisis efectuado y sustenta su agravio. Se explayó mediante citas doctrinarias y jurisprudenciales.

Afirmó que la empresa no podía desconocer en la irregularidad que incurría al no encuadrarlo como personal jerárquico, por encima de sus compañeros, como un capataz de cuadrilla, como un personal organizador y de jerárquica suficiente, para imponer sanciones y controlar la diagramación de los servicios durante las 24hs del día para el transporte de insumos y herramientas para la industria desarrollada en los yacimientos de la cuenca del golfo san Jorge en esta ciudad.

Señaló que pasó por alto la jueza de grado era personal no afiliado al sindicato de camioneros CCT 40/89, quizás porque era quien recibía los reclamos y quejas del personal y de los representantes del gremio de camionero.

Reiteró que las labores desplegadas no se correspondieron con las de un operador de servicio sino de un personal jerárquico bajo CCT 611/2010 comprendido conforme art 10. Invocó el art. 12 del mismo CCT.

A su entender no puede obviarse ni sortearse que, la eficacia y operatividad de un convenio colectivo es general respecto de todos los trabajadores comprendidos en el ámbito representado por el sindicato camionero que no lo incluía en su afiliación ya que era el representante de los dueños en las reuniones y negociaciones.

En función de lo expuesto, concluyó que la relación de trabajo que vinculó a las partes estuvo regida por la L.C.T. y en especial por el Convenio Colectivo 611/2010, con un sueldo promedio de $120.000 tres empleados de camioneros habiéndole correspondido al trabajador la categoría de "P. J. Supervisor de transporte flota pesada", del mencionado marco convencional 611/2010 , que aplica casi un 30% más de la máxima categoría aplicada al personal de referencia, en este caso un camionero de yacimiento /o conductor de camiones del convenio petrolero.

Seguidamente señaló que en materia remuneratoria el S. de P. J. y P. del P. y G. P. de la P. A. y la C. de E. y P. de H. (CCT 611/10), no establece categorías o escalas salariales, y circunscribe el acuerdo a diversos adicionales como antigüedad; Presentismo; asistencia y puntualidad perfecta; yacimiento/producción, etc.

Aludió a que en este sentido el Superior Tribunal destacó dicha característica distintiva, haciendo referencia a los precedentes.

Peticionó que se admita el agravio y se revoque la sentencia en el punto.

II.-En el segundo agravio cuestionó l resuelto en cuanto a las diferencias en vacaciones, conceptos fijos y variables (art. 153 y 155) y SAC:

Afirmó que no se entiende la redacción de la sentencia a pesar de que el aparte resolutiva l magistrada admite la liquidación de dichos conceptos.

Dijo que en tal entendimiento, deben ser re liquidadas, para el caso de que no se admita el encuadre laboral del actor, pues se aprecia aun del análisis de las liquidaciones efectuada, que no se realizó un detalle especifico de las remuneraciones variables y las remuneraciones fijas percibidas.

Sostuvo que conforme se verificó la liquidación de las vacaciones no se ajusta a los normado en el art. 155 de la LCT, conforme los párrafos y acápites b y c) y d, toda vez que en las mismas, se omitió efectuar análisis y la liquidación no se ajustó a las otras formas variables que integran los sueldos liquidados como ser la cantidad de horas, premios, y conceptos no remunerativos, que deben liquidarse de acuerdo al promedio de los sueldo devengados durante el año que corresponda al otorgamiento de vacaciones o durante los últimos seis meses ya que los sueldos del rubro petrolero están integrados por una conjunción de conceptos fijos y variables.

Aclaró que los fijos serían: Básico, zona, Diferencia Turno... etc. y los conceptos variables, horas extras, viandas... etc.

Explicó que la liquidación se debe hacer en un sistema mixto, por una parte los fijos dividido 25 y las variables por día efectivamente trabajo. Transcribió jurisprudencia a efectos de apoyar su posición al respecto.

Solicitó que se haga lugar a este reclamo de diferencia de vacaciones mal liquidada, y que

oportunamente la perito efectúe el cálculo correspondiente a las vacaciones teniendo presente los conceptos fijos y los conceptos variables.

Dijo que el valor de las liquidaciones pagadas en la suma de $ 5.719,88 en 2017 por vacaciones 2016 y $4210.21 en 2016 por vacaciones de 2015, ello son incorrectas y fue expuesto por el propio perito contador (anexo I del informe pericial)

Señaló que las liquidaciones de vacaciones no gozadas de 2017 dan el triple de las liquidaciones abonadas y liquidadas en 2016.

Afirmó que la jueza omitió considerar que de la pericia surge que no existe plus vacacional, lo cual –a su entender- convierte el decisorio en infundado e incongruente con la prueba revelada.

Peticionó se ajuste el punto de la sentencia conforme este agravio.

III.- En el tercer agravio cuestionó lo resuelto en cuanto a la indemnización del art. 80 LCT alegando una incorrecta aplicación y análisis.

Expresó que la CD X de fecha 27/07/17 (fs. 165) en el punto i. mencionó que a la fecha de imposición de la comunicación no se había procedido a la entrega de las certificaciones y constancias de servicios y remuneraciones art. 80 LCT que acredite el cumplimiento de las obligaciones legales ante los organismos sindicales y de la seguridad social. Refirió que los certificados deberían cumplir con las exigencias de la ley 20.744 -art. 80-, bajo apercibimiento de que si no los entregaba en termino de ley se efectuaría reclamación de indemnización.

Apreció que se cumplió el plazo establecido en el art. 146/01 e intimado por el plazo de ley (2 días hábiles), por lo cual, ante la falta de entrega de dicha documentación, consideró procedente la indemnización del art. 80 LCT.

IV.- Seguidamente su cuarta crítica se finca en el rechazo de las indemnizaciones art. 1 y 2 de la ley 25323.

Luego de referir a la normativa aplicable, señaló que efectuado el reclamo, y nunca abonaron y la jueza de grado incorrectamente rechazó el reclamo, convirtiendo el decisorio en arbitrario.

Dijo que no tuvo más remedio que instar la acción judicial para hacerse de su crédito, supuesto este también contemplado en la norma.

Argumentó que si la sentencia hace lugar al reclamo, es justo que al menos la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25323 se aplique sobre el total o sobre una parte.

Señaló que los jueces están habilitados para reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio, lo que debe obedecer a causas que hayan justificado la conducta del empleador, el que debe derivar de una fundada apreciación del proceder de aquél, pero nada dijo al respecto la magistrada.

Concluyó que el agravio debe ser receptado incrementando las indemnizaciones del 232, 233 y 245 de la Ley 20744 en un 50%.-

V. En su quinto agravio cuestionó el rechazo de la demanda contra N. S.

Afirmó que resulta impensable que el demandado resulte condenado como fruto de lo ventilado y probado en la causa.

Señaló que nadie puede negar -con entidad objetiva- que sean totalmente independientes y con autonomía de los servicios T. SRL Y N. S. quienes se valieron de las labores y funciones realizadas para su beneficio y perjuicio de sus derechos.

Insistió en que nada puede razonablemente desligar de su responsabilidad como destinatario final y directo beneficiario al Sr. N. S. de los servicios prestados, los que sin perjuicio de la n registración de la empresa unipersonal de R. M., debían asumir de manera directa con la dotación de más personal pero que era cubierto con sus tareas.

Explicó que estamos frente a un instituto arduamente debatido y discutido en sus alcances por la doctrina y jurisprudencia y que ocupa desde hace varios años un lugar preponderante y de permanente estudio y elaboración por la doctrina y la jurisprudencia de todo el país.

Dijo que en el fallo en crisis ha existido un reducción de los principios protectorios del trabajador (art.14 bis C.N. y 11 L.C.T.), pues es poco entendible como siendo el único empleado de las dos empresas que prestan servicios en Nicolás Moral X se le haya rechazado la demanda impetrada al codemandado y único beneficiario N. S.-

Sostuvo que en la sentencia se ve aplicada la tendencia que se concreta en acentuar de manera gradual y progresiva la tesis de interpretación restrictiva de la solidaridad objetiva como mecanismo de protección

al trabajador, a partir del paradigmático fallo de la CSJN "R. J. C/C.E. A. S.A. Y OT." (sent. del 15-04-93; D.T. 1993-A-754) y que fuera motivo de revisión en el precedente “B.”, dictado por el Superior Tribunal Nacional (22/12/09).

Aclaró que en los supuestos de “subcontratación” -como el que nos ocupa- la herramienta de técnica jurídica prevista en el art.30 L.C.T. y centrada en la “solidaridad pasiva”, no se trata de una protección contra el fraude, sino la estrategia legal para conferir un reaseguro al crédito alimentario del trabajador sin atribuir consecuencias y efectos jurídicos de empleador principal al contratista, como sí ocurriría frente al supuesto de interposición fraudulenta normado en el art.29 L.C.T.-

Destacó que N. S. era el mecánico de los bienes de T. SRL que resulta ser la persona jurídica de N. S., donde la existencia de una relación laboral no formalizada, puede resultar una herramienta eficaz para ocultar o distraer el verdadero empleador, pero detectada y clarificada la vinculación en toda su extensión, todos aquellos que contribuyeron a concretar el ocultamiento y facilitar la simulación ilícita sancionada por la L.C.T. (art.14), quedan alcanzados en la responsabilidad frente al trabajador como verdaderos empleadores, al haberle imposibilitado o por lo menos dificultado a aquél conocer la realidad jurídica de las partes integrantes de la relación sustantiva laboral.-

Llamó su atención por ello que la magistrada de grado en virtud de considerar que trabajó en relación de dependencia únicamente para T. SRL; que no acreditó

la relación laboral con la razón social N. S.; y que no existió clandestinidad laboral respecto al codemandado hiciera lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva planteada.

A su entender existió un enfoque jurídico arbitrario de la cuestión introducida en cuanto extender la responsabilidad al Sr. S., socio gerente de la SRL empleadora por los reclamos de trabajador por irregularidades en su registración.

Se explayó en su argumentación mediante citas jurisprudenciales.

Continuando con su fundamentación reiteró que el fallo que rechaza la demanda contra S. es arbitrario, infundado y contrario a la ley aduciendo que hay directivas doctrinarias para aplicar la solidaridad ante la clandestinidad laboral, que se concretan en: a) comprobación rigurosa de los presupuestos fácticos del art. 30 L.C.T. para apreciar la existencia de la solidaridad; b) inaplicabilidad del art. 30 a determinados "contratos de empresa", ej: concesión, distribución, franquicia, etc.; c) plena vigencia y severa tutela de los derechos del trabajador en los supuestos de fraude laboral; d) la "unidad técnica de ejecución" como condición operante de la solidaridad, contemplándose la actividad real del establecimiento y no el objeto social de la empresa; e) la solidaridad nace cuando se trata de servicios contratados o subcontratados que complementen la actividad normal de la empresa y exista una unidad técnica de ejecución entre la empresa y su contratante.

Señaló que el instituto de la "solidaridad objetiva" tiene por finalidad evitar el fraude a través

del fraccionamiento "aparente" del proceso productivo, cediendo a terceros tareas que son propias de la "actividad normal y específica del establecimiento" para poder cumplir con su objetivo empresario. Expuso que en la actualidad, a partir de las nuevas reglas del mercado que impone la renovación de técnicas de comercialización, marketing, mayor especialidad en la producción de bienes y servicios y competitividad en la colocación de productos terminados, han nacido nuevas formas de contratación con el objeto precisamente de derivar la "comercialización" y/o fraccionar o segmentar el proceso productivo, economizando tiempo, recursos, esfuerzos y diluyendo riesgos.

Expuso que la razonable, pacífica y justificable convivencia dentro de un marco jurídico armónico de estas nuevas formas de contratación basadas en la iniciativa privada y libertad de contratar, con los principios y valores que soportan el instituto de la solidaridad previsto por el art. 30 L.C.T. exige así de un análisis pormenorizado y específico que en cada caso concreto permita efectuar un control que no haga ilusorio o inoperante este garantismo protectorio proveniente de la ley, inspirado por el principio de primacía de la realidad para evitar el fraude, impidiendo las burlas a los legítimos derechos amparados por el derecho laboral.

En virtud de las consideraciones efectuadas y las probanzas rendidas entendió que en este caso concreto existen elementos de convicción eficiente y suficiente para sostener la responsabilidad concurrente de N. S. frente a las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que vinculó a T. SRL.

Expuso que se evidencia en el accionar del Codemandado una deliberada intención de utilización del recurso humano de T. en su propio beneficio, sin registración de sus empleados, con conducción empresaria calificable como "fraudulenta" que evidencie la presencia de un abandono de la buena fe y la existencia de maniobras diseñadas para burlar los créditos del actor.

Explicó que se trata de un empleador de carácter plural integrado por dos personas jurídicas y que la totalidad de las obligaciones laborales emergentes de ese vínculo pueden ser reclamadas por el trabajador solidariamente a cualquiera de ellos, quienes deben responder en tal carácter independientemente de las acciones que procedan entre sí. Afirmó que se trató de una solidaridad pasiva de las codemandadas que en el ámbito laboral debe ser conjugada con dos principios: el protectorio y el de primacía de la realidad, pues el codemandado N. S. no podía realizar sus tareas sin la realización de las labores y tareas por él desarrolladas y de allí se originaría la responsabilidad solidaria objetiva.

Agregó que es poco probable que un empleado de una empresa, preste servicios y labores para dos empresas distintas de un grupo empresario de manera gratuita y compartiendo solo el “pañol” aseverando que no puede considerarse que las mayores funciones y responsabilidades atribuidas constituyan una liberalidad, ya que la gratuidad no se presume, resultando ello derivación de los principios de igual remuneración por igual tarea y del de buena fe, sin la registración por parte del codemandado que usaba y

utilizaba los recurso de T. en su beneficio propio para evitar una registración de sus empleados.

Afirmó que la existencia de un "grupo empresarial" es evidente, pero la magistrada indebidamente omitió realizar dicho análisis.

Señaló que las empresas tienen el mismo domicilio legal y real; que los demandados, utilizan el mismo predio para prestar sus servicios y resguardo de unidades, utilizaban en común implementos, insumos, y personal y el gerente y titular de la unipersonal son los mismos con una similar comercialización de servicios.

Adunó a ello que la atribución de responsabilidad solidaria está probada en tanto debía acreditar: a) la existencia de una unidad, un uso común de los medios personales, materiales e inmateriales; b) la subordinación de una empresa a otra, de la que depende económicamente en forma directa o indirecta; o c) el condicionamiento de las decisiones de una empresa a la voluntad de otra o del grupo al que pertenezca.

Concluyó en base a lo expuesto que quedó demostrado que las empresas son un conjunto societario con puntos de contacto, reveladores de intereses comunes, en su caso puntual cumplía labores para ambas empresas, por lo cual tanto T. SRL como N. S. R. M. son solidariamente responsables respecto a las obligaciones que surgieron en virtud de la prestación de tareas.

VI. Por último se agravió de la imposición de costas.

Dijo que en caso que finalmente se rechace la demanda interpuesta contra la firma N. S. R. M. las costas deben ser impuestas por su orden, en razón de

la razonabilidad del reclamo, de que ha existido una sola presentación por parte del demandado y con una misma representación legal.

A su entender debe analizarse que los argumentos de la demanda contra el codemandado S N. S. no resultaron caprichos ni infundados, ya que merece un análisis de aplicación de extensión de responsabilidad por omisión de registración en fraude a la ley.

Efectuó reserva del caso federal.

Agravios de la demandada (fs. 506/511).

En su primer agravio cuestionó lo resuelto en cuanto a la extinción del vínculo laboral.

Señaló que en el conteste de la acción impetrada, negó expresamente la entrega fehaciente del certificado médico por parte del actor y menos aún a través del procedimiento normal de la empresa, hartamente conocido por el trabajador, quien siquiera cumplió mínimamente con las disposiciones del art. 209 de la LCT.

Dijo que de los propios considerandos de la jueza aquo, se desprende la falta de fecha y hora de recepción del certificado médico, como así también que el mismo haya sido recepcionado por T. S.R.L., ya que fue dejado al personal de seguridad tercerizada (ajena al funcionamiento operativo y administrativo de la empresa). Invocó el art. 209 de la LCT, aduciendo que si bien debe ser interpretado en un marco de informalidad, y que el trabajador puede emplear la forma de aviso que estime más conveniente, es éste quien tiene a su cargo la prueba de la existencia del aviso. Afirmó que el actor, lo único que acreditó en autos es la existencia de un certificado médico con fecha de presentación, a una tercera persona ajena a la empresa,

y quien, asimismo, niega haber escrito de su puño y letra la fecha y hora de recepción, el día 25 de junio de 2017, pero que el mismo tiene fecha de confección por el médico tratante el 27 de junio de 2017.

A su entender, la magistrada de grado, en un exceso de presunción a favor del trabajador y pese a las irregularidades expuestas en estos obrados, le dio entidad suficiente, sin siquiera encontrarse probado que el mismo haya sido recepcionado y/o anoticiado de manera alguna a T. S.R.L.

Dijo que se evidencia malisiosidad e incumplimiento en el deber de fidelidad del accionado, que no ha sido tenido en cuenta por la juzgadora.

Sostuvo que agravia a la parte lo sostenido por la jueza de grado en cuanto considerar como válido el aviso de la enfermedad a la empresa y que el actor fuera despedido durante la vigencia del certificado médico laboral, valiéndose solamente de un análisis de presunción arbitrario sobre lo expuesto por el actor en su libelo accionario, sin tener en cuenta la orfandad probatoria de sus argumentos, no surgiendo de autos el hecho y circunstancia de que T.
S.R.L. haya tenido conocimiento del mentado certificado médico y su recepción.

Afirmó que deviene improcedente la aplicación del art. 213 LCT que se endilga, solicitando su revocación en el fallo de instancia.

En su segunda crítica se alzó contra lo resuelto en relación a la omisión de entrega de la constancia de aportes y contribuciones a la seguridad social y al sindicato.

Señaló que tal como manifestara la jueza a quo en sus considerandos, el cumplir con el extremo legal de marras resulta dificultoso para la empleadora, toda vez que ingresa los aportes y contribuciones a los organismos de la seguridad social en forma conjunta de todos los trabajadores y deviene imposible discriminar lo que se destinó a cada empelado. Asimismo explicó que todo empleado puede obtener la información referida a su historia laboral, presentándose con su D.N.I. en las oficinas de ANSES, o bien, ingresando en la página web del Organismo. Dijo que l obligación impuesta por el primer párrafo del Art. 80, no puede descartar el deber de buena fe del trabajador que tiene herramientas y mayor facilidad para acceder a la información requerida. Afirmó que si bien la sentenciante tiene en cuenta estos extremos en sus considerandos, termina cayendo en un ritualismo innecesario al finalmente no tenerlos en cuenta en su decisorio.

Aseveró que nos encontramos frente a una obligación de hacer, que consiste en informar, y que se encuentra cumplida con la declaración jurada inserta en el Certificado de Trabajo y que, Una interpretación dogmática de la norma, abstraída de las pruebas incorporadas a los presentes autos, puede llevarnos al fatal error de alejarnos de la verdad jurídica objetiva por la que deben velar los jueces.

Manifestó que la jueza de grado incurrió en un yerro mayor al no otorgarle valor probatorio a la pericia contable practicada en autos, que de hecho ni siquiera la mencionó.

Expuso que, en su informe, el especialista manifestó haber tenido a la vista la documentación que

acredita los pagos de las cargas sociales de los dos últimos años (Form. 931) y los pagos sindicales correspondientes. Invoco doctrina de nuestro máximo tribunal provincial.

Por otra parte manifestó que teniendo en cuenta el carácter recepticio de la notificación del despido, ocurrido en los términos expuesto en la sentencia de marras – 03/07/2017 – y que el trabajador intimó a la entrega del certificado de Trabajo en los términos del art. 80 en fecha 27 de Julio de 2017, deviene en improcedente la indemnización / Multa art. 80 LCT, toda vez que no tuvo en cuenta que, la procedencia de esta indemnización queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de la documentación establecida en la norma, y en cuanto al plazo, si bien el art. 45 de la ley 25.345 -que agrega la última parte al art. 80 LCT- hacía referencia a dos días hábiles, el Decreto 146/2001 -B.O. 13/02/2001- reglamentario de la norma establece definitivamente el plazo perentorio dentro del cual el empleador, una vez producida la disolución del vínculo laboral, por cualquier causa, debe entregar al trabajador los instrumentos a los cuales se refiere el art. 80 de la LCT; concretamente dispone que el trabajador está habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el art. 45 de la ley 25.345 cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previsto en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la LCT, dentro de los 30 días corridos de extinguido por cualquier causa el contrato de trabajo.

Dijo que en el caso no se encuentra vencido el plazo de treinta días desde la culminación de la relación laboral para proceder a la entrega de parte de la patronal las correspondientes certificaciones, y que el actor no se encontraba habilitado para intimarla a que esta le haga entrega de las mismas y de esta manera habilitar la indemnización del art. 80.

El tercer agravio criticó la declaración de inconstitucionalidad de las sumas no remuneratorias y la imposición de costas:

Manifestó que T. SRL liquidó y pagó, conforme expresaban las normas convencionales, en función de su naturaleza no remuneratoria, de acuerdo lo indica el CCT 40/189.

Explicó que el pago de las sumas no remunerativas, fueron beneficios, conseguidos por el gremio del sector, quien propugno por su no remuneratividad, tratándolas como conceptos extra salariales, siendo homologadas y convirtiéndola en ley para las partes. Es decir que salvo que se pacten condiciones más favorables dado el carácter irrenunciable de los convenios colectivos de trabajo, cualquier omisión de aplicación por parte de esta Patronal resultaría inadmisible.

Señaló que la jueza a quo yerra en su análisis, al considerar que en el caso sub examine, las prestaciones tienen naturaleza remunerativa, sin tener en cuenta que ello, fue resuelto en el ámbito gremial, por normas convencionales, y resoluciones del Ministerio de Trabajo por expreso pedido del sector sindical, por lo que no puede desconocerse su carácter

cuando le conviene a los trabajadores. Se explayó en su argumentación.

No obstante el cuestionamiento, y para el hipotético caso que se confirmare lo en cuanto a la naturaleza salarial de mención, se agravió de la imposición de costas en lo que respecta a la Declaración de Inconstitucionalidad fallada, sosteniendo que, no puede atribuirse incumplimiento alguno a T. SRL, por haber liquidado como decía la ley convencional, y el cumplimiento de la ley, nunca puede generar una sanción o una condena en costas, ya que la obligación sobre la remunerativiidad reclamada surge de este proceso y no de la ley de aplicación.

Seguidamente en su cuarta queja, afirmó que la temeridad es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón para litigar y, no obstante ello, así lo hace. Señaló que la jueza a quo subestimó el accionar del actor, calificándolo de un simple yerro, cuando no pudo el accionante desconocer que no prestó labores para el codemandado N. S.

Dijo que el accionante inventó la existencia de una sociedad comercial denominada N. S. – R. M. a los únicos fines de litigar lo que no puede constituir un simple yerro.

Afirmó que la conducta temeraria se revela al juez a través de toda la actuación en el proceso por lo absurdo, caprichoso, etcétera, de las pretensiones o defensas, aduciendo que es absurda la manifestación de cumplir jornadas laborales de 17 horas los siete de la semana; y la de estar resolviendo inconvenientes, atendiendo proveedores y servicios, con atención de los problemas y resolución de los mismos las 24 horas del

día los 365 días del año entre otras a efectos de graficar su postura.

A su entender el rechazo formulado por la sentenciante implica apañar la conducta del actor, quien amparándose en el beneficio de la justicia gratuita y abusando del principio in dubio pro operario, pretendió dolosamente perjudicar a quien a todas luces actúo asistido por la razón y la lógica.

Solicitó que en atención de lo expuesto así lo declare.

En quinto lugar se agravió de la imposición de costas en un cien por ciento a la accionada T. S.R.L.

Argumentó que se hizo lugar parcialmente a la demanda invocando lo prescripto por el art. 72 del Código de rito.

Señaló que existieron éxitos recíprocos ya que la magistrada de primera instancia admitió sólo algunas de las pretensiones (sobre este sería la actora la vencedora y el demandado el vencido) y rechazó las otras por lo que las costas se deben distribuir proporcionalmente.

Por último, se agravió de la base regulatoria de Honorarios en el rechazo de la demanda contra el Codemandado N. S.

Dijo que le resulta agraviante la decisión de la sentenciante de tomar como base regulatoria de los honorarios de los representantes de la parte codemandada (N. S.), el monto que determine el experto contable, en tanto, es sabido que no solo la parte de la demanda que prospera constituye el valor del proceso a los fines regulatorios, pues la base aparece determinada por la totalidad de las pretensiones articuladas por el

demandante, ya que fue exactamente frente a todas ellas que la dirección letrada del demandado debió ejercitar su estrategia, sus defensas y sus pruebas.

Dijo que por ello, la base regulatoria debiera ser la suma pretendida por el actor en su libelo iniciatorio, por su rechazo total, correspondiendo tomar el monto del reclamo tal como fue tratado en el pronunciamiento de primera instancia, pues ésta es la pauta a considerar, ya que constituye el monto del proceso que resulta de la sentencia y que no debe confundirse con el de la condena, con el que puede o no coincidir.

Afirmó que, a fin de establecer la base de cálculo de las regulaciones de honorarios en este proceso sobre el rechazo de la misma contra la codemandada (N. S.), corresponde tomar el monto del reclamo, ya que constituye el monto del proceso que resulta de la sentencia y que no debe confundirse con el de la condena.

ANALISIS

De la lectura de los memoriales de las partes agraviadas, hay dos cuestiones que debo aclarar, en primer término que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones sino aquella que sean conducentes a la resolución del caso, y como punto, advierto que las discrepancias subjetivas, y la reiteración de argumentos volcados en las instancias anteriores no constituyen una crítica concreta y razonada con el alcance previsto en el art.268 del código ritual, advierto que el actor ha mantenido tal comportamiento, sin perjuicio de lo cual y conforme el criterio amplio que he mantenido a lo largo de los años en esta función, no he de aplicar la máxima sanción contenida en la norma procesal, y tomaré aquellos

escasos argumentos que sostengan la revisión de la sentencia.

Ambas partes cuestionaron la sentencia de la a quo con motivos y argumentos contrapuesto, dado ello, abordaré en orden indistinto las cuestiones a decidir, lo que constituye una metodología basada en la influencia de los temas sobre la vinculación de las partes y las situaciones resueltas, en primer término, debe decidirse sobre la fecha de la disolución del vínculo laboral que unió al actor con la empresa demandada/condenada T. SRL.-

En punto a cuando se produjo el distracto he de coincidir con la a quo sin que el memorial de agravios conmueva el razonamiento que llevo a la decisión de considerar el mismo el día de emisión del certificado médico que este fue receptado por la empleadora y la aplicación del art.213 de la LCT. También que recibió el día 3 de julio de 2017.

Reiteradamente he sostenido conjuntamente con los demás integrantes del Cuerpo que integro que, el empleador debe las indemnizaciones legales desde el instante en que se verifica el distracto (ver Vázquez Vialard “Tratado de derecho del trabajo” pag.322 t.5 Ed.Astrea.-pag.378) que tanto la declaración de cesantía dispuesta por el empleador como la del trabajador que se considera despedido, revisten el carácter de recepticias, es decir que sólo produce efectos jurídicos cuando es recepcionada por el destinatario, de modo tal que una vez que la comunicación llega a la esfera jurídica de éste la rescisión contractual queda consumada. En consecuencia, la extinción del contrato se perfecciona en ese momento y no antes ("G. de S., M.

c/ I. I. S.A.I.C. s/ Despido" - SCBA - L 42833 S - 29-8-1989 y criterio seguido por esta Cámara en reiterados fallos).

El empleador, tiene una carga de diligencia de la comunicación con respecto a la recepción de la misma. Ello en el marco inalterable en el tiempo del principio de buena fe consagrado en el Art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo que prevé que ambas partes están obligadas a ajustar su conducta a lo que es propio de un buen trabajador, no sólo mientras dura la relación de trabajo sino también al extinguirla.- Sin perjuicio de los haberes pendientes, la a quo tuvo por concluido el contrato laboral el 3 de julio de 2017.

En cuanto a la aplicación de las presunciones, la verdad material sobre la formal, en la especie cobra especial relevancia, como también los principios de buena fe. Si bien he de aceptar que dejo el certificado médico en manos de un sereno, se trata de una empresa de baja envergadura, como han reconocido los demandados en sus contestes de la acción, me refiero que no existe una cantidad de personal trabajando como para desconocer la particular situación del sr. Z., y mucho menos no haberse interiorizado la empresa de la ausencia de un agente que llevaba vinculado un periodo considerablemente extenso de tiempo (9 años).

Por ello confirmo.

En cuanto a la omisión de acompañar el Form. 931 que la a quo consideró pendiente no brinda un fundamento que modifique lo decidido, en cambio varia respecto del la condena a la indemnización del art.80 LCT, modifico la sentencia en el punto por cuanto el

actor no cumplió con la intimación prevista en el dto.146/2001.

El distracto se produjo conforme lo resuelto en la presente sentencia el 3/7/2017, la intimación deficientemente cursada el 27/7/2017 es además extemporánea por no haberse cumplido el plazo de 30 previsto en dicho reglamento, bastando la confrontación de las fechas para arribar a esta decisión, por lo cual deberá excluirse de la condena.

En cuanto al pedido de responsabilidad por la falta del form. 931,propuesto en el memorial por el actor, resulta una cuestión ajena a lo peticionado en la demanda lo cual no corresponde sea abordado por la segunda instancia en atención a la garantía constitucional de defensa en juicio, que la Alzada solo puede expedirse sobre aquellas cuestiones que fueron materia de debate en la oportunidad procesal correspondiente.- Por otra parte tal como se resolvió la indemnización del art.80LCT, la única sanción contra el empleador, no puede atenderse el planteo del accionante.

En cuanto a los rubros a las sumas percibidas por el actor, declarados remunerativos en la sentencia de grado, poco puedo aportar que no haya expresado la magistrada de grado toda vez que ha sido criterio constante y sostenido en esta Alzada, desde hace varios años en única Cámara de Apelación fija la jurisprudencia en la jurisdicción, tal como fuera señalado en el fallo, careciendo el memorial de argumentos descalificantes.

Simplemente a modo ilustrativo y habiendo dejado sentado mi criterio de conformidad con lo resuelto,

cito, El convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes". Desde dicha perspectiva, al tratarse además de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1 L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la Ley Fundamental. (Del voto del Dr. Stortini. CNTRAB - Sala X - "R. J. A. c/S. O. de S. SA s/diferencias de salarios". Citar: elDial.com - AL31B0).

Por otra parte, corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad de las cláusulas convencionales que regulan los rubros "Dgos. Exp. MT 10822447/03", "Acuerdo Dic. O3-MTSS" y "Beneficio de compra", en cuanto niegan a éstos su indudable naturaleza salarial, y vulneran en el caso el derecho constitucional del actor a la protección contra el salario. En el entendimiento que resulta inconstitucional por vulnerar el convenio 95 de la OIT, norma de jerarquía supralegal (conf. Art. 75, inc. 22, párr. 1°, C.N.)

Por ultimo agrego criterio que comparto El art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT (texto según art. 1 de la ley 24.700). Dicho convenio dispone que "...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato

de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". Así, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo ha sostenido desde su reunión 65° de 1995 que los beneficios sociales cualquiera sea el nombre que se les pueda dar son elementos de la remuneración en el sentido del art. 1° del Convenio 95 y por lo tanto debe recibir la protección que al salario el mismo otorga. A ello cabe agregar que el art. 103 bis, párrafo primero e inciso b) de la LCT es inconstitucional por violar los derechos a una retribución justa, a la protección contra el despido arbitrario y a las vacaciones pagadas (conf. Arts. 14 bis y 75, inc. 22, C.N. y convenio 52 de la OIT). Motivo por el cual rechazo el agravio.-

Se queja del rechazo de la solidaridad laboral peticionada en la demanda en el marco del art.30 de la LCT conviene recordar lo dicho por la SCJ de la Nación en autos “V., V. y otro c/ C. E. A. S.A. y otros” del 25 de junio de 1996 (DJ 1997-2-802), que “la ley de contrato de trabajo impone la solidaridad a las empresas que teniendo una actividad propia, normal y específica o habiéndose encargado de ella, estiman conveniente o pertinente no realizarla por sí en todo o en parte, sino encargar a otra u otros esa realización de bienes o servicios. Ello debe determinarse en cada caso, ateniendo al tipo de vinculación y las circunstancias particulares que se hayan acreditado”. Lo que se desprende del mismo fallo, que debe considerarse la vinculación jurídica de ambas empresas codemandadas para no extender infundadamente el ámbito de aplicación

del Art. 30 de la LCT. Conforme ello, del plexo probatorio direccionado a demostrar la actividad del actor, que es lo resulta decisivo en cuanto se pretende acreditar la vinculación de ambas empresas, no considero que la sentenciante de grado haya incurrido en una errada valoración, el sr. S. tenía un deposito tal como surge de las declaraciones testimoniales, en el establecimiento de la codemandada, pero la actividad desplegada por el accionante era para beneficio de T. la elástica interpretación que pretende el recurrente exclusivamente basada en que tenía un pañol no define la función ni la vinculación empresaria por lo que, arribo a la misma que la sentenciante.

Véase que cuando habla el Superior Tribunal del país de la actividad de la empresa se refiere a la que es propia, normal y específica o habiéndose encargado de ella, y es en este último concepto que en autos no quedó demostrado que la actividad había sido encargada por la contratante para que la realicen el actor.

En el mismo sentido, reitero que con este criterio se expidió el Superior Tribunal de Justicia del Chubut al decir que "el Art. 30 de LCT supedita la solidaridad legal en las obligaciones, a que los trabajos y servicios que se contraten sean los propios de la actividad normal y específica del establecimiento comprendiendo aquellas actividades que hacen posible el cumplimiento de la finalidad de la empresa" (STJ 000A, 06-05-92).

El concepto brindado por la ley supone que los contratos celebrados aseguran la realización del fin propio de la empresa contratista y que ésta se haya beneficiado con la actividad laboral de los reclamantes, lo que no se observa en la especie.

Por último, y remarcando conceptos previos afirmo, para que se aplique el Art.30 de la LCT es necesario que se contraten servicios que se relacionen con la actividad normal y específica, además, es válido sostener que hay una unidad técnica de ejecución entre la principal y su contratista y debe atenerse a la implícita remisión al Art.6 de la LCT, siguiendo la doctrina del Superior Tribunal de Río Gallegos (autos: "H. c/ M." del 22/10/97, en idéntico sentido se expidió el 30-5-97).

Que si bien existió una relación empresaria; la empresa del sr. S. no empleo los servicio de T. ni a personal de esta para la satisfacción de sus objetivos, y por más que asiente su disconformidad en el local o en la sede del establecimiento, no cuadra en las prescripciones del Art.30 de la LCT y la doctrina al respecto.- En síntesis que no le corresponde imputar la responsabilidad solidaria contenida en el Art.30 de la LCT ni tampoco en el art.29 del mismo cuerpo legal por lo cual rechazo el agravio.-

No mejora la suerte adversa del actor apelante en cuanto al encuadre convencional los fundamentos dados son ajustados a derecho presentando una simple disconformidad subjetiva el recurrente, rechazo el agravio.

No puedo admitir las restantes quejas por carecer de una adecuada fundamentación, están asentadas en la disconformidad con lo resuelto por la a quo, sin que alcancen a demostrar el error en la valoración de la prueba o la arbitrariedad en la aplicación del derecho al caso.

Particularmente destaco que en el agravio que numeró segundo, la simple manifestación de no comprender la sentencia va de suyo insuficiente, el criterio jurisprudencial de esta circunscripción respecto de la base de cálculo para la indemnización del art.245LCT fue claramente expuesta en la sentencia. El rechazo de vacaciones fue parcial y referido a la aplicación de la normativa del código de trabajo, no está integrado como manifiesta el apelante en el fallo. Que solicite el apelante se haga lugar a lo pedido no es un argumento para apartarse de lo dispuesto en el art.157 LCT.

En cuanto a las horas extras, la existencia del pago aislado del rubro vianda, no brinda suficiente duda como para acceder a lo reclamado, habida cuenta que se careció de cualquier otro tipo de prueba o indicio para hacer funcionar lo dispuesto en el art.9 de la LCT, puesto que requiere la existencia de duda, lo que no ocurrió en el caso.

El actor era coordinador realizaba variadas funciones en el ámbito de la empresa lo que llevo al rechazo de la recategorización pretendida y que comparto el análisis de la jueza, hubo un reconocimiento y pago de horas extras, lo cual resultaba evidente que la jornada laboral tuviera exceso y lo que era pagado, lo que no alcanzo a demostrar que eran aún mas las horas realizadas, y que fueran deficientemente pagadas porque se liquidaron de acuerdo a la categoría laboral que revestía y no a la que pretende.

En síntesis rechazo los agravios del actor.

El demandado pretendió aplicar la sanción por temeridad y malicia.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que para la sanción prevista en el art. 275 LCT, debe considerarse que para su aplicación ha procederse con prudencia.-

Sigo la doctrina que se enrola en la postura de la prudencia y el análisis en cada caso de la conducta de la parte, que en la especie no considero que haya incurrido en una conducta procesal obstruccionista, ni temeraria merecedora de la sanción impuesta. “Para aplicar la sanción máxima por temeridad y malicia, es necesario proceder con prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer a la sola circunstancia de que las acciones y defensas hayan sido desestimadas, ni que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio. Es decir que la sanción prevista en el artículo 275 de la LCT sólo es aplicable en casos extremos, y cuando la actuación resulta un proceder malicioso y temerario, el que debe quedar debidamente configurado y dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave pues, de lo contrario, se puede afectar un principio constitucional, como lo es el de defensa en juicio, lo que obliga a actuar con mayor prudencia” (Ojeda ob.cit. T.III Pág. 757).

En cuanto a las costas y honorarios, toda vez que la sentencia de grado fue revocada parcialmente, es de aplicación lo dispuesto en el art. 282 del ritual por lo cual carece de virtualidad jurídica expedirse sobre los agravios referidos a dichos ítems.

Se mantiene la imposición de costas de primera instancia como fueron dispuestas y se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

Las costas de esta Alzada se imponen por orden causado atento que el éxito parcial obtenido por la parte demandada no reviste entidad para aplicar en la especie que es un juicio laboral a la contraria.

Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

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

Propongo

1.-Receptar parcialmente los agravios de la codemandada T. SRL, modifico parcialmente la sentencia de grado rechazando la demanda en cuanto a la indemnización del art. 80 LCT que deberá ser descontado de la liquidación a practicarse conforme fuera ordenada por la a quo en punto 1 del decisorio. Diferir la regulación de honorarios de los profesionales actuantes en ese estadio para el Acuerdo.

2.- Costas de la Alzada por orden causado.

3.-Diferir la regulación de honorarios para el momento del Acuerdo.

A la primera cuestión, el Dr. Hayes dijo:

Vienen estos autos a mi conocimiento con motivo del recurso de apelación que contra la sentencia de grado interpusieran la parte actora (fs. 503, agravios fs. 512/524) y la parte demandada (fs. 504, agravios fs. 506/511). Corridos los traslados de ley, fueron contestados por las partes (fs. 526/527 y 528/534).

I. Antecedentes

En breve resumen y en lo que aquí interesa, diré que el Sr. C. L. Z. promovió demanda laboral contra la firme T. SRL y contra N. S. R. M., ambas empresas con mismo domicilio, de esta ciudad, con el objeto se las condene solidariamente al pago de la suma de pesos tres millones doscientos treinta y dos mil seiscientos cincuenta y cinco con treinta y tres ctvs. ($ 3.232.655,33.-) o lo que en más o en menos resulte de las probanzas de autos. Discriminó en el objeto el reclamo efectuado a cada una de las codemandadas. Solicitó se aplique al capital de condena la tasa de interés para préstamos personales a 60 días del B. del C. SA desde que cada crédito reclamado resultó exigible y hasta el efectivo pago, con costas. Relató hechos. Pidió se declare la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos que compusieran sus haberes. Practicó liquidación. Ofreció prueba. Reservó el caso federal. A su turno se presentaron las codemandadas conjuntamente. Opusieron excepción de defecto legal y de falta de legitimación pasiva respecto del Sr. N. S. Contestaron demanda. Cumplieron con el imperativo procesal negando hechos. Impugnaron liquidación. Solicitaron se decrete temeridad. Ofrecieron prueba. Se opusieron a prueba. Reservaron el caso federal. Pidieron se rechace la demanda, con costas al actor. En oportunidad, la excepción de defecto legal fue rechazada y la de falta de legitimación pasiva diferida para el momento del dictado de la sentencia. Proveída que fuera la prueba ofrecida por las partes y producida la pertinente, pasaron los autos a despacho para resolver.

La sentencia dictada en la instancia de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr.

C. L. Z., y en consecuencia condenó a la firma T. SRL en el plazo de diez (10) días a la entrega de la constancia de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales y a abonar en idéntico plazo la suma que determine el experto contable conforme lo resuelto en el apartado IV.4 y III.B.5 del fallo con más intereses fijados en IV.6. Rechazó la demanda interpuesta por el Sr. C. L. Z. y en contra de la firma N. S. R. M. en tanto hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta. En relación a la demanda interpuesta contra la firma T. SRL impuso las costas a la demandada vencida. En relación a la demanda interpuesta contra la firma N. S. R. M. impuso las costas al actor. Reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

II. Análisis de los agravios. La solución

Contra el decisorio se alzaron ambas partes, la actora y la demandada T. SRL. La primera se agravió en virtud de: a) incorrecto rechazo del encuadre laboral, b) diferencias en vacaciones conceptos fijos y variables y SAC, c) incorrecto análisis y aplicación de la indemnización art. 80 LCT, d) incorrecto rechazo art.1 y 2 Ley 25.323, e) rechazo de la demanda contra N. S., y f) incorrecta imposición de costas. Por su parte, la segunda se agravió en virtud de: a) extensión del vínculo laboral- aplicación art 213 LCT, b) omisión de entrega de las constancias de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales. Presidencia de la prueba documental y la prueba pericial. Incumplimiento de los plazos de intimación, c) inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas – imposición de costas, d) temeridad, e) imposición de costas a la demandada, y f)

base regulatoria d honorarios en el rechazo de la demanda contra el codemandado N. S.

Adentrándome en el tratamiento de la cuestión traída a mi análisis, acostumbro recordar en mis votos que no es preciso que el Tribunal considere todos y cada uno de los planteos y argumentos esgrimidos por las partes, ni en el orden en que son propuestos, bastando que se lo haga únicamente respecto de aquellos que resulten esenciales y decisivos para sustentar debidamente el fallo de la causa. Tal como lo ha establecido el más alto tribunal federal, los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso (CSJN, Fallos, 248:385; 272:225; 297:333; 300:1193, 302:235, entre muchos otros).

Asimismo, y en atención a que la estimada colega que me ha precedido en el orden de votación ha efectuado en detalle el relato de la plataforma fáctica del caso, como así también de los fundamentos que componen la queja de ambos apelantes, entiendo que su reiteración resulta innecesaria, por tanto, me eximiré de reiterarlos en virtud del principio de economía procesal.

Destaco ante todo que no se me escapa el pedido de deserción que formula la parte demandada al contestar la expresión de agravios. Sin perjuicio de ello, el planteo que formula en relación con el escrito impugnatorio debe ser resuelto en el marco del aseguramiento del derecho de defensa; es decir, con base en un amplio criterio de admisión.

Repárese que el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia expresamente ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone la ley procesal respecto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tenerla por satisfecha (cf. autos "G. vda. de F., E", del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular", del 2203-00, Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ M. s/ diferencias salariales", del 23-0301, SAIJ01150056, entre otros).

Ahora bien, dejando a salvo mi postura en relación con el tema, entiendo que tal criterio de admisión, amplio, no debe ser llevado al extremo que implique su aplicación lisa y llana en todos los casos, sin importar como haya sido interpuesta la apelación, ello dado que los requisitos impuestos por el código procesal en orden a su procedencia también conforman el sagrado derecho de defensa, que a veces parece ser valorado únicamente desde la perspectiva del apelante, más no desde la del apelado. Más allá de tales aclaraciones, en el caso particular, considero que debe abrirse la instancia y tratarse el recurso interpuesto, razón por la que desestimaré la solicitud de deserción efectuada.

Aclarado lo anterior, y por una cuestión de método, analizaré en primer lugar la cuestión vinculada al distracto, al cual es motivo de agravio por parte de la demandada apelante, quien se queja por cuanto la sentencia receptó la causal prevista en el art. 213 del ordenamiento laboral. Recuerdo aquí que allí se dispone que "Si el empleador despidiese al trabajador durante el plazo de las interrupciones pagas por accidente o

enfermedad inculpable, deberá abonar, además de las indemnizaciones por despido injustificado, los salarios correspondientes a todo el tiempo que faltare para el vencimiento de aquélla o a la fecha del alta, según demostración que hiciese el trabajador.”

Ahora bien, del minucioso estudio de las constancias de autos, luce agregado a fs. 12 un certificado médico en copia suscripto por el Dr. M. C. fechado 27/06/2017. En dicha pieza documental se aprecia más abajo y en original una firma atribuida al Sr. P. S. y una serie de anotaciones debajo de la misma. En audiencia celebrada en fecha 21/05/2019 (fs. 466), registrada en CD N° 1/233/2018 (reservado en caja fuerte de esta Alzada bajo el N° 42/20, fs. 537), el Sr. S. reconoció la firma impuesta como suya, más desconoció expresamente el resto de los datos allí consignados, lo que lleva a la conclusión que fueron escritos por persona distinta desconociéndose su autoría.

Sin perjuicio de ello, debe destacarse que el art. 209 de la LCT dispone que “El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no la haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada”, norma que en e caso evidentemente no ha sido cumplida por el dependiente.

En primer lugar, no existe invocación de fuerza mayor que le impidiera proceder como la ley laboral lo

impone. En segundo lugar, no sólo no dio aviso de la dolencia en el transcurso de la primera jornada posterior a la que el certificado médico fuera extendido, sino que no demostró cabalmente en qué fecha lo hizo -ello desde que es imposible que lo entregara el día 25/06/2017 como lo afirmó en la demanda -fs. 170- en tanto esa fecha es anterior a su confección.). En tercer y último lugar, mal puede sostener que dio aviso al empleador, cuando lo único probado es que entregó el certificado en horas de la noche a un sereno que declaró no ser siquiera personal dependiente de la empresa.

Luego, pierde virtualidad el razonamiento seguido en la sentencia que compara la fecha del certificado médico – huelga aclararlo desconocido en todo momento por la empleadora- con la fecha del despido considerando a éste como acto recepticio, y por tanto posterior a la primera, en tanto no se encuentra probada la notificación al empleador como lo dispone el art. 209 de la LCT.

En consecuencia, haré lugar a agravio determinando inaplicable al caso la letra del art. 213 de la LCT y en consecuencia el agravamiento en la indemnización del despido injustificado.

Resuelto ello, y en relación con el primer agravio – ahora del actor- referido al encuadre convencional, pongo de resalto que la crítica concreta y razonada que compone la fundamentación del memorial debe tratar uno de dos temas o ambos: o demuestra que la fijación de los hechos ha sido errada (tanto porque la elaboración de la consideración probatoria es falsa, porque es incompleta, porque se han omitido considerar medios esenciales, etc.) o que la subsunción jurídica es

incorrecta (ya sea porque no son de aplicación las normas previstas o el alcance es distintos, etc.). En el caso particular, el apelante vuelve sobre parte de los conceptos ya vertidos en su libelo inicial, más no indica en que yerra la sentenciante, sino que solo exterioriza su desacuerdo con lo decidido. Obsérvese que no hace alusión puntual a alguna prueba producida que sea idónea para conmover lo resuelto en la sentencia, e incluso hasta formula postulaciones que no introdujera en oportunidad (sólo como ejemplo ver el argumento de cómo debe resolverse el marco de aplicación de los convenios colectivos – resaltado en negrita- fs. 516). Se rechaza el agravio.

Se queja la parte demandada por el decreto de inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas. Nutrida y coincidente es la jurisprudencia sentada por la Sala que integro respecto de su procedencia y la consecuente declaración de inconstitucionalidad, tal como ha sido decretada en el caso particular. Es que, tengo ya dicho con fundamentos que aquí reitero que debe ponderarse en la especie que la tutela del salario se haya consagrada en el artículo 14 bis de nuestra Carta Magna (principio protectorio), así como en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (a XIV), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23), el Pacto Internación de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, arts. 6° y 7°), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (a 5°, inc. e) y la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de

Discriminación contra la Mujer (art. 11, inc. l°.d), recordando asimismo que la preocupación de la comunidad internacional en la materia se remonta al propio acto de creación de la Organización Internacional del Trabajo y se expresa en los numerosos convenios y recomendaciones adoptados en el seno de esa institución.

He sostenido que comparto el pensamiento por el que se sostiene que la tutela que emana de aquél principio rector y de las normas internacionales mencionadas perdería buena parte de su sentido y efectividad si no expresara una conceptualización del salario que permitiera su adecuada identificación. En efecto, los artículos 6° y 7° del PIDESC proporcionan pautas decisivas para esclarecer dicho concepto al señalar que el derecho a trabajar comprende la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo y calificar como "salario" o "remuneración" la prestación debida por el empleador cuando ese trabajo es prestado en relación de dependencia.

En tal contexto, y como lo refiriera ya nuestro más alto Tribunal en los autos “P. c/ D.”, resulta inadmisible colocar fuera de la conceptualización de "salario" prestaciones que han constituido una "ganancia" para el trabajador, y que sólo encontró motivo o resultó consecuencia del contrato de trabajo. Es preciso reconocer, agrega, que "toda ganancia que obtiene el trabajador del empleador con motivo o consecuencia del empleo resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa".

Es claro que, frente a tales definiciones, la noción de remuneración que se aplique en manera alguna

podría entenderse de alcances menores a la acuñada por el artículo 1° del Convenio 95 de la OIT, razón que, junto con demás fundamentos del fallo citado, hiciera que aquél concluyera declarando la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c, de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.700).

En el voto concurrente de los jueces Highton de Nolasco, Fayt y Argibay se señaló, además, que el artículo 103 bis, inciso c, de la LCT afecta los principios constitucionales de retribución justa en correlación con el de protección contra el despido arbitrario, al excluir indebidamente de la base de cálculo de la indemnización por despido conceptos que se encuentran dentro de la noción de salario recogida en las normas internacionales ratificadas por el país. De esta manera se afecta la razonable proporción que debe guardar la indemnización por despido arbitrario con uno de los elementos de su cálculo como es la contraprestación salarial que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo.

Así, en el caso de autos, la sentencia de grado ha dispuesto decretar la inconstitucionalidad respecto del carácter no remunerativo de los rubros que con ese carácter integran el CCT 40/89.

En tal contexto, y respecto de la mentada inconstitucionalidad, he de recordar que en la senda que marcara el Tribunal cimero y a la que en breve me refiriera en los párrafos precedentes, ya ha tenido oportunidad de expedirse la Sala que integro en los autos "T., R. c/ S. A. I. y E. de la P. s/ laboral "Expte. N° 377/2011 Sent. Def. N° 03/12L", "T., C. A. c/ S. SA s/ Sumario- Cobro de Pesos e Indemnizaciones

de Ley" Expte. N° 137/2013 Sent. Def. 35/2013L, "Z., J. I. c/ S. C. SRL s/ Sumario- Cobro de Pesos e indem. de Ley" Expte. N° 527/2013 Sent. Def. 78/2013L, entre otros; sentando un criterio favorable, cuyos argumentos me eximo en la circunstancia de reiterar a través de la transcripción expresa, so pena de embarcarme en repeticiones innecesarias, más con los que coincido. Se rechaza el agravio.

La cuestión vinculada al art. 80 y la multa prevista en la norma es motivo de agravio por ambos apelantes. La cuestión a dirimir transita su eventual procedencia.

Recuerdo aquí que el art. 80 LCT dispone que "La obligación de ingresar los fondos de seguridad social por parte del empleador y los sindicales a su cargo, ya sea como obligado directo o como agente de retención, configurará asimismo una obligación contractual.

El empleador, por su parte, deberá dar al trabajador, cuando éste lo requiriese a la época de la extinción de la relación, constancia documentada de ello. Durante el tiempo de la relación deberá otorgar tal constancia cuando medien causas razonables.

Cuando el contrato de trabajo se extinguiere por cualquier causa, el empleador estará obligado a entregar al trabajador un certificado de trabajo, conteniendo las indicaciones sobre el tiempo de prestación de servicios, naturaleza de éstos, constancia de los sueldos percibidos y de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social.

Si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos respectivamente en los apartados segundo y tercero de este artículo dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día

siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último que será equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el trabajador durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios, si éste fuere menor. Esta indemnización se devengará sin perjuicio de las sanciones conminatorias que para hacer cesar esa conducta omisiva pudiere imponer la autoridad judicial competente. (Párrafo incorporado por art. 45 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000)"

Luego, está claro que la obligación impuesta al empleador subsiste en todo caso, más la indemnización allí prevista se torna procedente en tanto el trabajador haya dado cabal cumplimiento a la intimación que le es exigida para tal fin, y para ello debe tenerse presente lo dispuesto en la norma mencionada en el párrafo anterior que establece "El trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del artículo 80 de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. por Decreto N° 390/76) y sus modificatorias, dentro de los TREINTA (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo."

En el caso que aquí se ventila, la sentencia dispuso como fecha de finalización de la relación laboral el día 03/07/2017, por lo que la misiva enviada por el trabajador en fecha 27/07/2017 resulta extemporánea en

razón de que fuera despachada antes del transcurso del plazo legal, razón por la que la multa es improcedente.

Respecto de la crítica del actor en relación con lo resuelto en torno al reclamo por el rubro diferencia en vacaciones, debe dejarse claro en principio que la alegada falta de entendimiento en relación con lo que se decide al respecto, bien podría haber motivado la aclaratoria respectiva. Más, a todo evento, y a efectos de aventar toda duda sobre lo resuelto, de la lectura de la parte resolutiva queda bien claro que se rechaza el concepto vacaciones en su integridad, más se hace lugar a las diferencias que pudieran derivar de los conceptos fijos y variables integrados al salario, particularmente teniendo en cuenta la inconstitucionalita de las sumas no remunerativas decretada.

Cuestiona la actora seguidamente el rechazo de la multa prevista en los arts. 1 y 2 de la Ley 25323.

No escapa a mi conocimiento que los integrantes de la Sala han mantenido un criterio dispar sobre el tema. Ello se encuentra absolutamente justificado. De un lado, la casuística del Derecho Laboral nos coloca frente a supuestos que, pese a su aparente similitud, reconocen ínsitas características particulares, razón por la que los jueces, más allá de la visión o criterio particular, debemos fallar en relación con el caso específico. Del otro lado, tanto autorizada doctrina como la jurisprudencia nacional se han inclinado por una u otra solución en temas como el que es sometido al análisis. Es que, no cabe duda de que el empleador abonó las indemnizaciones, sucede que no lo hizo en debida forma.

Respecto del art. 1°, la norma dispone en su parte pertinente "Las indemnizaciones previstas por las Leyes 20.744 (texto ordenado en 1976), artículo 245 y 25.013, artículo 7°, o las que en el futuro las reemplacen, serán incrementadas al doble cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente.". El trabajador en el caso particular se encontraba registrado, y su planteo respecto de la recategorización laboral pretendida ha sido rechazado, por ello el agravamiento indemnizatorio deviene improcedente.

Ya en lo que se refiere al art. 2°, establece el mismo que "Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%. 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."

Surge aquí, entre quienes ostentan posiciones diversas, una primera disquisición en torno a la letra de la norma. Recuerdo que el objetivo perseguido por la norma "es compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido: se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y

pérdidas de tiempo.” (Grisolía, Julio Armando “Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, t. II, pág. 1105).

Aún así, algunos sostienen que si se pagó no corresponde la aplicación de la multa, otros que si se pagó pero deficientemente debe afrontársela. En una posición intermedia se sitúan aquellos que, en éste último caso, optan por morigerar su monto, tal la facultad que otorga la parte final de la norma.

Creo en lo personal que el criterio a aplicar, como sostuviera párrafos atrás, debe ser acorde al caso específico, resultando por tanto improcedente a mi juicio fijar una posición absoluta sobre la cuestión.

En el caso en análisis, debe ponderarse en principio que el gran parte del reclamo se asienta sobre la falta de pago de las diferencias correspondientes a los rubros o conceptos no remunerativos o remuneratorios, cuya inconstitucionalidad, más allá de su puntual declaración, se empareja con la jurisprudencia sentada por nuestro más Alto Tribunal a partir de la sentencia dictada en autos “P. c/ D.” – el cual ya citara antes - y “G. c/ P.”- también ya citado antes. Luego, no se trata de una simple diferencia de origen abstracto o peticionada sobre rubros de dudosa admisión judicial - que podría considerarse uno de los supuestos que tendrían entidad para hacer tambalear la aplicación de la multa-, ello claro está más allá de la necesaria declaración de inconstitucionalidad que debe materializarse en cada fallo, en virtud del control difuso de constitucionalidad.

La doctrina tradicional de la Corte Suprema argentina es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma tiene solamente efectos *inter* partes. Esta

declaración de inconstitucionalidad implica, en el derecho argentino, la no aplicación de la norma en el caso concreto. Por ello, Bianchi afirma que "la declaración de inconstitucionalidad en realidad constituye una declaración de inaplicabilidad" (BIANCHI, Alberto, B., Control de constitucionalidad, Las acciones de clase, Ábaco, Buenos Aires, t. I, p. 343)

En segundo lugar, tengo dicho ya que cabe al trabajador, en efecto, intimar fehacientemente al empleador al pago de las indemnizaciones derivadas del distracto, más ello a mi entender no significa que deba intimarlo a que lo haga bajo apercibimiento de requerir el pago de las multas que la legislación laboral prevé para el caso en que no lo hiciera en tiempo y forma. Tales agravantes surgen naturalmente frente a la inconducta o incumplimiento en el pago, la intimación fehaciente no se vincula con ellas, sino que lo que se intima es el pago de la indemnización. Es lógico que si mantengo ese criterio que refleja cierta amplitud, cuanto más hallo procedente la multa cuando, como en el caso, el empleado intimó (fs. 164), es decir dio cumplimiento con la carga que la ley le impone, siendo además concreto sobre su pretensión.

Se ha expresado "Ahora, el artículo 2 de la ley 25.323, tiende a resarcir daños distintos e independientes de la cesantía en sí, ya que busca indemnizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago en tiempo oportuno de las R. consagradas por la LCT y por la ley 24013. Esto es que pretende que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de sus créditos, sin tener que padecer la pérdida de

tiempo y los mayores gastos que implica el inicio de un proceso administrativo o judicial. Luego, considero que la reparación debe ser integral, y no limitada, pues los mismos perjuicios le ocasiona al actor, tener que reclamar por una diferencia salarial, que por el total de la indemnización. Ya que, no habiendo obtenido una respuesta satisfactoria a sus intimaciones, tuvo que iniciar la presente acción (de la misma manera en que lo hubiera iniciado por el todo), a fin de cobrar las sumas reclamadas. En consecuencia, corresponde confirmar el agravamiento en cuestión." (CNac. Apel. Trabajo, Sala III, autos "S., V. H. c/ S. S.A. y otros/ despido")

Entonces, resulta que aquí el trabajador intimó en debida forma (TLC fs. 164), y el empleador no pagó como corresponde, y de hecho aquí estamos con un proceso incoado en el año 2018 – hace más de 2 años-, por lo que huelga aclarar que el litigio no solo no se evitó, sino que sin lugar a dudas la conducta dilatoria del empleador generó gastos y pérdidas de tiempo, razón por la que no me cabe duda alguna de que si la multa que está prevista en la norma ha de aplicarse, pues debe hacérselo en caso como el presente. Hago lugar parcialmente al agravio disponiendo se abone la multa prevista en el art. 2° Ley 25323.

Ya en lo que hace a la queja por la demanda rechazada contra el Sr. S., que causa agravio al actor, adelanto que no puede prosperar. En efecto, se ha probado en autos que el nombrado es socio gerente de la firma demandada T. SRL (ver poder general para juicios y actos administrativos, fs. 191), sin que ello implique que a la vez formara parte de otra persona jurídica denominada N. S. R. M., -referida así como empresa por el propio

actor en su demanda - a efectos la misma sea codemandada y eventualmente condenada en de modo separado en autos, razón ésta por la que la excepción opuesta en oportunidad -falta de legitimación pasiva – resulta procedente. Se rechaza el agravio.

Aún con ello, la queja de la demandada atinente al rechazo del pedido de declaración de conducta temeraria del accionante no procederá. Si bien, como lo afirma el recurrente, la temeridad es la conducta de quien sabe o debe saber que carece de razón para litigar y, no obstante ello, así lo hace, abusando de la jurisdicción, dicho proceder debe ser analizado con carácter restrictivo dado que, en este concepto, está en juego la garantía constitucional del debido derecho de defensa en juicio (art. 18 de la CN). Así, se ha dicho que "los jueces deben ser sumamente cautelosos y prudentes en la apreciación de esta circunstancia, pues no cualquier supuesto de falta de razón es indicio de temeridad. Una aplicación laxa del instituto haría que la promoción de demandas o la oposición de defensas pudiera verse comprometida, con lesión del derecho de defensa, si el justiciable se ve coaccionado por la posibilidad de la aplicación de graves sanciones" (Romualdi, Emilio E. "La sanción por temeridad y malicia del art. 275, LCT" 22-122016, MJ-DOC-10591-AR).

En este sentido, es claro que la sola falta de razón no es motivo de temeridad, pues de lo contrario todo litigante que perdiera el pleito sería pasible de la sanción.

Se suele afirmar en general que no es suficiente, para calificar una conducta como temeraria, el elemento objetivo representado por la falta de fundamento o por

la injusticia de la pretensión o de la oposición, sino que se requiere el factor subjetivo que se manifiesta a través de la conciencia de que tales circunstancias concurren en el caso concreto.

Dicha subjetividad no ha sido objeto de prueba por parte de la demandada recurrente, por lo que los fundamentos que componen la queja representan su punto de vista respecto de la situación que se ventilara en autos, pero no conmueven lo decidido, por lo que el agravio será rechazado.

Resta atender la cuestión relativa a costas y honorarios, los que en atención a como se resuelve corresponde sean readecuados en virtud de la letra del art 282 del ordenamiento procesal. Ello torna carente de virtualidad el tratamiento de las quejas de las partes vinculados con los mismos. Así, y en relación con las costas de la primera instancia, juzgo adecuado mantener las mismas en el modo en que fueran fijadas. Ya respecto de las que corresponden a la actuación ante esta Alzada y en razón del resultado obtenido, las impondré proporcionalmente en el orden causado (arts. 69 y 72 CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios profesionales para el momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión, el Dr. Hayes dijo: Por lo expuesto, y de compartir mis distinguidas colegas de Sala mi voto, propongo al Acuerdo la siguiente fórmula:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, disponiendo no aplicable al caso de autos el agravamiento indemnizatorio previsto en el art. 213 LCT, como tampoco la multa prevista en el art. 80 LCT, ello según considerando respectivo.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, disponiendo se aplique en el caso particular la multa prevista en el art. 2° Ley 25.323.

3) Mantener las costas de la primera instancia tal como fueran fijadas en la sentencia de grado, e imponer las de esta Alzada en el orden causado, según considerando respectivo (arts. 69, 72 y 282 CPCCCh).

4) Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del Acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 488/501 hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por C. L. Z. y luego de declarar como remunerativas las sumas percibidas bajo la denominación asignación extraordinaria, comida ítem 4.1.1, adicional no remunerativo (Cod. 503), ajuste no remunerativo. Bonificación no remunerativa; Asignación Extraordinaria no Remunerativa 535, condenó a la firma T. S.R.L. a abonar diferencia en vacaciones sobre conceptos fijos y variables, diferencia en la indemnización por antigüedad, sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido, SAC proporcional, indemnización del art. 80 LCT y lo salarios por el tiempo faltante desde la fecha de extinción (3/7/2017) hasta el alta médica conforme el art. 213 de LCT. Condenó asimismo a entregar en el término de 10 días, la constancia de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales.

A fs. 503 el actor y a fs. 504 la demandada, interpusieron recursos de apelación contra la sentencia que fueron concedidos a fs. 505.

Los agravios del demandado obran glosados a fs. 506/511 vta. y los del actor a fs. 512/524 y contestados a fs. 526/527 y por el actor a fs. 528/534.

Quienes me precedieron en la emisión del voto, han reseñado suficientemente el contenido de los agravios así como los antecedentes de la causa, razón que me exime de reiteraciones estériles.

Ambos votantes han concordado en la fecha de extinción del vínculo laboral, el encuadre convencional que corresponde al actor, en la declaración de inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas, en la improcedencia de la multa del art. 80 LCT y de la multa del art. 1 de la ley 25.323 y el rechazo de la demanda con N. S. y el rechazo de la petición de declaración de temeridad y malicia.

Quedaron desacordadas las quejas relativas a la aplicación del art. 213 LCT (por la demandada) y el rechazo a la indemnización prevista por el art. 2 de la ley
25.323(por el actor).

En cuanto a la primera cuestión desacordada, esto es la condena a abonar los salarios faltantes entre la fecha del despido y el término de la licencia por enfermedad en virtud del art. 213 LCT.

La senteciante de primera instancia determinó que por el carácter recepticio de la comunicación del despido, el mismo operó el día 3/7/2017, extremo que ha quedado resuelto por mis colegas que emitieron su voto.

Luego, en relación al certificado médico (fs. 12) que el actor dijo haber entregado el día 25/6/2017 a las 20:30h, y negada tal circunstancia por la empleadora, la sra. jueza teniendo en cuenta la fecha de emisión del certificado (27/6/2017) y con base en la declaración del

testigo P. S., quien reconoció su firma de recepción pero no la fecha ni el horario insertos en el mismo, concluyó que el mismo se presentó en la empresa luego que la misiva del despido fuera enviada ese mismo día.

Concluyó que la configuración del despido se provoca con la recepción de la notificación del mismo, extremo que aconteció el día 3/7/2017, por lo que se deben los salarios por el tiempo que resta hasta el alta médica.

Creo oportuno señalar que el actor, afirmó haber entregado el certificado médico que le prescribía 10 días de licencia laboral, el día 25/6/2017 a las 20:30, por lo que a su entender gozaba de la protección contra el despido al momento en que recibió la comunicación de la rescisión laboral.

Tal afirmación fue negada y desconocida por la demandada quien dijo no haber tenido conocimiento de tal extremo.

Frente a ello, cabe señalar que el aviso que debe dar el trabajador en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir, no está reglamentado en cuanto a su forma ni en el contenido. No hay exigencia de una instrumentación por escrito ni que su contenido haga referencia al cuadro clínico del que se deriva la imposibilidad.

Sólo se requiere el aviso y la indicación del lugar donde en encuentra para permitir el control por parte del empleador.

Y si bien la ley no exige una comunicación fehaciente, la misma es recomendable porque en el caso que el empleador niegue haber sido notificado

corresponderá la acreditación de dicho extremo al trabajador.

Tal resulta ser el caso.

Era carga de actor acreditar el presupuesto de su pretensión y en el marco de la vía legal escogida. Ello no implica someterlo injustamente, ni en violación del principio in dubio pro operario y del orden público laboral pues la decisión de demandar deber ser precedida por una evaluación técnica de los elementos con que se cuenta para acreditar los hechos respecto de los cuáles existirá, presumiblemente, controversia. Afirmado un hecho relevante por la pretensora, pesa sobre ella la carga de probarlo, lo que no significa imponerle alguna actividad, sino el riesgo de que su pretensión sea desestimada, si el hecho no resulta, de alguna manera, acreditado (artículo 377 C.P.C.C.N.).

El actor dijo que el día 25 de junio notificó al empleador del certificado médico. No se probó la fecha de recepción del certificado, incluso se acreditó que el día 25 era imposible por haber sido confeccionado en fecha posterior.

Estaba a cargo del trabajador acreditar la fecha en que el certificado médico fue recibido y con anterioridad al despacho de la comunicación del despido (art. 481 del C.Pr.).

Y si bien en la práctica, el trabajador un familiar o compañero dan aviso telefónico a la empleadora, lo cierto es que en el caso no fue la vía escogida por el trabajador y frente a la negativa del demandado el déficit probatorio debe entonces pesar en su contra, por aquello de que la carga de la prueba no es más que “la repartición del riesgo de la falta de prueba”.

No acreditó en el caso, que el empleador hubiera tomado conocimiento de la licencia por enfermedad del empleado.

Merece recordarse que las declaraciones de voluntad entre ausentes, revisten el carácter de recepticias, vale decir que, sólo surten efectos cuando llegan al destinatario o al menos a su órbita de conocimiento, por ello, resultaba relevante determinar la fecha de recepción de la comunicación de la licencia, por lo que es insuficiente al efecto, probar sólo la fecha de su emisión.

Tampoco alegó ni mucho menos acreditó fuerza mayor, o hallarse imposibilitado de cumplir con el deber de dar aviso ni tampoco intentó demostrar que efectivamente su estado de salud le impedía trabajar, ya que no produjo ninguna prueba al respecto.

Por tales razones, comparto la solución dada por el Dr. Hayes en cuanto debe hacerse lugar al agravio de la demandada y revocarse la porción de la sentencia que ordena el pago del salario por los días faltantes hasta el alta médica con fundamento en el art. 213 LCT.

En la segunda cuestión desacordada, la queja del actor por el rechazo de la condena a abonar indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25.323, si bien es pobre la fundamentación del recurso, resulta congruente con el escueto fundamento dado por la sentenciante poniendo de manifiesto el cumplimiento de los recaudos previstos por la norma.

Es cierto que la demandada abonó las indemnizaciones, y no desconozco que esta Sala que integro ha decidido que tratándose de rubros cuyo carácter remuneratorio fue cuestionado, habiéndose

abonado las indemnizaciones y dependiendo de tal cuestionamiento la procedencia de la diferencia, fue morigerada y hasta dejada sin efecto la sanción prevista por la norma (SD 8/12 "L", 38/2012 "L" y 35/2013 "L", entre otras).

No obstante, en el caso, no resulta de aplicación tal criterio.

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, José 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.

"La intención legislativa no es otra que compeler por intermedio de esta norma a los empleadores a que abonen en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (cf. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la Ley 25323", publicado en D.T. 2001-A, págs. 223/227; Grisolía, Julio Armando, "Régimen 29 Indemnizatorio en el contrato de trabajo", págs. 313/315, Editorial Jurídica Nova-Tesis, 2ª edición ampliada y actualizada, año 2000 y Etala, Carlos Alberto, "La nuevas normas de la Ley 25323", publicado

en Rev. D.T., tomo 2000B, págs. 2085/2089 cit. en STJCh 6/SRE/06).

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. En el caso, advierto que el actor, luego de haber sido despedido, cobrado su indemnización final y controlado las sumas percibidas, intimó a la empleadora a que ajuste y abone las diferencias en la liquidación final porque omitió considerar los conceptos no remunerativos que integran los ingresos mensuales normales y habituales que "deliberadamente omitió considerar en la liquidación final" (CD obrantes a fs. 163 y 165 bis) bajo apercibimiento de ley (art. 2 Ley 25323).

Por ello, habiendo tenido oportunidad de rever sus cálculos, con debido anoticiamiento de la causa de las diferencias indemnizatorias que reclamaba, surge nítidamente la renuencia que la norma sanciona no dándose en el caso, supuesto de excepción o morigeración alguna.

Se ha demostrado que concurren los extremos que determinan la procedencia de la indemnización prevista por el artículo 2 de la Ley 25323 (despido, falta de pago en forma íntegra las acreencias debidas al trabajador, intimación de pago fehaciente al empleador, inicio de las acciones judiciales tendientes al cobro de tales créditos).

Por tales razones acuerdo con la propuesta del 2do votante y propongo admitir el agravio del actor en tal sentido.

Costas y Honorarios:

La modificación que propongo de la sentencia de primera instancia carece de entidad para modificar la calidad de vencida de la demandada razón por la que acuerdo con mantener la imposición de costas dispuesta para la primera instancia.

A la segunda cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por las razones expuestas, y en la materia de mi pronunciamiento adhiero a la fórmula propuesta por el segundo votante.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. García Blanco, la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y, en consecuencia, revocar el agravamiento indemnizatorio previsto en el artículo 213 de la L.C.T. y la imposición de la multa prevista en el art. 80 de la L.C.T.

2) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, condenar a la demandada a abonar la multa prevista en el artículo 2 de la Ley 25.323.

3) Mantener las costas de la primera instancia tal como fueran fijadas en la sentencia de grado e imponer las de esta Alzada en el orden causado.

4) Regular los honorarios del Dr. G. A. G., letrado apoderado de la parte demandada, en la suma de pesos equivalente al 25% de lo que se dispusiera en su favor en la sentencia recurrida y los honorarios del Dr.

S. G. M., letrado apoderado de la parte actora, en la suma de pesos equivalente al 25% de lo que se dispusiera en su favor en la sentencia recurrida. En ambos casos, más I.V.A. de corresponder.

5) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

MARÍA FERNANDA ZANATTA **RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES**
Jueza de Cámara
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Juez de Cámara

REGISTRADO BAJO EL NRO. DEL AÑO 2020
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"