----En la ciudad de Trelew, a los 10 días de febrero del año dos mil veintiuno, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Aldo Luis De Cunto para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“G., L. R. c/ S. C., J. E. y Otros s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. Nº 342 – Año 2020 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 168.----------

----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada mediante el escrito ID 116381, contra la sentencia de fs. 154/158, que hizo lugar a la demanda entablada por L. R. G. contra J. E. S. C., condenando a este último a abonar a aquél, en el plazo de diez días, la suma que surja de la liquidación a efectuar en la etapa respectiva de acuerdo a lo establecido en los considerandos, con más intereses y costas. A fs. 159 se concede el recurso. La expresión de agravios obra en el escrito ID 117826, confiriéndose traslado de la misma a fs. 160, el que es contestado por la actora en el escrito ID 148282.----------

----I.- Comenzaré por reseñar los agravios de la demandada y la contestación de la actora. ----------

----1) La apelante se agravia, en primer lugar, de que se hubiera tenido por acreditada la relación de dependencia con la prueba confesional de su parte y dos testigos. Señala que no surge de dicha prueba que S. C. le diera órdenes al actor, ya que sólo le “indicaba”, a lo que añade que el testigo I. vivía con G. y eran más que amigos, lo que descalifica su testimonio.----------

----En segundo término, y para el caso que se tenga por probada la relación de dependencia, cuestiona que se asignara al accionante la categoría de oficial albañil ya que no se demostró que las tareas de G. encuadren en las exigencias de la misma según el CCT 76/75, las que apenas corresponden a las de un simple ayudante, por lo que resultan inviables las pretendidas diferencias salariales. En cuanto al fondo de desempleo entiende que se pagó en exceso de acuerdo a los recibos comunes adjuntados, que no fueron negados. Respecto a la multa por falta de pago de aportes jubilatorios y de obra social, indica que el art. 48 de la ley 253456 exige la comunicación a la AFIP lo que fuera omitido por el actor. Finalmente, con relación a la multa del art. 80 de la LCT señala que se exige por el decreto 146/01 que la intimación se curse pasados los treinta días del cese de la relación laboral, lo cual fue determinado el 11/09/17 y la misma se cursó el 08/09/17. Finaliza con el petitorio de estilo.----------

----2) La actora contesta los agravios, entendiendo que la expresión debe ser declarada desierta ya que no reúne los requisitos de una crítica concreta y razonada. Efectúa citas jurisprudenciales al respecto. No obstante, ello responde las quejas y en cuanto a la primera señala que se intenta atacar el testimonio de una persona sobre fundamentos inapropiados y falsos, ya que el mismo contestó que con el actor más que amigos eran

compañeros. Se refiere también a la prueba confesional, de la cual considera que se desprende la relación de subordinación, de dependencia laboral y el pago de un salario. ----En cuanto al segundo agravio considera que los recibos agregados son documentos informales que firmaban los trabajadores para un control del demandado y no pueden ser tenidos como recibos de haberes y mucho menos como constancia de pago del fondo de desempleo. En cuanto al resto de las quejas se remite a las pruebas documentales que fácilmente desvirtúan lo expuesto por la contraria. Efectúa el petitorio de estilo.------

----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, pasaré a analizar los mismos a fin de examinar si lo argumentado por la recurrente importa una crítica concreta y razonada al razonamiento dirimente del sentenciante, en atención a que la actora arguye que se expresó una mera discrepancia con el decisorio recurrido. ----------

----1) He de decir que la expresión de agravios resulta muy escueta y de escasa argumentación, mas ello no implica de por sí su deserción. Es que la accionada ha identificado claramente sus quejas. La primera en cuanto a la acreditación de la relación de dependencia y para ello cuestiona cómo se ha valorado la prueba. Y en los restantes agravios también se precisó el error que se denuncia, consistente en que no se tuvo por probado el pago del fondo de desempleo con los recibos adjuntados, que no se envió la comunicación a la AFIP para que proceda la multa por falta de pago de aportes previsionales y sociales, y que no corresponde la multa del art. 80 de la LCT por cuanto no se cursó la intimación pertinente en el plazo legal.----------

----Sobre este aspecto se ha entendido que en caso de duda, es decir, si existe o no impugnación suficiente por tratarse de un acto lacónico o incompleto, debe estarse por la apertura de la instancia. Tal la orientación de nuestra jurisprudencia desde antiguo: la sanción de la deserción de la instancia por su gravedad debe aplicarse con criterio favorable al apelante, a condición de que el agraviado individualice, aunque sea en mínima medida, los motivos de su disconformidad. Los agravios no necesitan ajustarse a formalidades sacramentales e inclusive su cumplimiento a los efectos del recurso ha de ser apreciado con tolerancia, según una interpretación que se estima adecuada a una mejor aplicación de la garantía de la defensa en juicio. La sanción que importa la deserción, en suma, reviste carácter restrictivo (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, T° 1, pág. 945). ----En síntesis, sin perjuicio de la suerte que corran los agravios, los mismos cumplen, en general, mínimamente con la suficiencia exigida para ser examinados, sin perjuicio de que pudiera considerarse algún tipo de deserción parcial en lo que sucesivamente se argüirá. ----------

----2) En cuanto a la relación de dependencia, el juzgador la tuvo por acreditada con las respuestas de la absolución de posiciones del accionado y la prueba testimonial (ver sentencia a fs. 156/vta.). En cuanto a la prueba confesional (ver fs. 68/vta.), se atuvo a la respuesta tercera en la cual se reconoció que G. era un ayudante avanzado de acuerdo a quien se lo propuso para trabajar, a la respuesta octava en la que se admitió

que al actor se le pagaba por quincena y que faltaba mucho por ser adicto a la bebida, y a la respuesta décima donde se admitió que se le pagaba menos que lo indicado por convenio porque faltaba mucho. El magistrado de grado también tuvo en cuenta que se le indicaba lo que había que hacer porque trabajaba por tanto (respuesta trece), y que el demandado siempre le proveyó las herramientas (respuesta dieciséis). El cuestionamiento a la valoración de esta prueba radica en que no surge que su parte le diera órdenes al actor, sin embargo esto se contradice con la respuesta décimo tercera en la que se reconoció que se le indicaba lo que había que hacer, y si a ello se le añade que el juez consideró que se le abonaba por quincena, que al demandado le propusieron al actor para que trabajara como ayudante avanzado, y que le proveía las herramientas de trabajo, es claro que en esta porción del agravio no se confutaron todas las razones en las cuales el juez basó su argumentación. Claramente lo expuso el juez al razonar que *"…a partir de la forma de pago, quincenal, de la circunstancia de que el demandado fue el que decidió que trabajara en la obra, que era quien le proveyó de las herramientas, y fundamentalmente que era quien le indicaba los trabajos a hacer, sumado a que según S. C. el actor no tenía ninguna especialidad, hacen que concluya que el actor no era un subcontratista, sino un empleado de S. C."* (ver sentencia a fs. 156, último párrafo). En consecuencia, encuentro insuficiente técnicamente esta porción del agravio. ----------

-----Y lo mismo diré en cuanto al resto de la queja que se focaliza en descalificar al testigo I. por considerar que se trata de una persona que vivió con el actor y que era más que amigo del mismo. Del testimonio en cuestión (ver fs. 121/vta.) se desprende que el actor lo llevó a trabajar a la obra, que alquilaban juntos una habitación, que lo conoce desde 2014, y que son amigos, más que amigos compañeros (ver respuesta a generales de la ley). Se ha considerado que la circunstancia de que el testigo sea amigo de la parte o de sus familiares no invalida sus dichos, aun apreciándolos restrictivamente, siempre que se vean complementados con otros elementos de prueba (conf. CN. Civ., Sala B, 15/10/99, DJ 2000-2-1037). En la especie, el juez de grado, además de basarse en la prueba confesional antedicha, se apoyó en la declaración del testigo T., por lo que la mera denuncia de la amistad que realiza la quejosa no invalida el razonamiento del "a quo".----------

----A lo anterior he de añadir que el art. 34 de la ley XIV N° 1 establece que *"Las partes podrán tachar a los testigos por motivos fundados en inhabilidad, en hechos que hicieran presumir la parcialidad de la declaración, y el Juez al dictar sentencia, apreciará el valor de las mismas. La prueba de las tachas deberá producirse dentro de los tres (3) días de deducidas".* En el "sub exámine" la ahora apelante no tachó al testigo en el plazo antedicho, por lo que también por dicha razón deviene inaudible su agravio.----------

----Por los motivos expuestos propongo que se declare desierto este primer agravio por insuficiencia técnica (conf. art. 60 de la ley XIV N° 1, y 268 y 269 del CPCC).----------

----3) En cuanto a la objeción de que se le adjudicara al actor la categoría de oficial albañil por no reunir los requisitos del convenio respectivo y que se trataba de una simple

ayudante, cabe señalar que al contestarse la demanda nada se dijo al respecto (ver fs. 28/29). Es así que se trata de un capítulo no propuesto en la instancia correspondiente, estando vedado a este Tribunal su examen de acuerdo a lo dispuesto por el art. 280 del CPCC. Amén de ello, la demandada nada dijo sobre lo argumentado por el juzgador respecto a que correspondía a su parte producir la prueba en contrario (ver sentencia a fs. 156 vta., antepenúltimo párrafo).----------

----En lo referente al Fondo de cese laboral (conf. arts. 15 a 18 de la ley 22250), los recibos de fs. 28/44 de la documental reservada, además de su informalidad, ninguna mención contienen sobre el pago de los aportes a dicho fondo, por lo que cabe rechazar el agravio respectivo. Con relación a la multa por falta de pago de aportes jubilatorios y de obra social con cita del art. 48 de la ley 25345, no existe ninguna condena a dicha multa en el decisorio atacado. Si el apelante se ha querido referir a la indemnización del art. 8 de la ley 24013 (ver sentencia a fs. 157, 4to. y 5to. párrafos), el cumplimiento de la comunicación a la AFIP establecida en el art. 11, inc. b) de la misma ley, se encuentra acreditado con las misivas obrantes a fs. 08/09 y 13 de la documental reservada, por lo que se desestima el agravio. ----------

----Finalmente en cuanto a que no se respetó el plazo de treinta días del decreto 146/01 para acoger la multa del art. 80 de la LCT, cabe recordar que el art. 3 del decreto 146/01, que reglamenta el art. 45 de la ley 25345, que a su vez modifica el art. 80 de la LCT reza: *“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 aps. 2 y 3 del art. 80 de la LCT 20744 (t.o. por decreto 390/76) y sus modif., dentro de los treinta (30) días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo”.* Es decir que es un requisito de procedencia del pago de la “indemnización” prevista por el párrafo agregado al art. 80 por la ley 25345, que el trabajador cumpla con la carga de intimar a su empleador respetando los plazos que surgen del texto legal y del decreto 146/01 (conf. Livellara, Carlos A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley 2007, Tº II, pág. 1033). En el antecedente del supremo tribunal provincial STJCH, SD, Nº 15/S.R.E./06 del 19/10/06, se efectuó una reseña de los precedentes tanto a nivel provincial como de las Salas de la Cámara Nacional del Trabajo, acerca de la necesidad de la intimación extrajudicial previa a fin de que proceda la indemnización del art. 80 de la LCT. Como síntesis de tal reseña se sostuvo que la obligación formal impuesta por el art. 45 de la ley 25345 y su decreto reglamentario consistente en intimar de modo fehaciente al empleador a efectos de que haga entrega de los certificados de trabajo y aportes previsionales previstos en el art. 80 de la LCT, no puede ser suplida por la interposición de la demanda y su traslado a la contraria ni por la instancia administrativa (del voto del Dr. Pasutti). En el mismo sentido, el segundo votante concluyó que la procedencia de la indemnización de estudio opera cuando el trabajador -ante el incumplimiento de extenderle los certificados de trabajo- intime no sólo en el tiempo al que hace referencia el decreto reglamentario, sino que se efectivice por vía extrajudicial

de modo fehaciente y en términos precisos que no conduzcan a confusión respecto al rubro que se pretende reclamar (del voto del Dr. Caneo).----------

----En consecuencia de lo expuesto, cabe concluir que es doctrina legal del Superior Tribunal de la provincia, sentada por vía casatoria, la exigencia de la intimación extrajudicial previa a la demanda a los fines de que proceda la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, en el plazo de treinta días con posterioridad al distracto. En la especie, la extinción del vínculo laboral se produjo el 11/09/17, tal como lo determinó el sentenciante (ver decisorio a fs. 155, 2do. párrafo), dado que si bien la comunicación de despido indirecto se cursó el 08/09/17 (ver misiva de fs. 19/20 de la documental reservada), la entrega de la misma ocurrió el 11/09/17 (ver fs. 21 de la documental reservada). Es así, que la actora debía efectuar la intimación en cuestión, luego de treinta días de esta última fecha, esto es, a partir del 11/10/17, no existiendo intimación alguna con posterioridad a dicha fecha. Es así que habré de acoger el agravio, por lo que se dejará sin efecto la condena al pago de la indemnización del art. 80 de la LCT. ----------

----III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia apelada, al mero efecto de excluir de la condena de pago la indemnización correspondiente al art. 80 de la LCT, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----Dado que se revoca parcialmente la sentencia, corresponde readecuar la imposición de costas y honorarios de grado (conf. art.282 del CPCC). Atento que la victoria parcial de la demandada alcanzó solamente el rubro de la multa del art. 80 de la LCT, encuentro equitativo imponer las costas en un 95% a dicha parte y en un 5% a la actora por reflejar adecuadamente los vencimientos parciales y mutuos (conf. art. 72 del CPCC). En cuanto a los honorarios de origen, atento el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas realizadas, encuentro los mismos adecuados sin que la revocación parcial impacte negativamente en su determinación, por los que propongo su mantenimiento.----------

----Dado el éxito parcial ínfimo del apelante ante esta Alzada, propongo repetir la misma imposición de costas que para la instancia anterior, esto es, un 95% a la demandada y un 5% a la actora (conf. art. 72 del CPCC). ----------

----En cuanto a la regulación de honorarios por los trabajos realizados ante esta sede, propongo regular al letrado apoderado del actor, Dr. B. A. R., en un 5,59%; y al letrado patrocinante de la demandada, Dr. J. G. V., en un 3,38%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente (conf. arts. 5, 8, 9 y 13 de la ley XIII Nº 4; y leyes 23349 y 23871).----------

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

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

----1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el demandado según escrito ID 116381, que fuera concedido a fs. 159, contra la sentencia definitiva de la anterior instancia dictada a fs. 154/158 que hizo lugar a la demanda laboral entablada por L. R. G. y condenó a J. E. S. C. para que en el plazo de diez días abone al actor la suma que

surja de la liquidación a practicarse en la etapa respectiva de acuerdo a lo establecido en los considerandos, con más sus intereses a computarse desde la mora y hasta el efectivo pago a la tasa que el B. del C. S.A. utiliza para sus operaciones generales vencidas, con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda, y con imposición de las costas al accionado vencido. ----------

----La expresión de agravios luce en escrito ID 117826 y el traslado conferido a fs. 160 fue evacuado por el actor por escrito ID 148282. ----------

----2. Al contestar el traslado conferido la parte actora estima que la expresión de agravios no constituye una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada sino meras apreciaciones personales, por lo que solicita se declare la deserción del recurso de apelación. ----------

----Al respecto, la lectura de los agravios permite observar que el apelante formuló diversos cuestionamientos precisando en alguno de ellos errores en el fallo, sumado a que en el referido a la multa del art. 80 de la L.C.T. desarrolla una línea argumental que contiene suficiencia técnica, por lo que ello autoriza a ingresar a su estudio, máxime si se considera que la deserción del recurso debe interpretarse con criterio restrictivo en razón de la garantía de defensa en juicio (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1998, T. 1, par. 101, pág. 275).--------

----Por ello, sin perjuicio del resultado final que puedan alcanzar los agravios vertidos, no cabe declarar la deserción del recurso de apelación como se peticiona.----------

----3. En su primera queja el recurrente impugna el fallo ya que tuvo por acreditada la relación de dependencia con la prueba confesional de su parte y dos testigos. Manifiesta que la sola presunción de la prestación de servicios no prueba la relación de dependencia, que de la confesional no surge que S. C. le diera órdenes a G. pues sólo le “indicaba”, que el testigo I. vivía junto con G. y eran más que amigos, lo que descalifica su testimonio, y que quien debía acreditar tal extremo era la actora a quien se le declaró la caducidad de la prueba testimonial. ----------

----Señalo que el juzgador a fs. 156/vta. tuvo por acreditada la relación de dependencia con la absolución de posiciones del demandado (respuestas a la tercera, octava y décima, a lo que se suma las contestaciones a la décimo tercera y décimo sexta), y con los dichos de los testigos T. e I. ----------

----Así, en cuanto a la prueba confesional que luce a fs. 68 el accionado reconoció que G. era un ayudante avanzado según quien se lo propuso para trabajar (tercera posición), que se le pagaba por quincena, aclarando que faltaba mucho porque era adicto a la bebida (octava posición formulada por el juzgador), que la contraprestación que recibía era menor al aplicable según convenio porque faltaba mucho (décima posición). A su vez, el sentenciante tuvo en consideración que era él (por el demandado) quien le indicaba los trabajos que tenía que hacer y se le indicaba las prioridades, y que él le proveía las herramientas (ello con referencia a las posiciones nros. 13 y 16). ----------

----Y sabido es que la confesión es la declaración que en forma espontánea o provocada efectúa una parte respecto de la verdad de hechos pasados, personales o de su

conocimiento, susceptible de producir consecuencias para el confesante y prestada con conciencia de que se proporciona una evidencia a la contraria –*contra se pronuntiatio*-. Producida en forma, constituye un verdadero medio de prueba, con fuerza de *probatio probatissima*: han de tenerse por existentes los hechos sin más. La *confesión*, como medio probatorio es la admisión de la verdad, de determinados hechos. La confesión expresa, prestada con las formalidades de ley, constituye plena prueba en contra del absolvente de la verdad de los hechos que han sido objeto de ella (Morello, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial …", Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1992, T. V-B, págs. 4/6 y 104). En principio, en el proceso civil (aclaro también en el proceso laboral) la confesión constituye la prueba más completa. Si los hechos afirmados por una de las partes son confesados por la otra, el juez debe dictar sentencia conforme a esos hechos. Desde este punto de vista importa una limitación a los poderes del magistrado (Arazi-Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal-Culzoni Editores, 2001. T. II, pág. 420).----------

----En ese contexto, la manifestación del quejoso en el sentido que no surge que S. C. le diera órdenes a G. carece de sustento pues precisamente al contestar la décimo tercera posición el demandado reconoció que era él quien le indicaba los trabajos que tenía que hacer y las prioridades, a lo que se suma que el juzgador también ponderó que el demandado era quien le proveía las herramientas y le pagaba por quincena. ----------

----De tal modo, el apelante no formuló crítica concreta y razonada del razonamiento del juzgador que resultó dirimente para dilucidar la cuestión que luce a fs. 156, último párrafo, al precisar que: "***Es decir, a partir de la forma de pago, quincenal, de la circunstancia de que el demandado fue el que decidió que trabajara en la obra, que era quien le proveyó de las herramientas, y fundamentalmente que era quien le indicaba los trabajos a hacer, sumado a que según S. C. el actor no tenía ninguna especialidad, hacen que concluya que el actor no era un subcontratista, sino un empleado de S. C.***". ----------

----Por ello, resulta evidente que no hay agravio que atender por ausencia de una crítica concreta y razonada.----------

----Tal conclusión debe hacerse extensiva al pretender descalificar al testigo I. ya que vivía junto con G. y eran "más que amigos". En efecto, de los dichos de ese testigo que obran a fs. 121/vta. resulta que el actor lo llevó a la obra como ayudante, que con L. alquilaban juntos una habitación, que lo conoce desde el 2014, y que son amigos, más que amigos compañeros (respuesta a generales de la ley). Así, en lo que hace a la amistad habida, la misma no se encuentra comprendida dentro de las generales de la ley ya que se requiere ser "amigo íntimo" (art. 445, inciso 4°, del C.P.C.C.). Por eso se expresa que la circunstancia de que el testigo sea amigo de la parte o de sus familiares no invalida sus dichos, aún apreciándolos restrictivamente (Falcón, E. M., "Tratado de la prueba", Editorial Astrea, 2003, T. 2, pág. 324). Además, la existencia de un vínculo de amistad no impide valorar la declaración si se brinda suficiente razón de sus dichos y no existen elementos objetivos que acrediten que el testigo tiene motivos concretos que

hagan sospechar el deseo de perjudicar a una de las partes en perjuicio de la otra, elementos que no aportó el demandado en la presente causa. Por otra parte, si lo que pretende la parte es tachar al testigo por motivos fundados en inhabilidad o en hechos que hicieran presumir la parcialidad de su declaración, el planteo resulta inaudible por extemporáneo toda vez que debió efectuarse en la misma instancia que prestó declaración, debiendo producir prueba dentro del tercer día de deducida la tacha a fin de que el juez al dictar sentencia aprecie su valor, conforme lo previsto por el art. 34 de la Ley XIV Nº 1. Así, sabido es que la tacha o recusación de los testigos se circunscribe a su falta de idoneidad (ver Devis Echandía, Hernando, “Teoría general de la prueba judicial”, Víctor P. de Zavalía Editor, 1970, T. II, par. 227, pág. 228), por lo que la misma tiene que alegarse y probarse en la misma instancia en que declaró el testigo; la idoneidad de los testigos que declararon en primera instancia no puede introducirse en segunda instancia como hecho nuevo. Se puede impugnar la idoneidad de los testigos siempre que se lo haga dentro del plazo de prueba. Y cabe advertir que la idoneidad se presume, y quien afirma lo contrario tiene la carga de probarlo (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, Astrea, 1983, T. 2, págs. 481 y 482, respectivamente). ----------

----Por tales razones, el apelante en esta primera queja incurrió en deserción parcial del recurso de apelación por deficiencia técnica del mismo (art. 60, Ley XIV N° 1, y arts. 268 y 269 del C.P.C.C.).----------

----4. En el siguiente agravio el recurrente sostiene que para el supuesto que se tenga por probada la relación de dependencia entre las partes impugna que se le asignara al actor la categoría de oficial albañil ya que no se ha demostradó que las tareas de G. encuadren en las exigencias que para dicha categoría establece el CCT 76/75 de la Industria de la Construcción y que apenas sería de un simple ayudante, por lo que resultan inviables las pretendidas diferencias salariales reclamadas al amparo de dicha categoría. ----------

----Al respecto, de la lectura del escrito de contestación de demanda que obra a fs. 28/29 no surge que esa cuestión fuera capítulo propuesto oportunamente a la decisión del juez de primera instancia, por lo que la prohibición impuesta en el art. 280 del C.P.C.C. (remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1) impide ingresar al análisis de esa queja. ---------

----Es que, al modo en que se constituyó la relación procesal debe atenerse el juzgador en esta segunda instancia, ya que la primera limitación a que se encuentran sometidos los tribunales de Alzada viene dada por la relación procesal trabada en el grado inicial, cuyo respeto se ve impuesto por el principio de congruencia, que también rige en la instancia apelatoria (art. 34, inc. 4° del C.P.C.C.). ----------

----En ejercicio de la jurisdicción plena que tiene el tribunal de alzada, tiene dos limitaciones que expresamente señala el art. 271 del Cód. Procesal de la Nación (art. 274 del C.P.C.C.): por un lado, se encuentra limitado, siguiendo la terminología del citado artículo, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de

agravio. Es decir, se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 280 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Editorial Astrea, 1989, vol. 1, par. 29 y 60, págs. 76 y 165/166, respectivamente). De tal modo, el principio de congruencia impone al poder jurisdiccional de este Tribunal la limitación en virtud de la cual está vedado alterar los datos fácticos constitutivos de la pretensión. De donde se sigue que el fallo de la Cámara de Apelaciones adolecerá del vicio descalificador de incongruencia ... cuando el pronunciamiento, pese a respetar cuantitativa y cualitativamente el objeto de este acto procesal, comporte un exceso respecto de la pretensión u oposición formulada oportunamente. Por ello, la conformidad entre la sentencia -aun la de segundo grado- y la demanda y contestación, en cuanto a las personas, objeto y causa, es ineludible exigencia en cumplimiento de principios sustanciales del juicio, relativos a la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal, toda vez que la litis fija los poderes del juez. En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 163/164 y 176/177). Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357). ----------

----A ello agrego que el apelante ninguna crítica efectuó acerca del razonamiento del sentenciante al decidir que la categoría es la de Oficial Albañil, y que en todo caso la prueba en contrario le correspondía al demandado (fs. 156 vta. sexto párrafo). ----------

----En síntesis, ante la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1, no corresponde ingresar al análisis de esa queja. ----------

----5. También se agravia en lo referente al fondo de desempleo ya que estima que surge pagado en exceso con los recibos comunes adjuntados, que no fueron negados. En cuanto a la multa por falta de pago de aportes jubilatorios y de obra social, expresa que el art. 48 de la ley 25.345 exige, entre otros requisitos para su procedencia, la

comunicación a la AFIP lo que el actor no acreditó.----------

----Respecto de lo primero, teniendo a la vista en este acto los recibos que obran a fs. 28/44 de la documentación reservada, de los mismos no resulta que se consignara pago de aportes al Fondo de Desempleo pues se limitan a consignar trabajo de albañilería o simplemente albañilería, y en uno de ellos, el de fs. 39 ni siquiera figura el concepto, sin perjuicio de su informalidad (se tratan de los conocidos recibos marca “húsares”). En cuanto a la multa por falta de pago de aportes jubilatorios y obra social al que se refiere el apelante (art. 48 de la ley 25.345) señalo que no se impuso condena alguna por ese rubro. Por lo demás, sí se condenó a pagar la indemnización prevista por el art. 8 de la ley 24.013 (ver fallo, fs. 157, cuarto y quinto párrafo) y el recaudo de comunicación a la AFIP (art. 11, inciso b, de la Ley Nacional de Empleo) se encuentra acreditado (telegramas de fs. 08/09 y fs. 13 de la documentación reservada). ----------

----Por tales consideraciones, se rechazan ambas quejas.----------

----6. Resta por considerar el agravio referido al recaudo previsto por el Decreto 146/01 toda vez que el recurrente sostiene que la intimación se efectuó el 8 de septiembre de 2017 por lo que la indemnización del art. 80 de la L.C.T. resulta improcedente. ----------

----En tal sentido, la relación laboral finalizó el 11/09/17 (ver sentencia, fs. 155, segundo párrafo) ya que la comunicación rescisoria enviada por el trabajador el 08/09/17 fue recibida en aquella fecha (ver documental reservada, telegrama, fs. 19/20 y constancia, fs. 21). ----------

----En tales condiciones, debe considerarse que el art. 3 del decreto 146/2001 (reglamentario del art. 45 de la ley 25.345, que agrega el último párrafo al art. 80 de la L.C.T.) dispone que el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el artículo que se reglamenta cuando el empleador no entregara las constancias o certificados previstos por el art. 80 de la L.C.T. dentro de los 30 días corridos de extinguido el contrato de trabajo.----------

----Ello significa que la indemnización especial procede cuando el trabajador formule el requerimiento hábil para generar ese derecho una vez transcurrido el plazo de 30 días corridos a partir de la extinción del vínculo.----------

----Con tales alcances, es evidente que la intimación cursada por el actor no respetó dicho plazo y por ende resultó prematura. Es que, el reclamo debe ser apropiado a las circunstancias, entre otras, de tiempo, y el factor tiempo interesa ya que el requerimiento debe ser oportuno, es decir concretado una vez que la obligación sea exigible. Ello por cuanto la exigibilidad es un presupuesto de la situación de mora que condiciona la eficacia de la interpelación, por lo que la intimación debe efectuarse después que la obligación se hizo exigible. De allí que la interpelación realizada antes que el débito se torne exigible carece de valor a los efectos de constituir al deudor en mora (conf. Wayar, Ernesto C., “Tratado de la mora”, Editorial Ábaco, 1981, págs. 400, 404 y 282, respectivamente).----------

----De tal modo, la intimación extrajudicial realizada por el accionante carece de eficacia, y al no encontrarse habilitada esa parte para realizar el requerimiento a la fecha de la

interpelación, la misma devino extemporánea por prematura. ----------
----Es criterio de esta sala “B”, c. 21.852, S.D.L. 53/06, c. 269/08, S.D.L. 47/09, c. 460/09, S.D.L. 90/09, entre otros pronunciamientos; también de la sala “A”, c. 20.379, S.D.L. 27/05, c. 20.422, S.D.L. 53/05, entre otros fallos. ----------
----A su vez, desde que el requerimiento debe ser previo a la instancia judicial (doctrina sentada por el S.T.J., en autos “F., N. c/P. S. I. S.A. s/Cobro de pesos - Laboral”, 19/10/2006, S.R.E. N° 15/2006) el mismo no puede suplirse con la demanda judicial. ---
----Es criterio seguido por esta sala “B”, c. 22.587, S.D.L. 23/2008, c. 98/2008, S.D.L. 14/2009, c. 460/09, S.D.L. 90/09, entre otros pronunciamientos.----------
----Sólo agregaré respecto de la sentencia dictada por el S.T.J. el 19/10/06 (S.R.E. Nº 15/2006) que en esa causa se rechazó la indemnización contemplada por el último párrafo del art. 80 de la L.C.T., agregado por el art. 45 de la ley 25.345, por no haberse cumplido con los recaudos previstos por el Decreto 146/01. Esto es, intimación extrajudicial fehaciente en el plazo fijado por el citado decreto. Así, se señaló que “En definitiva, mi posición apuntó a determinar que no se había cumplido con el presupuesto previo de la norma reglamentaria -en el caso, el plazo en el que debía hacerse la intimación- rechazando el rubro porque la intimación extrajudicial que alegaba la parte era ineficaz por extemporáneo por prematura. ... En definitiva, ampliando la posición que adopté en S.D. Nº 44/03 (Sala “A” - Cám. Apel. Com. Riv.), quiero añadir que la procedencia de la indemnización de estudio opera cuando el trabajador -ante el incumplimiento de extenderle los certificados de trabajo, que en el caso de estudio debió haber sido al producirse el distracto- intime no sólo en el tiempo al que hace referencia el decreto reglamentario sino que se efectivice por vía extrajudicial, de modo fehaciente ...” (del voto del Dr. Caneo).----------
----Por todo ello, es presupuesto de la indemnización prevista por el último párrafo del art. 80 de la L.C.T. cursar en tiempo oportuno la intimación extrajudicial (art. 3 del Decreto 146/01), recaudo que por lo demás no se suple con el requerimiento formulado al promover demanda y tampoco con la notificación del traslado de la misma.----------
----Por tales fundamentos, se hace lugar al agravio y en consecuencia corresponde revocar parcialmente el fallo en crisis para excluir de la condena el monto de la indemnización establecida por el art. 80 de la L.C.T. ----------
----7. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para excluir del monto de condena el rubro indemnización prevista por el art. 80 de la L.C.T., confirmando el fallo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------
----La revocatoria que se propicia lleva a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C.----------
----Tocante a las costas de primera instancia, la noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (Arazi-Rojas, ob. cit., T. I, pág. 261 y nota nº 48). Por otra parte, el art. 57 de la Ley XIV Nº 1 no establece un principio general de aplicación mecánica y automática, ya que

permite siempre discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del resultado del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. S.T.J. en autos caratulados “C. L. c/Pcia. del Chubut”, S.D. 7/91; y “C. de R. c/C. C. y otro”, S.D. 3/93). ----------

----A su vez, debe ponderarse la conducta de la demandada ya que en su escrito de contestación solicitó el rechazo de la demanda con costas a la actora (fs. 28 y 29), por lo que declinó toda responsabilidad. En esa dirección se sostiene que la demandada debe cargar con el peso de las costas, tanto más que, en su hora, peticionó lisa y llanamente el rechazo de la demanda, no logrando demostrar los presupuestos de la defensa intentada, resultando indudablemente vencida, a lo que añado máxime si el demandado declinó completamente su responsabilidad al contestar demanda (Morello, Sosa y Berizonce, ob. cit., 1985, T. II-B, págs. 82 y 140, respectivamente, con cita de fallos).----

----Agrego que por “parte vencida” debe entenderse, a los efectos de la norma que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369). Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 1961, T. IV, pág. 527). Litigante vencido o perdidoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (Arazi-Rojas, ob. cit., T. 1, pág. 261, y nota nº 45, con cita de doctrina y de fallos).----------

----Con tales alcances, cabe ponderar que el actor resultó vencedor en la cuestión principal y que sólo se desestimó el rubro referido a la indemnización prevista por el art. 80 de la L.C.T., por lo que también estimo prudente propiciar al Acuerdo la imposición de las costas de primera instancia en un 95% a cargo del demandado y en un 5% a cargo del actor, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis, en concordancia con el principio antes señalado y los vencimientos recíprocos habidos (art. 57 de la Ley XIV Nº 1 y art. 72 del C.P.C.C.). ----------

----En cuanto a los honorarios de la anterior instancia, atento a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos y asimismo a las etapas cumplidas, estimo adecuados los establecidos por el juzgador por lo que también propicio mantenerlos. ----------

----El fracaso de cuatro de los cinco agravios traídos por el demandado (relación de dependencia, categoría, fondo de de desempleo, multa por falta de pago de aportes), y el éxito del último de ellos (indemnización del art. 80 de la LC.T.), sumado a que en definitiva se proyecta el mismo vencimiento parcial y mutuo que para la primera instancia, conduce a imponer las costas de alzada en un 95% al demandado y en un 5% al actor, por ajustarse en forma proporcional y adecuada a las porciones de fracaso y éxito alcanzados por el accionado (art. 72 del C.P.C.C.). ----------

----Atento a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos

profesionales cumplidos en esta segunda instancia, estimo adecuados los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados del actor y del demandado, en las cantidades porcentuales equivalentes al 5,59% y 3,38%, respectivamente, del monto de condena a liquidarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N° 4), con más el I.V.A. pertinente. ---------

----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

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

----En vista del acuerdo arribado corresponde: I.- Revocar parcialmente la sentencia apelada, al mero efecto de excluir de la condena de pago la indemnización correspondiente al art. 80 de la LCT, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

----II.- Establecer, por readecuación, las costas de grado, en un 95% a la demandada, y en un 5% a la actora. ----------

----III.- Imponer las costas de esta instancia en un 95% a la demandada y un 5% a la actora. ----------

----IV.- Regular los honorarios, por los trabajos realizados ante esta sede, al Dr. B. A. R., en un 5,59%; y al Dr. J. G. V., en un 3,38%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente. ----

----Así lo voto. ----------

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

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

----Así lo voto.----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría y encontrarse en uso de licencia el Dr. Sergio R. Lucero al momento de efectuarse el sorteo (Art. 7º y 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar:----------

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

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

----REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, al mero efecto de excluir de la condena de pago la indemnización correspondiente al art. 80 de la LCT, confirmándola en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

----ESTABLECER, por readecuación, las costas de grado, en un 95% a la demandada, y en un 5% a la actora.----------

----IMPONER las costas de esta instancia en un 95% a la demandada y un 5% a la actora.

----REGULAR los honorarios, por los trabajos realizados ante esta sede, al Dr. B. A. R., en un 5,59%; y al Dr. J. G. V., en un 3,38%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA pertinente. ---

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

GUILERA
CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO **RAÚL ADRIÁN VERGARA**
JUEZ DE CÁMARA **PRESIDENTE**

----REGISTRADA BAJO EL N°___03_____DEL AÑO 2021 – SDL – CONSTE.---------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA