Expte. N°T-7206/18 (18.920/21)

TOMO CXIII - SENTENCIA
REGISTRO N° 3668
FOLIO N° 30/50
PROT. ELECT. A101 11 **S.241**

En la ciudad de Río Gallegos, capital de la provincia de Santa Cruz, a los doce días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro se reúne la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial, integrada por el señor Juez Dr. Diego Lerena con la Presidencia del Dr. Carlos E. Arenillas, para dictar sentencia en los autos caratulados: "Torres Mauro Rene c/Las Dos Hermanitas S.H. s/laboral", Expte. N° T-7.206/18 (18.920/21), venidos del Juzgado de Primera Instancia N° Uno en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y de Familia, Secretaría Civil con asiento en la localidad de Río Turbio en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs 298/314 vta. por la parte actora, contra la sentencia de fs. 274/297. Se fija el siguiente orden de consideración: 1°) Dr. Diego Lerena, 2°) Dr. Carlos E. Arenillas y las siguientes cuestiones a tratar: **Primera cuestión:** ¿Corresponde ingresar en el tratamiento de los recursos de apelación articulados por la parte actora y concedidos con efecto diferido a fs. 148 y 177?, **Segunda cuestión**: ¿Son justas las decisiones recurridas?, **Tercera cuestión:** ¿Corresponde declarar la nulidad de la sentencia y componerla positivamente?, **Cuarta cuestión:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

- - - - - - - - - - A la primera cuestión el Dr. Lerena dijo:

I.- En la audiencia de prueba, el actor promueve recurso de apelación contra la decisión de la magistrada de declarar innecesaria y superflua la producción de prueba informativa -fs. 145-, dicho remedio es concedido con

efecto diferido a fs. 148.-

A su vez, contra la providencia que tiene por desistida a la parte actora de la prueba confesional respecto de la Sra. Ana María Garcia -fs. 167-, el actor deduce recurso de apelación -fs. 176y vta.- que es concedido en efecto diferido a fs. 177.-

Al expresar los agravios contra la sentencia de grado el recurrente sostiene y funda ambos planteos.-

Por ello corresponde ingresar a su tratamiento.-

- - - - - - -En consecuencia, Voto pues, a la primera cuestión por la AFIRMATIVA.- - - - - -

se encuentra inscripta y si registró al empleado; 3) a OSMATA y SMATA para que informe si el actor se hallaba registrado y si se habían ingresado los aportes respectivos por parte de la patronal.-

Ahora bien, al expresar agravios, el recurrente se refiere al perjuicio que le ocasionara la interpretación judicial del intercambio telegráfico y dice que de haber producido la prueba informativa hubiera podido acreditar la fecha de egreso y la injuria laboral por él argüida: negativa de tareas por parte de la empleadora.-

En tal contexto, debe colegirse que el recurrente tan solo reclama el libramiento del oficio al Correo Oficial y dicha prueba -desde que se halla exclusivamente orientada a certificar la autenticidad de documentos que en autos no han sido cuestionados- es, con toda certeza, innecesaria y superflua, tal como lo determinó la magistrada interviniente.-

En lo que respecta a la prueba confesional, estimo conveniente señalar que su importancia siquiera se encuentra fundada. En efecto, el Sr. Torres no explica qué extremos pretende probar a través de la confesión de la Sra. Ana María Garcia, máxime cuando del escrito de demanda no surge la participación que ésta habría tenido en los hechos reputados injuriantes.-

Por lo demás, lo realmente acontecido en el proceso dista de ser arbitrario o lesivo al derecho de defensa y a continuación explicaré por qué.-

Se agravia el actor pues asegura que, al dar curso a la petición de la accionada y cambiar la fecha de audiencia confesional, la magistrada favoreció a la parte empresaria, en detrimento del principio de igualdad de las

partes.-

A fin de abordar la controversia suscitada, resulta menester poner en contexto la denuncia del recurrente. Para ello, he de referirme, en primer lugar, al auto de apertura a prueba en el que consta expresamente: "Respecto de la Sr[a.] Ana María Garcia, atento que vive fuera de la jurisdicci[ó]n de este juzgado, se dar[á] intervenci[ó]n al juzgado competente Posadas Misiones, a los fines que se le tome declaraci[ó]n de parte. En el término de 5 d[í]as deber[á] presentar la parte actora el oficio ley 22.172 dirigido al juzgado acompañando el pliego correspondiente que deber[á] s[e]r presentado antes de remitirse." (v. fs. 145 vta.).-

Así es que a fs. 150 obra escrito en el que consta la presentación del oficio ley N° 22.172 a los fines de producir la prueba en extraña jurisdicción y del pliego de posiciones, así como también el pedido de intimación a las codemandadas para que denuncien el domicilio real de la deponente.-

A fs. 152 obra providencia mediante la cual se hace saber que: "...su confección deberá ajustarse a las pautas establecidas en la ley 22.172.-" y que: "...el pliego de preguntas,... deberá ser presentado en debida forma.".-

En efecto, por haber sido desglosados, este suscripto no puede comprobar cuáles han sido los defectos que dieron lugar a la observación, sin embargo el recurrente no invoca agravio al respecto.-

De allí se sigue la presentación de fs. 153 -12/04/2019-, en la que la codemandada denuncia que la Sra. Ana María Garcia se encuentra en la

ciudad y ofrece prestar declaración hasta el día 18 de abril, petición que es evacuada favorablemente a fs. 154 -15/04/2019- donde se fija audiencia para el 17 de abril.-

Es pertinente señalar que a fs. 154 vta. obra constancia según la cual el día 16 de abril se notificó al letrado la fecha de audiencia y se le hizo entrega del pliego desglosado.-

Ese mismo día el Dr. Obregón denunció imposibilidad de concurrir a audiencia y pidió se fije una nueva fecha, mas no cuestionó el cambio de criterio que ahora dice agraviar a su parte, ni tampoco acompañó nuevo pliego de posiciones.-

En efecto, no se advierte paradoja en que la magistrada haya rechazado el pedido del letrado en el mismo día sino más bien en el hecho que aquel haya solicitado que: "Para el hipotético caso de que V.S. no fije nueva fecha de audiencia para tomar declaración a la Sra. Ana María Garcia, se solicita que continúe con el trámite oportunamente dispuesto en la audiencia de apertura a prueba." (v. fs. 157), como si pudiera suponerse que el actor prefiere sustanciar un trámite en extraña jurisdicción (con los costos y tiempo que ello insume) a realizarlo ante la jueza del proceso, en la primera oportunidad, sin ninguna otra razón que el impedimento personal del letrado que, dicho sea de paso, tampoco dice que estará presente en la audiencia a celebrarse en la provincia de Misiones.-

En consecuencia, no puede avalarse la denuncia de arbitrariedad por parte de quien omitió acompañar el pliego de posiciones en tiempo

oportuno, sin invocar ni acreditar impedimento válido para ello.-

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar los recursos de apelación concedidos con efecto diferido y confirmar las providencias recurridas en lo que han sido materia de agravios. Al decreto de costas me referiré al finalizar el tratamiento a las demás cuestiones.-

- - - - - - - - En consecuencia, a la segunda cuestión, Voto pues, por la AFIRMATIVA.- - - - - - - -

comprendía un lapso diurno -de 16 a 21 hs.- y uno nocturno -de 21 a 00 hs.- pero que jamás le fueron abonadas las horas extras trabajadas en exceso de las 8 diarias.-

Indicó que sus tareas no se limitaban a las definidas en el art. 8 del convenio colectivo aplicable pues no solo se desempeñó en el manejo, control y limpieza de surtidores, sino que también se le asignó la limpieza del estacionamiento, del lavadero, de los baños y de los tachos de basura de la estación de servicio. Dijo haberse visto obligado a realizar tareas de cadeteria, lavar autos particulares de la empleadora y trasladar bultos a las oficinas administrativas.-

Sostuvo que la empleadora le efectuó llamados de atención y le aplicó sanciones económicas en el pasado pero se refirió, específicamente, a la dispuesta con motivo del "mal manejo de recaudación y caja faltante de efectivo" el 9 de marzo de 2018. Dijo que aquella decisión era violatoria de los arts. 63, 67 y 68 L.C.T. y los arts. 37 y 58 del C.C.T. Solicitó que esto sea considerado al momento de cuantificar el daño moral que funda en las afecciones padecidas a nivel psicológico, interno y espiritual a partir de la existencia de la sanción disciplinaria, trato peyorativo, amenazas, injurias, calumnias y maltratos por parte de la patronal.-

En cuanto a lo acontecido previo a la finalización del vínculo laboral, expuso que el 10 de abril de 2018, al presentarse en el lugar de trabajo en horario habitual, fue convocado al despacho de la Sra. Lilian Garcia -a quien sindica como co-empleadora y gerente de la empresa- donde se le comunicó

que: "...aqu[é]l día no debía trabajar y que podía retirarse a su domicilio hasta nuevo aviso.".-

Aseguró que: "...estuvo varios días prácticamente sin salir de su casa esperando algún llamado o notificación de la empresa para reintegrarse a trabajar." y que ante "la negativa de tareas" el 26 de abril procedió a enviar un telegrama a fin que cumpla con su obligación de dar ocupación, bajo apercibimiento de considerarlo un despido indirecto.-

Dijo que la empleadora contestó la misiva el 03 de mayo, rehusando haber negado tareas e invocando la existencia de un telegrama de despido de fecha 16 de abril, remitido al domicilio denunciado por el empleado el 14 de abril. En este sentido, el Sr. Torres negó haber denunciado un nuevo domicilio y manifestó no haber recibido ningún tipo de comunicación de la patronal.-

En consecuencia, el 09 de mayo remitió nuevo telegrama haciendo efectivo el apercibimiento y considerándose despedido por exclusiva culpa de la empleadora, intimándola a abonar las indemnizaciones derivadas del despido sin causa, adicionales y horas extras adeudadas, daño moral y entrega de certificaciones de ley.-

El actor practicó liquidación por estos rubros y adicionó diferencias salariales, multas de los arts. 132 bis y 275 de la L.C.T. y agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley N° 25.323. Por último, solicitó se declare la inconstitucionalidad de las sumas de carácter no remunerativo, a saber: "Acuerdo abril 2017", "Acuerdo enero 2018", "Asignación por acuerdo

paritario", "Incentivo a la producción", "Anticipo horas", "A cuenta de futuros aumentos" y "adicional por zona desfavorable".-

A fs. 110/114 vta. luce agregada la contestación de demanda de la Sra. Lilian Beatriz Garcia, por derecho propio, en carácter de socia de la empresa demandada y como gestora procesal de Fulvia Liduvina Gauto (ratificada a fs. 123) y Ana María Garcia (poder acompañado a fs. 207/208), solicitando su íntegro rechazo "...en razón de encontrarse abonada la liquidación final por despido indirecto del actor en autos, en una demanda de consignación de haberes, en razón de la negativa del actor a percibir las mismas, como así también a recibir la documental pertinente al cese..." (v. fs. 110).-

Aseguró que en razón de la merma en las ventas de combustible entre las socias dispusieron "...llevar adelante el cese de las relaciones laborales mediante la aplicación del artículo 245 (L.C.T), como política de la empresa y de la buena práctica laboral, se dispuso que el cese respecto del trabajador menos antiguo dentro del plantel...siendo que el actor-trabajador llevaba prestando servicios por tres meses y días..." (v. fs. 112).-

En ese contexto, justificó la remisión del telegrama de fecha 16 de abril de 2018 que, según sostuvo, fue dirigido al domicilio denunciado por el trabajador en la declaración jurada de domicilio de fecha 14 de abril de 2018. Dijo que dicha misiva fue devuelta por el correo por no haber sido retirado al vencimiento del plazo, luego de dejar el correspondiente aviso de visita.-

Posteriormente, se refirió al telegrama remitido por el Sr. Torres

diez días después de producirse el distracto -26 de abril de 2018- mediante el cual la intimaba a aclarar su situación laboral, aduciendo impedimento de ingreso al lugar de trabajo. Dijo haberle contestado al día siguiente, negando los hechos y reiterando que, en virtud del distracto ya notificado, se encontraban a su disposición la liquidación final y los certificados pertinentes.-

Al respecto, señaló: "...se le informó que ha existido un distracto sin justa causa, porque el empleador jamás especificó causa alguna para la ruptura de la relación laboral..." (v. fs. 112, último párrafo). En este orden de ideas y dado que el empleado se mantuvo renuente a recibir los haberes, procedió a consignarlos, juntamente con los certificados de ley, primero ante la Subsercretaría de Trabajo delegación 28 de Noviembre y luego judicialmente, por no haber concurrido a retirarlos en sede administrativa. Ofreció como prueba la incorporación de las actuaciones en las que afirma haber depositado la suma de $68.838,47.-

Arguyó que la liquidación se efectuó teniendo en cuenta la escala salarial vigente al momento de la ruptura del contrato, pues si bien existía una intención de incrementos por parte del gremio, los mismos no se encontraban homologados por la autoridad administrativa, por lo que consideró el salario homologado en octubre de 2017.-

Impugnó la pretensión de pago de horas extra y jornada nocturna pues, según sostuvo, en la actividad desarrollada los turnos son rotativos. Negó que el 29 de marzo (jueves santo) fuera feriado y aseguró que en el sector privado se consideró asueto. Asimismo, negó haber impedido al Sr.

Torres la prestación de tareas a partir del 10 de abril, afirmando que el trabajador asistió ese día y también los dias 12, 13, 14 y 15 de abril, todo lo cual se comprobaría con el ingreso al sistema de facturación y la correlativa emisión de comprobantes con la clave de acceso personal e intransferible del empleado.-

Negó haber incurrido en conductas que importaran la socavación en los sentimientos del empleado. Impugnó liquidación y ofreció prueba.-

III.- La sentencia.-

A fs. 274/297 la magistrada de la instancia anterior resolvió en base a las siguientes consideraciones:

a) Que las partes no controvirtieron la fecha de inicio de la relación laboral -30 de diciembre de 2017- ni el motivo del distracto "...ya que el mismo ha sido un despido indirecto o sin justa causa." (v. fs. 290 vta.).-

b) Que la controversia se centraba en la determinación de la fecha en que aquel se produjo y para ello debía analizar "...si el telegrama de despido enviado por la parte demandada con fecha 16 de abril de 2018 ingresó a la esfera de conocimiento de la parte actora."-

c) Que de la constancia de fs. 44 se desprendía que la notificación del despido fue dirigida al domicilio 25 de mayo N° 2776 Departamento 1 Av. Circunvalación de la localidad de 28 de Noviembre; que dicho domicilio coincidía con el denunciado en declaración jurada de fs. 61 que no había sido desconocida por el actor y que del informe de la empresa Correo

Argentino de fs. 45 surgía acreditada la imposibilidad de entrega y el correspondiente aviso de visita, por lo que debía considerarse que el telegrama de despido llegó a la esfera de conocimiento del actor el 16 de abril de 2018, fecha en que correspondía tener por finalizada la relación laboral.-

d) Que "...el Régimen de Contrato de Trabajo, ...no veda al empleador disponer el despido sin justa causa sino que sólo le impone la obligación de abonar una indemnización por cesantía (art. 232 y 245 de la L.C.T.)" (v. fs. 293) y que: "La existencia de despido directo incausado genera derecho a indemnización por antigüedad y preaviso." (v. fs. 293 vta.).-

e) Que "...hasta que no se encuentre homologado el C.C.T. no es obligatorio para las partes. Por ende que no es aplicable el C.C.T enunciado por la parte actora, por no haber estado homologado al momento de suscitarse el despido..." (v. fs. 294 vta.).-

f) "Que el horario que cumplían los empleados es rotativo, prueba que no es desacreditada por los testigos (Contreras y Galvan)..." por lo que no correspondía aplicar las previsiones del art. 200 L.C.T. Interpretó que la limitación establecida por esa norma para el régimen de jornada nocturna "con más razón" debía aplicarse en caso de jornada mixta. Concluyó entonces que: "...la situación del actor, en función de la modalidad en que cumplía sus tareas, se encuentra comprendida en las excepciones sobre jornada máxima en trabajo diurno y nocturno..." (v. fs. 295 vta.) por lo que desestimó la pretensión por diferencias salariales por horas trabajadas en exceso de las 8 horas diarias.-

g) En lo que respecta al daño moral, entendió que los hechos a

que el actor atribuyó la dolencia no se hallaban probados por lo que correspondía el rechazo del rubro en cuestión.-

h) Que la liquidación efectuada por la perito a fs. 219 vta. coincidía con la realizada por la demandada y, en definitiva, con la suma que ésta última puso a disposición del Sr. Torres en el marco de la consignación judicial, por lo que resolvió el rechazo de la acción en todas sus partes.-

IV.- Agravios del actor.-

A fs. 299/314 vta. obra el libelo recursivo a través del cual el Sr. Torres aduce perjuicio irreparable derivado de:

1) Manifiesta nulidad de la sentencia por violación al principio de congruencia, arbitrariedad y omisión de tratamiento de cuestiones esenciales, como ser los rubros específicamente peticionados en la demanda, a saber: SAC sobre preaviso, integración mes de despido, vacaciones y S.A.C. proporcionales, multas del art. 80 de la L.C.T. (y astreintes), multa del art. 2 de la ley N° 25.323, diferencias salariales, art. 132 bis, sanción del art. 275 de la L.C.T., intereses e inconstitucionalidad de las sumas de carácter no remunerativo.-

2) Violación del principio protectorio y manifiesta parcialidad a favor de la accionada. Entiende que la magistrada omitió aplicar la presunción del art. 55 de la L.C.T. y 366 del C.P.C. y C. (por remisión del art. 121 de la ley N° 1444) por no haber acompañado la accionada las planillas de horarios, legajo del trabajador y las constancias de ingreso de las sumas a SMATA.-

3) Incorrecta interpretación y aplicación de institutos del

derecho laboral, confusión entre despido indirecto y despido sin causa.-

4) Desatinada exégesis jurídica en torno a la definición del Convenio Colectivo de Trabajo aplicable y, en consecuencia, omisión de determinar la remuneración del trabajador.-

5) Desestimación infundada del daño moral.-

6) Avasallamiento del derecho de propiedad y debido proceso, dice que la magistrada omitió practicar y fundamentar la liquidación que consideró ajustada a derecho, ignorando todo lo manifestado por su parte en relación a los rubros reclamados.-

V.- Tratamiento de los agravios.-

V.a).- De la nulidad de la sentencia.-

Dice el actor que la sentencia es nula por incongruencia y falta de fundamentación en tanto la a quo omitió ponderar los hechos en que se fundó la demanda y dar tratamiento a la totalidad de los rubros pretendidos, a la vez que habría confundido el despido indirecto con el despido sin causa.-

En tal contexto, resulta menester efectuar un encuadre legal y doctrinario del tema implicado, esto es: los requisitos de validez de la sentencia.-

Al respecto, nuestro código procesal establece en el art. 164, inc. 6° (aplicable a este proceso laboral por remisión del art. 121 de la ley N° 1444) que: "La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener... 6° La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y

reconvención, en su caso, en todo o en parte. La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos,...".-

En efecto, la norma encuentra fundamento en el "principio de congruencia", reiterado -además- en el art. 270 del C.P.C. Y C. (también aplicable por remisión del art. 121 de la ley N° 1444). Esta máxima señala, como regla general, que debe existir correspondencia entre la acción promovida y la sentencia que se dicta, y que el juez debe pronunciarse sobre todo lo que se pide -y sólo respecto de esto-, basándose en los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones. En otras palabras, que la decisión debe recaer sobre lo reclamado por las partes en los escritos constitutivos, respetando sus límites cualitativos y cuantitativos, quedando el órgano jurisdiccional vinculado por el marco del "thema decidendum", precisado por los justiciables e indisponible para los magistrados, más allá de la zona de libertad que para el Juez trasunta la aplicación del "iura novit curia".-

Por lo expuesto, debo señalar que -ciertamente- la magistrada se ha apartado de tan elemental deber y prueba de ello son: la falta de tratamiento sobre cuestiones expresamente peticionadas en la demanda (vgr. aplicación de multas, declaración de inconstitucionalidad, diferencias salariales, entregas de certificados); imprecisiones conceptuales en torno a la modalidad del despido; evaluación parcial e incompleta del intercambio telegráfico denunciado por ambas partes; confusión en el análisis y razonamiento sobre las consecuencias

derivadas de la falta de recepción del telegrama de fecha 16 de abril de 2018. Pues si bien la magistrada entendió que la cuestión se circunscribía a determinar cuándo llegó a conocimiento del empleado la decisión de la patronal, al desarrollar el concepto de intercambio telegráfico y las teorías del riesgo del medio empleado y de la recepción, derivó en las consecuencias legales del rechazo malicioso de misivas por parte de los empleadores y en los efectos de las comunicaciones efectuadas por el trabajador (v. fs. 292), de lo que resulta una falta total de correlato con el antecedente fáctico que dijo estar analizando; por último, debo reprochar la absoluta imprecisión al señalar los rubros que integran la indemnización derivada del despido incausado y el criterio utilizado para su cuantificación.-

Por todo lo expuesto, considero de toda pertinencia hacer lugar al recurso y declarar la nulidad de la sentencia atacada.-

V.c).- Del nuevo pronunciamiento.-

De la revisión de la totalidad de estas actuaciones resulta que se han cumplido todas las etapas del juicio; que han tenido intervención las partes involucradas en el hecho que dio origen y fundamento de la pretensión; que se ha respetado el derecho de defensa y la garantía constitucional del debido proceso; en consecuencia están dados todos los requisitos necesarios para que esta Cámara dicte nuevo pronunciamiento.-

Ahora bien, llegado a este punto resulta menester que me refiera a la denominación de la accionada, pues resulta que en la carátula se ha consignado con el nombre brindado por el actor "Las dos hermanitas S.H.",

que además resulta ser coincidente con las constancias documentales obrantes a fs. 3, 4 y 5. No obstante lo cual, de la contestación de demanda surge que la razón social es, en verdad, Garcia Lilian Beatriz, Garcia Ana María, Gauto Arguello Fulvia Liduvina S.H. (v. fs. 2, 57/60, 63/64), empresa que gira comercialmente bajo el nombre de fantasía "YPF Las Dos Hermanitas".-

Así es que, a fin de evitar eventuales nulidades y teniendo en cuenta que dicha divergencia no ha sido objeto de controversia entre las partes, corresponde mandar a recaratular las actuaciones por la anterior instancia, debiendo consignarse el nombre de la demandada como: "Garcia Lilian Beatriz, Garcia Ana María, Gauto Arguello Fulvia Liduvina S.H." (YPF Las Dos Hermanitas).-

Zanjada aquella cuestión y a fin de componer positivamente la litis comenzaré por descartar la existencia de embate en torno a la fecha de inicio de la relación laboral habida entre las partes -30 de diciembre de 2017-, la norma convencional aplicable -C.C.T. N° 79/89- y la categoría revistada por el trabajador -Auxiliar de playa- al momento del distracto.-

Por el contrario, debo reconocer la contienda suscitada respecto al modo y fecha en que se produjo la finalización del vínculo, en tanto la parte actora invoca que se trató de un despido indirecto, por culpa de la empleadora, mientras que la accionada aduce que se trató de un despido directo, sin justa causa. Ambas aportan la versión de los hechos con que pretenden justificar el intercambio epistolar ofrecido como prueba documental.-

En efecto, siguiendo un criterio de orden cronológico, debo

referirme al telegrama que, en copia simple, se encuentra agregado a fs. 44 y dice: "Notifícole cese relación laboral a partir de la fecha 16/04/2018, a su disposición liquidación final y haberes en el término de ley". La carta posee fecha de recepción ante el Correo oficial en ese mismo día, fue dirigida al Sr. Mauro Rene Torres y como domicilio se consignó: 25 de mayo N° 2776 Dpto N° 1 Avda. Circ.. Por su parte, según consta a fs. 45, el Correo comunica que la misiva no pudo ser entregada el 18 de abril de 2018 por "domicilio cerrado" y que "dejose aviso de visita".-

El actor no niega la autenticidad de estos documentos, en cambio, pretende que en esta vía judicial se "desestime in limine" dicha comunicación -v. fs. 17 vta.- por violar la ley N° 23.789. En este sentido, afirma no haberla recibido en su domicilio y haber tomado conocimiento de ella el 03 de mayo (situación sobre la que me explayaré más adelante), cuando recibió respuesta de la patronal al telegrama enviado por él y donde se habría alegado "falsamente" que en la declaración jurada del 14 de abril había denunciado nuevo domicilio.-

Por cierto, el Sr. Torres promovió demanda a fin de obtener las indemnizaciones derivadas del despido indirecto bajo la premisa de haber tenido que intimar a la accionada a dar tareas, luego de que esta lo hubiera relevado verbalmente de la obligación de asistencia, hasta que le dieran nuevo aviso que -según sostuvo- nunca llegó.-

De acuerdo a sus dichos, el 10 de abril concurrió al trabajo en su horario normal y luego de así habérselo ordenado la patronal, volvió a su

domicilio sin recibir ningún tipo de aviso sobre la fecha en que debía reintegrarse. En ese contexto, dijo, entró en un cuadro de depresión y angustia ante la incertidumbre de no saber si había perdido su trabajo, razón por la cual, el 26 de abril remitió telegrama que, en lo que aquí interesa, decía: "En virtud de la negativa de tareas realizada el 10 de abril de 2018 por la Sra. Lilian García y el Sr. Mariano Muñoz, por medio de la presente intimo a que en el plazo perentorio de 48hs informe si ajustará su conducta a derecho y cumplirá la obligación de dar ocupación… bajo apercibimiento de considerarme gravemente injuriado y despedido por su exclusiva responsabilidad y culpa (Art. 242 L.C.T.)." (v. fs. 7).-

En dicho documento -vale decir- el Sr. Torres consignó domicilio en B° San Juan Bosco, Edif. 15, Dto. "B".-

Ahora bien, la patronal contestó el emplazamiento mediante carta documento de fecha 27 de abril, oportunidad en que expresó: "Rechazo vuestro telegrama… en razón de que el mismo es falaz, mendaz, y carente de fundamento jurídico,… Rechazo que se le haya impedido ingresar a prestar servicios el día 10/04/2018, toda vez que en dicha fecha trabaj[ó] en el turno mañana (…) en cuanto a su situación laboral, reitero que con fecha 16/04/2018, se le envió telegrama de despido al domicilio real denunciado por usted con fecha 14/04/2018 a esta empresa mediante declaración jurada. Que usted el día 18/04/2018 se hace presente en las instalaciones de esta empresa en donde se le reitera que fue enviada comunicación de distracto…" (v. fs. 8).-

A su vez, estas aseveraciones fueron contestadas por el Sr.

Torres en los siguientes términos: "...vengo a rechazar de manera total y absoluta vuestra carta documento... maliciosa, improcedente y carente de todo sustento... Niego haber trabajado durante el turno de la mañana el día 10/04/2018... Niego haber denunciado domicilio real en fecha 14/04/2018 a esa empresa mediante declaración jurada. Niego haberme presentado el 18/04/2018 en las instalaciones de su empresa. (...) hago efectivo el apercibimiento contenido en mi anterior telegrama y me considero gravemente injuriado y despedido por vuestra exclusiva responsabilidad y culpa." (v. fs. 9).-

De lo expuesto resulta que, para la solución de la controversia, es menester determinar si el domicilio al que la patronal remitió el telegrama de despido correspondía al denunciado por el empleado y, a tal efecto, resulta concluyente la prueba documental ofrecida por la accionada a fs. 61. Del documento analizado surge que con fecha 14 de abril de 2018 el empleado suscribió una declaración jurada de domicilio sito en Circunvalación 25 de mayo, Dto. 1, N° 2776.-

Aquel instrumento fue acompañado con la contestación de demanda, corriéndose el pertinente traslado según consta a fs. 115 in fine. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que el empleado a quien se atribuye la firma allí inserta no ha negado su autenticidad en los términos del art. 61 de la ley N° 1444, la declaración jurada de domicilio debe tenerse por reconocida.-

Ahora bien, en cuanto a la eficacia de la comunicación realizada por la patronal, debe tenerse presente el principio propio del Derecho Procesal que refiere: "cada parte responde por el medio empleado". Quien elige un

medio de comunicación asume el riesgo de que la noticia llegue a destino. La regla responde a la teoría de los actos propios, explicada como que "nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo dicho comportamiento de manera deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz".-

Ergo, para que la notificación telegráfica o postal se perfeccione, debe instrumentarse de modo tal de cumplir el remitente los requisitos que posibiliten que la misma entre en la esfera de conocimiento del destinatario, para lo cual basta -inicialmente- que se lo identifique correctamente y que se dirija a su domicilio.-

Al respecto, esta Cámara tiene dicho que: "Estando dadas las condiciones (destinatario identificado, domicilio real correctamente consignado) para que la actora reciba la misiva enviada por su empleadora, se debe considerar que el acto se perfeccionó cuando la declaración llegó a la esfera jurídica del destinatario, de manera que según la experiencia normal, sea puesto en condiciones de tener conocimiento de ella. Por consiguiente, si en tales condiciones el destinatario no toma conocimiento de la declaración, asume los riesgos que se derivan de su conducta negligente; poco importa, en efecto, si por su propia falta el destinatario no ha podido tomar conocimiento de la declaración, pues el acto recepticio se habrá formado definitivamente y producirá a su respecto todos los efectos previstos" (cfr. esta Cámara en sentencia registrada al T° XIX - R° 414 en autos: "Cardenas Elida del Carmen c/Aeropuertos Argentina 2000 S.A. y otro s/laboral", Expte. N° 17.579/15

(18.180/19), de fecha 29/3/2021).-

Por lo expuesto, debo tener por configurado el supuesto de despido directo sin causa invocado por la patronal y por finalizada la relación laboral el día 18/04/2018, fecha en que el Correo Oficial informa la imposibilidad de entrega de la misiva rescisoria.-

V.d).- De la jornada de trabajo y las horas extras.-

Al promover la presente acción, el actor sostuvo que su jornada laboral era mixta, a saber: diurna de 16 a 21 hs. y nocturna de 21 a 00 hs., entendiendo que las tres horas nocturnas deberían computarse con un adicional de veinticuatro minutos por día y considerarse como tiempo suplementario de trabajo en los términos de los arts. 200 y 201 de la L.C.T.-

Al contestar demanda la accionada negó que la jornada del trabajador debiera considerarse nocturna a partir de las 21 hs., afirmó que el convenio colectivo que comprende a los expendedores de combustible fija una jornada de trabajo distinta a la de los empleados de comercio (por ejemplo).-

En lo específico, adujo que el 10 de abril el Sr. Torres prestó servicios de 8 a 16 hs. y que tuvo su franco semanal el día 11 (v. fs. 111).-

Ahora bien, tal como he señalado al comienzo del tratamiento de los agravios, ambas partes han sido contestes en cuanto que el Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a la actividad empresaria es el C.C.T. N° 79/89 y que la categoría revistada por el trabajador era de Auxiliar de Playa (cfr. art. 8 inc. c).-

Respecto de la jornada laboral, la norma convencional establece

lo siguiente: "Para el personal que realiza tareas en Estaciones de Servicio la jornada de trabajo se ajustará a la legislación vigente CUARENTA Y OCHO (48) horas semanales como máximo. Los trabajadores que realicen tareas en el horario comprendido entre las VEINTIUNA (21) y SEIS (6) horas del día siguiente, su jornada de labor será de SIETE (7) horas diarias (art. 12).-

Este precepto guarda coherencia con el art. 200 de la L.C.T. en cuanto dispone: "Trabajo nocturno e insalubre. La jornada de trabajo íntegramente nocturna no podrá exceder de siete (7) horas, entendiéndose por tal la que se cumpla entre la hora veintiuna de un día y la hora seis del siguiente.".-

Aunque sigue: "Esta limitación no tendrá vigencia cuando se apliquen los horarios rotativos del régimen de trabajo por equipos. Cuando se alternen horas diurnas con nocturnas se reducirá proporcionalmente la jornada en ocho (8) minutos por cada hora nocturna trabajada o se pagarán los ocho (8) minutos de exceso como tiempo suplementario según las pautas del artículo 201.".-

En efecto, el actor dice que en su jornada alternaba horas nocturnas con diurnas y especifica su extensión. Por el contrario, este detalle está ausente en el relato de la accionada, quien se limita tan solo a negar que a partir de las 21 hs deba considerarse jornada nocturna sin rebatir -en concreto- el tiempo de trabajo denunciado por el empleado.-

Así, para el análisis de este punto resulta relevante considerar que a fs. 145 vta. se intimó a la accionada para que acompañen la siguiente

documentación: "1) Planillas de Horarios de la actora" y que al no haber cumplido la manda judicial se le dio por decaído el derecho a fs. 191, oportunidad en que se dejó expresamente señalada la aplicabilidad del artículo 366 del C.P.C. y C. por remisión del art. 121 de la ley N° 1444.-

De allí deriva la presunción en contra de los argumentos de la accionada, a lo que debe adicionarse la falta de prueba acerca de la existencia de horarios rotativos en que insiste la parte (v. confesional de fs. 235) y la evidencia que aduna la testimonial del Sr. Néstor Gustavo Ezequiel Contreras en cuanto que vio al Sr. Torres en funciones entre las 21 y 21:30 hs., aproximadamente, al menos en dos oportunidades (v. fs. 237).-

En virtud de lo expuesto, corresponde tener por acreditado que el Sr. Torres se desempeñaba laboralmente en jornada mixta durante toda la relación laboral, cumpliendo las 48 horas semanales, con un franco compensatorio y, consecuentemente, que a las tres horas nocturnas deban adicionársele veinticuatro minutos por día, reconociéndose las diferencias salariales devengadas desde el 30 de diciembre de 2017 y hasta el 18 de abril de 2018, en concepto de horas suplementarias. Se deja establecido que dichas sumas devengarán un interés a tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina conforme doctrina legal sentada por nuestro Tribunal Superior de Justicia en la sentencia inscripta al T° XX - R° 678 - F° 3940/3946 del 23/03/21 en la causa "Moreno Florentino Roman c/San Antonio Internacional S.R.L. s/demanda laboral", Expte. N° M-13.122/11 (M-2222/18-TSJ), jussantacruz.gob.ar, desde que cada una es debida y hasta su

efectivo pago, de acuerdo a las pautas a que me referiré más adelante.-

Ahora bien, conforme liquidación practicada en la demanda, el actor pretende que el tiempo suplementario sea calculado -para los días sábado, domingo y feriados- al 100% de su valor. Sin embargo, es el mismo art. 12 del C.C.T. 78/89 el que excluye esta posibilidad, en tanto establece que: "Las horas extraordinarias … realizadas los sábados, domingos y feriados nacionales, provinciales o municipales serán abonadas con el 100% de recargo, **con excepción del personal afectado al expendio de combustible que le tocase trabajar ese día por corresponderle su turno, por considerarse dicha actividad dentro de los alcances de servicio público, debiéndose otorgar a dicho personal el franco semanal compensatorio** que no podrá ser inferior a TREINTA Y SEIS (36) horas semanales y continuas." (el resaltado me pertenece).-

Los hechos acreditados en la causa impiden el reconocimiento de la hora extra al 100% tal como lo pretende el accionado, debiendo entenderse que la justa composición de su salario se obtiene a través del pago del adicional por tiempo suplementario.-

V.e).- De la inconstitucionalidad de los rubros considerados "no remunerativos".-

Al promover demanda, el actor solicitó se declare la inconstitucionalidad de las sumas de carácter no remunerativo, a saber: "Acuerdo abril 2017", "Acuerdo enero 2018", "Asignación por acuerdo paritario", "Incentivo a la producción", "Anticipo horas", "A cuenta de futuros

aumentos", "adicional por zona desfavorable".-

Sin embargo, según se desprende de los recibos de sueldo acompañados como prueba documental, el único concepto percibido por el Sr. Torres con ese carácter -durante toda la relación laboral- fue el Acuerdo N° 04/2017 (v. fs. 3/5), corroborado ello mediante pericia contable practicada en autos e irrefutada por las partes (v. fs. 214/219 vta.).-

Este concepto fue reconocido por el Acuerdo N° 582/2017 celebrado entre el Sindicato de Mecánicos y Afines del Transporte Automotor de la República Argentina, Secc. Bahía Blanca (SMATA) y la Asociación de Estaciones de Servicios del Sur (ADESS), estableciendose para las categorías Encargado, Auxiliar de servicio, Auxiliar de playa y Aprendiz, una suma no remunerativa equivalente a $1.200. El acuerdo en cuestión establecía: "...el presente Acuerdo regirá a partir del 1/4/2017 hasta el 30/9/2017, inclusive. De no existir acuerdo al término del presente, este mismo mantendrá su vigencia hasta una nueva negociación.".-

En efecto, hasta la fecha en que operó el despido del Sr. Torres -18/04/2018- no se encontraba homologado un nuevo acuerdo, por lo que debe considerarse que aquella era la norma convencional vigente.-

Sin perjuicio de ello, el artículo 103 de la L.C.T. establece que: "A los fines de esta ley, se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo. Dicha remuneración no podrá ser inferior al salario mínimo vital.".-

A su vez, el Convenio 95 de la O.I.T. define: "...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 servicios que haya prestado o deba prestar".-

En efecto, ni la L.C.T. ni el Convenio de la O.I.T. hacen distinción entre conceptos "remunerativos" y "no remunerativos": no existe salario que no remunere. En el marco de un contrato de trabajo, si no remunera es un beneficio social (cuestión no alegada ni probada por la empleadora).-

Fernández Madrid sostiene, con criterio que comparto, que cualquiera sea la causa del pago del empleador, "...la prestación tendrá carácter salarial si -como enseña Justo López- se dan las dos notas relevantes del concepto jurídico del salario consistentes en que, en primer lugar, constituya una ganancia (ventaja patrimonial) para el trabajador y en segundo término, que se trate de la retribución de los servicios de éste. Es decir... como contrapartida de la labor cumplida..." condiciones que se verifican con las sumas que surgen del acuerdo de marras. (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, *Ley de Contrato de Trabajo, Comentada y Anotada*, 2ª Ed. Ed. L.L., Bs. As. 2012, Tº II, pág. 1051).-

Por otro lado, el mismo autor dice: "...cuando no hay ventaja patrimonial para el trabajador (por corresponder a un gasto), o no hay contraprestación correspondiente al trabajo (por tratarse de un resarcimiento o del pago por tener una carga de familia) o no hay prestación equivalente al

salario por disposición de la ley o cuando se trata de un pago extralaboral dado sólo en ocasión de la vinculación laboral pero que no reconoce en ella su causa, no estamos en presencia de prestaciones salariales." (cfr. ob. antes cit. págs. 1051/1052). En este carril, Fernández Madrid expone que: "El convenio colectivo no puede contrariar la norma del artículo 103, L.C.T., sin colocar a la propia convención fuera del marco legal (art. 7°, ley 14.250)" (CNAT, Sala III, 17/12/1993, "Taborda, Javier H. c. Florentia S.A.", D.T. 1996-A-264) y, desde esa óptica, solo cabe concluir que el acuerdo es nulo en tanto determina que las sumas percibidas en función del mismo no son remuneratorias ya que el convenio colectivo, fuera de las hipótesis expresamente previstas por la ley (vgr. art. 106, L.C.T.), no puede válidamente cambiar la naturaleza remuneratoria de un rubro establecida por el art. 103 de la Ley de Contrato de Trabajo. (ob. cit., T° II, págs. 1060/1062).-

En definitiva, las sumas pactadas por las partes colectivas encuadran dentro de las previsiones contenidas en los arts. 103 de la L.C.T. y del Convenio N° 95 O.I.T., por lo que corresponde declarar la nulidad del carácter "no remunerativo" dado por las partes colectivas firmantes (cfr. art. 12 de la L.C.T.), otorgar al concepto "Acuerdo 04/17" carácter salarial y, por ende, incluirlo en la base de cálculo de la indemnización derivada del despido sin causa y liquidación final que se practicará por la anterior instancia en oportunidad del artículo 99 de la ley N° 1444.-

V.f).- De la escala salarial vigente.-

Dice el Sr. Torres que para la determinación de la mejor

remuneración normal y habitual debe tenerse en cuenta la escala salarial SMATA-ADESS acordada para enero a marzo de 2018. Por su parte, la accionada dice que, para el cálculo de la indemnización, tuvo como base el salario determinado para octubre de 2017, en tanto el que pretende hacer valer el actor no se encuentra debidamente homologado.-

En virtud de lo expresado en el apartado anterior, debe atribuirse razón a la demandada. Ello así, pues durante el período en que el Sr. Torres se desempeñó bajo relación de dependencia de la empresa, mantuvo la vigencia de la escala salarial establecida por el Acuerdo N° 582/2017, por no haberse homologado la propuesta posterior (Escalas salariales desde el 1/10/2017 y 1/1/2018).-

En este orden de ideas, la base para el cálculo del tiempo suplementario que -correlativamente- incidirá en la de las indemnizaciones derivadas del despido incausado, estará constituida por las escalas salariales contenidas en el Acuerdo N° 582/2017.-

V.g).- De la indemnización por despido sin causa.-

Teniendo en cuenta la modalidad en que ha operado la finalización de la relación laboral, corresponde reconocer al Sr. Torres el derecho a percibir la indemnización por antigüedad (cfr. art. 245 de la L.C.T.), preaviso omitido (cfr. art. 232 de la L.C.T.), integración de mes de despido (cfr. art. 233 de la L.C.T.), proporcional del sueldo anual complementario (cfr. art. 123 de la L.C.T.) y vacaciones no gozadas (cfr. art. 156 de la L.C.T).-

Por cierto, estos rubros se hallan incluidos en la liquidación final

practicada por el perito a fs. 219 vta. y, según puede apreciarse, el resultado por él obtenido -$66.602,19- es apenas inferior a la suma consignada por la empleadora en autos "García García Gauto S.H. c/Torres Mauro René s/consignación judicial", Expte. N° G-7198/18 -$68.836,47- que corre por cuerda al presente.-

Sin embargo, en virtud de la solución propuesta en los párrafos anteriores, la liquidación a practicarse en la oportunidad prevista en el art. 99 de la ley N° 1444 arrojará una suma superior y la demandada debe ser condenada al pago de la diferencia que resulte, con más sus intereses.-

Al respecto, no puedo dejar de mencionar que la presente contienda fue promovida por un empleado que pretendió negar el despido sin causa resuelto por el empleador y -consecuentemente- se resistió a recibir las sumas que le fueron consignadas, primero administrativamente (v. fs. 54/55) y luego judicialmente.-

En efecto, la aquí demandada acreditó haber promovido juicio de consignación a fin de poner a disposición del actor la liquidación final y las certificaciones de ley. Así, según surge del expediente de referencia, el 20 de noviembre de 2018 el Sr. Mauro René Torres fue autorizado a retirar los fondos depositados en la cuenta judicial (v. fs. 81, Expte. N° G-7198/18).-

Así, a lo fines de determinar el capital de condena y teniendo en cuenta lo peticionado por el acreedor a fs. 80 y vta. de la consignación judicial, este suscripto considera conveniente que, en la oportunidad prevista por el art. 99 de la ley N° 1444, se practique liquidación final conforme las pautas

definidas en los apartados anteriores, con más los intereses calculados a tasa pasiva del Banco Central de la República Argentina, desde el 18 de abril de 2018 hasta el 20 de noviembre de 2018.-

Definido aquel hito temporal, se descontarán los $68.836,47 que serán imputados -en primer orden- a la cancelación de los intereses devengados hasta ese momento y, el remanente, a cuenta del capital (cfr. art. 901 inc. a del C.C. y C.N.). Dicho saldo devengará intereses según la tasa ya estipulada, desde entonces y hasta su efectivo pago.-

V.h).- Multa del art. 80 de la L.C.T.-

El Sr. Torres denunció haber intimado a la accionada a la entrega de la totalidad de los certificados de trabajo "...de acuerdo a los reales parámetros de la relación laboral". Dijo que dicha obligación fue incumplida por la patronal, por lo que solicitó se la intime judicialmente y se le aplique la multa del art. 45 de la ley 25.345 (cfr. último párrafo del art. 80 de la L.C.T.).-

En efecto, según surge del TCL CD923800468 el Sr. Torres intimó a la empleadora a la entrega de los certificados del art. 80 de la L.C.T. el 13 de junio de 2018, haciendo mención a los "reales parámetros" aunque sin denunciar -concretamente- cuales eran (v. fs. 12). Tampoco surge de los telegramas anteriores la denuncia del contrato en términos diversos a la relación habida.-

En cambio, sí se desprende de la carta documento CD878455810 remitida por el empleador en fecha 27 de abril de 2018, notificando al Sr. Torres que: "...haberes, liquidación final, certificación de

aportes y servicios a su disposición en el término de ley." (v. fs. 8).-

Al respecto, el Decreto N° 146/01 reglamentario de los artículos 43, 44 y 45 de la ley N° 25.345 dice: "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".-

Ergo, habiendo quedado establecido que la relación laboral se extinguió el 18 de abril de 2018, el trabajador se encontraba habilitado a remitir la intimación a partir del 18 mayo de 2018. De hecho, acreditó haberlo hecho con fecha posterior.-

Sin embargo, según se desprende de la documental obrante a fs. 54/55 (que debe tenerse por reconocida por la actora) el 28 de mayo de 2018 la empleadora procedió a consignar los certificados del art. 80 de la L.C.T. ante la Secretaria de Estado de Trabajo y Seguridad Social, por no haber comparecido el trabajador a retirarlos pese a haber sido fehacientemente notificado.-

De la prueba mencionada surge que esta documentación fue devuelta a la patronal "...atento que el Sr. TORRES, MAURO RENE, no se ha presentado ni ha respondido a nuestra requisitoria para proceder a la entrega de todo lo consignado...".-

Por su parte, se verifica en el trámite de consignación judicial

que la patronal efectuó un nuevo intento de entrega de las certificaciones el 28 de junio de 2018 (v. fs. 53 y 58 vta.del expediente citado), limitándose el Sr. Torres a impugnarlos por la aparente disímil descripción de las tareas por él realizadas y haber percibido un salario "sensiblemente inferior a lo que establece la escala salarial".-

Ahora bien, en el marco de la demanda laboral el trabajador no cuestiona la categoría revistada y, de hecho, peticiona se le abone la diferencia de haberes según lo establece, para esa misma categoría, la escala salarial propuesta por SMATA en reemplazo de la estipulada por Acuerdo N° 582/2017.-

Como ha quedado dicho, esta última era la escala vigente al momento de producirse el distracto, no pudiendo reconocerse la existencia de diferencias sensibles en el salario que autoricen a descalificar las certificaciones.-

Por lo demás, si bien es cierto que el actor denuncia haber tenido que realizar tareas por fuera de las descriptas para el "auxiliar de playa", lo cierto es que lo hace -exclusivamente- a los fines de justificar su reclamo por daño moral, más en ningún momento denuncia hallarse mal categorizado, ni invoca el encuadre pretendido.-

En consecuencia, habiendo quedado probado que el empleador cumplió con la carga de presentar las certificaciones y que el trabajador, además de resistirse a recibirlos en diversas oportunidades, no formuló denuncia concreta en cuanto a los argüidos "parámetros reales de la relación", corresponde rechazar la aplicación de multa peticionada en los términos del art.

80 de la L.C.T.-

V.i).- Multa del art. 132 bis de la L.C.T.-

Esta pretensión debe ser también rechazada, toda vez que no surge acreditado que el empleador hubiere retenido indebidamente las sumas correspondientes a los aportes del trabajador con destino a los organismos de la seguridad social, o cuotas, aportes periódicos o contribuciones, ni que los hubiere ingresado de manera deficiente.-

V.j).- Multa del art. 2 de la Ley N° 25.323.-

El art. 2 de la ley N° 25.323 determina 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 N° 20.744 y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%.-

Cabe aclarar que la sanción no resulta procedente en forma automática, sino que debe analizarse la conducta de las partes y cuál era la situación jurídica al momento del acto rescisorio.-

Por cierto, tal como ha quedado establecido, el trabajador fue despedido sin causa y la patronal puso a su disposición la liquidación final de conformidad a los rubros que la ley reconoce frente a esos supuestos. No obstante lo cual el actor se negó a percibirlos pese a las consignaciones promovidas por la obligada.-

Por lo demás, y si bien el crédito que se reconoce al trabajador

en el marco del presente proceso importa la existencia de una diferencia en la liquidación practicada por el empleador, lo cierto es que no puede considerarse que ello obedezca a una negativa a abonar las indemnizaciones a que hace referencia la ley o que el actor se haya visto obligado a promover el juicio a fin de percibirlas, pues tal como quedó acreditado en autos, aquellas fueron consignadas extrajudicialmente antes del inicio del presente proceso (v. fs. 54).-

En esa tónica, considero que en las presentes no se verifica el presupuesto fáctico que torna operativo el agravamiento, por lo que debe éste ser rechazado.-

V.k).- Sanción por temeridad y malicia.-

En el caso bajo examen el actor imputa malicia a la accionada en: "...la conducta asumida por la demandada, con el claro objeto de no hacerse cargo de las indemnizaciones legales en virtud de la resolución del contrato..."-

Al respecto, esta Cámara tiene dicho que: "La malicia procesal (conducta maliciosa) consiste en la utilización del proceso como instrumento para causar perjuicio a un tercero. Es una de las formas del dolo procesal y se contrapone a un deber de conducta; es el proceder de mala fe, con un propósito avieso disimulado en el trámite del proceso. Así, malicia y obstrucción son conceptos estrechamente vinculados" (cfr. esta Cámara en sentencia registrada al T° XII - R° 269 in re: Muratore Juan Angel c/Cerro Vanguardia S.A. s/laboral", Expte. N° M-11.392/13 (16.856/17), de fecha 08/8/2018).-

Debe recordarse que, para la declaración de la sanción en análisis, ha de atenderse a la "conducta procesal asumida" (cfr. art. 275 cit., primer párrafo in fine) por lo que con base a las constancias concretamente obrantes en estas actuaciones, considero que queda descartado que en el sub examine pueda reputarse la conducta de la accionada como maliciosa, teniéndose presente para así concluir que una declaración en tal sentido no debe convertirse en un instrumento para coartar la garantía de defensa de las partes en la lid.-

Así las cosas, teniendo en cuenta la falta de precisión en la conducta que se pretende reputar maliciosa y ciñéndome específicamente a las constancias concretas de autos, entiendo que no se evidencia que la parte demandada haya asumido una postura destinada a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso. Por lo tanto, esta pretensión debe ser rechazada.-

V.I).- Daño moral.-

El actor reclama el pago de una indemnización por daño moral que cuantifica en $100.000 y funda en las afecciones padecidas a nivel psicológico, interno y espiritual a partir de la existencia de una sanción disciplinaria, trato peyorativo, amenazas, injurias, calumnias y maltratos por parte de la patronal.-

Al respecto, debo señalar que el elemento esencial para la procedencia del resarcimiento no se encuentra siquiera probado, esto es: las afecciones psicológicas, internas y espirituales. En este punto debo ser claro, no

se ha producido ningún medio probatorio tendiente a acreditar el daño propiamente dicho, ni puede aquel presumirse razonablemente derivado de los hechos comprobados en la causa.-

Por lo expuesto, no cabe más que rechazar la pretensión actoral en este punto.-

VI.- En virtud de lo antedicho corresponde admitir parcialmente el recurso de apelación deducido por el Sr. Mauro René Torres. Consecuentemente, declarar la nulidad de la sentencia de primera instancia y retomar la jurisdicción apelada, haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenando a Garcia Lilian Beatriz, Garcia Ana María, Gauto Arguello Fulvia Liduvina S.H. "YPF Las Dos Hermanitas" a abonar al actor las diferencias salariales en concepto de tiempo suplementario, con más los intereses calculados a tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, desde que cada una es debida. Asimismo, declarar la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del rubro "Acuerdo 04/17", el que deberá integrar la base de cálculo para las indemnizaciones derivadas del despido sin causa y condenar a la accionada a pagar la diferencia que resulte de deducir a la liquidación que se practique en la oportunidad prevista en el art. 99 ley N° 1444 (según las particularidades que se consignaron en el parágrafo V.g).), las sumas percibidas por el actor en el marco del proceso de consignación judicial, con mas sus intereses también a tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, hasta su efectivo pago.-

Por lo demás, corresponde rechazar la pretensión actoral en

cuanto a las multas de los arts. 80 y 132 bis de la L.C.T, así como también el agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley N° 25.323, sanción por conducta maliciosa (cfr. art. 275 de la L.C.T.) y daño moral.-

Finalmente, atento el modo en que se decide, corresponde distribuir las costas de ambas instancias en un 70% a cargo del actor y en un 30% a cargo de la accionada en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes. (cfr. art. 71 del C.P.C. y C. por remisión del art. 121 de la ley N° 1444) y diferir la regulación de honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior (cfr. art. 24 de la ley N° 3330).-

- - - - - - - - Por lo expuesto, Voto pues, a la tercera cuestión por la AFIRMATIVA.- -

- - - - - - - - El Dr. Arenillas por los mismos fundamentos adhiere al voto precedente respondiendo en igual sentido a esta tercera cuestión.- - - - - - - - - -

- - - - - - - - - - A la cuarta cuestión el Dr. Lerena dijo:

Atento el sentido de mi voto a las anteriores cuestiones propongo el dictado del siguiente pronunciamiento: 1°) Rechazar los recursos concedidos con efecto diferido a fs. 148 y 177; 2°) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 298/314 vta. por la parte actora; 3°) Declarar la nulidad de la sentencia dictada a fs. 274/297; 4°) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Mauro Rene Torres, condenando a Garcia Lilian Beatriz, Garcia Ana María, Gauto Arguello Fulvia Liduvina S.H. (YPF Las Dos Hermanitas) a abonar al actor las diferencias

salariales en concepto de tiempo suplementario, con más los intereses calculados a tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, desde que cada una es debida; declarar la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del rubro "Acuerdo 04/17", el que deberá integrar, conjuntamente con las diferencias salariales por tiempo suplementario, la base de cálculo para las indemnizaciones derivadas del despido sin causa; condenar a la accionada a pagar la diferencia que resulte de deducir a la liquidación que se practique en la oportunidad prevista en el art. 99 de la ley N° 1444, las sumas percibidas por el actor en el marco del proceso de consignación judicial, con más sus intereses también a tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, hasta su efectivo pago; rechazar la pretensión actoral en cuanto a las multas de los arts. 80 y 132 bis de la L.C.T., así como también el agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley N° 25.323, sanción por conducta maliciosa y daño moral; 5°) Distribuir las costas de ambas instancias en un 70% a cargo del actor y en un 30% a cargo del accionado en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes (cfr. art. 71 del C.P.C. y C. por remisión del art. 121 de la ley N° 1444); 6°) Diferir la regulación de los honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior (cfr. art. 24 de la ley N° 3330); 7°) Regístrese, notifíquese y devuélvase. Así, lo VOTO.- El Dr. Arenillas por análogas razones adhiere al voto que antecede respondiendo del mismo modo a esta cuarta cuestión.- - - - - - - - - - -

Río Gallegos, 12 de marzo de 2024.-

AUTOS Y VISTOS:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede y el voto concordante de los señores Jueces, habiéndose cumplimentado con la intervención de la Fiscalía ante esta Cámara en PE149174-2021, código de validación: b8btow, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial,

FALLA:

1°) Rechazando los recursos concedidos con efecto diferido a fs. 148 y 177.-

2°) Haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto a fs. 298/314 vta. por la parte actora.-

3°) Declarando la nulidad de la sentencia dictada a fs. 274/297.-

4°) Haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Mauro Rene Torres, condenando a Garcia Lilian Beatriz, Garcia Ana María, Gauto Arguello Fulvia Liduvina S.H. (YPF Las Dos Hermanitas) a abonar al actor las diferencias salariales en concepto de tiempo suplementario, con más los intereses calculados a tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, desde que cada una es debida; declarar la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del rubro "Acuerdo 04/17", el que deberá integrar, conjuntamente con las diferencias salariales por tiempo suplementario, la base de cálculo para las indemnizaciones derivadas del despido sin causa; condenar a la accionada a pagar la diferencia que resulte de deducir a la liquidación que se practique en la oportunidad prevista en el art. 99

de la ley N° 1444, las sumas percibidas por el actor en el marco del proceso de consignación judicial, con mas sus intereses también a tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, hasta su efectivo pago; rechazar la pretensión actoral en cuanto a las multas de los arts. 80 y 132 bis de la L.C.T., así como también el agravamiento indemnizatorio del art. 2 de la ley N° 25.323, sanción por conducta maliciosa y daño moral.-

5°) Distribuyendo las costas de ambas instancias en un 70% a cargo del actor y en un 30% a cargo del accionado en proporción al éxito obtenido por cada una de las partes.-

6°) Difiriendo la regulación de los honorarios profesionales correspondientes a esta instancia hasta tanto ocurra lo propio en la anterior.-

7°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.-

Atento existir conformidad de opiniones se suscribe la presente conforme lo establece el art. 44 de la ley N° Uno (texto según Ley N° 2345).-

CARLOS E. ARENILLAS
PRESIDENTE

DIEGO M. LERENA
JUEZ

Ma. CARLOTA GUTIÉRREZ MEYER
SECRETARIA