TOMO XCVII **SENTENCIA**

REGISTRO: 2967

FOLIO: 045/051

PROT. ELECTR. **A** 201 149 **S** 221

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz, a los treinta días del mes de agosto de dos mil veintidós se reúnen los integrantes de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia definitiva en los autos "**SUCESORES DE GATICA, Carlos Ariel c/ DIETRICH, Gregorio s/ laboral**" Expte. N° 1132/ 2017 que tramitan en el Juzgado de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Ciudad de Puerto Deseado, que ingresaron en esta instancia bajo el N° 7873. A estos fines se estableció el siguiente orden de estudio: Humberto Eduardo Monelos, Griselda I. Bard y Mario A. Albarrán para responder a las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia recurrida? **SEGUNDA:**
¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?:

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

I.- Que los Dres. María Noemí Salgado y César Lino Vernaz representando a Carlos Ariel Gatica promueven demanda laboral contra Deseado Viviendas de la Patagonia siendo el titular Gregorio Elías Dietrich y/o contra quien resulte responsable de Deseado Viviendas de la Patagonia persiguiendo se los condene al pago de diferencias de haberes por estar liquidado fuera de convenio por el periodo Junio a octubre 2016; pago de haberes devengados por el período noviembre 2016 a marzo 2017 no liquidados; Indemnización por despido sin causa, vacaciones no gozadas 2016 y 2917, SAC 1° y 2° 2016 y 1° 2017; Multa arts. 8, 9 y 13 Ley 24.013; indemnización arts. 1 y 2 ley 15.323; La

correcta registración en forma retroactiva por el período trabajado y entrega de los Certificados del art. 80 y recibos de haberes ; multa del art. 80 de la LCT; Incapacidad laboral y la multa del art. 275 de la LCT, con sus intereses hasta el efectivo pago a la tasa activa correspondiente y reservan el derecho de ampliar estimando el reclamo en la suma de pesos 7.215.276,10 conforme liquidación o lo que en más o en menos resulte de la prueba, costos y costas con cita de jurisprudencia.

Da su versión de los hechos que se tiene presente y da cuenta de un accidente de trabajo sufrido mientras armaban una casa prefabricada. Es llevado al Hospital Distrital por una herida cortante por encima del pulgar de la mano izquierda y es sometido a una operación para reconstruir ese dedo. Dice que la esposa del actor formuló la exposición policial dando los detalles del accidente que se acompaña. Se intimó al demandado a hacerse cargo de los gastos y información de la ART y registración de la relación laboral. El demandado en carta documento 209818778 reconoce la clandestinidad de la relación y reclama los datos personales del actor y asume el rol de auto asegurado. Se refiere a posteriores correspondencias y normativa que se tiene presente, y da cuenta del alta médica y le informa al demandado que se reintegraba a trabajar y es despedido mediante CD que es resistida. El demandado da por terminada toda comunicación, pero de la cual se extrae la relación laboral.

Estima en un 36,75% la incapacidad laboral detallando las lesiones: funda en derecho los rubros reclamados y la formula cuya utilización pretende y practica liquidación. Reclama además daño moral y psicológico y el lucro cesante. Ofrece prueba y funda en derecho. Reserva caso federal y formula el petitorio.

II.- Que a la audiencia del art. 47 de la ley 1444 de fs.

60 solo se presenta el demandado con su patrocinante el Dr. Héctor Marcelo Magallán quién ratifica su escrito de contestación agregado a fs. 50/57 en el que opone la excepción de falta de legitimación pasiva, pide la imposición de costas al actor y los profesionales por pluspetición, se refiere a las presunciones y señala que existe un error en DNI denunciado. En subsidio contesta la demanda formulando negativas generales y particulares. En su versión de los hechos afirma desarrollar tareas en la firma "Deseado Viviendas de la Patagonia" y niega que Carlos Ariel Gatica haya trabajado bajo su relación de dependencia por no ser el propietario de la firma, pero en subsidio rebate planteos de la parte actora. Ofrece prueba y reserva el caso federal. Funda en derecho. Y se explaya en conclusiones, cita el art. 10 del Código Civil y Comercial y sus efectos. Plantea que en caso existe pluspetición inexcusable que lleva a la imposición de costas a cargo del abogado y cita doctrina sobre lo que es pluspetición y la responsabilidad del abogado.

Antes de la audiencia el apoderado de la parte actora corrige un error de tipeo respecto del número de DNI del demandado y pide se lo tenga por corregido.

III.- Que la actora no contesta el traslado y oído el Sr. Agente Fiscal a fs. 63/64 por interlocutoria de fs. 66 se difiere la excepción de falta de legitimación opuesta para el momento del dictado de la sentencia. A fs. 69 se abre la causa a prueba y se provee la prueba ofrecida por las partes. Durante el periodo probatorio a fs. 150/151 se denuncia el fallecimiento del actor motivo por el que se suspende el trámite del proceso a fs. 152. La esposa del actor se presenta a fs. 155 y a requerimiento del Juzgado acompaña nueva partida de matrimonio actualizada. A fs. 170 se presenta el Dr. César Lino Vernaz como apoderado de la Sra. Verónica Beatriz Saez (esposa del causante actor) que actúa por si y en

representación de la hija de ambos Alma Agostina Gatica y sendos pactos de cuota litis. A fs. 183/185 se acredita el nacimiento de la menor Alma Agostina Gatica. Se ordenó dar intervención al Ministerio Pupilar (pero, nunca se le dio la intervención ordenada) y modificar la carátula.

Por PE 150978/2021 se ponen los autos para alegar y el demandado es la única parte que hace uso de ese derecho con el PE 280759/2021. Por PE 198904/2021 se agrega alegato del demandado y se llama autos a sentencia.

Obra la sentencia en el PE 315.015/2021 publicada el 11 de noviembre de 2021. La misma rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por el demandado, y hace lugar parcialmente a la demanda promovida por Carlos Ariel Gatica contra Gregorio Elías Dietrich y condenando al demandado a abonar dentro del plazo de diez días la suma de $ 342248,70 en concepto de diferencias salariales, salarios adeudados, SAC proporcional, vacaciones , rubros indemnizatorios derivados del despido incausado, indemnización del art. 1 de la ley 25323 y sanción del art. 80 de la LCT, monto al que se le adicionarán intereses desde que cada suma es debida y a la fecha del efectivo pago, que se calcularán aplicando la tasa de interés activa del Banco de la Nación Argentina. Rechazó parcialmente la demanda respecto de las horas extraordinarias, indemnización del art. 2 de la ley 25.323, indemnización arts. 8 y 15 de la ley 24.013 e indemnización por accidente de trabajo. Impone las costas al vencido (art. 69 del CPCC) y difiere la regulación de honorarios y la determinación de la tasa de justicia hasta que obre liquidación aprobada.

IV.- Que disconforme con lo decidido el demandado con el PE 321842/2021 apela la sentencia y expresa los agravios que le causa. El recurso le es concedido libremente y con efecto suspensivo por PE 221656/2021 que corre traslado de los agravios. Ellos son contestados por la parte actora con el PE

333439/2021. Los autos se elevan con el certificado de estilo de PE 345808/2021 y recibidos por PE.355.166/2021 se integra Cámara. Se dispone el llamado de "Autos a Sentencia" y se fija el orden de estudio por PE.374368/2022.

V.- Que el demandado embate contra la sentencia desde dos líneas de ataque. En la primera de ellas se queja por el rechazo de la excepción de falta de acción (en realidad una defensa de fondo en el procedimiento laboral). Sostiene que por las constancias de autos se puede observar quien es el propietario y a quien se debió demandar. Enumera las distintas constancias que se debió tener en cuenta: Incongruencias respecto de la legitimación pasiva con referencia al número de DNI de la persona demandada y por ello no resulta la persona demandada; no se acompaña recibos de sueldo ni se acredita la realización de horas extras; invoca errores en la designación de la empresa en la exposición policial realizada por la esposa del empleado; en el libelo se indica como fechas de inicio y finalización de la realización 21 de junio a 27 de octubre en que ocurre el accidente sin constancias de la contratación; sostiene que como buen hombre se puso a disposición del actor sin ser responsable;

Invoca el testimonio del Sr. Muñoz en cuanto los recibos eran firmados por la Sra. López y el demandado supervisaba lo que no "detentaba" (sic) ello indique ser el propietario; sostiene que "Deseado Viviendas de la Patagonia" no es un nombre de fantasía como sostiene la sentencia; invoca las contestaciones de AFIP y de ANSES donde el demandado no figura como empleador. De ello deduce que el demandado no es empleador del actor ni propietario de la empresa "Deseado Viviendas de la Patagonia" ni se acreditó la supuesta relación laboral.

Por la segunda vertiente de impugnación le agravia que no se resolvió el pedido de declaración pluspetición formulada en el responde e imponiendo las costas al demandado vencido.

Reitera sus dichos en el responde respecto de la suma reclamada, que la entiende configura pluspetición conforme lo reclamado y el monto por el que progresa la acción. Transcribe el art. 72 del CPCC y que el magistrado no ha tenido en consideración ni se ha expedido respecto de ello.

Pide se revoque el fallo haciendo lugar a la excepción planteada y se modifique el ítem de las costas conforme la pluspetición planteada con costas.

VI.- Que al contestar los agravios la representación de las sucesoras del actor con respecto del primer agravio, tras recordar a que debe atenerse para determinar la legitimación procesal con cita de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, considera que se acreditó con los telegramas remitidos por el actor y contestados por el demandado que reconoce la relación al expresar que dio instrucciones a su contador para que lo registre ante los organismos de Seguridad e intimándolo a presentar la documentación necesaria. E incluso, reconoció el accidente sufrido por el Sr. Gatica y que se haría cargo de los gastos médicos y pago de salarios hasta el alta definitiva. Respecto de estar mal consignados los datos, sostiene que el error al consignar el N° de DNI fue subsanado antes de la audiencia y que por otro lado aparecía consignado correctamente en otras piezas de la demanda. Invoca el principio pro operario del art. 9 de la LCT. Citan la ley de procedimiento laboral nacional en su art. 71. Contesta los argumentos desplegados en el primer agravio para concluir que el demandado era el propietario de Deseado Viviendas de la Patagonia y el empleador del Dr. Gatica, en términos que se tienen presente y serán materia de análisis.

Invoca, tras referirse al escrito de inicio, que en ningún párrafo se hace mención a que solicita algo semejante a la pluspetición ni que lo reclamado es una pluspetición irracional o inexcusable y remite al art. 72 del CPCC y hace hincapié en

que al responder el demandado no se allanó a abonar la suma finalmente otorgada con cita de doctrina. Entiende que no existe pluspetición al depender el monto de la condena de lo que en más o en menos resulte de la prueba a aportarse y el valor de la condena depende del arbitrio judicial o de pericia judicial o rendición de cuentas. Se refiere a la interpretación estricta del art. 20 de la LCT en salvaguardia del derecho de defensa en juicio y cita jurisprudencia que se tiene presente en este acto. Pide se rechace la apelación y se confirme la sentencia.

VII.- Que antes de ingresar al tratamiento del recurso debemos recordar que a fs. 187 el demandado con el patrocinio de su letrado interpuso revocatoria con apelación en subsidio contra la providencia que hizo lugar al pedido de desistimiento de la prueba informativa que su parte ofreciera (ver fs. 181 que admite el pedido de fs. 180). A fs. 189 se rechaza la revocatoria por extemporánea y se tiene presente con efecto diferido la apelación subsidiaria (art. 84 de la ley 1444).

Al ser tenido presente con efecto diferido la parte interesada debió mantener la apelación mediante el solo requisito de expresar los agravios correspondientes cuando se dicta sentencia definitiva (art. 91 de la ley 1444) y conforme el art. 92 de la misma ley si no se expresaren agravios en el plazo y la oportunidad indicada en los arts. 90 y 91 del rito "se denegará el recurso de apelación sin más trámite".

El interesado no cumplió con la carga que impone el rito motivo por el que sin más trámite se deniega el recurso de fs. 187 que interpusiera el demandado.

VIII.- Que aclarado ello no se puede pasar por alto que a fs. 169 vta. obra un pacto de cuota litis suscripto por la representante de la menor Alma Agostina Gatica nacida el 14 de mayo de 2018 conforme certificado de nacimiento de fs.183. Se observa que en ese pacto de cuota litis por el que se conviene

por honorario convencional por su trabajo que será equivalente al 20% del total del valor pecuniario que la poderdante obtenga por todo concepto de la acción referida.

En dicho pacto no tuvo la representación complementaria que le correspondía tener al Ministerio Público. Esta omisión está prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial que dispone:

> "…La actuación del Ministerio Público respecto de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser en el ámbito judicial complementaria o principal: a) es complementaria en todos los procesos en que se encuentren vulnerados intereses de personas menores de edad, incapaces y con incapacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto…"

Debe corregirse esta omisión dando intervención al Señor Defensor Oficial ante la Cámara, al momento de notificarle lo que aquí se resuelva, a fin de que se expida sobre lo beneficioso o perjudicial que resulta el pacto de cuota litis referido para la menor.

IX.- Que aclarado ello e ingresando al primer agravio del demandado se advierte que reitera conceptos del escrito de responde, y no se atacan los argumentos de la sentencia con una crítica concreta y razonada que señale donde se encuentra el error del magistrado.

El Sr. Juez en su sentencia comienza por recordar en que consiste la falta de legitimación. Para rechazar la excepción se refiere a los telegramas del actor quien reclamó se aclare su situación laboral, se registre la relación y se paguen salarios atrasados. El demandado reconoció la relación en su respuesta y alegó dar instrucciones a su contador para que se lo registre en los organismos de seguridad, y asumió su responsabilidad y que se hará cargo del pago de los gastos médicos y de los salarios hasta el alta definitiva en documental no desconocida. Para atacar estos contundentes

argumentos se critica que en la sentencia se considere que "Deseado Viviendas de la Patagonia" es un nombre de fantasía y "que ello no es así, conforme lo testificado por Muñiz".

El art. 5 de la LCT no distingue entre empresa pública y privada y la define como "la organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o benéficos". Dentro del derecho laboral el concepto de empresa no se debe confundir con el de sociedad. En este caso surge de autos que estamos frente a una empresa descripta en el primer párrafo del art. 5 de la LCT que son de libre designación por el empresario. Por ello no conmueve la sentencia las referencias a que se ha considerado a "Deseado Viviendas de la Patagonia" un nombre de fantasía.

La circunstancia que no se haya contestado el traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva (que no es una excepción de previo y especial pronunciamiento) no significa allanamiento a la misma y solo significa que se pierde el derecho de hacerlo y el eventual derecho del abogado a percibir honorarios por el rechazo de esta defensa.

Que el demandado no figure en la AFIP ni en ANSES como empleador no quita ni pone rey en esta cuestión, ni significa un error de la sentencia toda vez que nos encontramos en una relación no registrada. En efecto, mal podría registrar empleados quien no se encontraba inscripto. No está demás señalar que en los informes acompañados por el recurrente en el PE 191716/2021 (después de habérselo tenido por desistido de esa prueba a fs. 181) se hace referencia a una quiebra del demandado.

En agravios se apoya el recurrente en la declaración del testigo Muñoz (Luciano Andrés) quien refiere, al ser repreguntado, que en los recibos de sueldo emitidos por "Deseado Viviendas de la Patagonia" figuraba como dueña la Sra.

López. Pero dicho testigo al responder a la 9ª pregunta responde: "El Dueño esta Gregorio Dietrich, siempre fue el dueño de la empresa, esto lo sé porque era el único patrón que había." En la 6ª había contestado: "Sí trabaje para el Sr. Dietrich en la firma Deseado Viviendas de la Patagonia y me contrato el Sr. Gregorio Dietrich." Repreguntado sobre si estaba "balqueado" (blanqueado evidentemente) contestó: "Nunca me dieron recibos de sueldo, siempre me pagaban en negro, a lo último cuando me fui me dieron cuatro o cinco recibos juntos y yo trabajé un año y medio." Y a la última repregunta contesta "Hasta el momento en que recibí esos recibos de sueldo era él el dueño el Sr. Dietrich, a mí me contrato él."

Cuando se presenta al declarar Mirtha Noemí López a fs. 110 quien dice ser de estado civil casada, al responder por las generales de la ley manifiesta ser pareja del Sr. Gregorio Dietrich lo que pone fin a su declaración (art. 405 CPCC).

Por ello esta argumentación no conmueve la sentencia.

Tampoco la conmueve el párrafo del primer agravio identificado con el N° 3 toda vez que al ser una relación no registrada no puede llamar la atención que no se entregaran recibos. El reclamo de horas extras ha sido rechazado precisamente por no haberse acreditado la prestación del débito laboral en horas extraordinarias.

Las argumentaciones recursivas (párrafo 4°) respecto de discrepancias en el nombre de la empresa y la antigüedad de la relación en que pueda haber incurrido la esposa del actor al realizar una exposición policial no afecta la sentencia. Por otro lado, en las relaciones sin registración es común no instrumentar ni documentar el comienzo de la relación.

Por estas breves consideraciones rechazo el primer agravio del recurrente en que se queja por el rechazo del planteo de falta de legitimación pasiva.

X.- Que es materia de agravios por parte del demandado que

la sentencia no resolviera el planteo de existencia de pluspetición. El eje de su argumentación se centra en la diferencia entre la suma otorgada en la sentencia y la suma reclamada en el libelo de inicio y apoya la existencia de la pluspetición inexcusable acusada en el art. 72 del CPCC que transcribe. Recuerda que sostuvo la existencia de palmaria pluspetición en un acápite de la contestación de la demanda y lo reiteró en alegato y no ha sido tenido en consideración.

La declaración pluspetición inexcusable se relaciona con la excepción al principio objetivo de la derrota que permite imponer las costas al vencedor. Como se ha sostenido este régimen de excepción requiere objetivamente tres elementos a) pluspetición cuantitativa; b) inexcusabilidad; c) admisión de la contraparte del monto fijado por la sentencia en forma real, oportuna, incondicionada y efectiva.

En el caso de autos el recurrente no se allanó a abonar la suma condenada en la sentencia, sino que por el contrario negó la relación laboral invocando la falta de legitimación pasiva, lo que obsta a la aplicación de la excepción al art. 68 del CPCC. Por otro lado, se demandó una suma de dinero "o lo que en más o menos resulte de la prueba a aportarse en los presentes autos" (fs. 27 vta.) y se hizo referencia a un accidente de trabajo y a incapacidad resultante, pero si bien de la historia clínica surge un largo período hasta al alta, nunca se hizo la prueba pericial médica por haberse mudado el actor quien falleciera antes del dictado de la clausura del período probatorio lo que impidió cuantificar ese rubro sin perjuicio de los rechazados.

Habida cuenta ello rechazo la pretensión de modificar la sentencia e imponer las costas a la parte actora y sus letrados como se pretende en el segundo agravio que propongo rechazar por el Acuerdo. Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

XI.- Comparto el razonamiento del preopinante y adhiero a su voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

XII.- Que, en función de las razones expuestas al responder a la primera cuestión, propongo al Acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento: 1°) Tener por desistido al demandado de su recurso en subsidio de fs. 187 tenido presente con efecto diferido a fs.189. (arts. 84, 91 y 92); 2°) Dar la intervención al Señor Defensor Oficial ante la Cámara, al momento de notificarle lo que aquí se resuelva, a fin de que se expida sobre lo beneficioso o perjudicial que resulta el pacto de cuota litis de fs. 169 vta. referido para la menor y suscripto sin la intervención del Ministerio Pupilar conforme art. 103 inc. a) del Código Civil y Comercial, conforme las razones expuestas en el considerando VIII; 3°) Rechazar los agravios vertidos por el demandado recurrente y confirmar la sentencia en todo cuanto fuera materia de agravios. 4°) Imponer las costas de la instancia al demandado por el principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC); 5°) Regular el honorario de la Dra. María Noemí Salgado y del Dr. César Lino Vernaz en su doble carácter de letrados apoderados de los herederos del actor en un treinta por ciento (30%) de lo que se les regule oportunamente en la instancia de grado y el honorario del Dr. Héctor Marcelo Magallán como patrocinante del demandado en un veinticinco por ciento (25%) de lo que se le regule oportunamente en primera instancia en mérito a la importancia y calidad de sus respectivos trabajos (conf. Arts. 13, 18, 19, 20, 24 y concordantes de la ley 3330); 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

XIII.- Considero justa y equitativa la propuesta formulada precedentemente. Adhiero a la misma.

Por ello se dicta la siguiente sentencia:

Caleta Olivia, 30 de agosto de dos mil veintidós

Y CONSIDERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación, citas legales y lo dispuesto por el art. 44 de la ley 1 Orgánica del Poder Judicial, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial

F A L L A:

1°) Tener por desistido al demandado de su recurso en subsidio de fs. 187 tenido presente con efecto diferido de fs.189. (arts. 84, 91 y 92);

2°) Dar la intervención al Señor Defensor Oficial ante la Cámara, al momento de notificarle lo que aquí se resuelva, a fin de que se expida sobre lo beneficioso o perjudicial que resulta el pacto de cuota litis de fs. 169 vta. referido para la menor y suscripto sin la intervención del Ministerio Pupilar conforme art. 103 inc. a) del Código Civil y Comercial, conforme las razones expuestas en el considerando VIII;

3°) Rechazar los agravios vertidos por el demandado recurrente y confirmar la sentencia en todo cuanto fuera materia de agravios.

4°) Imponer las costas de la instancia al demandado por el principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPCC);

5°) Regular el honorario de la Dra. María Noemí Salgado y del Dr. César Lino Vernaz en su doble carácter de letrados apoderados de los herederos del actor en un treinta por ciento (30%) de lo que se les regule oportunamente en la instancia de grado y el honorario del Dr. Héctor Marcelo Magallán como patrocinante del demandado en un veinticinco por ciento (25%)

de lo que se le regule oportunamente en primera instancia en mérito a la importancia y calidad de sus respectivos trabajos (conf. Arts. 13, 18, 19, 20, 24 y concordantes de la ley 3330);

6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

El Dr. Albarrán no firma el presente por no existir disidencia.

GRISELDA I. BARD
Jueza de Cámara

HUMBERTO EDUARDO MONELOS
Juez de Cámara-Presidente

ANTE MI:

Carolina M. Lima
Secretaria de Cámara