NEUQUEN, 4 de septiembre del año 2.018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VERA VIRGINIA LORENA C/ BARBOZA CARBAJAL CAROL BEATRIZ S/ DESPIDO DIRECTO POR FALTA O DISMINUCION DE TRABAJO O FUERZA MAYOR"**, (**JNQLA1 EXP** Nº **502516/2014**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHISINI** en legal subrogancia (conf. Ac. 5/2018), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 277/282, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia señalando que el juez se ha desentendido de la prueba rendida en la causa y, principalmente, de la realidad innegable del cierre del establecimiento, con cese de la actividad comercial y desvinculación de la totalidad del personal.

Dice que la penosa decisión de cerrar el establecimiento tuvo su fundamento en la grave situación económica, derivada de las condiciones sobrevinientes en las contrataciones con el Estado, que tornaron imposible afrontar el pago de los sueldos y demás costos de funcionamiento, sumado a la decisión de parte del Estado de no celebrar nuevos contratos. Insiste en que la demandada ya no tenía posibilidad de desplegar los servicios que comprendían su actividad comercial.

Dice que esas causas fueron ajenas al ámbito de actuación de la empleadora y excedieron el riesgo empresario.

Sigue diciendo que la información brindada por la Subsecretaría de Salud, la Dirección de Contrataciones y la AFIP da cuenta de estas circunstancias.

Señala que la AFIP ha informado que la demandada procedió a dar de baja a todo su personal el día 30 de abril de 2013.

También se agravia porque el resolutorio de primera instancia ha hecho lugar a todos los rubros reclamados por la actora, cuando la mayor parte de ellos fueron abonados a la demandante al momento del distracto.

Destaca que el 50% de la indemnización por antigüedad fue pagado; y que se la ha condenado al pago de la indemnización sustitutiva del preaviso, cuando este último fue efectivamente otorgado. Igual sucede, continúa su argumentación la apelante, con el SAC sobre el preaviso, vacaciones proporcionales y SAC sobre vacaciones.

Formula queja por la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323, en tanto su parte abonó en tiempo y forma la liquidación final, aunque la indemnización por antigüedad fue la reducida del art. 247 de la LCT.

Se agravia por la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT ya que las certificaciones de ley fueron entregadas conjuntamente con el pago de la liquidación final, quedando solamente pendiente el Certificado de Servicios y Remuneraciones, cuya confección no depende del empleador sino de la AFIP.

b) La parte actora no contestó el traslado de la expresión de agravios.

II.- Con relación al primer agravio, el juez de grado ha sido claro en orden a que la aplicación del art. 247 de la LCT es excepcional, y para que sea justificada se requiere de la demostración que el cierre definitivo del establecimiento no obedece a la voluntad del empleador, sino que fue provocado por razones de fuerza mayor.

Luego, la sentencia de primera instancia destaca que la demandada solamente ha probado el despido de todo el

personal, pero no ha acreditado la ajenidad de las causas del cierre.

La apelante hace referencia a que de la prueba informativa surgiría las causas de la finalización de su actividad comercial, más ello no es así: la AFIP solamente informa sobre las bajas de personal, y la Subsecretaría de Salud y la Dirección de Contrataciones informan las facturaciones de la demandada, pero nada dicen sobre el cese de las contrataciones.

Por otra parte, surge de la informativa de fs. 173/vta. que la demandada, como proveedora del Estado, se encuentra inscripta en varias actividades, y no solamente en servicio de limpieza de edificios, circunstancia que quita sustento al argumento de la accionada en orden a la imposibilidad de continuar con su giro comercial, ante la finalización del contrato de prestación de servicios de limpieza.

Juan Carlos Fernández Madrid sostiene que la aplicación del art. 247 de la LCT requiere una prueba fehaciente y rigurosa, habida cuenta del desplazamiento de las pautas generales establecidas para la disolución del vínculo laboral; requiere del empleador, como exigencia insoslayable, la demostración del dato subjetivo (que el hecho le es ajeno e inimputable y que adoptó todas las medidas necesarias tendientes a su superación) ya que tampoco basta la demostración de una situación genérica de crisis en el mercado, si ella puede verse superada en el corto o mediano plazo, debiendo el empresario asumir los riegos a que está sujeta su actividad en tanto ello forma parte de lo que se ha denominado “riesgo propio empresario”, ya que si se producen ganancias las aprovechará, y si se producen pérdidas, las asumirá (cfr. aut. cit., “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1.948, con cita de jurisprudencia de la CNAT).

Tal como se señaló esta prueba fehaciente y rigurosa se encuentra ausente en autos, por lo que el primer agravio de la demandada ha de ser rechazado.

III.- Respecto del acogimiento de rubros que ya habían sido abonados por la parte demandada, si bien el juez de grado ha practicado la liquidación final sin tener en cuenta los pagos realizados por la accionada, del total obtenido ha descontado la suma abonada a la actora en concepto de liquidación final, por lo que, en definitiva, no existe enriquecimiento sin causa a favor de la trabajadora.

Sobre la indemnización sustitutiva del preaviso asiste razón a la apelante, dado que surge de la carta documento de fs. 42/43 (reconocida expresamente por la parte actora) que la empleadora ha otorgado el preaviso en tiempo y forma, por lo que no resulta procedente la indemnización sustitutiva ni el SAC sobre la misma.

IV.- En orden a la multa del art. 2 de la ley 25.323, si bien es cierto que la trabajadora tuvo que acudir a sede judicial para obtener la satisfacción de su crédito, también lo es que la mayor parte de los rubros derivados del despido fueron abonados oportunamente por la empleadora, incluso la indemnización por antigüedad, claro que conforme la pauta del art. 247 de la LCT.

Consecuentemente, entiendo que la multa en cuestión debe morigerarse, conforme lo habilita el art. 2 de la ley 25.323, reduciendo su importe en un 50%.

Finalmente y en lo que atañe a la indemnización agravada del art. 80 de la LCT, resulta correcto lo determinado en la sentencia de grado, en tanto la norma legal referida alude a dos certificaciones distintas, habiendo reconocido la misma parte demandada que a la actora se le entregó solamente una de ellas.

Y esta omisión no puede ser subsanada con el acompañamiento de la certificación hecho a fs. 53/55, en tanto

la intimación cursada en legal forma por la actora data de diciembre de 2013, y la presentación de la certificación en autos se llevó a cabo el día 30 de mayo de 2014, por lo que fue extemporánea.

Esta Sala II, en anterior integración, ha sostenido que *"**Respecto a que se trata de dos documentos distintos ya no cabe duda** y por lo tanto resultan aplicables las sanciones previstas en la norma, cuando no se satisface la entrega de uno o de los dos..." ("Derecho del Trabajo on Line La Ley Comentario al artículo 80 de la ley 20.744-Jorge Rodríguez Manzini")*

*"En igual sentido "... la norma en examen establece el régimen de certificaciones que el empleador estará obligado a efectuar en determinados supuestos y que los dependientes tienen derecho a exigir, reglamentado en **dos instrumentos diferentes**, así como los momentos en que pueden ser exigidos por el dependiente. Así, regula en el primer párrafo: una **"constancia documentada"** del ingreso de los aportes y contribuciones a la seguridad social y relativo a los de carácter sindical. Seguidamente, en el párrafo segundo, prevé un segundo tipo de instrumento al que llama **"certificado de trabajo"** y debe contener cinco datos: a)indicación sobre el tiempo de prestación de servicios (fecha de ingreso y de egreso); b) naturaleza de los servicios (tareas, cargo, categoría profesional, etc); c) constancia de sueldos percibidos; d) constancia de los aportes y contribuciones efectuados con destino a los organismos de la seguridad social (nótese que en este documento la ley no requiere, a diferencia del previsto en el primer párrafo, constancia de los depósitos hechos en materia de aportes y contribuciones sindicales), y e) la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación. Este último dato surge obligatorio a consecuencia del sexto artículo incorporado, sin*

numerar, en el Capítulo VIII por la Ley 24.576 en materia de "Formación profesional", que dispone lo siguiente: "en el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de trabajo deberá constar además de lo prescripto en el artículo 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación" ("Derecho del Trabajo on Line La Ley Comentario al artículo 80 de la ley 20.744-Antonio Vázquez Vialard-Claudio Sebastián Virgili") –autos "Villegas c/ Berclean S.A.", expte. n° 445.940/2011, 20/10/2015-.

V.- Conforme resulta del tratamiento de la apelación, corresponde modificar el resolutorio de grado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 40.424,53 ($ 51.949,20-$ 6.286,32-$ 523,61-$ 4.714,74).

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 40.424,53, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de las sumas que se liquiden para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El **Dr. Fernando GHISINI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 277/282, fijando el capital de condena, en la suma de $ 40.424,53, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II. Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en un 60% a la parte demandada y en un 40% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados que actuaron ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de las sumas que se liquiden para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. FERNANDO GHISINI
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria