



NEUQUEN, 22 de Diciembre de 2015.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**SMITH ERICA DANIELA CONTRA COOPERATIVA DE TRABAJO SUR. COS LTDA Y OTRO S/ DESPIDO INDIRECTO POR FALTA DE REGISTRACIÓN O CONSIGNACIÓN ERRONEA DE DATOS EN RECIBO DE HABERES S/ INDEMNIZACION**", (**Expte. N° 502613/2014**), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta **Sala III** integrada por el Dr. Marcelo Juan **MEDORI** y el Dr. Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

**I.-** La sentencia de primera instancia fs. 69/72 hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a Cooperativa de Trabajo Sur.Cos Ltda. y a la Clínica Pasteur a abonar a la actora la suma de \$ 31.099,72, con más los intereses a tasa activa del Banco Provincia del Neuquén SA desde la mora hasta el efectivo pago y le impuso las costas a las accionadas vencidas.

Ese decisorio es apelado a fs. 75/80 vta. por la parte actora, cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs. 87/91, solicitando su rechazo con costas.

**II.-** En sus agravios expresa que existe una errónea determinación de la remuneración normal y habitual de la trabajadora.

Afirma, que la sentencia reconoce el fraude laboral al considerar que la actividad de su mandante no es la de socia de la cooperativa, pero a pesar de ello da por cierto que la mejor remuneración normal y habitual es de \$4.910,25.

Sostiene, que en la demanda se especificó que el vínculo laboral era dentro del Convenio FATSA 122/75; que la categoría aplicable surgía del art. 6 inc. 11, y que el salario básico por Convenio hasta diciembre de 2013, era de: \$5.108,60. Y conforme a ello, entiende que la determinación de



la remuneración normal y habitual no se encuentra debidamente determinada en la sentencia.

Idéntica consideración efectúa con relación al rubro preaviso.

Asimismo, cuestiona que no se hayan adecuado las horas extras teniendo en cuenta la mejor remuneración normal y habitual que señaló anteriormente.

En relación a las horas extras, menciona que no se devengaron con criterio racional pues ellas no pueden liquidarse sobre la base de parámetros que nacieron de un hecho ilícito.

Critica, que la sentencia de primera instancia haya rechazado la aplicación de la multa del art. 80 LCT. Señala, que la presente demanda sirve de intimación para la entrega de los certificados ya que en el objeto de la demanda claramente se solicita que se proceda a la entrega de certificados de trabajo y de remuneraciones y servicios bajo apercibimiento de astreintes a favor de su parte.

Manifiesta, que la presunción del art. 30 de la ley 921, el principio de la norma más favorable para el trabajador del art. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo, los convenios de la OIT, aplicables al presente, constituyen los caminos por los que tiene que transitar la sentencia a los fines de reconocer la multa.

En lo que respecta a la multa de los arts. 8 y 15 de la Ley 24.013, expone, que al haber solicitado la modificación de la mejor remuneración, normal y habitual, se debe readecuar la liquidación correspondiente.

En cuanto al art. 15, dice que la correcta liquidación debe incluir la indemnización sustitutiva de preaviso, la antigüedad y la integración del mes de despido ya que se duplican las indemnizaciones.



Entiende, que debe readecuarse la liquidación de las multas de los arts. 8 y 15, tomando la mejor remuneración normal, habitual, real, que le corresponde por convenio.

Interpreta, que la sentencia ha aplicado erróneamente la ley, en tal sentido efectúa ciertas consideraciones en relación a lo dispuesto en los arts. 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y lo dispuesto por el art. 30 de la Ley 921.

Por último, en cuanto a la regulación de honorarios, afirma, que la demanda fue promovida por el abogado ..., en carácter de patrocinante, por lo que se deben regular los honorarios por su actividad profesional, teniendo en cuenta para ello el capital más los intereses.

**III.-** Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en relación al primero de los agravios debo decir que el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo establece que: "en los casos de despido dispuestos por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de 3 meses, tomando como base la mejor remuneración, mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación del servicio si éste fuera menor...".

De la norma mencionada surge que lo importante para el cálculo de la indemnización por antigüedad no es la mejor remuneración "percibida", sino la mejor remuneración "devengada", vale decir, la que corresponde al dependiente según su categoría y antigüedad, aunque ésta no haya sido percibida.

A su vez, el referido artículo 245 se complementa con el art. 103 de la LCT, que reza: "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...".

Así entonces, al conjugar ambas normas, y en el caso que la remuneración devengada no guarde correlación con la efectivamente percibida por el trabajador, a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad deberá prevalece la devengada por sobre la percibida.

Ello es así, en función de que una solución contraria pondría en manos del empleador la posibilidad de reducir -mediante el pago de un salario menor que el estipulado en el convenio- la indemnización por antigüedad, situación ésta que no puede ser amparada por la justicia. De allí, que resulta ajustado a derecho tomar el salario que corresponde "devengar" conforme el encuadre de la actividad, por sobre el que efectivamente haya percibido la reclamante, cuando éste último es menor que aquel.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que en autos ha quedado firme que entre la actora y la demandada existe una relación de trabajo -conforme lo expone- y no un vínculo cooperativo, es que corresponde tener por cierta la categoría laboral invocada en la demanda: Mucamas de cirugía o que no tengan atingencia con atención de enfermos" (Convenio FATSA N° 122/75, art. 6, inc. 11), como así el salario básico que allí se menciona en función de dicho convenio (hasta diciembre de 2013 era de: \$5.108,60 y diciembre \$5.597,25).

Y, teniendo en cuenta los parámetros expuestos, con la salvedad que se expondrá en relación al rubro "indemnización art. 80 LCT", se hará lugar a las indemnizaciones, conforme rubros e importes señalados en el punto VI.B) de la planilla de liquidación practicada en la demanda.

Así, resulta procedente elevar el importe correspondiente a indemnización por antigüedad a la suma de \$5.515,04; preaviso: \$5.515,04; SAC s/ preaviso: \$459,40;



integración mes de despido: \$4.763,80; vacaciones proporcionales: \$1.832,20; SAC no abonado: \$4.595,85.

En cuanto a las horas extras, voy a tener en cuenta los parámetros fijados en la sentencia de grado en cuanto a la carga horaria que en exceso cumplió la actora (144 horas), pero readecuando el monto de las mismas a un salario de \$5.108,60, arroja como resultado una cifra de **\$3.678** (\$25,54 x 144 horas).

Finalmente, en relación a la multa del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, debo afirmar liminarmente, que el art. 45 de la Ley 25.345 agrega un último párrafo al art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, mediante el cual, la inobservancia del deber de entregar al trabajador constancia documentada del pago de las contribuciones y aportes debidos como obligado directo y de los certificados de servicios, remuneraciones y de trabajo, se sanciona con una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o en el tiempo de prestación del servicio, si éste fuera menor.

Para la procedencia de la indemnización del art. 80 LCT, el trabajador tiene que haber intimado de manera fehaciente a su empleador a la entrega de dichos certificados.

Ahora bien, el Decreto N° 146/01, reglamentario de la Ley, fija un plazo perentorio dentro del cual el empleador -una vez producida la disolución del vínculo- debe entregar al trabajador los certificados respectivos, dicha carga debe cumplirse dentro del plazo de 30 días corridos de extinguido el vínculo laboral, vencido el cual, si la obligación se mantuviese incumplida, el dependiente se encuentra habilitado para intimar su cumplimiento dentro del plazo de dos días hábiles a partir de dicha comunicación.

En ese orden, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso similar (PS-2006 T° II-F°407/410) al decir: "En consecuencia la intimación fehaciente a que hace



referencia tanto la norma originaria como su reglamentación sólo puede surtir efectos (el inicio del cómputo de dos días y el posterior derecho a una indemnización) una vez transcurrido el plazo de treinta días acordados al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo éste último que constituye - desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador infractor regularice su situación administrativa”.

Así pues, la indemnización es debida al trabajador, si éste intimó de manera fehaciente a su empleador, a la entrega de los correspondientes certificados, luego de transcurridos los 30 días contados desde la disolución del vínculo, y no cumple dentro de los dos días hábiles subsiguientes al requerimiento.

De las constancias de autos surge que la accionante fue despedida el 5/12/2013 e intimó a COOPERATIVA DE TRABAJO SUR.COS. LIMITADA el 9 de diciembre de 2013, a la entrega de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones, bajo apercibimiento de iniciar acciones legales.

Dicha intimación, -tal como se advierte en la sentencia- si bien se efectuó con posterioridad al despido, se cursó antes de cumplirse el plazo de 30 días, al que hiciera referencia párrafos más arriba, por lo tanto, en función de éste incumplimiento legal, corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto al rechazo de la indemnización del Art. 80 LCT.

En efecto, a mi criterio dicho requisito no puede ser suplido -como pretende la apelante- con la interposición de la demanda.

Según la jurisprudencia que comparto, se ha dicho: “El art. 80 LCT establece, como requisito ineludible, para la procedencia de la sanción por falta de entrega de certificado de trabajo, un requerimiento previo y fehaciente que en forma alguna puede tenerse por cumplido con la demanda,



ya que lo que se persigue es que la interpelación sea "previa al reclamo administrativo o judicial" (Cámara Nacional de Apelaciones Laboral, Sala VI, 10/03/04, "Osper, Ana V. c/ Lens Express S.A. y otro).

En definitiva, propondré el rechazo de la multa del art. 80 de la LCT.-

Ello, sin perjuicio que, en atención a la omisión incurrida en la instancia de grado, se deberá proceder a intimar judicialmente a la demanda para que en el plazo de diez días de notificada haga entrega a la actora de los certificados de trabajo y servicios, en los términos del art. 80 de la LCT, bajo apercibimiento de fijar astreintes por cada día de retardo, cuya cuantía se determinará, en caso de corresponder, en esa instancia.

Con respecto a las multas dispuestas por el art. 8 y 15 de la Ley 24.013, por los mismos fundamentos empleados al establecer la mejor remuneración para el cálculo de la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), es que habrán de adecuarse dichas multas, tomándose a tal fin la liquidación practicada por la actora a fs. 31 y vta., la que arroja una suma de: \$5.515,04 (art. 8 Ley 24013) y de \$15.793,80 (art. 15 Ley 24013).

En cuanto a las consideraciones volcadas por el Dr. ... respecto de los honorarios, al asistirle razón a dicho profesional, corresponde la redistribución de los honorarios regulados en primera instancia, teniéndose en cuenta para ello la actuación del Dr. ..., quién actuó como patrocinante del apoderado de la actora.

Asimismo, a los fines de la regulación de honorarios, conforme art. 20 Ley 1594 y antecedentes de esta Sala, se deberá tomar como base el capital con más sus respectivos intereses.

**IV.-** Por todo lo expuesto, se hará lugar parcialmente a los agravios de la parte actora, y en



consecuencia, se elevará el monto de condena a la suma de **\$47.668** en concepto de capital, con más los intereses fijados en la instancia de grado, con costas de Alzada a cargo de la demandada vencida (art. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC).

Asimismo, se deberá proceder en la instancia de grado a intimar a la Cooperativa de Trabajo SUR.COS LTDA. a confeccionar dentro del plazo de diez días de notificada, los correspondientes certificados de servicios y remuneraciones, en los términos del art. 80 LCT, bajo apercibimiento de las astreintes que se fijan en la instancia de grado.

A su vez, los honorarios de primera instancia, se deberán readecuar y serán regulados sobre la base de capital más sus intereses.

**El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Modificar la sentencia dictada a fs. 69/72, elevando el monto de condena a la suma total de PESOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y OCHO (\$47.668) en concepto de capital, con más los intereses fijados en la instancia de grado, de conformidad a lo explicitado en los considerando respectivos que integran este pronunciamiento.

**2.-** Ordenar se intime en la instancia de grado a la Cooperativa de Trabajo Sur.Cos Ltda. a confeccionar y hacer entrega de los correspondientes certificados de servicios y remuneraciones en los términos y bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo.

**3.-** Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad del art. 51 de la ley 921, teniendo en cuenta la redistribución





dispuesta en los considerandos respectivos a los letrados de la actora.

**4.-** Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).

**5.-** Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

**6.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**

**Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**