

//neral Roca, 08 de Febrero de 2022.

**Y VISTOS:** Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**GUSTIN MARCELO DAMIAN C/ HUMBERTO LUCAIOLI S.A. S/ ORDINARIO (L)**" **RO-01997-L-0000**; previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término al **Dr. Juan A. Huenumilla**, quien dijo:

**I. RESULTANDO: 1.** Se inician las presentes actuaciones con la demanda interpuesta a fs. 7/9 por el Sr. Marcelo Damián Gustin mediante el apoderamiento del Dr. Miguel Dithurbide, contra la firma Humberto Lucaioli S.A., persiguiendo el cobro de \$893.679,65 en concepto de indemnizaciones y daños y perjuicios.

Relata que la demandada explota un comercio, habiendo ingresado el actor bajo su dependencia el 27-07-2010, como “vendedor B” según el CCT N° 130/75.

Manifiesta que el contrato se mantuvo hasta el 11-06-2019, cuando se consideró despedido con causa, transcribiendo la misiva remitida.

Pasa a detallar las indemnizaciones que reclama, denunciando que no ha percibido pago alguno en tal concepto, solicitando se condene el pago del incremento indemnizatorio del artículo 2 de la Ley 25.323.

Peticiona se ordene a la demandada a abonar el seguro de retiro convencional, detallando la jurisprudencia de esta Cámara, en el carácter de daños y perjuicios por la falta de aportes de la accionada.

Practica liquidación. Ofrece prueba y peticona según las pretensiones de su mandante.

**2.** A fs. 12 se tiene por iniciada la acción y se ordena su traslado a la demandada, denunciando el actor la quiebra de la requerida a fs. 14, por lo que se dispone la intervención del síndico a fs. 15.

**3.** El 07-05-2021, luego de notificada la demanda, se tiene por incontestada la acción.

**4.** El 09-06-2021 se fijaron las audiencias de rigor y se ordenó la producción de prueba.

**5.** El 02-11-2021 se celebró la audiencia de vista de causa, ordenándose el pase de autos a sentencia.

**II. A. HECHOS:** Previo a todo corresponde analizar -los efectos legales en el proceso judicial- que derivan de la incontestación de demanda, en los términos, con los alcances y el apercibimiento del Art. 30 de la Ley ritual N° 1.504, el que dispone en su parte final: “...La rebeldía constituirá presunción de verdad de los hechos lícitos afirmados por el actor, salvo prueba en contrario...”.

En el presenta caso, nos encontramos de cara a una demanda incontestada (por haberse

realizado en forma tardía), implicando ello total ausencia de defensa por parte de la demandada, en la oportunidad procesal adecuada para ejercerlo, que al entender de Sergio Cosentino, en su obra “El Procedimiento Laboral en la Provincia de Río Negro”, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional del Comahue, Pág.. 147, implica: “...la norma debió decir que la incontestación de la demanda crea la presunción de verdad de los hechos lícitos alegados en ella, y no la rebeldía. Esto, por cuanto, la rebeldía es la sanción que se impone a quién no comparece a estar a derecho, debidamente citado, y solo puede decretarse a pedido de parte por así disponerlo el art. 59 del C.P.C.y C. Lo que verdaderamente genera la presunción de verdad de los hechos lícitos alegados en la demanda, es su falta de contestación en el plazo otorgado para hacerlo, sin necesidad de que medie decreto de rebeldía...”.

Por ende, tal declaración ocasiona distintos efectos en el proceso laboral, a) Al no haber sido desconocida la documentación acompañada por la actora en su demanda, la misma debe ser tenida como auténtica, y las cartas y telegramas por remitidos o por recibidos por el rebelde, según su caso; y b) Se edifica a favor de la actora la presunción “iuris tantum” de que los hechos por ella relatados en su demanda son ciertos, importando ello la inversión de la carga probatoria siempre y cuando los mismos fueren verosímiles y no se contradigan con otras constancias de autos.

Concretamente, en casos como el presente, ello importará la admisión de veracidad de la plataforma fáctica del litigio y consecuente deber del Magistrado de limitar la función valorativa a los aspectos jurídicos de la causa, sin necesidad de indagar sobre los hechos con el rigor que se impondría frente a la oposición de argumentos o defensas tendientes a desvirtuarlos o lisa y llanamente negarlos.

De modo que, precisamente por esa ausencia de negativa y ante la total falta de elementos que den cuenta de una realidad disímil, no existe en el sub examine razón alguna para no tener por cierto las manifestaciones vertidas por la actora, conforme la consecuencia de la incontestación de demanda y la manda de los arts. 30, 59 de la ley 1504 y 356 del CPCyC.

Es así que el silencio en el que incurrió la parte accionada comporta una conducta de las previstas por las normas precitadas, con las siguientes consecuencias: a) Se presumen ciertos los hechos lícitos invocados por el actor en su demanda; b) se tienen por reconocidos o recibidos los documentos acompañados en la diligencia de notificación, en tanto de la secuela posterior de la causa no surgieran pruebas en contrario: Si la

demanda no ha sido contestada corresponde: a) declarar la rebeldía del demandado, si no ha reconocido; b) darle por perdido el derecho de contestar la demanda... En todos los casos es aplicable la sanción de tener la incontestación de la demanda como reconocimiento de la verdad de los hechos a que se refiere, pero ello no es obligatorio para el juez, ni exime siempre al accionante del onus probandi (Santiago Fassi, “Cód. Proc. Civil y Comercial Comentado”, T. 2, pág. 15).

Agregando nuestro Superior Tribunal de Justicia: “la rebeldía no releva al juzgador de ponderar ciertos hechos en los que se sustenta la pretensión. Es decir, no se sigue sin más de una rebeldía la intrínseca razón de lo pretendido por el actor” si bien es cierto que el art. 30 de la Ley 1504 -in fine- permite presumir como ciertos los hechos lícitos afirmados por el actor, salvo prueba en contrario, también lo es que ello no releva al juez de la obligación de dictar una sentencia justa, según el mérito de la causa. Es que la rebeldía no puede tener el efecto de acordar un derecho a quien carece de él. Es necesario que el magistrado esté convencido de la verdad de los hechos afirmados, independientemente del silencio o rebeldía del contrario. Y por tanto la presunción favorable a quien obtuvo la rebeldía debe robustecerse con otros medios de prueba (cfr. Díaz Solimine, Teoría y Práctica del Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tomo I, Cap. XXIII, Teoría General de la Prueba; 14. La prueba en el proceso en rebeldía; LA LEY, Bs. As., 2007; pág. 756/757)”. “DIAZ, CRISTIAN EDUARDO C/ EVANGELISTA, GASPAR LUCAS S- SUMARIO (M 1477/10) S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” Se. 63/15.

Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1.504, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Contrato de Trabajo: Tengo por acreditado que entre las partes de este proceso, ha existido una vinculación contractual laboral, que se inició el 27-07-2010, finalizó el 11-06-2019 y se rigió por el CCT N° 130/75.

Obran como prueba los recibos de haberes de fs. 4, y la notificación de suspensión de fs. 6, ambos instrumentos adunados por el actor.

2. Categoría del trabajador: Resulta verosímil que el actor se desempeñó como vendedor "B", a tenor de los recibos antes descritos.

3. Comunicaciones cursadas: Aparece como cierto que, entre las partes, se mantuvo el siguiente hilo comunicacional:

a. El 05-04-2019 la demandada notificó al actor: *"Le dirigimos la presente a fin de ratificarle la suspensión de actividades que les fuera explicadas a todos los trabajadores en el día de la fecha, de esta forma queda relevado de prestar tareas hasta nuevo aviso"*, firmado por el Sr. Juan Ángel Lucaioli en su carácter de presidente de la firma demandada.

Dicha notificación obra a fs. 6.

b. El 28-05-2019 el actor remitió TCL CD 994445677 a la demandada, en los siguientes términos: *"EN FECHA 5 DE ABRIL DE 2019 FUI SUSPENDIDO "HASTA NUEVO AVISO".- A LA FECHA NO HE RECIBIDO COMUNICACION ALGUNA.- EN CONSECUENCIA, INTIMO A UD. PARA QUE EN EL PLAZO DE DOS DIAS HABLES ACLARE MI SITUACION LABORAL.- DIGA SI ME SEGUIRA DANDO TRABAJO EN EL FUTURO.- SU SILENCIO EN EL PLAZO INDICADO SIGNIFICARA NEGATIVA DE SU PARTE A SEGUIR DANDOME TRABAJO, EN TAL CASO ME CONSIDERARE DESPEDIDO"*.

La misiva obra a fs. 2.

c. El 11-06-2019 el actor envió TCL CD 000134170 a la firma accionada, comunicando: *"ATENTO AL TIEMPO TRANSCURRIDO Y VENCIDO EL PLAZO OTORGADO, SIN QUE A LA FECHA ME HAYA CONTESTADO MI INTIMACION, NOTIFICO QUE ME CONSIDERO DESPEDIDO.- EN CONSECUENCIA, INTIMO PLAZO DOS DIAS HABLES ABONE LIQUIDACION FINAL E INDEMNIZACIONES POR DESPIDO, BAJO APERCIBIMIENTO DE ACCIONAR JUDICIALMENTE"*.-

La pieza postal se adunó a fs. 3.

d. Finalmente el 26-09-2019, el Sr. Gustin remitió TCL CD 025715578 a la demandada, diciendo: *"A TODOS LOS EFECTOS LEGALES, INTIMO PLAZO DOS DIAS HABLES ABONE INDEMNIZACIONES POR DESPIDO (INDIRECTO), RUBRO: ANTIGUEDAD Y PREAVISO.- EXTIENDA, CERTIFICADO DE TRABAJO Y CERTIFICADO DE SERVICIOS Y REMUNERACIONES EN LOS TERMINOS DEL ART. 80 DE LA L.C.T., BAJO APERCIBIMIENTO DE LO ALLI DISPUESTO"*.

Esta comunicación de agregó a fs. 5.

**II. B. DERECHO:** Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504), el que parte de la LCT.

**1. EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO:** La conducta que asumió la demandada en el vínculo que la unió al actor aparece como injuriante, y la gravedad de su incumplimiento configuró una injuria insuperable para el trabajador, quien se colocó con justa causa, en situación de despido provocado directa y exclusivamente por la empleadora.

Tenemos dicho que corresponde a la ponderación judicial el análisis de la existencia de justa causa, para lo que utilizo las palabras del Dr. Ackerman (Ley Contrato de Trabajo comentada, Mario E. Ackerman director, María Isabel Sforsini coordinadora, editorial Rubinzal-Culzoni, Tomo III, página 223 y siguientes) al tratar el artículo 246 de la LCT, quien realiza una sistematización de las causales más frecuentes para considerarse despedido válidamente.

Así, describe la negativa de ocupación efectiva del empleador a su dependiente, lo que verifico se configura en este caso. Es que la dación de tareas constituye un deber del empleador, según el artículo 78 de la LCT, y su quebrantamiento importa remover las bases mismas del contrato laboral, obstaculizando la digna realización de la persona que se materializa mediante el cumplimiento de su tarea y la percepción de la remuneración ganada.

Ergo, la suspensión comunicada por la demandada, sin establecer un plazo de finalización, y la negativa tácita a brindar ocupación efectiva al trabajador, justificó el proceder de éste que intimó dación de trabajo y luego consideró extinguido el vínculo laboral por responsabilidad de la demandada. Por ello la firma Lucaioli deberá responder por las consecuencias de su obrar omisivo.

**2. INDEMNIZACIONES EMERGENTES DEL DESPIDO INDIRECTO:** El artículo 246 de la LCT prescribe que cuando el trabajador hiciera denuncia del contrato de trabajo, tendrá derecho a las indemnizaciones solicitadas por el actor en su demanda:

A. Indemnización sustitutiva del preaviso: El actor, al momento de configurar el despido, poseía una antigüedad de 9 años, por ello y utilizando los parámetros temporales que establece el artículo 231, corresponde ser resarcido con dos meses de preaviso.

B. Indemnización por antigüedad: Tal como se dijo anteriormente, el demandante detentaba una antigüedad de 9 años, correspondiendo que se indemnice su antigüedad con la remuneración de \$44.224,10 percibida en marzo de 2019.

**3. MULTA ART. 2 LEY 25.323:** Esta norma sanciona al empleador que, intimado

fehacientemente, no abona las indemnizaciones establecidas en favor del trabajador, obligándolo a iniciar acciones judiciales en procura de percibir el mismo crédito.

La comunicación transcripta del 26-09-2019 da cuenta de la intimación legalmente impuesta para la procedencia de esta sanción, razón por la que tendrá acogida favorable en este pronunciamiento.

**4. RETIRO COMPLEMENTARIO LA ESTRELLA:** De conformidad con la sentencia de esta Cámara Segunda en autos "Esponda c/ Saturno Hogar S.A." del 29-08-2011, a cuyos argumentos me remito, es criterio del Tribunal que la mitad del aporte patronal que debió destinarse al sistema, va a una cuenta particular de dependiente, mientras que el restante 50% se deriva a una suerte de seguro colectivo, por lo que mal puede reclamar el actor **el total** de la contribución del 3,5% previsto convencionalmente. De allí que como el monto de rescate que le hubiera correspondido es el 50% de cuanto debió la empleadora consignar en el régimen de seguro de retiro complementario, es que debe acogerse parcialmente la pretensión esgrimida, hasta el 1,75% del salario mensual, más antigüedad, zona y presentismo, con su SAC, lo que permitirá establecer los valores verosímiles de la cuenta individual. Ello así en concepto de daños y perjuicios y no de seguro en si mismo, toda vez que al no haber habido argumento de la empleadora en tal sentido, debo entender que nunca se hizo el depósito al régimen especial, complementario del CCT 130/75.

El actor, en base al recibo de haberes que aduna, liquida una suma que considera el total del 3,5%, por lo que el rubro prosperará por el 50% del monto liquidado en el libelo inicial.

**5. INTERESES:** Respecto a los intereses a aplicar, se computa la tasa prevista por el fallo del STJRN en la causa "Fleitas Lidia Beatriz c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley" (Expte. N° H-2ro-2082-L2015//29826/18-STJ), Sentencia del 04/07/2018, en la que el máximo Tribunal adopta con carácter de Doctrina legal a partir del primer día del mes siguiente al dictado del fallo, la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. En este caso, los intereses judiciales se calculan desde el 05-07-2019, fecha a partir de la cual entró en mora el acreedor, al 07-02-2022, aclarando que los intereses seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

**6. LIQUIDACIÓN:** A los fines de la determinación de las acreencias del actor, se considera mejor remuneración devengada la de \$44.224,10 correspondiente al mes de marzo de 2019. Así se obtiene:

Indemnización por antigüedad \$398.016,90

Indemnización sustitutiva de preaviso \$88.448,20.

Indemnización artículo 2 Ley 25.323 \$243.232,55.

Seguro de retiro CCT 130/75 \$81.991.

Subtotal \$811.688,65.

Intereses desde el 05-07-2019 hasta el 08-02-2022 \$1.197.708,83.

**Total \$2.009.397,48.**

**7. COSTAS:** Finalmente las costas que deberán ser soportadas por la demandada, por aplicación del principio objetivo de la derrota de los arts. 25 de la ley 1.504 y 68 del C.P.C.C. **TAL MI VOTO.**

Las **Dras. Gabriela Gadano y Daniela A. C. Perramón**, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la **CAMARA SEGUNDA DE TRABAJO DE LA 2DA. CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL**, con asiento en esta ciudad;

**III. RESUELVE: 1. HACER LUGAR** a la demanda deducida por el Sr. Marcelo Damián Gustin, contra la demandada Humberto Lucaioli S.A., y en consecuencia condenando a ésta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ (10) DÍAS de notificada, la suma de Pesos Dos Millones Nueve Mil Trescientos Noventa y Siete con Cuarenta y Ocho Centavo (\$2.009.397,48), en concepto de indemnización de los artículos 232 y 245 de la LCT, artículo 2 de la Ley 25.323 y CCT 130/75, suma que incluye intereses calculados al 08-02-2022, sin perjuicio de los que se sigan devengando hasta el efectivo pago. Costas a la perdidosa.

2. Las costas judiciales se imponen a la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Miguel Dithurbide, en su carácter de apoderado y patrocinante del actor, en la suma de \$337.578 (MB \$2.009.397,48 x 12% + 40%), conforme lo previsto por los arts. Arts. 6, 7, 8, 10, 11, 20, 38 y 40 Ley de Aranceles, Acord. STJ 9/84 y art. 277 LCT). Los honorarios profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y

extensión de los mismos.

3. Oportunamente, firme que se encuentre la presente, por Secretaría practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones, la que deberá abonarse en boleta de depósito bancario, conforme Ley 2716 y Acordadas del STJ 17/2014 y 18/2014, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

4. Líbrese oficio al Banco Patagonia S.A. a efectos de que proceda a abrir una cuenta judicial a nombre de estos autos y a la orden del Tribunal, informando en el plazo de cuarenta y ocho horas de recibido el oficio, y al al mail oficial de este Tribunal [camlabroca-s2@jusrionegro.gov.ar](mailto:camlabroca-s2@jusrionegro.gov.ar), el número de CBU de la cuenta.

Cúmplase por Secretaría mediante oficio en formato PDF, con firma digital.

5. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

**DR. JUAN AMBROSIO HUENUMILLA**

**-Presidente-**

**DRA. DANIELA A.C. PERRAMON**

**-Jueza-**

**DRA. GABRIELA GADANO**

**-Jueza-**

**Ante mí: DRA. MARÍA EUGENIA PICK -Secretaria Subrogante-**