

NEUQUEN, 12 de Mayo del año 2021

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**BENITEZ ADRIAN ALEJANDRO C/ ORMAZABAL JUSTO EDUARDO S/ DESPIDO**" (JNQLA1 EXP 507477/2016) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Jorge PASCUARELLI** y **José I. NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 251/263 se dictó sentencia por la cual se hizo lugar a la demanda por la suma de \$287.498,72 más intereses.

A fs. 268/274 apeló la parte demandada. En primer lugar, solicita se produzca la prueba pericial caligráfica cuya negligencia fuera declarada en la instancia anterior. Aduce que era importante por el desconocimiento de la firma en los recibos de sueldos adjuntados.

A continuación, expresa sus agravios. Considera que los honorarios regulados resultan altos.

Después se queja porque la sentencia incurriría en contradicción e interpretaría erróneamente la comunicación del despido al sostener que ésta no fue suficientemente clara y más adelante que los motivos de la ruptura se interpretan con total claridad tal como lo habría hecho quien reclama.

Alega que la redacción es desordenada al mezclar distintas situaciones pero los motivos de la ruptura son suficientemente claros y además graves para justificarla. Resalta que esas razones serían: a) falta de contracción al trabajo, llegadas tardes, faltas sin aviso, apercibimientos y suspensiones; b) altercado con un compañero; c) retiro del lugar de trabajo luego de la pelea sin pedir permiso ni dar aviso; d) ausencia desde el día del altercado hasta el

23/4/2014; e) engaño respecto del acuerdo para el levantamiento del embargo de haberes; f) negativa a firmar una sanción disciplinaria; y g) retiro del lugar de trabajo sin permiso.

Dice que el pronunciamiento le resta importancia a la mentira y engaño en la que habría incurrido la parte actora al expresarle a su empleador que había llegado a un acuerdo para que se le levante el embargo de sus haberes y logrado que se le paguen completos, pero después no presenta el referido acuerdo.

Refiere a las declaraciones testimoniales que acreditarían las faltas y sanciones recibidas por el reclamante antes del despido y de la pelea con Daniel Chandía, su posterior retiro del lugar de trabajo sin autorización, su negativa de firmar la sanción y otra vez retirarse.

Se agravia porque el fallo tiene por demostrado que el horario de trabajo era de 8 a 14.30 hs. y de 17.30 a 22.30 en base a los testigos Ledesma, Lepoivre y Mendoza, cuando ninguno de ellos refiere que culmina a las 13.30 hs.

Impugna que la sentencia considere que no tuvo interés en demostrar el cumplimiento de sus obligaciones legales en función de que se la tuvo por desistida de la pericial caligráfica, siendo que puso a disposición del perito el adelanto de gastos.

Le causa gravamen la condena al pago de horas extras porque no se detallan la cantidad de horas trabajadas por la parte actora, los periodos, el valor y el cálculo para arribar a la cifra, todo lo cual le impide expresar un agravio concreto. Agrega que tampoco se sabe si se descontaron los días en los que se ausentó del trabajo o se encontró sancionado.

Se agravia por la condena a abonar la multa del art. 132 *bis* por un elevado monto de \$133.695,72 con base en una pequeña deuda a la seguridad social de \$1.550 que se habría incluido en moratorias. Afirma que la resolución es inconstitucional porque castiga con una multa muy elevada una deuda que no pudo pagar la empleadora producto de la situación económica del país.

Por último, se queja por la aplicación de la multa del art. 2 de la ley 25.323 ya que no habría tenido elementos suficientes para considerarse con derecho a despedir justificadamente a la parte actora.

A fs. 276/281vta. la parte actora contestó extemporáneamente el traslado del recurso.

II. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas corresponde comenzar por los pedidos de replanteo de prueba en la Alzada.

1. Al respecto, se sostuvo: *"En relación al pedido de apertura a prueba en la Alzada, entiendo que es improcedente por cuanto lo requerido no se ajusta a ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 260 del C.P.C. y C. para la producción de prueba en esta etapa (...)".*

"En este sentido, se ha expresado: "[...] que la apertura a prueba en la segunda instancia se encuentra limitada a los supuestos previstos por los incisos 2do. y 5to., - apartados a) y b) - del artículo 260 del Código Procesal; es decir en la hipótesis de tratarse de un replanteo de prueba o cuando se hubiese alegado un hecho nuevo posterior a la oportunidad prevista por el artículo 365 del citado cuerpo legal".

"Es así que cualquiera de las partes, puede solicitar el diligenciamiento en esta segunda instancia de la prueba indebidamente denegada en primera instancia ó respecto

de la cual hubiere mediado una también errónea declaración de negligencia o caducidad por negligencia (v. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Anotado", 5ta. edic. actualizada, Edit. Abeledo Perrot, Año 2010 pág. 604)".

"En este contexto, la petición en la Alzada, debe encontrarse debidamente fundada (artículo 260 inciso 2 "in fine"), lo que implica la necesidad de señalar los errores cometidos en la resolución del magistrado de grado, a los efectos de demostrar que las probanzas no fueron correctamente denegadas o decretadas negligentes o caducas (...)".

"Así las cosas, este Tribunal ha sostenido que la instrucción del proceso es, como regla, actividad cuyo desarrollo corresponde al trámite en primera instancia, siendo solo excepcionalmente admisible la reedición de la etapa probatoria en la alzada (CNCiv. Sala H, 3/9/97, in re "Kirikian, Jorge A. y ot. c/ Delmas Sabia, Marcos A", LL 1998-B-pág. 434)".

"En su mérito, al no observarse que se encuentren configurados ninguno de los supuestos que habilitarían la producción de prueba en los términos del mencionado artículo 260 del código de forma, se desestima la solicitud que se efectúa" (CNCiv., Sala H, "D., J. A. c. M., E. y otros s/ daños y perjuicios resp. prof. médicos y aux.", 15/08/2014; AR/JUR/45056/2014)", ("MENDEZ SILVINA BEATRIZ C/ POLICLINICO NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ D. y P. - MALA PRAXIS", Expte. N° 395618/2009 y "MARAMBIO ALBERTO C/ COOP. FRUTIC. Y DE CONS. LA FLO Y OTRO S/ACCIDENTE ACCION CIVIL", JNQCII EXP 327220/2005, ACUMULADOS CON LOS AUTOS "URBINA NESTOR FABIAN C/ COOPERATIVA LA FLOR LTDA. s/ ACCIDENTE ACCIÓN CIVIL", Expte. N° 327220/5).

A partir de lo expuesto, corresponde desestimar el replanteo de prueba pedido por la parte demandada, atento que la negligencia declarada no requería de una intimación previa para que el interesado manifestara si había entregado al perito el dinero correspondiente a anticipo de gastos. La providencia de fs. 120 intimó a la parte demandada a depositar la suma de dinero en el expediente y no a entregarlo directamente al experto. Sin perjuicio de ello, tampoco la parte demandada denunció en el proceso que cumpliría la intimación bajo una modalidad distinta a la dispuesta como tampoco que haya puesto a disposición del experto el importe del anticipo de gastos. A su vez, la providencia dispuso el apercibimiento de que su incumplimiento causaría el desistimiento de la prueba. Por ende, no surge error en la negligencia declarada.

Así, no resulta procedente el pedido de replanteo formulado.

2. Luego, corresponde abordar los motivos que agravian a la parte demandada.

El primero de ellos apunta centralmente a la claridad de la notificación del despido, y respecto del art. 243 de la LCT, esta Sala ha dicho que: *"El despido es el acto por el que se pone fin a la relación y se extingue el contrato de trabajo. Para que surta efectos la ley establece determinadas formalidades en la comunicación que corresponde, como es el medio escrito y que sea lo suficientemente ilustrativa de la causa que se invoca para fundarlo."*

"[...] La expresión de la causa que se consignará en la respectiva comunicación ha de ser clara (...) La norma impone claridad y precisión de manera que pueda ser fácil y claramente interpretada. Razones de certeza, que tienen que quedar aseguradas para garantizar el pleno ejercicio del

derecho de defensa así lo aconsejan en cuanto al forzoso relato de los hechos, que la comunicación debe contener.”

“[...] No resulta expresión suficientemente clara la mera mención a reestructuraciones, graves incumplimientos, negligencia, graves daños intencionales, graves irregularidades, injurias reiteradas, pérdida de confianza que no resulten claras en cuanto a en que consistieron los incumplimientos, ya que no permite examinar los hechos en los que en realidad se funda el distracto.”

“[...] Solo se podrá invocar y probar la causal consignada en la comunicación pertinente, la que debe bastarse a sí misma para establecer debidamente cuales son exactamente los hechos invocados. Estos, deben quedar individualizados de manera tal que den certidumbre de que puedan conocerse e individualizarse concretamente las circunstancias que han dado lugar al rompimiento contractual. (Maza M. A., Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, Tomo III, La Ley, Buenos Aires, 2012, págs. 396 a 400).” (cfr. “ORDENES CARLA GRISEL C/ IRUÑA S.A. S/DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS”, JNQLA1 EXP 505551/2015 y “NEGRETE VICTOR RAUL C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.A. S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES”, JNQLA6 EXP 510740/2017).

En el mismo sentido ha afirmado que: “Las exigencias en la ley para admitir la eventual existencia de una causa de despido, en realidad son dos: una la de que la transmisión sea escrita y otra la de que sea explicativa, de tal modo que a partir de la comunicación, el despedido puede conocer sin ningún margen razonable de duda, cuales son los hechos que se le imputan como incumplimiento del contrato que justifique la rescisión, entendido esto con el alcance de que deben quedar claros los hechos y sus circunstancias, sobre todo eso de cuánto y cuando ocurrieron esos hechos (Ley de

Contrato de Trabajo Comentada, Anotada y Concordada- Tomo IV comentario al art. 243- Director Jorge Rodríguez Mancini- hoja 267)".

"La comunicación de la causa de despido no debe, según la jurisprudencia, atenerse a fórmulas especiales, pero si describir con claridad, sencillez y precisión el incumplimiento contractual imputado. No debe tratarse de expresiones 'genéricas o abstractas', sino de la descripción de hechos concretos y bien ubicados en el tiempo tanto como para que, por lo menos, sea invariable el contenido de los hechos descriptos y no se los pueda reubicar o redefinir a conveniencia, después de transmitidos".

"Por ejemplo, no basta argumentar faltantes de mercadería sin decir cuántos, cuáles y cuando faltaron, ni una genérica falta de diligencia y colaboración, o de disciplina o la falta de respeto a superiores, sin identificar ni las faltas ni los superiores".

"El fundamento de la carga de comunicarse con claridad la causa de despido, se relaciona en general con el derecho de defensa en juicio, idea que se originó en la jurisprudencia anterior a la LCT que incorporó esta exigencia cuando la ley no la establecía explícitamente. La relación se hace sobre la base de que una explicación suficiente y oportuna de la causa del despido, permitiera tanto establecer y comunicar oportunamente las razones opuestas, como dejar ubicadas, documentar, y en general planificar, la posición de defensa en juicio y sobre todo los medios de prueba de los que en su momento sea necesario valerse" (cfr. "ANABALON FABELA EDITH C/ BERCLEAN S.A. S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", JRSCI1 EXP 7912/2015 y "NEGRETE VICTOR RAUL C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.A. S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES", JNQLA6 EXP 510740/2017).

En autos, la denuncia del contrato promovida por la parte demandada se comunica a través de la carta documento del 23/4/2014 (fs.6) que en su parte pertinente dice: "[...] por todo esto rechazo por falaz y malicioso su telegrama ya que el mismo está fundado en un reclamo infundado y todo ello surge de su falta de contracción al trabajo, llegadas tardes, faltas sin aviso y que han sido motivos de apercibimientos y suspensiones todo esto agravado por el episodio protagonizado por usted el día 19 de abril de 2014 día en el cual usted tuvo un altercado violento con otro compañero de trabajo y de manera inconsulta e intempestiva se retiró de sus tareas por lo cual y sabiendo que ya había sido notificado de la posibilidad de despido por su exclusiva culpa usted envía el telegrama que rechazo y presenta certificado médico, todo ello está sustentado en que en el día de la fecha usted se ha presentado a trabajar y se ha negado a firmar la sanción que se le pretendía aplicar y que por tal motivo le fuera leída en voz alta en presencia de sus compañeros y que transcribo a continuación: "Señor Benítez Adrián Alejandro, CUIL 20-348827177-1 ante el altercado sostenido con un compañero de trabajo el día sábado 19 de abril de 2014 y el retiro intempestivo de su lugar de trabajo, sin solicitar permiso o autorización y dados sus antecedentes laborales negativos, sumado a que Usted no ha presentado el acuerdo logrado sobre el embargo que recaía sobre sus haberes y que según su manifestación ya había llegado a un acuerdo para que no se le descontaran de sus haberes los importes solicitados por el Sr. Juez, comprometiendo seriamente a su empleador, se le notifica la suspensión sin goce de haberes por cinco (5) días, la medida será cumplida los días 23, 24, 25, 26, y 27 de Abril de 2014, por lo que deberá presentarse a trabajar en el horario y lugar habitual el día Lunes 28 de Abril de

2014.- Deberá presentar además la orden del Juez interviniente en donde se ordena la suspensión del embargo de haberes.- Se le notifica que de persistir en sus actitudes, la próxima medida será el despido por razones justificadas según Art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo 20744", luego de su negativa a firmar Usted se retira de su lugar de trabajo todas estas actitudes suyas hacen que proceda a aplicar los Arts. 242 y 243 de la L.C.T. quedando usted despedido con justa causa a partir del día de la fecha, haberes y liquidación final a su disposición..."

La primera de las causales invocadas es la falta de contratación al trabajo, pero no se especifican los hechos que revelan ese incumplimiento. Las siguientes aluden a llegadas tardes y faltas sin aviso, sin detallar los días en que sucedieron. Después se alega el hecho del 19/4 respecto del cual es contundente la calificación hecha en la sentencia recurrida al decir: "nada explica el empleador sobre su naturaleza, ni sobre quien fuera el provocador o iniciador del mismo, etc., sino que se limita a sostener que fue grave, sin describir tampoco quiénes lo protagonizaron, temperamento adoptado y características del evento". Más adelante se menciona el tema del embargo de haberes de forma ambigua porque se le reprocha al actor no haber presentado "el acuerdo logrado sobre el embargo", pero a renglón seguido se lo intima a "presentar la orden del Juez interviniente".

Los aspectos señalados son elocuentes del incumplimiento al requisito de claridad contenido en el art. 243 de la LCT siendo que la norma no solo exige expresar las causas de modo claro sino que agrega que ella sea suficiente, es decir, que brinde información para bastarse a sí misma y que sea idónea para que el dependiente pueda comprender a cabalidad todos y cada uno de los motivos del despido y

ejercer adecuadamente su defensa. Esta cualidad, según se expuso, no resulta observada respecto de varias de las causas invocadas.

En otra queja la parte demandada impugna que el pronunciamiento no haya estimado como graves los motivos de la ruptura.

En cuanto a la falta de contracción, llegadas tarde y faltas sin aviso sancionadas con apercibimientos y suspensiones, no existe prueba escrita (art. 218 LCT) de ellas excepto la suspensión de fs. 71. Más allá de que la forma legal dispuesta en el artículo citado resulta ineludible como requisito de validez de las suspensiones, cabe destacar, al contrario de lo pretendido por la parte apelante, que los días de descuento en los recibos de haberes solo prueban las inasistencias pero no que hayan sido sancionadas. Por su parte, la suspensión de dos días (fs. 71) no detalla los días en que se produjeron las faltas sin aviso y sin justificar, lo que imposibilita valorarla como antecedente disciplinario suficiente para justificar la ruptura del contrato (art. 242 LCT).

Respecto al altercado con un compañero de trabajo sucedido el 19/4/2014, su examen debe acotarse a los hechos descriptos en el intercambio de las comunicaciones en virtud del principio de invariabilidad (art. 243 LCT). Tanto el altercado como el retiro del lugar de los hechos, en sí mismos, son reconocidos por la parte actora (fs.3). Pero para valorar si constituye un incumplimiento y si es grave se tendría que haber aclarado en la comunicación, según se explica más arriba, quien es el provocador, el contexto en el que surge el episodio, entre otras.

Por su parte, la demandada en su apelación argumenta que una de las razones del despido fueron las

ausencias injustificadas entre el 19/4 y 23/4. Tal hecho no fue consignado en la comunicación de la ruptura contractual por lo que no puede examinarse en la instancia judicial (art. 243 LCT).

En relación a las cuestiones vinculadas al embargo de haberes, no fueron probadas en el expediente y por ende no corresponde tener por cierto el incumplimiento denunciado.

Finalmente, la negativa a firmar la sanción disciplinaria y posterior retiro del lugar de trabajo, tal como se afirma en la sentencia recurrida, "*si bien resulta un deber de buena fe de las partes del contrato prestarse a las comunicaciones que pretende efectuar la otra, no se trata en sí misma de una injuria que impida la prosecución del vínculo*". A ello cabe agregar que en el mismo mes del despido el accionante suscribió una suspensión (cfr. fs. 71) lo que vendría a dar cuenta de que la negativa a hacerlo no era una conducta recurrente ni desafiante al empleador como se asegura en el escrito de apelación.

Al cabo de este análisis resulta que ciertos hechos en los que se motiva el despido no fueron invocados oportunamente, otros no fueron probados y los restantes no revisten gravedad suficiente para justificar el despido.

Ello así, resulta intrascendente valorar las declaraciones testimoniales en lo concerniente al despido.

Respecto a la queja por el horario de trabajo, ella se circunscribe a que no se desprendería de las testimoniales que el primer tramo de la jornada finalizaba a las 14.30 hs.

El testigo Ledesma refiere que el horario del actor se extendía "hasta la una, una y media". Gutiérrez Martínez afirma que era hasta las dos y media. Lepoivre dice que la jornada era supuestamente la misma que la que hacía la declarante, es decir hasta la una, pero aclara que no sabía

que horario tenía cada uno de los compañeros. Los enunciados trabajaron para la parte demandada. Finalmente, Mendoza Alarcón, quien prestaba servicios en un local comercial al lado de la pescadería, no aclara la cuestión pues manifiesta que los empleados están desde las 8 hasta las 22.30 hs., con horario cortado.

Ello así, lo primero que surge es que no le asiste razón al impugnante cuando afirma que lo resuelto no se desprende de la prueba testimonial porque Gutiérrez Martínez declara que terminaba a las 14.30.

Aclarado esto, se observa que Ledesma y Gutiérrez Martínez son los testigos más precisos sobre el punto, pero sus declaraciones difieren en que para el primero el horario terminaba a las 13.30 hs. mientras que para el segundo era a las 14.30 hs. Se presenta un supuesto en el que el grado de confirmación de la hipótesis del actor (14.30 hs.) no sería suficiente si solo se considera la prueba testimonial.

No obstante, la resolución del extremo fáctico debe completarse, tal como lo hace el fallo de primera instancia (cfr. fs. 257, segundo párrafo), con la falta de exhibición de las planillas de registración horaria y de control de asistencia a la perito contadora. Esta circunstancia hace aplicable la presunción (*iuris tantum*) a favor de la afirmación hecha por el trabajador (art. 55 LCT), la que no ha sido desvirtuada por la empleadora con suficiente prueba en contrario.

Por consiguiente, corresponde desechar el gravamen.

Relacionado con este tema, también causa agravio a la parte recurrente que el fallo no hubiera brindado los detalles de la cuantificación de las horas extras.

La afirmación es inexacta pues basta leer la sentencia para constatar que se determinaron la cantidad

total de horas extras semanales trabajadas; cómo se distribuyen según el recargo del 50% o 100% (fs. 257vta., primer párrafo); la existencia de pagos a cuenta por dicho rubro (fs. 257vta., segundo párrafo); y su liquidación conforme se detalla en la demanda a fs. 30 y vta. (fs. 257vta., tercer párrafo). Toda esta justificación es suficiente para conocer cómo es que se llega al monto de condena por el rubro. Por ende, no le asiste razón al apelante.

Respecto a la multa del art. 132 *bis* de la LCT el agravio resulta insuficientemente fundado (art. 265 CPCyC), toda vez que se limita a denunciar la desproporción entre la deuda y el monto de la multa y que la situación económica del país le habría impedido pagar lo adeudado a la seguridad social, pero hace caso omiso a las extensas razones dadas en el pronunciamiento, en particular las expresadas para justificar la cuantificación de la multa (cfr. fs. 261), previa declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Luego, tampoco resulta procedente el agravio referido a la aplicación de la multa del art. 2 ley 25.323 por cuanto la empleadora alegó despido con causa, lo cual fue desestimado y el actor se vio obligado a litigar para el cobro de las indemnizaciones previstas para el despido (cfr. entre otros: "VIVANCO SANTIAGO IVAN C/ OGAR S.A. S/DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", JNQLA3 EXP 506111/2015; "GUIÑEZ HECTOR ALFREDO CONTRA WAL MART ARGENTINA SRL SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", JNQLA4 EXP 429631/2010 y "LIGUORI ANABEL MILAGROS C/ BANCO ITAU ARGENTINA S.A. S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES", JNQLA5 EXP 509973/2017).

Por último, en cuanto a la apelación de los honorarios, efectuados los cálculos pertinentes no se advierte que resulten altos, considerando la calidad de la

intervención como letrados patrocinantes y apoderados de cada una de las partes; las pautas del art. 6, Ley 1594; que el porcentaje se ajusta a la escala (art. 7 LA) y se aplica sobre el monto previsto en el art. 20 ley citada. Por ende, se impone rechazar el agravio.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada, con costas de Alzada en el orden causado en virtud de que la contestación efectuada por la contraparte fue presentada extemporáneamente (arts. 17 ley 921 y 68, 2da. parte del CPCyC).

Tal mi voto.

El Dr. **José I. NOACCO** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada a fs.268/274, con costas de Alzada por su orden, todo según lo considerado.

2. Regular los honorarios profesionales de los Dres. ... y ..., patrocinante y apoderado de la parte demandada respectivamente, en el 30% de lo que corresponde por su actuación en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. José Ignacio NOACCO

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA