



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 24 de octubre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"CABRERA DANIELA PATRICIA C/LUCERO ALBERTO HUGO SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, (JNQLA3 EXP N° 473581/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo J. **MEDORI**, por encontrarse excusada la Dra. Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia definitiva dictada el día 8 de Octubre de 2018 (fs. 202/206), que hace lugar a la demanda interpuesta por Daniela Patricia Cabrera y condena al sr. Alberto Hugo Lucero al pago de la suma de \$28.388,29, apela el demandado a fs. 209/211, sin que la actora contestara los agravios.

Argumenta, en primer lugar, que la sentencia coincide en que se encuentran acreditados los incumplimientos de la actora y, sin embargo, el a-quo considera que no se encuentran cumplidos los parámetros de proporcionalidad y oportunidad para la sanción del despido.

Entiende que el despido fue proporcionado, no pudiendo validarse un actuar contrario a los principios y deberes que rigen la prestación del débito laboral.

Por otro lado, considera que la medida fue oportuna en tanto es imposible sostener un contrato

de trabajo con quien insta de manera continua su ruptura.

En relación a la multa del art. 2 ley 25.323, alega que su parte abonó todo cuanto entendió que era debido y, por ello, no existió reticencia sino que la causal de despido se encontraba discutida.

Hace reserva del caso federal y peticiona se revoque la sentencia con costas.

II. Ingresando al análisis de los agravios, corresponde a esta instancia analizar el acierto o el error con el que la resolución impugnada ha valorado el material fáctico y jurídico incorporado a la causa.

1) La actora reclama las indemnizaciones derivadas del despido incausado y el sentenciante, al hacer lugar a la acción, entiende que la medida adoptada por el empleador se encuentra viciada de arbitrariedad porque no observó los criterios de proporcionalidad y oportunidad exigidos por la norma para sancionar a la actora con el despido.

Ciertamente, al contestar la acción, la demandada refirió los múltiples llamados de atención verbales y escritos realizados a la actora por su mal comportamiento e incumplimiento en los horarios de ingreso y egreso a la peluquería, vestimenta y aseo, y salir a fumar descuidando a los clientes.

La doctrina y la jurisprudencia han ido delineando los contornos dentro de los cuales puede válidamente desplegarse el poder disciplinario del empleador otorgado para corregir las inconductas de los trabajadores, a través de las sanciones.

Para ello, deben aplicarse los principios de razonabilidad, proporcionalidad y no duplicación de sanciones y el requisito de expresión de causa justa, claramente expresada, comunicada por escrito y que ésta sea jurídicamente admisible.

Dice Juan Carlos Fernández Madrid al escribir sobre el tema, que para graduar las sanciones deben tenerse en cuenta los antecedentes próximos, dando relevancia a aquellos que respondan a las mismas características.

Además, explica que aunque en otras oportunidades el trabajador haya cometido irregularidades semejantes sin ser objeto de sanción, impide invocar tales hechos como antecedentes, pero no permite exculparlo de la falta posterior que se decidió sancionar.

Subraya que únicamente puede considerarse antecedentes las faltas anteriores sancionadas quedando fuera aquellos incumplimientos consentidos, además es requisito formal y sustancial la proporcionalidad con la falta cometida y la comunicación por escrito.

Sostiene además que:

"...Los antecedentes desfavorables de un operario pueden servir de apoyo a un despido si existe un último hecho injurioso que pueda ser utilizado como causa inmediata y directa de la decisión. Recién en ese supuesto, los antecedentes (sancionados) se agregan al hecho último para determinar la "injuriosidad" de la causal y la justicia del despido, que no tendría justificativo si se tomara el último hecho con prescindencia de sus antecedentes. Mientras el hecho

detonante no se verifique los antecedentes no pueden ser analizados porque o no han merecido sanción o han sido perdonados y pretender hacerlos valer sin un hecho final y actual (causa inmediata de la denuncia) afectaría el principio de simultaneidad entre la injuria y la sanción (C.N.A.T. SALA IV, 18-11-76, "Barrios Oscar Felipe c. Alpesa S.A. Sent 4.687)" ... los hechos anteriores o han sido sancionados o han sido perdonados pero por si solos no pueden justificar el distracto, pues entre otras cosas no tendrían contemporaneidad." (...) En definitiva, los antecedentes por sanciones no son suficientes para justificar un despido cuando falta un hecho actual que los revista, pero son relevantes para apreciar la conducta que el trabajador observó... (Conf. Fernández Madrid, Juan Carlos en su Tratado práctico de Derecho del Trabajo, Ed. La Ley, Tomo I, pág. 1623 y ss.).

La accionada, al despedir a la actora, le achacó una serie de faltas menores haciendo referencia a su vez a anteriores apercibimientos verbales y escritos, sin hacer referencia alguna a una situación concreta -un último hecho injurioso- que determina la máxima sanción.

Se ha dicho que:

"... Cuando se invoca como ocurre en el caso, antecedentes disciplinarios desfavorables, la relación de proporcionalidad en la valoración de la injuria debe ponderar no sólo el último hecho que determinó el despido, en su correlación con los antecedentes invocados."

"Ello en razón que la injuria susceptible de legitimar la ruptura unilateral del contrato puede

provenir tanto de un hecho aislado de una gravedad tal que impida -por sí solo- la prosecución del contrato (dimensión cualitativa de la injuria) como de una serie concatenada de hechos que aisladamente considerados no resulten de entidad, aunque valorados luego en su conjunto pueden igualmente justificar el despido (dimensión cuantitativa de la injuria) (Sup. Corte Bs. As., L. 86743, sent. del 11/7/2007, "Gómez, Hugo O. v. Transportes Nueva Chicago C.I.S.A. s/ despido")."

"No obstante, es necesario advertir que es doctrina jurisprudencial que comparto, que **en caso de invocarse antecedentes como causal de despido -como ocurre en el sublite- no debe considerarse justificado el despido del trabajador aun teniendo antecedentes disciplinarios, si no se acredita la última falta que se le imputa como determinante de la extinción del contrato, ya que de ese modo no se configura la gravedad cuantitativa que legitima la ruptura del vínculo laboral, además de contrariar el requisito de non bis in idem y de contemporaneidad lógica entre la falta y la sanción** (Sup. Corte Bs. As., L. 34748, sent. del 29/10/1985, "Pérez, Oscar A. v. Beta Ingeniería S.C.A. s/ indemnización por antigüedad" Ver Texto , AyS 1985-III-314). **Es decir que los antecedentes desfavorables del trabajador sólo cobran virtualidad ante una nueva falta sancionable** (Sup. Corte Bs. As., L. 45923, sent. del 23/4/1991, "Rosas Sastre, César O. v. Lewin, Gregorio F. s/ despido" Ver Texto , AyS 1991-I-549)."

"En el caso, **conforme lo expresado al valorar la prueba instrumental con relación a los partes disciplinarios impuestos al actor, acompañados a**

la causa y **que la demandada enumera como fundamento del despido** "por retirarse antes de culminar la jornada laboral...", en base a los cuales sostiene la existencia de "reiterados incumplimientos laborales, causados por su obrar negligente y culposo, en inobservancia a las obligaciones propias" e " incumplimientos a su debito laboral en forma injustificada y por incumplimientos graves"; **que no le asistía derecho al empleador en imponerlos, atento las certificaciones médicas presentadas por el trabajador y en base a todo lo expuesto respecto a la discrepancia del criterio médico manifestada por el demandado como resultado del control médico dispuesto. Y por tanto no resultan justificantes del despido dispuesto.**" (Conf. autos "Videla Osvaldo Enrique C/ Transporte El Plumerillo S.A. P/ Despido" *102023706*, CUIJ: 13-02015697-4((010401-150056)), 1/12/2016 Primera Cámara Del Trabajo - Primera Circunscripción De Mendoza).

Sin embargo, advierto que no se alegó una causal de despido concreta e inmediata, haciendo referencia a una serie de antecedentes que -como bien dice el sentenciante y también hace hincapié el recurrente- han sido comprobados con la prueba rendida.

A pesar de ello, las testimoniales sólo dan cuenta de llamados de atención verbales que no importan una sanción disciplinaria en sentido estricto; no son impugnables y tampoco pueden ser utilizadas como antecedentes por el empleador ya que no queda constancia escrita y "se reduce a un simple correctivo tendiente a modificar la conducta del trabajador, previo a una sanción escrita" (Conf. GRISOLIA, Julio Armando - HIERREZUELO Ricardo D. "Derechos y Deberes en

el contrato de trabajo" Editorial Abeledo Perrot, pág. 246 y ss.).

En autos no fueron acompañadas las sanciones escritas invocadas en la misiva de despido, necesarias para demostrar que el empleador hubiera realizado apercibimientos en forma persistente en uso de sus facultades de dirección y corrección, aplicado las sanciones tendientes a reconducir la conducta de su empleada.

Por ende, coincido con el juez de grado en que la máxima sanción impuesta: el despido resultó desproporcionado e inoportuno.

"... El poder de denuncia del vínculo de trabajo se entiende como la posibilidad de disolución contractual concedida indistintamente a ambas partes, distinguiéndose si es motivada o inmotivada. En el primer caso, el autor asume la exteriorización y en su caso la acreditación de la existencia de la denominada injuria laboral o justa causa, que justifique su accionar y lo libere o lo beneficie en su caso con el resarcimiento legal. Se tratará del incumplimiento de los deberes de prestación o de conducta constitutivos de la relación laboral, que por su gravedad no consientan la prosecución de la misma. La doctrina judicial ha determinado como recaudos de valoración la proporcionalidad, causalidad y oportunidad (p. 422 y ss., t.2 L.C.T.Com. Altamira Gigena)."

"Quien alega un hecho como justa causa de despido, no sólo debe probarlo sino, además, precisarlo, para otorgar al sentenciante los elementos necesarios que le permitan efectuar una adecuada valoración del mismo" (CNAT, sala VII, sen. 57 del

28.7.80, Oviedo Rodolfo Osvaldo c. Romo Armando; sen. 47 del 25.7.80, Bordón Zulma Inocencia c. Kanje Odcar y otro, LTXXVIII-B-1150)".

"Ciertamente, tras un esfuerzo interpretativo realizado sobre la misiva transcripta y aplicando el principio de buena fe contractual, se puede vislumbrar la causa denunciada por la empleadora para resolver el contrato de trabajo, más asiste razón al magistrado anterior que no se han precisado los detalles necesarios para valorar las circunstancias particulares del caso, lo que culmina desfavorablemente con la total falta de prueba en tal sentido."

"Digo esto, ya que los dos testigos deponentes no tienen ningún conocimiento propio de los hechos referidos al distracto y la confesional ficta sólo confirma la existencia de una colisión, sin más elementos que posibiliten una razonable evaluación disciplinaria tendiente a justificar la decisión rescisoria"

"Por más que se tengan por admitidas las faltas anteriores, en calidad de antecedentes disciplinarios de la conducta del trabajador, resulta imposible avalar el despido directo si no se ha comprobado debidamente el hecho desencadenante, lo contrario implicaría admitir una nueva sanción sobre hechos ya reprendidos."

"Por lo demás, el recurrente pretende integrar la información sobre las fechas de las distintas faltas denunciadas, transgrediendo el art. 277 del C.P.C.C., y formula conceptos generales y cuestiona la valoración probatoria sin concretar su crítica, resultando por lo demás ineficiente el agravio

vertido." (Conf. "Hernández Raúl contra García Renner Nelson y otros S/Despido Por Otras Causales", Expte. N° 368465/8, Sala III, 23/11/2010).

Conforme lo expuesto, entiendo que las consideraciones realizadas por el a-quo fueron debidamente fundamentadas, por lo que el agravio en torno al rechazo de la procedencia del distracto será rechazado.

2) En relación al segundo agravio referido a la imposición de la multa en virtud del art. 2 ley 25.323, resulta oportuno recordar los siguientes conceptos vertidos por Julio Armando Grisolia, quien expresó que:

"...En principio, no cabe aceptar que el empleador se exime de la aplicación de la norma por la mera invocación de una causa para despedir, lo cual implicaría esgrimir cualquier causa al solo efecto de no pagar el incremento. Sin embargo la ley no se refiere a la causa del despido, sino que apunta a las causas que justifiquen la conducta del empleador respecto de la omisión del pago de la indemnización. En definitiva, entiendo que resulta aplicable a los siguientes casos: despido directo sin invocación de causa, despido indirecto, **despido directo con causa no probada en juicio o que existió pero no justificaba el despido** (facultad del juez de reducir prudencialmente el incremento o eximirlo) y despido directo con causa inverosímil (excusa para no pagar el incremento): si quedara excluida se premiaría una ilicitud adicional (el pretexto)" (Conf. GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Tomo II" Editorial

Abeledo Perrot, pág. 1107 y ss.; la negrita me pertenece).

Esta Sala en su anterior composición, también expresó que:

"... Así, en relación a la multa del artículo 2 de la Ley 25323, entiendo aplicable lo previsto por el segundo párrafo de la norma en cuestión."

"Ello por cuanto la falta existió, se abonó la indemnización pertinente y fundamentalmente por cuanto el despido deviene injustificado en virtud de la valoración de los hechos con lo cual el empleador pudo entender que había actuado correctamente."

"Se ha dicho que la norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente -lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo- dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador (Grisolía, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", tomo II, páginas 1064 y siguientes, transcribiéndose jurisprudencia de la Sala 6° de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que sostuvo la improcedencia de la condena si el hecho generador del despido pudo conducir a la entonces empleadora a entender que estaba obrando de acuerdo a derecho".

"En el mismo sentido se ha sostenido que corresponde la exoneración de la sanción o su reducción en los casos que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, por ejemplo en el supuesto de que el empleador que invocó una justa causa

para despedir logre acreditar los hechos y el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso, hubiera concluido que la medida no resulta de gravedad como para impedir la prosecución del vínculo (Manual de jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social, 2011, Revista de Derecho laboral y seguridad social, números 2898 y siguientes y jurisprudencia allí citada) ... ". (Conf. "Perticone Silvina Paola Contra Banco Provincia del Neuquén S.A. S/Despido Directo Por Otras Causales", Expte. N° 375237/2008, Sala II, 13/3/2014).

Por lo expuesto, atento al desarrollo efectuado en relación a la procedencia del rubro indemnizatorio por despido incausado, y la existencia de faltas menores no sancionadas que pudieron llevar al demandado a creer que tenía derecho a decidir la ruptura del vínculo laboral, considero corresponde reducir la multa fijada en un 50% de conformidad a la norma transcripta, a la suma de \$4.165,83.

III. Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo se rechace el recurso de apelación y se confirme la sentencia de grado, a excepción de la multa art. 2 de la ley 25.323 cuya reducción se dispone, reduciendo el monto de condena a la suma de \$24.222,46, conforme ha sido materia de recurso, con costas a cargo de la demandada (arts. 68 y 71 del CPCyC y 17 de la ley 921).

Los honorarios de los letrados intervinientes corresponde sean regulados en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado, de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

Las costas de la presente instancia, atento el modo que prosperan los agravios, serán impuestas en el orden causado.

El Dr. Marcelo J. MEDORI dijo:

I.- Que habré de adherir a la solución dada por el vocal que me precedió en su voto respecto al distracto y sus consecuencias, y disentir con lo postulado en relación a la improcedencia de la multa establecida en el art. 2° de la ley 25.323, en tanto considero que tal rubro debe integrar la condena tal como se incluyó en el pronunciamiento de primera instancia.

Que la decisión en crisis concluye en injustificado el despido dispuesto por la empleadora por falta de prueba sobre los incumplimientos laborales de la actora e inobservancia de los criterios de proporcionalidad, progresividad y oportunidad en la aplicación de dicha sanción, que tuvo por convalidado por la falta de apercibimientos escritos y la evaluación de los testimonios, que además lo lleva a destacar su convencimiento sobre la conducta reprochable desplegada por el demandado por cursar el instrumento epistolar del distracto con posterioridad al aviso de enfermedad y en sede administrativa, en los términos de los arts. 16 y 63 de la LCT.

Y dados tales antecedentes, el juez de la instancia considera cumplidos los dos requisitos contenidos en el art. 2° de la ley 25.323 para que proceda el incremento del 50% de las indemnizaciones que reconocen los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, esto es, que el empleador fuera fehacientemente intimado por

dichos rubros (fs. 8) e incurrido en reticencia en el pago.

Que a tenor de todo lo analizado, queda sin asidero el argumento de haber abonado la liquidación que a su entender correspondía a derecho o la existencia de razones que lo legitimaban a actuar como lo hizo, por lo que considero ajustada la apreciación del sentenciante para concluir en la ausencia de justificación del distracto, por no concretar la estrictez exigida por la ley laboral a los fines de decidir un despido con justa causa, y de ello, admisible de la multa.

Que entiendo procedente el incremento incluido en la condena fundado en la ausencia de cancelación de las indemnizaciones cuando no son abonadas tempestivamente y conduce a que se deban iniciar acciones, porque apuntan al correcto y oportuno cumplimiento por parte del empleador, al que se le exige una valoración previa seria y razonada de la decisión, y que a tal fin recurre al transcurso del tiempo que genera el desarrollo de un proceso, así como el daño que representa para el trabajador esta morosidad.

Que en segundo lugar considero que cuando la norma se refiere a la existencia de "**causas que justifiquen la conducta del empleador**" se debe entender que éstas no son otras que considera la ley común para el caso de incumplimiento de cualquier obligación, es decir el impedimento debe ser externo o ajeno a la relación o al riesgo del empleador.

Que cabe interpretar que en la previsión normativa en análisis se combinan un aspecto punitivo

dirigido a la conducta de incumplimiento, con una reparación especial y adicional aplicable a aquel empleador que omitió cumplir con sus obligaciones tempestivamente frente al trabajador.

II.- Que por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio el rechazo de la apelación de la demandada, confirmando el fallo de grado en todo lo que fue motivo de agravio.

III.- Las costas habrán de imponerse al demandado en su calidad de vencido (arts. 17 L. 921 y 68 del CPCyC), debiéndose regular los honorarios en el 30% de los que fijan a los letrados en la primera instancia y por la misma intervención (art. 15 de la L.A. vigente).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Jorge Pascuarelli, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del **Dr. Marcelo J. MEDORI**, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II por mayoría**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 202/206, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al demandado en su calidad de vencido (arts. 68 del CPCyC y 17 ley 921).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30%

de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1.594).

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

Dr. José I. Noacco- Juez Dr. Marcelo J. Medori- Juez Dr. Jorge D. Pascuarelli- Juez

Micaela Rosales-Secretaria