



NEUQUEN, 16 de mayo de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"MIEVILLE ROMERO NATALIA BEATRIZ C/ GIRASOL S.R.L. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** (JNQLA2 Expte. N° 504706/2015), venidos a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando M. **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, 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 obrante a fs. 161/164 y vta., hace lugar a la demanda interpuesta por Natalia Beatriz Mieville Romero, al considerar que la causal invocada por la demandada resulta insuficiente para tener por configurado el despido con causa, y en consecuencia, condena a Girasol S.R.L. a abonarle a la primera la suma de \$59.898,91, en concepto de indemnización por despido incausado, multa, intereses y costas.

Contra dicha sentencia, interpone recurso de apelación la parte demandada a fs. 167/171.

Con la finalidad de arribar a un acuerdo, se convocó en esta Alzada a audiencia en los términos del art. 36, inc. 4 del Código Procesal (v. fs. 181, 183 y 186), en donde a pesar de solicitar las partes un cuarto intermedio, no se pudo lograr una conciliación que satisfaga las expectativas de los protagonistas de autos.

II.- Se agravia la demandada al entender que la admisión de la pretensión de la actora le causa un gravamen irreparable.

Menciona, que los principios basales de las relaciones individuales del trabajo han sido claramente omitidos, o cuanto menos eludidos en la motivación del fallo en crisis.



Dice, que en el caso ha quedado en evidencia que el actuar reiterado de la empleada se alejó notoriamente del principio de Buena Fe y de la regla de colaboración prevista en la Ley de Contrato de Trabajo, en sus arts. 63 y 84.

Sostiene, que resulta de toda claridad que cuando se concreta una vinculación laboral el "dador de trabajo" espera -y así lo determina la Ley de Contrato de Trabajo- que la persona que comienza a prestar tareas a cambio de una remuneración y que fue seleccionada para ello, cumpla con los deberes a su cargo, pero especialmente se ajuste a los principios rectores del derecho laboral.

Afirma, que en el caso concreto ha existido una reiteración de injurias y que la provocación permanente a la empleadora fue la única causa del despido.

Critica la sentencia debido a que en torno a la cuestión litigiosa, ha utilizado el término "licitud del despido", efectuando algunas consideraciones al respecto.

Expresa, que tanto la actora como la demandada han sido coincidentes en la secuencia de los hechos, en su descripción y prueba. Es decir, que los hechos y la causa por los cuales el empleador decidió poner fin al contrato de trabajo han sido suficientemente probados.

Cuestiona el fallo por la liviana interpretación realizada, de la acumulación de hechos provocados por la empleada en los meses previos al distracto, que no son sino el incumplimiento de los deberes contenidos en los arts. 63 y 84 de la LCT.

Considera, que en el plano de la decisión judicial se debió decir con claridad que las faltas reiteradas y en especial no avisar al empleador de la futura ausencia ante un evento de la magnitud de una intervención quirúrgica, constituye un hecho que -según los antecedentes y las características del caso- la actora debió advertir y comunicar con anticipación suficiente, en virtud de las sanciones



disciplinarias anteriores aplicadas por los mismos motivos -la falta de aviso de la ausencia- y el perjuicio que esa sorpresiva y dilatada ausencia le provocaría a su contratante.

Advierte, que por tratarse de una intervención quirúrgica que requiere estudios, análisis pre quirúrgicos y una programación previa, no había dudas la trabajadora conocía con muchísima anticipación la fecha del evento.

Indica, que la mala fe de la actora y su omisión de colaboración, quedan expuestos en el propio devenir de los hechos, por cuanto la accionante el mismo día de la intervención, concurre a laborar por la mañana y deja de hacerlo por la tarde, en razón de su intervención quirúrgica. Y esta claro que tal circunstancia es notoria y grave, pero fue desoída en la sentencia.

Entiende que no hay dudas que se ha probado la causa del despido.

Refiere, que le causa agravio la limitada valoración que realiza el juzgador, de las sanciones disciplinarias, que como antecedentes se presentaron en el proceso. Así, indica que el juez en lugar de afirmar que las sanciones no fueron cuestionadas por la actora, califica a las mismas como no razonables ni proporcionadas.

Tal circunstancia, le permite sostener que cuando un juez afirma hechos y además luego los tiene por probados está cumpliendo una actividad que es propia de la parte, constituyendo ello también una manifiesta arbitrariedad.

Acota, que en forma casi displicente el juzgador refiere que la actora había sido sancionada con anterioridad solo cuatro veces y que ello no autoriza a considerarlo como una conducta recurrente.

Expone que el a quo no advierte que las sanciones disciplinarias anteriores fueron cuatro, dos en el año 2013 y dos en el año 2014, es decir, cuatro sanciones en



menos de dos años y que todas ellas fueron por el mismo motivo: falta de aviso de la ausencia.

Señala, que la sentencia revela un error lógico y de razonamiento, al hacer referencia a que la falta del 28 de agosto y de la semana siguiente fue justificada con los certificados y demás prueba restante, de donde surge que la actora fue intervenida quirúrgicamente en esa fecha.

Dice que su parte nunca negó que la intervención quirúrgica haya existido, ni que no fuera justificativo de las inasistencias, sino que la motivación del distracto ha sido la omisión de aviso de la inasistencia al empleador por la actora, conducta que ha sido -como el propio juzgador reconoce- objeto de anteriores y numerosas sanciones, que nunca fueron cuestionadas por el dependiente y que sin dudas constituye un quebrantamiento de la trabajadora de los principios y deberes contenidos en los arts. 63 y 84 LCT.-

En segundo lugar, critica que se le haya aplicado la multa del art. 80 LCT, ya que las certificaciones previstas en esa norma fueron puestas a disposición de la actora -una vez más al contestar la demanda-, quién las retiró de plena conformidad.

Interpreta, que en función de las explicaciones brindadas, aplicarle la multa del art. 80 LCT, constituye una gravísima sanción.

En cuanto a la sanción prevista por el art. 2 de la Ley N° 25.323, expresa que del relato de los hechos, de la prueba producida y especialmente del contenido de los considerandos de la decisión cuestionada, se ve con toda claridad que la multa en cuestión no debe ser aplicada.

Conforme constancia de fs. 177, la parte actora contestó el traslado de la expresión de agravios en forma extemporánea, por lo que se ordenó el desglose del escrito que fuera presentado a fs. 173/176.



III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada por la demandada, a modo de introducción y a los fines de determinar concretamente, si la conducta que le endilga la firma Girasol SRL a la demandante, resulta motivo suficiente para justificar su despido, efectuaré algunas consideraciones previas para luego avocarme de lleno a las particularidades que reúne el presente caso.

Para el análisis, debo partir de la base que la empleadora detenta un poder jerárquico sobre la trabajadora, de conformidad con el art. 5 de la Ley de Contrato de Trabajo, en virtud del cual la ley lo autoriza para que ante una falta de su dependiente, el empleador tenga la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos del trabajador (art. 67 de la LCT).

Si bien, el despido, ante el incumplimiento del trabajador, es utilizado muchas veces como sanción disciplinaria, no cabe perder de vista que por sus consecuencias, constituye la máxima y más grave sanción que pueda recibir el trabajador, ya que implica la extinción de la relación laboral, que hasta ese momento el empleador mantenía con su dependiente.

De modo que, el despido está sometido a una serie de principios de derecho disciplinario de índole laboral, que deben tenerse en cuenta a la hora de establecer si el despido -como máxima sanción- se encuentra o no justificado, en los términos del art. 242 de la LCT.

Entre estos principios, señala Carlos Alberto Etala, están: **a) El principio "non bis in idem"**. La aplicación del principio non bis in idem al despido decidido por el empleador fundado en justa causa, significa que si una falta, incluso grave, ha sido ya sancionada con suspensión u otra sanción moral (llamado de atención, advertencia, apercibimiento) no podría ser sancionada además con el despido. **b) Proporcionalidad entre la falta y la sanción.** El



principio de proporcionalidad entre la falta y la sanción se traduce en que no cabe justificar el despido por una falta susceptible de ser proporcionalmente sancionada mediante una sanción menor. Si el despido aparece como desproporcionado con la falta cometida, como el despido es una medida expulsiva que pone fin a la relación de trabajo, lo que configura una sanción irrevocable que no da lugar a la suspensión o sustitución por otra sanción, según lo previsto por el art. 67 de la LCT, la consecuencia será que el despido decidido por el empleador no valdrá como denuncia con justa causa sino simplemente como denuncia sin causa o sin justa causa, lo que lo responsabilizará por el pago de las indemnizaciones por despido. **c) Contemporaneidad u oportunidad.** Este requisito exige que exista una proximidad temporal entre la reacción de la parte afectada por la injuria y el momento en que la producción o comisión llega a su esfera de conocimiento. La falta de contemporaneidad o inmediatez entre la falta y la sanción puede hacer caducar para el empleador la posibilidad de ejercer el poder disciplinario en un caso determinado, aunque, desde luego, la potestad disciplinaria quede vigente para otros casos particulares que pudieran presentarse en el futuro. El despido debe fundarse en hechos presentes no pretéritos. Si bien el despido no puede fundarse exclusivamente en hechos pretéritos, éstos pueden invocarse para dar mayor justificación al despido que se declara como consecuencia de un hecho presente. Debe, exigirse sin embargo, que la parte denunciante haya observado, cada vez, el incumplimiento de las obligaciones, de modo que el despido no tome de sorpresa a la otra parte sino que significa la actualización de un estado de incumplimiento manifiesto". (Carlos Alberto Etala, Contrato de Trabajo, Ed. Astrea, 5 edición actualizada, Pág. 646/647).

Teniendo en cuenta los lineamientos expuestos, en el caso particular, la demandada ha fundado el despido en



el hecho que la actora no le dio aviso de su inasistencia del día 28 de agosto de 2014.

Ahora bien, aquí se debe hacer una disquisición, una cosa es no dar aviso a la empleadora de las inasistencias y otra distinta es dar aviso aunque el mismo sea catalogado como tardío por empresa.

Si bien, el apelante pretende disociar los motivos concretos de la falta, poniendo énfasis en la conducta de la actora en cuanto a que no es la primera vez que falta sin aviso, invocando en tal sentido antecedentes anteriores, en el presente caso, con el certificado médico de fs. 2, se corrobora que la señora Mieville Romero en esta oportunidad tuvo motivos serios de salud para ausentarse del cumplimiento de la prestación laboral.

Así, a diferencia de lo que ocurrió con las sanciones anteriores, aquí no hubo una "falta sin aviso", sino que, del telegrama de fecha 29 de agosto de 2014 (fs. 18), surge que la actora dio aviso a su empleadora, en los siguientes términos: "Ante negativa de su parte a la recepción de certificado médico extendido el día 28 de agosto del 2014. Por el Dr. Médico Oftalmólogo MPRN ...- MPNqn ...- M Esp. RN..-M Esp. Nqn, el cual paso a transcribir ""Por la presente manifiesto que la paciente fue operada en sus ojos en el día de la fecha en el Funsil Mitre Neuquén. Motivo por el cual se indicó reposo x 7 días.".

De ello se colige, que la accionante ha dado aviso a su empleadora que por motivos de salud (intervención quirúrgica de ambos ojos) -conforme certificado de fs. 2-, se ausentó el día 28 de agosto por la tarde y que con motivo de dicha operación debía guardar reposo por el término de siete días.

En definitiva, si bien el aviso formal-
meditante telegrama de fs. 18- fue realizado el día posterior a la operación, es decir, el 29/08/2014, en dicha misiva la



actora hace referencia a la negativa de la firma de recibir dicho certificado, poniendo el mismo en su domicilio particular a disposición de la empleadora.

Estos hechos no pueden ser interpretados de manera rigurosa y en perjuicio de la trabajadora, quién si bien no avisó con la anticipación esperada para casos como el presente, como sería cursar aviso días antes de la intervención, ello de manera alguna equivale a "falta de aviso", a fin de calificar la conducta de la actora como de mala fe en los términos del art. 63 de la LCT.

Menos aún, sirven para justificar el despido propiciado por la demandada, producido el día 29/08/2014, es decir, al otro día que la accionante fuera intervenida quirúrgicamente, conforme los términos de la Carta Documento de fs. 19, por considerar que las explicaciones verbales en el día de la fecha, eran poco satisfactorias.

Consecuentemente, al no haber una falta total de aviso, que amerite calificar la conducta de la actora como desaprensiva de las obligaciones de índole laboral a su cargo, y toda vez que la sanción de despido se contrapone con los principios enunciados precedentemente, el distracto dispuesto a fs. 19 no resulta ajustado a derecho.

Así, si bien la actora fue sancionada con anterioridad en cuatro oportunidades: por llegar tarde a su puesto de trabajo el día 1/11/2013, con apercibimiento (fs. 101); por faltar sin justificativo fehaciente el día 05/11/2013, con otro apercibimiento (a fs. 102); por faltar sin justificación el día 29/07/2014, con suspensión por un día (a fs. 103); y finalmente con un apercibimiento por haber faltado a su puesto de trabajo el día 04/08/2014, sin justificativo suficiente (fs. 104), el despido decidido por la empleadora no cumple con los principios enunciados anteriormente, para considerarlo justificado.



En efecto: el principio "non bis in idem" resulta de aplicación al caso, toda vez que las sanciones anteriores fueron motivo concreto de sanción, a través de apercibimiento y de suspensión por un día, por lo que no se pueden invocar tales faltas para justificar el despido dispuesto a fs. 19, como consecuencia de una conducta que resulta diferente a las sancionadas con anterioridad.

Así, en las anteriores sanciones, la conducta de la actora se encuadraba en llegada tarde o en falta injustificada, mientras que aquí la conducta no puede calificarse como de falta sin justificación o falta de aviso, debido a que, a través del certificado médico de fs. 2, el motivo por el cual la actora faltó el día 28/08/14, y guardó reposo por los siete días posteriores, se encuentra debidamente justificado.

Por otra parte, mediante misiva de fs. 18, curso telegrama ley, notificando a la empleadora los motivos de su ausencia y la negativa de ésta de recibir oportunamente el certificado médico, al que allí hace referencia y transcribe.

Además, tampoco se cumple con el segundo de los principios: **"proporcionalidad entre la falta y la sanción"**. Recordemos que éste principio se traduce en que no cabe justificar el despido por una falta susceptible de ser proporcionalmente sancionada mediante una sanción menor. Aquí, la sanción de despido a mi modo de ver, no guarda proporción con la falta que se le atribuye a la trabajadora, pues en primer lugar, hubo motivos concretos y justificados para que ella faltara los días mencionados en el certificado de fs. 2; en segundo lugar, no hubo una falta de aviso al empleador de su inasistencia, pues el aviso se cursó (ver telegrama de fs. 18), es más en el telegrama rescisorio de fs. 19, la propia accionada, el 29/08/2014, manifestó: "En consideración a que las explicaciones brindadas verbalmente en el día de la fecha no resultan satisfactorias..."



Es decir, que no hubo una falta sin justificación y tampoco hubo una falta de comunicación o aviso por parte de la Sra. Natalia B. Mievville, ello más allá que la firma haya considerado que sus explicaciones no resultan satisfactorias. Pudo haber un aviso tardío, pero ello no equivale a "falta de aviso", por lo que tales consideraciones debieron ser sopesadas por la empleadora, sobre cuándo las faltas, a diferencia de otras oportunidades en donde la actora si fue sancionada, estaban debidamente justificadas.

Finalmente, si bien la sanción ha sido contemporánea a la falta cometida, ya que el despido decidido por la patronal ha sido comunicado el día posterior a que se llevará a cabo la operación (28/08/14), conforme surge de los términos del telegrama de fs. 19 (29/08/14), la misma al resultar desproporcionada carece de justificación para aplicar la máxima sanción -despido-.-

Por lo expuesto, y al compartir los fundamentos de la sentencia de grado, propiciaré el rechazo del presente agravio.

En cuanto a la multa dispuesta por el art. 80 de la LCT, diré que para su procedencia 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 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 mantuviere incumplida, el dependiente se encuentra habilitado para intimar su cumplimiento dentro del plazo de dos días hábiles a partir de dicho anociamiento.

En ese orden, ésta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en un caso similar (PS-2006 T° II-F°407/410)



diciendo que: "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 este 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 actora fue despedida el día 29/08/2014 e intimó a Girasol S.R.L. el 4/12/2014, a la entrega de los certificados de trabajo, servicios y remuneraciones bajo apercibimiento de reclamar entre otras, la multa del art. 80 LCT.-

Si bien, la demandada adjuntó los certificados aludidos, ello lo hizo una vez vencido el plazo al que hiciera referencia en el párrafo anterior, por lo que, más allá de que se hayan acompañado al contestar la demanda, y la actora los haya retirado sin reserva, al darse cumplimiento previamente a ello con los requisitos legales para la respectiva sanción, propiciaré la confirmación de la misma.

Respecto a la queja de la condena al pago de la multa del art. 2 ley 25.323, diré que efectivamente la mencionada norma se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido, estando fehacientemente intimado a ello y que obliga al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales.



De las constancias de la causa se desprende que mediante Telegrama obrante a fs. 16, la actora cumplió con el paso previo aludido en el párrafo que antecede, y el demandado no acreditó el pago de la totalidad de los citados rubros, dándose entonces, los supuestos previstos en la normativa legal citada corresponde declarar procedente su aplicación.

Se ha dicho que: "El art. 2 de la Ley 25.323, no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y a la acción posterior..." (Julio Armando Grisolia, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, T° II, ed. Lexis Nexis, pág. 1299).

Por lo tanto, dicho incremento indemnizatorio será confirmado.

IV.- Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en todas sus partes, y en consecuencia, confirmar la sentencia obrante a fs. 161/164 y vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a cargo de la demandada, atento a su carácter de vencida. Debiéndose regular los honorarios correspondientes a esta instancia conforme pauta del art. 15 LA.

TAL MI VOTO.

El Dr. 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.- Confirmar la sentencia dictada a fs.161/164 y vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 17 ley 921).



3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

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

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**