



NEUQUEN, 08 de Marzo del año 2016.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"BLANCO JUAN ORLANDO C/ GABINOC. CORREA CIA. SERV. S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (Expte. N° **457753/2011**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 4 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO** dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 472/477 que condena a la demandada a abonar la suma de \$12.522,29 en concepto de proporcional de vacaciones año 2010 y 2011 y SAC sobre las mismas, la parte actora y demandada interponen recurso de apelación a fs. 490/496 vta. y fs. 485/486 vta., respectivamente, cuyos traslados ordenados a fs. 497 y 487, en igual orden, son contestados por la demandada a fs. 505/509 y por el actor a fs. 498/503.

A fs. 484, la letrada del actor apela sus honorarios por bajos, señalando que se le regularon conjuntamente con los del posterior letrado del actor cuando éste no participo de las etapas.

II.- **Agravios del actor:** como primer agravio, ataca la causal de despido, alegando que se analizó livianamente la prueba documental, se prescindió de la aplicación de los principios esenciales y directrices del fuero, y se omitió considerar la carencia de antecedentes disciplinarios de gravedad del actor, sobrevalorando el hecho que tiene por acreditado y asignándole entidad suficiente al suceso tenido por probado, para justificar el distracto.



Se queja de que el a quo haya tenido por reconocido por el actor el código de ética de la empresa cuando, conforme lo manifestado a fs. 224, ítem. A ap. 2, lo ha desconocido expresamente, lo que motivó la ampliación de la providencia de prueba a fs. 249.

Expresa que un indicio vehemente de que dio aviso es el contenido en la planilla de supervisión de fs. 200, allí el supervisor Rojas, el mismo día del hecho (21-05-11), menciona el informe que el actor tenía que realizar de acuerdo a la planilla que el le proveería y que efectivamente el actor informó, brindando un detalle de lo sucedido, confirmatorio de lo anticipado verbalmente que quedó en poder de la empresa y que, suspicazmente, no se ha presentado con el nutrido legado de fs. 42 a 213.

Manifiesta que el sentenciante resuelve justificar el despido decidiendo tener por probado que el actor violó la política disciplinaria, de seguridad, de medio ambiente y del rodado, fundándolo en el art. 5 de la Política Disciplinaria (de la empresa), y que ello resulta contradictorio con los artículos que disponen la clasificación de las sanciones porque solo en los arts. 6 y 7 prevén como sanción el despido y el juez, lejos de convalidar el encuadre dado primigeniamente por el empleador en el art. 6, lo fija en otro que tiene prevista sanción de suspensión, pero no de despido.

Critica que el juez funde su sentencia casi con exclusividad en los dichos de los testigos -empleados jerárquicos de la empresa- propuestos por la demandada, sin hacer un análisis minucioso acerca de su credibilidad, objetividad e imparcialidad; y también, que haya decidido con tanta rigurosidad el desistimiento tácito de los propuestos por el actor, menos aun por cuestiones atinentes al interrogatorio, incurriendo en un exceso ritual manifiesto.



Invoca que el a quo ha prescindido de los principios sustanciales y directrices del derecho laboral, en tanto que juzga justificado el despido sin evaluar la falta de antecedentes disciplinarios del actor, la ausencia de acreditación de la gravedad de las presuntas faltas y sus consecuencias, todo ello con afectación a los principios de proporcionalidad, progresividad, de conservación del empleo, de causalidad. Asimismo, que los hechos no se han evaluado a la luz del principio *favor operari*.

Como segundo agravio, ataca la exigüidad del monto reconocido por vacaciones no gozadas, alegando que el monto para efectuar el cálculo de la compensación dineraria por vacaciones debe partir de lo señalado por el experto a fs. 316 (\$14.767,05), conforme lo prevé el inc. d), realizando los cálculos previstos por art. 155 inc. a) de la LCT.

En tercer lugar, expresa que no cuestiona el rechazo de la multa solicitada con relación a la confección del certificado de trabajo, atento su entrega a fs. 274, pero que solicita se condene a la demandada a confeccionar uno nuevo que contenga la real fecha de ingreso establecida en la sentencia (25-02-2005) y la real fecha del cese, es decir 13-06-2011, conforme las constancias de recepción de cartas documento, reconocidas por el actor a fs. 351.

Solicita, conforme el art. 80 y art. 89 agregado de la LCT, se indique en el certificado de trabajo la calificación personal o puestos de trabajo, para lo cual, deberán considerarse las capacitaciones y especializaciones acreditadas a fs. 450/454 de tal legajo.

Como cuarto agravio, deja solicitado que se impongan las costas en su totalidad a la demandada, en ambas instancias, conforme el nuevo pronunciamiento que se dicte.



En quinto lugar, solicita que se considere mejor remuneración, mensual y habitual la suma de \$ 14.767,05 con más el proporcional mensual de aguinaldo, citando antecedente de esta Sala ("Giacolla Caruso", exp. n° 368730/08).

Efectúa reserva de derechos para la impugnación de determinación de la tasa de justicia y sostenimiento de caso federal.

IV.- **Agravios del demandado:** sostiene que no surgen de la pericial contable los importes fijados por el juez en concepto de proporcional de vacaciones e intereses, ya que el experto -en la pericia, pto. "d", cuestionario parte actora-, procede a realizar dos planillas en base a los rubros que se reclama en el escrito de demanda, tal como la actora así lo requirió, pero que ello no quiere decir que el perito entienda como adeudados.

Invoca que el experto responde afirmativamente acerca de que la liquidación final que se abonó es la correcta, dentro de lo previsto por los art. 242 y 243 de la LCT., es decir, que allí se consignaron montos por vacaciones no gozadas por motivos del distracto, por lo cual, el rubro vacaciones no gozadas año 2011 y su SAC proporcional se encuentran abonado de manera correcta.

Asimismo, con relación a las vacaciones año 2010, el perito indica en el punto 7 de la pericia de la demandada que el actor se tomó vacaciones en dos tramos, del 25/02/11 al 03/03/11 y del 04/03/11 al 10/03/11, que en total los días por vacaciones fueron 15 días y que el actor reclama 21 días correspondientes a 2010, y según la pericial contable, solo quedaron pendientes de goce 7 días por vacaciones correspondientes al año 2010.



Por otra parte, expresa que debió ser rechazado el reclamo, en base a lo que establecen los arts. 156 y 157 de la LCT, en tanto no fueron gozadas.

Con relación a las vacaciones proporcionales año 2011, dice que están abonadas, conforme surge de los recibos acompañados, como así también del punto 7 formulado por el demandado.

V.- Entrando al estudio de los agravios, comenzaré por el recurso del actor, en tanto ataca la decisión que justifica el despido decidido por la empleadora, y adelanto que el mismo no habrá de prosperar.

En efecto, a esta altura del proceso y conforme el contenido de la expresión de agravios, no están cuestionados ni el "empacho de la bomba" ni el "derrame" de líquido ocasionado con el camión que conducía el actor, teniendo presente que en la pieza recursiva sólo se criticaron cuatro cuestiones: a) falta de notificación del código de ética de la empresa obrante a fs. 53, b) la gravedad del incidente y su alegado ocultamiento, c) la clasificación y calificación de la falta por parte de la empleadora y del juez y, d) valoración la declaración de los testigos.

Respecto a la primera (la falta de notificación del código de ética de la empresa), no prosperará porque tal como lo señala la demandada, la notificación de la suspensión que se le aplicó al actor, conforme constancia de fs. 196 y reconocimiento de su firma a fs. 351, implica que conoció en ese momento la existencia de un reglamento interno que motivó la sanción de 3 días de suspensión que le fue aplicada en el año 2009.

Pero más allá del instrumento obrante a fs. 53, el actor fue capacitado en "PO carga y descarga" conforme planilla obrante a fs. 207 y reconocimiento de fs. 351, y el



instructivo sobre tal capacitación (a fs. 211), prescribe que "Los operarios... bajo ningún concepto deben descargar los fluidos sobre el terreno", y si bien, fue desconocida esta documental (a fs. 225/226), tales disposiciones coinciden con las declaraciones de Centeno, en cuanto dijo "todos tenemos capacitación y procedimiento de evacuación, cuesta de derrame y acordonamiento de lugares. Blanco tiene que estar preparado para eso. Ninguno opera los camiones sin tener cursos hechos porque lo exige la empresa contratista".

Por su parte, Rojas, declaró "Blanco manejaba un camión recuperador. Tenía que ver lo que iba a recuperar, extender manguetones, poner en funcionamiento la bomba para generar el vacío del tanque y comenzar la succión. La empresa tiene dentro de su manual de gestión el procedimiento para el uso y manejo de camiones de vacío o recuperadores."

Respecto a la queja del actor en cuanto a la calificación de gravedad del incidente y su alegado ocultamiento, entiendo que tampoco le asiste razón.

Muy por el contrario, considero que si bien el empacho de la manguera podría abrir un prisma sobre la gravedad de la conducta desplegada por el actor, el abandono deliberado del lugar al ocurrir el derrame sella la suerte de cualquier intento de justificación para atemperar la peligrosidad de su conducta.

En efecto, más allá del instructivo, de la capacitación y de la falta de antecedentes disciplinarios concomitantes al suceso del 21/05/11, el retiro del actor del lugar del hecho, cuando con su desenvolvimiento de tareas ocasionó el derrame de líquido empetrolado, con la consecuente contaminación ambiental que ello implica, además de afectar la normal prestación del servicio de la empresa, se erige en una actitud desaprensiva que, sumada a la falta de informe sobre



lo ocurrido, torna intolerable su proceder y justifica la decisión asumida por la empleadora.

Sostengo ello porque se probó con la declaración del testigo Rojas, a fs. 353/354 vta., en ese entonces supervisor del actor, que Blanco le avisó telefónicamente del empacho de la bomba, mas no del derrame, que él se entera por el relevo de Blanco, o sea, el Sr. Carlos Centeno, y que si bien el actor presenta un informe por escrito a los dos días, no pudo dar las explicaciones, "como que quiso desconocer el derrame", aclara el testigo.

Asimismo, explica que en caso de un accidente así, **"el chofer debe controlar el derrame, que no se siga derramando y dar aviso inmediato al supervisor, hay que palear, cavar hasta que no haya humedad en la tierra y ésta se pone en un contenedor"** (la negrita me pertenece).

En sentido concordante, el testigo Centeno (a fs. 355 y vta., relevo del actor el día del derrame), relata que **Blanco ese día le dejó el turno y se fue, que no le dijo nada de tal derrame** (de líquido con hidrocarburo), que obviamente no ayudó al saneamiento del lugar, que el camión estaba en perfectas condiciones porque el siguió trabajando con el mismo, y que el saneamiento se hizo con gente del equipo de la empresa contratista y gente que trajo la empresa Correa.

Gómez (a fs. 356 y vta., supervisor de Centeno ese día), dijo "Sé que se saneó en ese momento porque tuvimos que colaborar con camiones. El derrame incide en todos los aspectos, primero el impacto ambiental y después que el equipo no puede seguir operando hasta que no se sanee el derrame. Sé que se sacó unos 3 metros cúbicos de tierra empetrolada. Me entero de la situación cuando tomo el turno a Ariel Rojas que estaba de supervisor en ese momento".



Por otra parte, no advierto de todas las declaraciones mencionadas que exista algún indicio que me lleve a dudar de cualquiera de estos testimonios y, si bien, el apelante cuestiona la credibilidad de todos ellos, no especifica los motivos en que funda tal queja, más allá de la jerarquía laboral de los mismos, que no resulta por si misma un descalificativo de los dichos de aquellos testigos. Tampoco es relevante el domicilio denunciado porque los testigos pueden concurrir a declarar por gestión personal de la parte que los ofreció, tal como lo prevén los art. 32 y 54 de la ley 921 y art. 434 del Código procesal.

Otro tanto puede decirse de la crítica a la validación que efectúa el a-quo del encuadre que realiza la empresa en la comunicación del despido al actor, ya que en primer lugar, el juez efectúa un prolijo íter de los hechos y si bien al citar la normativa de la empresa consigna sólo el art. 5 del Reglamento de Política Disciplinaria de la empresa (y no el art. 6), ello no invalida tal decisión, puesto que el artículo aplicado antes de enumerar los supuestos de falta grave, se aclara "**y siempre que no implique una mas grave**" con lo cual echa por tierra el argumento del quejoso en el sentido de que las únicas infracciones sancionadas con el despido son las enumeradas en el art. 6, del mencionado Reglamento.

Consecuentemente, estos agravios serán rechazados.

VI.- Con relación a la queja sobre los montos reconocidos en concepto de vacaciones no gozadas, serán tratados conjuntamente con los agravios de la demandada.

VII.- Respecto a la solicitud de confección de un nuevo certificado (art. 80 de la LCT), debe tenerse en cuenta que en el obrante a fs. 274 no se consigna la fecha real de





ingreso, ya que allí figura 01/09/2005, y no como fuera fijado en la sentencia a fs. 474 pto. 3.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a lo solicitado, intimando a la demandada para que en el plazo de diez (10) días confeccione uno nuevo, teniendo en cuenta las fechas de ingreso determinadas en la sentencia, es decir, del 25/07/05 al 13/08/05 y que reingresó o el 01/09/05.

VII.- Con relación a las costas, me expediré cuando finalice el tratamiento de los agravios del actor.

VIII.- Abordando el recurso de la demandada, que se agravia respecto de la condena a abonar los ítems "vacaciones correspondientes al año 2010" y "proporcional de vacaciones año 2011", serán tratados conjuntamente con los agravios del actor, en cuanto al importe para su liquidación.

En cuanto al devengamiento de las correspondientes al año 2010, debo señalar que el perito señala que "no se advierte liquidación de vacaciones en los recibos de sueldos dentro del periodo comprendido vacacional", siendo la única constancia del periodo año 2010 la obrante a fs. 174, que comprendía desde el 25/02/2011 al 03/03/2011.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que tal como lo señala el actor, el referido instrumento no puede valorarse como la concesión de tal período vacacional porque no deja de ser una solicitud, la demandada no ha exhibido ningún otro documento que permita tener por acreditado que se efectivizó tal licencia, llamando a atención que no surja su pago (conf. art. 155, LCT) dentro de los correspondientes recibos de haberes (ni de febrero ni de marzo /2011, conforme recibos respectivos y obrantes a fs. 166/167).

Así, y atento el juego armónico de los arts. 154, 155, 156 y 162 de la LCT, el actor contaba hasta el 31 de mayo



del 2011 para tomarse las vacaciones correspondientes al año 2010.

En tal sentido, ilustra Grisolía "Si el trabajador no se tomó vacaciones antes del 31 de mayo -ya sea porque el empleador no se las otorgó o porque el trabajador no hizo uso del derecho a tomarlas por sí-, pierde el derecho a gozarlas y a que se las paguen, es un plazo de caducidad" (en "Derecho del Trabajo y de la seguridad Social- Descansos, Feriados, Vacaciones y Licencias, T.II, p. 825).

Traspolando tales conceptos al caso de autos, siendo que el incidente que originó el distracto, ocurrió el 21/05/2011 y que posteriormente el actor fue suspendido en sus funciones hasta tanto se resolviera su situación, y que la ruptura del vínculo laboral fue decidida el 10/06/11, conforme CD obrante a fs. 20/21, todo ello impidió que el actor pudiera ejercer su derecho a la licencia anual antes del 31/05/11, lo cual, justifica la aplicación del art. 156 de la LCT.

Ahora bien, abordando la queja sobre la base salarial que invoca el actor para liquidarlas (de \$14.767,05, conforme acáp. B) de fs. 495), no prosperará, en primer lugar porque el actor reclama la inclusión de ítems "no remunerativos" que nunca fueron objeto de debate en la instancia de origen, mucho menos de ofrecimiento de prueba (conf. pto. 15, ap.e), fs. 33/34, ya que no fueron introducidas por el actor en su demanda y, por lo tanto, resulta conjuntamente con su quinto agravio (pto. e) de fs. 495 vta.), una cuestión ajena al tratamiento de este recurso (conf. art. 277 del Código procesal).

Por lo tanto, considero que el importe que condena el juez adoptando valores de la pericia contable, resulta ajustado a derecho.



IX.- Yendo a la queja sobre la condena en concepto de "vacaciones proporcionales año /2011" que argumenta la demandada como pagadas, considero que prosperará bien que parcialmente.

Efectivamente, el perito determina tal ítem en la suma de \$ 3.818,82 -pericia que no mereció observación alguna de las partes-, y tal como lo reconoce el propio actor y del recibo de liquidación final (obrante a fs. 270/272), le fue abonado al actor la suma de \$3.591,33 (\$3.315,07 + \$276,26); razón por la que corresponde hacer lugar parcialmente a este agravio, fijando **por este concepto la suma de \$227,49.**

Consecuentemente, corresponde **reducir** la suma de condena impuesta **a la suma de pesos nueve mil ochenta y uno con 77/100 (\$9.081,77)**, en concepto de capital y reliquidar el de intereses, que queda también reducido a la suma de **pesos ocho mil doscientos treinta con 80/100 (\$ 8.230.80)**

X.- En función de lo resuelto, y conforme lo dispuesto por el art. 279 del Código procesal, considero que corresponde modificar las costas fijadas en la instancia de grado, estableciéndolas para el actor en un 40% y para la demandada en un 60% y asimismo, dejar sin efecto los honorarios establecidos en la instancia de grado, procediéndose aquí a una nueva regulación.

Asimismo, y teniendo en cuenta la apelación deducida por la Dra. ... a fs. 484, en su carácter de letrada del actor invocando la exclusividad en las tareas desarrolladas en el proceso, advierto que le asiste razón, ya que el Dr. ... se presentó al proceso con posterioridad al llamado de autos para sentencia, conforme fs. 471, 472/477 y 482.

Por lo tanto, deberá considerarse a la apelante, única letrada por la parte actora hasta el dictado de la



sentencia, al efectuarse la nueva regulación de honorarios, conforme dispusiera precedentemente.

XI.- Por todo ello, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso del actor y se haga lugar parcialmente al del demandado, modificándose la sentencia dictada a fs. 472/477: **a)** reduciéndose el importe de condena a la suma de **pesos nueve mil ochenta y uno con 77/100 (\$ 9.081,77) en concepto de capital** (\$ 8.034,22 + \$ 820,06 + \$ 227,49), **b)** modificándose el importe de intereses los que se reliquidan a la suma de **pesos ocho mil doscientos treinta con 80/100 (\$ 8.230.80)**, **c)** Intimar a la empleadora para que dentro de los diez días (10 ) días de notificada confeccione un nuevo certificado de trabajo (art. 80 LCT) y a los fines que el obrante a fs. 274, teniendo en cuenta las fechas de ingreso determinadas en la sentencia, es decir, del 25/07/05 al 13/08/05 y que reingresó o el 01/09/05 y **d)** Se modifique la condena en costas de la instancia de grado, fijándola en un 40% a cargo del actor y en un 60% a cargo de la demandada (art. 279 del Código Procesal), como también los honorarios de la instancia de grado que se dejan sin efecto, procediéndose aquí e a una nueva regulación. Costas de Alzada en el orden causado, determinándose los honorarios conforme pautas del art. 15 de la ley 1594.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

**RESUELVE:**

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 472/477, y en consecuencia: a) Reducir el importe de condena a la suma de pesos nueve mil ochenta y uno con 77/100 (\$9.081,77) en concepto de capital (\$8.034,22 + \$820,06 + \$227,49), b)



Reducir el importe de intereses los que se reliquidan a la suma de pesos ocho mil doscientos treinta con 80/100 (\$8.230.80), c) Intimar a la empleadora para que dentro de los diez días (10) días de notificada confeccione un nuevo certificado de trabajo (art. 80, LCT) y a los fines que el obrante a fs. 274, teniendo en cuenta las fechas de ingreso determinadas en la sentencia, es decir, del 25/07/05 al 13/08/05 y que reingresó o el 01/09/05 y d) Modificar la condena en costas de la instancia de grado, fijándola en un 40% a cargo del actor y en un 60% a cargo de la demandada (art. 279, Código Procesal), como también, los honorarios de la instancia de grado que se dejan sin efecto, procediéndose a una nueva regulación.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento el resultado del recurso (art. 17, ley 921).

III.- Hacer lugar a la apelación deducida por la Dra. ... a fs. 484, considerándola como única letrada por la parte actora hasta el dictado de la sentencia, al efectuarse la nueva regulación de honorarios.

IV.- Fijar los honorarios de la instancia de grado, estableciéndolos en las siguientes sumas: para la Dra. ... -apoderada y patrocinante del actor-, en la suma de pesos cuatro mil trescientos sesenta y tres (\$4.363); para el Dr. ... -apoderado y patrocinante de la demandada-, de pesos tres mil novecientos veinte seis (\$3.926) (conf. arts. 6, 7, 9, 20, 39 y ccdtes., ley 1594); y para el perito contador ... de \$ 3.000.

V.- Establecer como honorarios de Alzada de los Dres. ... -apoderado y patrocinante del actor-, de pesos un mil trescientos ocho (\$1.308) y ... -apoderado y patrocinante de la demandada- de pesos un mil ciento setenta y ocho (\$1.178) (art. 15, ley 1594).



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

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI**  
**Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria**