



NEUQUEN, 16 de mayo de 2017

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"NEIRA ALVAREZ ARIEL EMILIO C/ GUERRERO JOAQUIN S/ COBRO DE HABERES"**, (Expte. N° **449474/2011**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 3 - NEUQUEN a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI** con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori**, dijo:

**I.-** Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva de fecha 25 de julio de 2016 (fs. 96/101), expresando agravios a fs. 105/109; pide se revoque y se rechace la demanda con costas a la actora.

Considera en primer punto que existen hechos no analizados, una errónea valoración de la prueba relativa a la configuración del despido, se ha juzgado que su parte ha reconocido el invocado por el actor, que debería haber invocado la figura del abandono de trabajo, y se da por cierto y acreditada la notificación del despido con la misiva con anuencia de la Subsecretaria de Trabajo, un año y un mes después que se produjera el verbal que aquel denunciara, implicando ello la inversión de la carga de la prueba.

En segundo agravio, luego de reseñar las previsiones de los arts. 240 y 243 de la LCT, critica que se tuviera por configurado el despido que dio lugar a parte de los rubros indemnizatorios, cuando el actor nunca intimó a su parte a los fines de que aclararse la relación laboral, y que carece de efectos hasta tanto se haya notificado de manera fehaciente.

En tercer lugar, considera que la sentencia es arbitraria porque se ha tenido por acreditado el despido verbal cuando ello no se ha corroborado, conforme los términos de la misiva remitida que transcribe, de la que no surge en ningún momento que existiera la intimación de aclaración de la



relación laboral ni tampoco hubo otro colacionado en que se diera por despedido; destaca que el verbal fue introducido con el escrito de demanda, contradiciendo lo prescripto por el art. 243 de la LCT, referido a la invariabilidad de la causa del despido.

Finalmente, con cita de un fallo, reedita su crítica respecto a que al trabajador se le impone intimar inmediatamente la regularización de la situación laboral, pues no basta que existan ciertos incumplimientos de alguna de las partes para que opere la extinción del contrato ipso facto, y es menester comunicar esa decisión por escrito y con expresión suficiente clara de los motivos que la fundaban, en fecha cercana a los sucesos que daban origen.

Sustanciado el recurso, la parte actor no responde.

**II.-** Que la decisión de grado hizo lugar a la demanda teniendo por acreditada la relación laboral permanente y estable, adopta como fecha de ingreso el 01.01.1998 y el cese por despido el 21.01.2010, admite los rubros indemnizatorios y multas derivados del distracto, la procedencia de las diferencias de haberes derivada de la extensión de la jornada los fines de semana, y procedente la entrega del certificado de trabajo y certificaciones de remuneraciones y servicios, bajo apercibimiento de astreintes.

Que en punto a lo que es objeto de crítica, consideró sentado que el actor se desempeñaba a favor del demandado sin registración contractual, y al ser intimado no dio respuesta favorable al cobro de las acreencias, y al no existir prueba de que haya sido otra la forma de la desvinculación, concluye en la configuración del despido sin causa.

**III.-** Que aún cuando la accionada desarrolla su crítica dividiéndolo en cuatro agravios, todos confluyen en el concepto central de que la sentencia es arbitraria por



apartarse del derecho aplicable y la prueba colectada, cuanto tiene por acreditado el despido verbal y reconoce al actor el crédito por las indemnizaciones previstas en la LCT (antigüedad, mes integración y preaviso) y la multa del art. 1º de la Ley 25323, a pesar de su inexistencia.

Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que el actor en fecha 18 de noviembre de 2010 intima al accionado a abonar y/o depositar "ante la Subsecretaría de Trabajo, diferencias salariales según escala salarial vigente del CCT aplicable a la actividad desde la fecha de ingreso, Integración mes de Despido, SAC S/integración, Preaviso, SAC s/Preaviso, SAC 1er y 2do semestre 2009, SAC 1er. Y 2do. Semestral de 2009, SAC Prop 1er semestre/10, Vacaciones no gozadas 2009, Vacaciones no gozadas Prop/10, SAC sd/Vacaciones e indemnización por antigüedad Art. 245 de la LCT. En el mismo plazo haga entrega de los recibos oficiales de haberes desde la fecha de ingreso bajo apercibimiento de iniciar acciones legales y/o judiciales en su contra".

En dicha misiva denuncia haber trabajado "desde 1998 hasta el 21 de Enero de 2010 realizado tareas de Encargado de Despacho, con una jornada laboral de 9 hs (en el horario de 3:00 a 11:00 hs.) diarias, más hora extras a la tarde 15:30 a 22:00 de lunes a sábados, con una remuneración de \$80,00 por día de mañana, \$40,00a la tarde y \$200,00 los fines de semana s/recibos y ante la falta de pago de liquidación final, siendo la misma de neto corte alimentario y habiendo vencido ampliamente los plazos para abonar la misma" (fs. 3).

Que en los mismos términos reedita su reclamo extrajudicial el 06.01.2011, el 03.02.2011 y 10.02.2011 (fs. 4,5 y 6), recibiendo como respuesta del demandado en los siguientes términos:

"Rechazo por improcedente y falaz en todas sus partes su colacionado de fecha 6 de enero/2011. En primer



término no es cierto la fecha de ingreso y egreso que Ud. indica, como tampoco es cierto que ud. Fuera Encargado de Despacho, no es cierto que ud. tuviera jornada laboral diaria de 8 horas (en el horario de 3 a 11 hs), tampoco es cierto que ud. tuviera horas extras a la tarde de 15,30 a 22 horas de Lunes a sábados y con una remuneración de \$80. Por día de mañana, \$40 a la tarde y \$200 los fines de semana sin recibos. Tampoco se le adeuda liquidación final, como no es cierto que la misma es de corte alimentario. Lo cierto es que Ud. en forma espontánea realizó repaso de la mercadería y a veces carga y descarga a lo que fue abonado en forma inmediata de acuerdo a la calificación de categoría y trabajo que Ud. realizó, es decir, por changa. Rechazo en todas sus partes el reclamo impetrado en mi (trabajo que Ud) contra sobre las diferencias salariales, integración mes de despido, SAC s/integración, preaviso, SAC s/preaviso, SAC 1er y 2do. Semestre 2008, SAC 1er y 2do semestre 2009 SAC proporcional 1er semestre 2010, vacaciones e indemnización por antigüedad art. 245 de la LCT. El rechazo mencionado precedentemente se basa en cuanto sus tareas no coinciden con ningún convenio, ni tampoco los términos vertido en la LCT. Por lo expresado se da por concluido el intercambio epistolar." (fs. 7), reiterando los mismos términos al contestar la misiva del mes de febrero de 2011 (fs. 8).

Que al solicitar la intervención de la autoridad administrativa del trabajo el día 17 de febrero de 2011, consigna ingreso el 02-01-1998 y egreso el 21-01-2010, citando que "ante la falta de pago de la liquidación final. Intima plazo legal dos días hábiles se abone y/o deposite la misma ante la Subsecretaría de Trabajo" (fs. 10).

Que será recién al interponer la demanda que en el capítulo de los "Hechos" que incluyera la referencia de haber dejado de trabajar el 21 de enero de 2010, por haber sido despedido verbalmente por su empleador, como consecuencia



de algunos inconvenientes que había tenido con el hermano de aquel, quien le expresara que le pagaría la indemnización correspondiente, y que nunca se efectivizó, para finalmente concurrir a la Subsecretaría de trabajo el 06 de enero de 2011, donde le redactaron el telegrama que remitiera (fs. 13 vta).

Que tal episodio fue negado por el accionado al responder la demanda (fs. 21 y vta), quien admite la realización por parte del actor de trabajos de repaso de mercadería, que consiste en clasificar la que llega, y algunas veces la carga y descarga, todo en forma espontánea y esporádica, destacando que no eran labores mensuales ni tampoco una jornada de 8 horas, consistiendo en una actividad que cuando se terminaba en el día se abonaba, a la que denomina "changas"; agregó también que en el caso "no hubo despido", que el actor dejó de trabajar (fs. 21vta), que transcurrió mucho tiempo para que se concretara el reclamo, mas de 12 meses, y para el supuesto de que haya existido una relación laboral, destaca que debe haber una notificación por escrito de la desvinculación (fs. 22vta).

Cotejando las declaraciones que aportaron siete testigos a la causa, ninguno refiere la existencia de un despido verbal y sólo uno refiere el comentario de que lo habían echado (fs. 52, 53, 57, 569, 70, 71, 72 y 85), mientras que el Secretario General del Sindicato STIMPRA declara que recorre los mercados desde el año 2005, que el actor es afiliado al gremio desde el año 2012, que antes lo había visto haciendo trabajo sin que lo tuviera registrado en ningún puesto, que hacía changas en diferentes puestos, que lo ve haciendo changas desde el año 2008 (fs. 85 y vta).

Que el art. 241 de la LCT prevé que "Las partes por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo. Será nulo y



sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente. Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación", mientras que el siguiente, art. 242 consagra "Una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso.

**IV.-** Que analizando el marco fáctico y jurídico expuestos resulta que el actor pretende que se considere existente y eficaz un despido verbal del 21 de enero de 2010, y al demandar manifiesta que ello fue producto de "inconvenientes que antiguamente habían tenido con el hermano del accionado" más no existe elemento alguno que acredite cómo se constituyó aquel a los fines de su consolidación jurídica, y que oportunamente haya llegado a conocimiento del destinatario de la declaración.

Tampoco se acredita las razones invocadas para demorar desde aquella fecha hasta que remite la primera intimación el 18 de noviembre de 2010, exigiendo el pago de diferencias salariales, indemnizaciones y la entrega de certificados laborales, ni demostró que haya reclamado por la continuidad del contrato, la aclaración de su situación o la dación de tareas.

Cabe observar que es que recién al promover esta demanda el 02.08.2011 (fs. 24) cuando introduce la indicación



verbal de su desvinculación dispuesta en forma directa por el empleador, más no hay aporte alguno de prueba indicativa de tal acontecimiento, ni se avaló con los testimonios la hipótesis ensayada sobre inconvenientes con el hermano del empleador que llevaron al distracto, y la alusión al comentario por parte de uno de los testigos carece de fuerza de convicción en orden a que éstos sólo pueden declarar válidamente acerca de los hechos que conocen a través de la percepción directa de sus sentidos "Carecen de valor de convicción las declaraciones de los testigos que sólo traducen un conocimiento referencial de los hechos" (L-42034 del 23/5/89).

Que existen factores y situaciones particulares por los cuales al empleado se le impone concretar actos de tal forma de hacer concurrir los requisitos que hacen al modo en que se finiquita un contrato laboral, de acuerdo al principio de tipicidad de causales regulado en el art. 91 de la ley de Contrato de Trabajo, para habilitar los efectos allí tasados, tal el de percibir las indemnizaciones.

Que si un trabajador es despedido verbalmente, puede optar asumir la carga de probarlo para reclamar por lo que entiende se le adeuda, o frente a tal situación, es corriente que intimen a sus empleadores para que lo ratifiquen o que se aclare su situación laboral.

La Doctrina judicial explica: "La relación de trabajo puede extinguirse de común acuerdo y ello ocurre cuando las partes a través de un acto jurídico bilateral deciden poner término a la relación laboral que los vinculaba, supuesto que no genera derecho a indemnización alguna. El tercer párrafo del art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo prevé el mutuo acuerdo extintivo "tácito", también denominado por la doctrina como "abandono - renuncia" o "abandono de la relación". En este supuesto no existe incumplimiento por ninguna de las partes y consiste en un comportamiento omisivo



bilateral, que permite entender de modo concluyente e inequívoco que ambas partes han decidido, recíprocamente no continuar con el vínculo laboral que los unía. En el mutuo acuerdo extintivo "tácito", "el factor "tiempo" constituye un elemento relevante que debe ser evaluado en conjunto con otras conductas de las partes, pues es evidente que sólo después de haber transcurrido un lapso dentro del cual cada una de las partes pudo haber exigido de la otra el cumplimiento de las obligaciones, podría considerarse que la falta de toda exigencia recíproca denota la intención de no continuar la relación" (conf. Pirolo (Director) - Pavlov (Coordinador) en "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario. Derecho del Trabajo. Relaciones Individuales", Tomo I, p. 565; edit. La Ley 2010).

Asimismo se ha dictado que "El principio sentado en materia de carga probatoria cuando se alega un despido verbal, afirma que el trabajador que sufre un despido verbal de parte de su empleador, está obligado a probar en la causa la existencia del mismo, por cualquiera de los medios permitidos por la ley." (Expte. N 3064 ORO, Segundo c/ Ricardo Fernandez Chiarulli y Buteler Raul - Apelación de Sentencia. PROTOCOLIZADO 04/11/96. 31/10/1996. SALA I. CAMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO. Magistrados: Castellano, Augusto-Castro, José Dionisio- Bruni, Lucio. Lexdoctor).

Que la correcta valoración de las probanzas arrimadas en este proceso, me llevan al convencimiento de que existió una conducta común de las partes tendiente a dar por concluida la relación laboral, conforme la previsión del art. 241 de la LCT cuando estipula que "Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación" y en consecuencia, sin relevancia para generar derecho al pago de indemnización alguna derivado del distracto.





Que la indudable intención de no continuar con el contrato de trabajo que en forma recíproca exteriorizaron las partes, resulta en definitiva de: 1) que el actor nunca haya comunicado la existencia del despido verbal hasta la promoción de la demanda; 2) el período de aproximadamente 10 meses transcurridos desde el último día en que el actor concurrió a prestar servicios (21 de enero de 2010) hasta la fecha en que remitió el telegrama intimatorio a su empleadora (18 de noviembre de 2010); 3) que el empleador negó la existencia del despido verbal en la primera oportunidad en que conoció se lo atribuían (al notificarle la demanda); 4) la orfandad probatoria en punto a su alegación sobre la existencia de despido verbal; 5) la ausencia de elementos de prueba destinados a avalar la afirmación sobre la existencia de tratativas extrajudiciales.

En orden a las consideraciones expuestas, se habrán de desestimar los conceptos indemnizatorios reclamados derivados del despido e incluidos en la planilla de fs. 101, consistentes en la indemnización por antigüedad, integración mes de despido y sustitutiva de preaviso con sus correspondientes proporciones de aguinaldo, y la indemnización del art. 1 de la Ley 25323.

**V.-** Que en definitiva, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar a la apelación, se revoque parcialmente la sentencia, se condene al demandado al pago de los rubros vacaciones no gozadas, su SAC y horas suplementarias, por la suma de \$ 24.269,60, con más los intereses fijados en aquel pronunciamiento, y a la entrega de los certificados de trabajo y de Remuneraciones y Servicios, con aplicación de sanciones conminatorias en caso de incumplimiento, conforme se dispusiera.

**VI.-** Confirmar la imposición en costas en la instancia de grado por el vencimiento en la mayor proporción del demandado (art. 17 Ley 921), y las devengadas en la Alzada



cargarlas en el orden causado en atención a la modalidad en que operó la desvinculación laboral que prospera (art. 17 y 68 2da. Parte del CPCyC).

**VII.-** Mantener los porcentajes de honorarios y base regulatoria adoptada en al decisión de grado, y estipular en el 30% de aquellos para los letrados que actuaron en la misma condición ante esta Alzada.

**El Dr. Fernando M. GHISINI, dijo:**

Por compartir la línea argumental y solución propiciada en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala III**

**RESUELVE:**

**1.-** Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 96/101, condenando al demandado al pago de los rubros vacaciones no gozadas, su SAC y horas suplementarias, por la suma de PESOS VEINTICUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE CON SESENTA CENTAVOS (\$24.269,60), con más los intereses fijados en aquel pronunciamiento, y a la entrega de los certificados de trabajo y de Remuneraciones y Servicios, con aplicación de sanciones conminatorias en caso de incumplimiento, conforme se dispusiera.

**2.-** Confirmar la imposición en costas en la instancia de grado por el vencimiento en la mayor proporción del demandado (art. 17 Ley 921).

**3.-** Mantener los porcentajes de honorarios y base regulatoria adoptada en al decisión de grado.

**4.-** Imponer las costas de Alzada en el orden causado en atención a la modalidad en que operó la desvinculación laboral que prospera (art. 17 y 68 2da. Parte del CPCyC).

**5.-** 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.).

**6.-** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori**

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO