



NEUQUEN, 25 de julio de 2017

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**MORENO RAUL ALBERTO C/ DEMASI LUCIA BEATRIZ S/ COBRO DE HABERES**", (JNQLA1 EXP N° 457842/2011), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Cecilia **PAMPHILE**, por apartamiento del Dr. Fernando Marcelo Ghisini con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori** dijo:

**I.-** Que la parte actora interpone apelación contra la sentencia definitiva del 14 de diciembre de 2016 (fs. 199/204), expresando agravios a fs. 208/210.

Cuestiona que el juez de grado haya estimado la remuneración mensual en base a una interpretación errónea de los arts. 142 de la LCT y 38 de la Ley 921, conforme a que ante la falta de presentación de libros obligatorios y planillas de registro diario de recaudación, debiéndose aplicar las presunciones establecidas en los arts. 52 y 55 de la LCT y tener por válido el monto denunciado por su parte.

Sustanciado el recurso con la demandada responde a fs. 228/229; pide su rechazo por no cumplir con los recaudos del art. 265 del CPCyC, y resalta que su parte también se ha agraviado por el razonamiento contenido en la sentencia denunciando la falta de sustento en las constancias de la causa para fundar la duplicación de la jornada y salario, remitiéndose a lo allí expresado.

**II.-** Que la demandada también apela el pronunciamiento definitivo (fs. 213/225), solicitando se lo deje sin efecto, con costas.

Luego de realizar una reseña de los antecedentes relevantes de la causa y como cuestión preliminar plantea que al decidir se ha incurrido en arbitrariedad, incongruencia y parcialidad, al presuponerse hechos que no han sido



corroborados con prueba, y alejados de la realidad atento a que el actor incurrió en un mal desempeño de sus funciones, la jornada no era completa y que el taxi recaudaba cuando el actor lo manejaba, e injustificado un ingreso como el presupuesto por el a quo.

En primer punto destaca que su parte fue precisa en su responde respecto a la jornada y en su caso fue el actor el que no cumplió con la exigencia del inc. d) del art. 20 de la Ley 921, no pudiendo aplicársele un apercibimiento o una presunción por no haber ido más allá de lo realizado por éste en su propia demanda.

En segundo agravio, respecto al salario cuestiona la valoración de la prueba por la que se lo duplica sin considerar que el actor no desconoció los recibos que presentara, las planillas de rendición diaria de los días de agosto de los cuales surge la recaudación diaria del taxi, cuando no existe obligación legal de conservar las anteriores, y las conclusiones de la pericial contable no fueron impugnadas por aquel.

Respecto del despido, critica que el sentenciante haya realizado una lectura tergiversada de la prueba y de la conducta asumida por las partes, con clara parcialidad, desconociendo la carta documento que remitiera en respuesta a los telegramas del actor, quien tuvo conocimiento de los hechos que se le endilgaron, el despido y sus razones válidas; que fueron descalificados los testimonios que aportara respecto al desempeño del trabajador respecto a la queja de una persona transportada, el choque con otro vehículo, y la falta de rendición de sumas percibidas.

Subsidiariamente se agravia porque se falla extra petita en el rubro días descontados de julio, y que el trabajador al practicar planilla en su demanda reclama por dicho rubro una suma inferior, incluso cuando se menciona 10 días de julio de 2009 cuando se trata del 2011; que no procede



la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323 atento a que surge que su parte ha sido coherente desde el principio al fin de la relación y en los términos del art. 63 de la LCT, por lo que bien pudo considerarse con derecho a litigar al haber tenido motivos suficientes para despedir, y en su caso, disminuirse su monto.

Sustanciado el recurso (fs. 226), el actor responde a fs. 230/232; solicita se rechace con costas.

**III.-** Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento resulta que llega firme a esta Alzada la relación habida entre las partes y la modalidad de trabajo regidas por el CCT 584/08 que alcanza a la actividad del Servicio de Automóviles de Alquiler con Taxímetro y a los choferes no titulares de vehículo o de licencias que los conducen, denominados "peones de taxi", quienes perciben un porcentaje de la recaudación diaria (30%).

Que la sentencia en crisis hace lugar a las diferencias de haberes en base a la remuneración que calcula luego de reconocer que el actor cumplía una jornada completa, así como las indemnizaciones derivada del distracto, por antigüedad, mes integración, preaviso, aguinaldos, vacaciones proporcionales y la multa del art. 2 de la Ley 25323, considerando el ingreso de fecha 06.04.2011 y egreso con motivo del despido directo dispuesto por la empleadora conforme carta documento del 15.08.2011 (fs. 35), estableciendo la falta de acreditación de su causa.

Que por razones metodológicas, se habrá de abordar en primer punto lo postulado por la demandada respecto del despido y la procedencia de las indemnizaciones, para finalmente analizar la crítica común respecto al procedimiento para determinar la remuneración del actor que incide en la cuantificación de la totalidad de los rubros.

**A.-** Que controvertida la causa del distracto directo que la empleadora dispusiera invocando "mal desempeño



en sus funciones" y "no haber entregado la suma de \$563 correspondiente a mi ganancia", el juez de grado calificó de "vagas e imprecisas las causales" e improbadamente de "dónde provendría el faltante de dinero" (fs. 4).

Que el artículo 243 de la Ley de Contrato de Trabajo establece expresamente: "Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido. El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 242 de la L.C.T.; y 37 y 386 del C.P.C.C.).

Atento la información expuesta frente a los agravios vertidos por la accionada, considero que deberá confirmarse el decisorio impugnado, principalmente, por cuanto no se expresó con claridad cuáles eran las imputaciones al trabajador, pecando de imprecisa la señalada inicial notificación (fs. 4), y aún improcedente la posibilidad de ampliar las causales que se pretende en la posterior comunicación (fs. 35), de la prueba colectada no se acredita la conducta de generar inconvenientes por maltrato en la base, "haber siniestrado en dos oportunidades el vehículo" y que por ello no fuera posible usarlo por una semana para ser reparado en un taller.

Que la injuria que debe ser expuesta con claridad y su contemporaneidad de ninguna manera puede ser vislumbrada en las declaraciones testimoniales durante el proceso judicial, e indudablemente ha afectado el derecho de defensa del trabajador y viola la norma explicitada.



La jurisprudencia ha dicho en tal sentido: "De conformidad al art. 243 de la ley 20744, frente a la denuncia con justa causa, ni el empleador despido directo, ni el trabajador despido indirecto, podrán invocar en juicio, otros motivos o causas de disolución de los que debieron haber sido indicados claramente en la inexcusable comunicación escrita de denuncia, no cabe admitir como motivo de ruptura, un hecho que no fue objeto de comunicación por escrito, ni tampoco puede examinarse en juicio, causas no incluidas en la comunicación del distracto. La ratio legis del art. citado, no es otra cosa que la de evitar la indefensión del trabajador por desconocimiento de las causas en que el despido fuera fundado." (Referencia Normativa: Ley 20744 20-09-74 Art. 243, Cats12 Rs, L000 473 Rsd-31-00 S Fecha: 28/04/2000, Juez: Veron, Osvaldo A. (sd), Caratula: Borda Santos Mariano C/ Bechara S.a. Y/o Quien Resulte Responsable S/ Despido, Etc., Mag. Votantes: Verón, Osvaldo A. - Rodríguez De Dib, Martha C.-LDT).

Finalmente, el agravio tampoco permite considerar que se haya evidenciado prueba que permita vincular al trabajador con la única causa especificada, consistente en la retención de sumas de dinero.

En conclusión, procede la confirmación de la decisión de grado en este punto, y la procedencia de los rubros indemnizatorios derivados del despido directo incausado.

**B.-** Atendiendo a la cuestión vinculada con la jornada y su retribución en que las partes insisten en sus postulados ante esta Alzada, resulta que la controversia es dirimida por el juez de grado teniendo por acreditado que las labores fueron cumplidas por el actor en jornada completa, y no por media como sostiene la empleadora; en consecuencia, ante la ausencia de tickets de los viajes realizados y que el dictamen pericial refiere recibos anejos a la causa, e



invocando la facultad conferida por los arts. 142 LCT y 38 Ley 921, determina el salario duplica la consignada en los recibos.

Que vale recordar que el día 15.08.2011 (fs. 2) durante la vigencia de la relación laboral tales elementos del contrato de trabajo habían sido materia de reclamo por el actor denunciando que en los recibos de sueldos se consignaba un básico inferior, el cumplimiento de una jornada completa con franco el día lunes, exigiendo el pago del porcentual del 30%, que conforme los términos de la respuesta emitida por carta documento de fecha 27.08.2011 -fs. 35- no mereció reparos, objeción ni que se expidiera acerca de los exactos términos en que se desarrolló el vínculo.

Luego, ante la denuncia del real sueldo mensual de \$3.900 prestando formal juramento en los términos del art. 38 de la Ley 921 (fs. 9/11vta), e intimada la demandada a presentar la documentación laboral y de registración obligatoria que se detalla a fs. 11 y vta. en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de lo establecido en el citado artículo y el art. 21 de la misma ley (28.08.12 - fs. 68, notificada a fs. 95/96), la misma no fue aportada a la causa ni puesta disposición del perito contador designado (fs. 163/166).

Que el art. 38 de la Ley 921 estipula que "Cuando en virtud de una norma convencional o legal exista la obligación de llevar libros, registros o planillas y -a requerimiento judicial- no se los exhiba o los exhibidos no reúnan los requisitos legales, convencionales o reglamentarios, se tendrán por ciertos los hechos alegados por el actor que en ellos debían constar, salvo prueba en contrario, si mediara declaración jurada del actor sobre ellos. Acreditada la relación laboral, cuando se controvierta el monto o la percepción de las retribuciones, la prueba contraria a las reclamaciones del actor estará a cargo del



empleador. Si éste no la alegara a o fuera insuficiente, se estará a los dichos del actor, pudiendo el juez apartarse de los mismos, si fuese manifiesta la desproporción en las prestaciones. La falta de libros en legal forma o de correlación en sus asientos con respecto a los recibos que presentaren las partes, constituirá presunción suficiente para facultar al juez a apartarse del contenido de éstos, aunque su firma se hubiera reconocido judicialmente, si mediara impugnación de aquél en dicho acto”.

Que las omisiones reseñadas resultan relevantes atento la principal actividad de la accionada consistente en la explotación de una licencia de transporte de pasajeros y al no existir controversia en que el actor era el único chofer que se desempeñaba diariamente, y para concluir en la improcedencia de considerar los recibos y las tres planillas de liquidación acompañadas a los fines del abordaje de los agravios, y el resultado de la pericial contable derivado de aquellos.

Que tampoco el contenido de los testimonios, que la recurrente considera insuficientemente evaluados, permiten inferir el exacto horario laborado y la retribución del actor, atento a que mientras la agencia donde se receptan los pedidos de viajes afirma que nada puede decir qué días trabajaba y ni sobre la recaudación del vehículo porque depende de las horas que decida el dueño (Ríos, fs. 81) mientras que la otra declara sólo en base a los dichos o comentarios de la demandada (Paz, fs. 83), cuando toda limitación como la pretendida estaba a su cargo acreditar.

Que en definitiva, frente al incumplimiento de la expresa intimación que se le dirigiera a la demandada bajo los apercibimientos del art. 21 de la Ley 921, que remite al art. 38, resulta que ante la omisión constatada de exhibir libros, registros o planillas obligatorias (arts. 52 y 54 LCT), al haber el trabajador formulado declaración jurada de su



salario, estimo procedente adoptar el alegado por la suma de \$3.900,00.

Al respecto, la Ley de Contrato de Trabajo en su Art. 55 prescribe que *"La falta de exhibición o requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los artículos 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causa-habientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos"*, también por su art. 56 faculta a los jueces a que *"En los casos en que se controvierta el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes el Juez podrá, por decisión fundada, fijar el importe del crédito de acuerdo a las circunstancias de cada caso"*, y sobre el particular la Corte Nacional ha explicitado que: *"Aunque los artículos 55 y 56 de la LCT y 165 del Cód. Procesal crean una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador y facultan a los magistrados a fijar el importe del crédito de que se trata, ello se debe hacer por decisorio fundado"* (conforme CSJN, junio 26-991, en T y SS, 1991-982).

Por lo expuesto, se habrá de rechazar el agravio de la demandada y receptar el del actor, en cuyo merito se calcularán los rubros admitidos en la sentencia de grado que llegan firmes conforme una remuneración de \$3.900, para justipreciar aquellos de la siguiente manera: Indemnización por antigüedad, preaviso y su SAC, mes integración: \$3.900, \$4.225 y \$1.950; Vacaciones proporcionales: \$813,00; SAC proporcional: \$1.659, y las diferencias de haberes devengadas entre los meses de Abril y julio de 2011: \$11.920 ( $\$3.900 - \$920 = \$2.980 \times 4$ ).

**D.-** Finalmente respecto a la procedencia de la multa del art. 2º de la Ley 25323, además de que el actor reclamo el pago en la forma que exige la norma (fs. 3), lo cierto es que al tiempo de promover esta acción no había





recibido las indemnizaciones cuya procedencia fue acreditada, y con ello, el incumplimiento por parte de la demandada, que es el presupuesto de la sanción.

Así como que, a tenor del análisis desarrollado a los fines de dirimir la controversia derivada de la oposición de la empleadora, resulta inadmisibles justificar que se haya concretado con el convencimiento de que era lo que correspondía, a los fines de considerar la eximición total o parcial de la multa.

Que finalmente, y en atención a la modificación de los conceptos indemnizatorios establecidos en el punto B, concretamente por antigüedad, preaviso y mes integración (arts. 245, 232 y 233 LCT), procede recalcular el monto de la multa que asciende a \$5.037,50 (50% de 10.075,00).

**IV.-** Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propiciare al acuerdo rechazar la apelación de la demandada, y confirmando en su mayor parte el fallo recurrido, elevar el monto de la condena a la suma de \$29.504,50, con más los intereses establecidos en aquel cuya tasa y cómputo llegan firmes.

Las costas en la alzada se impondrán a cargo de la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921), a cuyo efecto se regulan en el 30% y 25% los honorarios de los profesionales que intervinieron por la actora y la demandada en el mismo carácter, y respectivamente (art. 15 de la Ley Arancelaria).

TAL MI VOTO.

**La Dra. Pamphile dijo:**

Por compartir los argumentos del voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA III**

**RESUELVE:**

**1.-** Confirmar en su mayor parte la sentencia de grado del 14 de diciembre de 2016 (fs. 199/204), elevando el



monto de condena a la suma de \$29.504,50, con más los intereses establecidos en aquella, cuya tasa y cómputo llegan firmes.

**2.-** Imponer las costas en la Alzada a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921).

**3.-** Los honorarios se regularán en el 30% y 25% de los profesionales que intervinieron por la actora y la demandada en el mismo carácter, y respectivamente (art. 15 de la Ley Arancelaria).

**4.-** Regístrese, notifíquese y vuelva a origen.

**Dr. Cecilia Pamphile - Dr. Marcelo Juan Medori**  
**Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA**