



NEUQUEN, 16 de agosto del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ARIAS HECTOR EDUARDO C/ EMPRESA KO KO S.R.L S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES"**, (JNQLA3 EXP N° 468312/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Fernando **GHSINI** en legal subrogancia (conf. Ac. 5/2018), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 213/216 vta., que hace lugar parcialmente a la demanda, distribuyendo las costas en un 90% para la parte actora y en un 10% para la parte demandada.

a) La parte demandada se agravia por la condena al pago de la multa del art. 80 de la LCT.

Dice que dicha multa no es procedente porque la intimación del actor fue extemporánea, ya que fue remitida a los diez días de comunicado el despido con justa causa, por lo que no se respetó el plazo previsto en el decreto n° 146/2011.

Agrega que el actor jamás reiteró esta intimación.

Sinperjuicio de ello, entiende que la norma nada dice cuando el cumplimiento de la entrega de certificados es parcial, conforme ha sucedido en autos, donde se ha entregado una sola de las certificaciones.

Sigue diciendo que el demandante tampoco ha precisado que daños le ha ocasionado la entrega parcial de los certificados.



b) La parte actora se agravia porque el juez de grado ha concluido en que la causa del despido se encuentra probada, y resulta hábil para justificar el distracto.

Dice que el actor comunicó a su empleadora la imposibilidad de concurrir a su trabajo; y que la transferencia de la clave para que se inicie el turno fue autorizada por la jefa de personal.

Se pregunta por qué se despidió al actor y no se sancionó al empleado Carrasco, que fue quién utilizó la clave del actor.

Insiste en que la jefa de personal tenía conocimiento del hecho acontecido.

Sostiene que se ha violado la manda del art. 16 de la Constitución Nacional.

c) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora a fs. 227/228.

Dice que el memorial muestra más una disconformidad que una crítica concreta del fallo recurrido.

Entiende que la apelación no cumple con los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Afirma que no surge de la prueba testimonial que el actor haya efectivamente comunicado a la demandada que no podía llegar a horario para tomar su turno.

En cuanto a la violación del art. 16 de la Constitución Nacional, sostiene que se trataría en todo caso de la arbitrariedad de la empleadora, pero no de la sentencia.

d) La parte actora no contesta el traslado de los agravios formulados por la demandada.



II.- El memorial de la parte actora, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que procederé a su análisis.

III.- Analizadas las constancias de la causa, y sin dejar de señalar la escasa prueba rendida en estas actuaciones, entiendo que asiste razón a ambos apelantes.

He de comenzar el estudio de la apelación por los agravios formulados por la parte actora.

Adhiero a lo concluido por el juez de grado en cuanto a que el hecho invocado para justificar el despido del actor se encuentra acreditado.

En efecto, surge de la prueba testimonial que el día 25 de noviembre de 2011 el actor no pudo llegar a horario a su trabajo y que, por ello, se comunicó con el chofer que terminaba su turno para pedirle que iniciara el recorrido que debía hacer el demandante, y que éste lo esperaría en una parada del trayecto para hacerse cargo de la unidad. A tal fin el actor le suministró al chofer que lo iba a sustituir su clave personal de habilitación de la boletera, para que el recorrido quedara como que fue iniciado por el demandante y no por el señor Carrasco.

Incluso estos hechos son reconocidos por el actor apelante en su expresión de agravios.

Tampoco se encuentra discutido en esta instancia que era de conocimiento de los choferes de la empresa demandada (incluidos el actor y el señor Carrasco), que la clave que se da a cada uno es personal e intransferible.

Pero si bien objetivamente considerado, lo actuado por el actor tiene entidad suficiente como para configurar una justa causa de despido, en el concreto caso de autos, carece de esa virtualidad porque entiendo que surge de la prueba testimonial que el demandante y el señor Carrasco -



chofer que lo reemplazó en el primer tramo del recorrido- estaban autorizados por personal de la demandada para actuar como lo hicieron.

A fs. 120/121 presta declaración Adolfo Carrasco -chofer que tomó el turno del actor en su inicio- y relata: *"...conoce a la demandada y trabaja para la misma bajo relación de dependencia...Nosotros tenemos una clave con una tarjeta que, cuando uno toma el servicio, se abre la máquina apoyando la tarjeta y ahí salen los datos de uno. El reglamento dice que no se le puede dar la clave a otro compañero me parece, no recuerdo bien. A mí Arias me parece que me la dio una vez, porque él faltó a trabajar y tuve que salir yo y él me dio la suya...Me la dio porque él llegaba tarde a trabajar entonces yo salía con la clave de él y él tomaba el servicio a mitad del recorrido. Me la dio para poder salir él desde la mitad del recorrido, porque si no tenía que dar toda la vuelta a Neuquén para poder salir él...Ese día él siguió desde la mitad de Senillosa y ahí empezó a hacer su turno él...Ese día yo sabía que Arias llegaba tarde porque el mecánico lo llamó para ver si venía o no pero él dijo que si pero a ver si podía salir yo y él me esperaba en Senillosa, en una garita. Yo utilicé la clave de Arias, la tarjeta de él no...Ese día el mecánico llamó a la encargada de personal, Liseley Kopprio, para ver si me autorizaba a salir a mí; ella dijo que sí, que podía salir yo y que él me esperaba en la garita y seguía él. Yo no sé qué esto se haya hecho alguna vez, incluso ella dijo que no se vuelva a repetir...A mí no me aplicaron ninguna sanción por esto, no porque ya teníamos la autorización de ella".*

A fs. 165/vta. obra acta de declaración testimonial de Carlos Eduardo Riquelme -el mecánico presente el día de los hechos-, quién afirma: *"...conoce a la demandada y trabaja para la misma...Supuestamente no se presentó a tomar servicio porque estaba en el hospital con la señora...Yo el 25 de noviembre de 2011 era aprendiz de mecánico. Adolfo Carrasco*



es un compañero que en esa fecha era conductor...Ese día se comunicaron Carrasco y Arias por ese tema, porque estaba supuestamente en el hospital con la señora y charlaron si le podía hacer el recorrido y después Arias le sacaba el servicio en un lugar X...Claudia Liseley Kopprio era la jefa, no sé, fue la señora que me dio el trabajo a mí, no sé qué cargo ocupa...".

A fs. 124/125 prestó declaración la testigo Claudia Liseley Kopprio y sostiene: *"...conoce a la demandada y trabaja como empleada para la misma...Fue despedido supongo que por la situación que pasó porque yo informé sobre la última falta de él, cuando...le pasó la clave a otro compañero porque él no iba a llegar a trabajar, una cosa así, entonces yo lo tuve que informar...La clave se la pasó por teléfono, en realidad un conductor terminó el turno, Adolfo Carrasco y tenía que esperar a Arias para que lo relevara y cuando yo entro al taller estaba anotando la clave personal de Arias ...y ahí Riquelme el mecánico me dice que Arias por teléfono decía que no llegaba a trabajar y entonces que continuara el servicio Carrasco. Entonces le digo que es esto escrito y me dijo que era la clave de Arias para que inicialice el nombre de él...Otro caso hubiera sido que Arias se hubiera comunicado con la empresa porque no podía llegar y tranquilamente se le buscaba un relevo...Yo simplemente podía informar sobre irregularidades de los choferes pero no tenía poder jerárquico sobre los choferes. Yo comuniqué esto cuando pasó; yo cuando estaba en Senillosa y veo esto que estaba pasando cuando llegué a Allen lo informé...Yo informé la situación; desconozco si Carrasco fue sancionado; igual el que cometió la falta es Arias. Carrasco solamente atendió el teléfono y yo no tengo autoridad para decirle a Carrasco vos no salís a trabajar...Arias llamó ese día para decirle a Carrasco que siguiera trabajando porque no llegaba, por eso Carrasco y Riquelme me dijeron que pedía si podía iniciarle Carrasco en su nombre el servicio y por eso le pasa la clave...Digo que la*



falta fue de Arias y no de Carrasco porque diferente hubiese sido que Arias hubiese llamado para avisar que no podía llegar...La falta se produce al querer ocultar con su clave que él no llegaba a trabajar; distinto hubiese sido Carrasco en su nombre y no en nombre de Arias...Según ese Reglamento la actitud de Carrasco debió ser la que tuvo, que me dijo que Arias le decía que saliera a trabajar con el nombre de él y yo le dije que es esto que anotaste y él me dijo que era la clave personal de Arias; yo le dije que no se podía hacer eso. El que yo sepa no usó ese día la clave de Arias".

Como vemos, cuando el señor Arias llama a la empresa o es llamado por el mecánico Riquelme, y comunica que llegaba tarde para tomar el servicio, le pide al señor Carrasco que utilice su clave personal, facilitándosela, para que en los registros constara que el demandante fue el que inició el recorrido.

El testigo Carrasco sostiene que efectivamente utilizó la clave del actor, inició el recorrido en su nombre, y que éste tomó el servicio en Senillosa y siguió con su turno.

Ahora bien, lo central para concluir en que Arias y Carrasco estaban autorizados es la conducta de la señora Claudia Kopprio.

No obstante que en su declaración la señora Kopprio dice ser empleada de la demandada y que solamente estaba autorizada a constatar irregularidades de los choferes, pero no tenía autoridad sobre ellos, el testigo Carrasco la identifica como encargada de personal y el testigo Riquelme como jefa, agregando que fue esta persona (Claudia Kopprio), quién le dio el trabajo.

De la documentación reservada en Secretaría que tengo a la vista surge también que algunos descargos formulados por el actor están dirigidos a la "señora Liseley".



De ello se sigue que la señora Kopprio no es una simple empleada de la empresa demandada, sino que ocupa un cargo con facultades jerárquicas respecto del personal.

Luego, la misma testigo Claudia Liseley Kopprio reconoce que tomó conocimiento de la facilitación de la clave personal por parte del actor al señor Carrasco, el día 25 de noviembre de 2011. Surge también de su declaración testimonial que Riquelme y Carrasco la consultaron respecto de lo que pedía el demandante.

A partir de este momento difieren los testimonios, ya que la señora Kopprio sostiene que le dijo a Carrasco que eso no se podía hacer, y que Carrasco no utilizó la clave de Arias; pero Carrasco da cuenta de que utilizó la clave del actor y que le entregó el colectivo en Senillosa. Y, además, expresamente, afirma que la señora Kopprio lo autorizó para así proceder, diciéndole que no se repitiera, y que por ese motivo él no fue sancionado.

Y es esta última circunstancia -la ausencia de sanción respecto del señor Carrasco- la que me convence de la existencia de la autorización a la que hace referencia el testigo.

La explicación que brinda la testigo Kopprio sobre el por qué ni siquiera fue sancionado el señor Carrasco, cuando al actor se lo despidió, no resulta atendible. En primer lugar, no puede entenderse que el señor Carrasco no haya cometido falta, en tanto si bien el actor violó el reglamento de la empresa al suministrar su clave personal a otro empleado, no es menos cierto que también por parte del señor Carrasco habría existido una violación de la norma reglamentaria en tanto utilizó la clave de otro chofer.

Por otra parte, la testigo Kopprio señala que la conducta de Carrasco fue correcta por cuanto consultó y no utilizó la clave del actor, pero el testigo Carrasco afirma



que utilizó la clave personal del demandante y que le entregó la unidad en Senillosa.

De lo dicho se sigue que existen elementos probatorios que determinan que tanto el actor como el señor Carrasco estuvieron autorizados para actuar como lo hicieron, y que ello fue lo determinante para no aplicar sanción alguna al señor Carrasco.

Tal como lo señalé, más allá de la conducta violatoria del reglamento de empresa del actor, ésta no puede servir de justificación para el despido del accionante en tanto fue autorizada por personal jerárquico de la demandada.

No existiendo el incumplimiento atribuido al actor, que se alegara como causa de despido, la invocación de los antecedentes disciplinarios carecen por si mismos de eficacia a tal fin, ya que por tratarse de hechos ya sancionados, se requiere de una nueva falta para operar, en forma complementaria, como causal del distracto, bajo pena de violarse la regla del non bis in idem.

Lo dicho me lleva a revocar el resolutorio de grado y a tener por no justificado el despido resuelto por la demandada.

IV.- El actor reclama los rubros indemnizatorios derivados del despido incausado, partiendo de una base de cálculo de \$ 9.003,83, correspondiente a la remuneración del mes de noviembre de 2011.

La demandada ha negado que esta fuera la mejor remuneración mensual, normal y habitual pero no indica cuál considera que debe ser utilizada. En tanto que de la certificación de servicios y remuneraciones de fs. 81 vta. - acompañada por la misma demandada- surge que la empleadora denuncia una remuneración bruta para noviembre de 2011, a los fines previsionales, de \$ 9.973,14.



Consecuentemente he de estar a la suma de \$ 9.003,83 denunciada por el actor como base de cálculo de los rubros derivados del despido incausado, ya que razonablemente pudo ser la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

En atención a que la antigüedad del trabajador al momento del despido era de 1 año y ocho meses (la fecha de ingreso es 1 de abril de 2010), la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT asciende a la suma de \$ 18.007,66.

La indemnización sustitutiva del preaviso asciende a \$ 9.003,83, con más el SAC proporcional que es de \$ 750,32.

La integración del mes del despido progresa por la suma de \$ 8.422,97 con más el SAC proporcional de \$ 701,92.

Progresa la multa prevista por el art. 2 de la ley 25.323, por cuanto la demandada fue debidamente intimada al pago de las indemnizaciones de ley (fs. 112/115), obligando al trabajador a acudir ante la instancia judicial para obtener la satisfacción de su crédito. El monto de la multa asciende a \$ 17.717,23.

V.- En lo que respecta a la multa prevista por el art. 80 de la LCT asiste razón a la demandada respecto a que la intimación realizada por el actor resultó extemporánea, ya que el art. 3 del decreto n° 146/2001, dispone que el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el art. 80 de la LCT, cuando el empleador no hubiese hecho entrega de las constancias o certificados dentro de los 30 días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

La intimación cursada por el trabajador fue realizada ante tempus, ya que la comunicación postal lleva fecha 12 de diciembre de 2011 (fs. 112), o sea, antes de



transcurridos los 30 días corridos contados a partir de la comunicación del despido.

Por ende, no procede la aplicación de la multa del art. 80 de la LCT.

VI.- En definitiva la demanda progresa por la suma de \$ 54.603,84.

Esta suma devengará intereses conforme lo determinado en el fallo de grado.

VII.- En atención al resultado de la apelación corresponde modificar la distribución de las costas por la actuación en la primera instancia, imponiéndolas en su totalidad a la parte demandada (art. 17, ley 921).

Cabe señalar que si bien la legislación procesal ha adoptado como regla para la imposición de las costas el principio objetivo de la derrota, en procesos de naturaleza laboral, en atención a que se trata de créditos de carácter alimentario, no se mira la cantidad de rubros acogidos y rechazados, y no se comparan los montos por los que se demanda y por los que progresa la acción a efectos de determinar la calidad de vencido, sino que hay que estar a lo sustancial del reclamo (cfr. Sala II, "Broca c/ De Mori", P.S. 2001-II, f° 263/264). Si la demanda progresa en lo sustancial, aunque el monto de condena sea inferior al de demanda, se debe considerar que la parte vencida es la demandada (cfr. autos "Guglielmi c/ Gauna", expte. n° 390.900/2009, 13/10/2011).

VIII.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar a los recursos de apelación de autos, y modificar parcialmente el resolutorio apelado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 54.603,84, e imponiendo las costas a la demandada.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en



un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 71, CPCyC).

Los honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada se regulan en el 1,68% de la base regulatoria para el Dr. ...; 4,2% de la base regulatoria para el Dr. ...; 1,18% de la base regulatoria para el Dr. ...; y 2,94% de la base regulatoria para el Dr. ..., todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Fernando GHISINI dijo:

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

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 213/216 vta., incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 54.603,84, e imponiendo las costas a la demandada.

II.- Imponer las costas de Alzada en un 80% a la parte demandada y en un 20% a la parte actora (art. 71, CPCyC).-

III.- Regular honorarios de los letrados que actuaron ante la Alzada en el 1,68% de la base regulatoria para el Dr. ...; 4,2% de la base regulatoria para el Dr. ...; 1,18% de la base regulatoria para el Dr. ...; y 2,94% de la base regulatoria para el Dr. (art. 15 de la ley 1.594).

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

Dra. Patricia M. Clerici - Jueza

Dr. Fernando Ghisini- Juez

Micaela S. Rosales-Secretaria