NEUQUEN, 30 de Agosto del año 2018

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"GUASH ROLANDO ARIEL C/ AUTOTRANSPORTES ANDESMAR S.A. S/ COBRO DE HABERES" (JNQLA1 EXP 472124/2012)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Jorge PASCUARELLI** y **Fernando GHISINI,** por encontrarse excusada la Dra. Cecilia PAMPHILE, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 289/298 vta. se hizo lugar a la demanda por la suma de $ 173.984,25 más intereses y costas.

A fs. 302/306 apela la demandada. En primer lugar alega que se incurre en un exceso formal en la interpretación y aplicación del art. 243 LCT. Se agravia porque se condenó por $ 173.984,25 cuando se demandó por $ 147.915,89.

Se queja porque considera que no se abordó el objeto del conflicto que es el despido con causa del actor. Expresa que en la sentencia se consideró que el despido fue injustificado por la falta de entrega del acta notarial de despido, que no se constató la identidad del actor por lo que carece de importancia determinar si tuvo o no responsabilidad en el evento que se le imputa. Dice que ello es contrario a los propios dichos del actor que reconoció la intervención del escribano, cuando a fs. 6 dijo que dos días antes no se le informó el diagrama, porque con esa expresión se refirió al despido por acta notarial.

Expresa que el actor reconoció haber sido despedido en presencia del escribano en el segundo párrafo de fs. 7vta. También dice que en el acta notarial consta que se presentó una persona que dijo ser el requerido, sin acreditarlo con su documento, pero que es concordante con el párrafo de la demanda citado anteriormente.

Sostiene que yerra el sentenciante al dar relevancia al hecho de que no se constató la identidad con el documento cuando esa circunstancia se encuentra acreditada por el reconocimiento de la actora.

En relación con la falta de entrega de la copia del acta notarial del despido alega que es una afirmación abstracta porque el acta no fue redargüida de falsedad y el notario dejó plasmado que la persona notificada se negó a firmar.

Dice que en la escritura se describió la injuria que motivó el despido, que se relaciona con la prueba documental que acompañó, de las que surge la rotura del motor y el informe del perito ingeniero, además el actor acompañó un pedido de descargo por ese hecho donde reconoció la rotura de la unidad que conducía. Expresa que el actor era plenamente consciente de la causa del despido por lo que el 13/01/2012 concurrió al domicilio laboral a retirar certificados de trabajo. Se refiere a las declaraciones de Torres, Ross, Cortes y Salmohiragui respecto a la responsabilidad del actor por la rotura de la unidad que conducía. Sostiene que se probó la causa del despido lo que debe primar sobre un ritualismo formal por la comunicación del despido.

En segundo lugar se agravia por la aplicación de la multa del art. 2 ley 25.323. Dice que es improcedente porque pagó la liquidación final, agrega que en todo caso no actuó con mala fe porque lo que solicita que se la exima de la multa.

Luego, se agravia por la condena al pago de horas extras al 50% y al 100% porque el actor incumplió con la carga de individualizarlas. Dice que no se aplicó el CCT, que no hay detalle de cuando comenzó el ciclo laboral ni finalizó para computar las horas extras, que se confundieron con horas nocturnas y de descanso. Sostiene que no existe detalle de

horarios ni de jornadas y el perito realizó un informe carente de contundencia sin contestar la impugnación de esa parte.

A fs. 308/311 la contraria contestó el traslado de los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. La parte recurrente se queja de que el *A-quo* desestimara su pretensión de tener por justificado el distracto porque a) no surge de la escritura pública ni de ningún elemento de prueba certificación del notario de haberle hecho entrega al trabajador de una copia del acta del despido y b) que el notario no constató la identidad de la persona que se hizo presente para comunicar el despido. Por lo cual, en la sentencia se consideró que a partir del carácter recepticio de las comunicaciones, lo anterior implica que no se notificó la causal de despido conforme lo requiere el art. 243 LCT, por lo que no correspondía el análisis de la causa alegada.

En el recurso sostiene que esa afirmación contraría los dichos del actor por cuanto de la propia demanda surge el reconocimiento de haber sido despedido con causa.

Sin embargo, del análisis de los términos de la demanda y los telegramas no puede sostenerse que el actor hubiera reconocido tal circunstancia.

Así, por telegrama de fs. 5 se comunica *"Habiendo dejado el servicio el día 07/01/2012, no se me informó nuevo diagrama, por tal motivo el día 09/01/2012 me presenté en la base para que se informara nuevo diagrama y no se me permitió el ingreso"*, intimando para que se aclare la situación laboral.

La empleadora contestó por carta documento de fs. 9, rechazó la intimación y expresó *"Ratificamos despido con causa comunicado mediante actuación notarial de fecha 07 de Enero de 2011, pasada ante el notario Carlos José Rosso. Atento a que la relación laboral se ha extinguido por su exclusiva culpa en los términos del art. 242 de la LCT, en la fecha mencionada*

anteriormente, su emplazamiento a aclarar situación laboral resulta improcedente".

Luego, el trabajador por telegrama de fs. 7, rechaza la misiva anterior, niega que fuera despedido con causa, que le fuera comunicado mediante actuación notarial y que la relación se extinguiera por su culpa y expresó "*cuando Ud. refiere que fui comunicado del despido mediante actuación notarial, le informo que el 07/01/11 en mi puesto laboral se me informó de la presencia de un escribano pero jamás se me dijo que se me estaba requiriendo algo, jamás se me leyó nada ni se requirió mi firma en ningún lado*" agregando que se violaba el art. 243 LCT afectando su derecho de defensa.

La accionada rechazó el telegrama por carta documento de fs. 8 reiterando que el despido se comunicó por acta notarial del 07 de enero de 2012.

El actor en la demanda reiteró los términos de los telegramas y de ello no surge el reconocimiento de la comunicación de la causal de despido sino todo lo contrario resultando una cuestión controvertida en autos.

En ese marco es que el *A-quo* analizó el acto notarial de fs. 106/7 concluyendo que no surge la comunicación de la causal de despido al actor.

En el acta no hay certificación del notario de haberle hecho entrega al trabajador de una copia del acta del despido, tampoco ello se acreditó con otra prueba y no puede considerarse reconocido de los términos de los telegramas y la demanda, ni inferirse del descargo de fecha 4/11/2011 (fs. 2).

Cabe agregar, que ante las intimaciones del trabajador para aclarar la situación, la empleadora se limitó a mencionar el acta notarial pero en ninguna de sus cartas documentos comunicó sus términos y dijo cuál había sido la causal de despido, lo que no resulta acorde con el principio de buena fe del art. 63 LCT, dado que, teniendo la oportunidad de aclarar la situación no lo hizo.

Asimismo, de los términos del acta notarial surge que el escribano no justificó la identidad de la persona requerida y dejó constancia que no le fue exhibido el documento de identidad, además no fue firmado por el requerido (arts. 1001 y 1002 del CC vigente en ese momento; cfr. Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil*, T. 2, pág. 474/477, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2010).

A partir de lo expuesto se comparte la conclusión del Juez respecto a la falta de comunicación de la causal de despido al trabajador como lo exige el art. 243 LCT, lo que implica que no corresponde el análisis de esa causal.

En cuanto al monto de condena, el Juez lo estableció conforme lo previsto en el art. 40 ley 921.

El segundo agravio, en el que el recurrente alega que no corresponde la multa del art. 2 ley 25323 por cuanto despidió con causa al actor, no resulta procedente por lo expuesto en el punto anterior y porque el actor se vio obligado a litigar.

En punto al tercer agravio, entiendo que también resulta improcedente por cuanto el recurrente efectúa una crítica genérica de la decisión sin rebatir los fundamentos del *A-quo* sustentados en el informe del perito contador.

Es que el recurrente sostiene que no procede la condena al pago de horas extras al 50% y al 100% porque el actor incumplió con la carga de individualizarlas, que no se aplicó el CCT, que no existe detalle de horarios ni de jornadas y el perito realizó un informe carente de contundencia sin contestar la impugnación de esa parte.

Sin embargo, por un lado, el actor indicó las horas que reclama y efectuó una liquidación a fs. 58 y siguientes.

Por otro, el Juez, debido a la complejidad de los cálculos, sustentó su decisión en el informe de fs. 248/252 y en la contestación del pedido de aclaraciones de las partes a fs. 261/266 y 267/273, ello teniendo en cuenta que el perito

contador analizó cada uno de los rubros reclamados *"mediante la comparación de los recibos de haberes con las libretas de trabajo aportados por la parte actora y, en función de lo establecido en el C.C.T. 460/73, es que determina que al Sr. Guash se le adeudan horas extras al 50%, horas extras al 100%, francos trabajados y horas nocturnas, efectuando el cálculo partiendo de la cantidad de horas trabajadas que obran registradas en la libreta de trabajo y tomando las que fueron efectivamente abonadas en cada mes"* (fs. 294).

Así, el perito informó el valor de las horas extras, al 50% y al 100% de septiembre de 2010 a diciembre 2011 conforme el CCT 460/73, Res. 151/10 y la escala salarial vigente (fs. 248/252; 261/266 y 267/273) aclarando, al contestar los pedidos de las partes, la forma de cálculo, que se tuvo en cuenta la libreta de trabajo del actor que se encuentra agregada en la causa. En el recurso, la demandada no se refiere concretamente a los fundamentos del informe pericial (incluso se expresa que su impugnación no fue contestada cuando la respuesta se encuentra a fs. 267/273), por lo cual no se presentan fundamentos para apartarse de los del Juez sustentados en el informe pericial.

III. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 302/306 por la demandada y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 289/298 vta. en lo que fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de la Alzada a la recurrente vencida (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

El Dr. **Fernando GHISINI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 302/306 por la demandada y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 289/298 vta. en lo que fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de la Alzada a la recurrente vencida (arts. 17 ley 921 y 68 del CPCyC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en un 30% de los que corresponden por la labor en la anterior instancia (art. 15, LA).

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

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA