



NEUQUEN, 18 de Junio del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"TORRES CARLOS ADRIAN C/ TEXEY SRL Y OTRO S/DESPIDO INDIRECTO POR FALTA PAGO HABERES"** (JRSCI1 EXP 7863/2015) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, 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. 279/283 se dicta sentencia por la cual se hace lugar a la demanda contra Texey SRL por la suma de \$ 1.095.368,14 más intereses y costas. Se rechaza contra YPF SA.

A fs. 290/293 expresa agravios la demandada Texey SRL. Se queja porque la sentencia modifica oficiosamente la causal de despido indirecto invocada por el actor y acoge rubros indemnizatorios sin fundamento, así como le impone las costas por el rechazo de la demanda contra YPF SA.

Dice que el actor se consideró despedido por falta de pago de haberes que se le adeudarían desde agosto de 2015. Sin embargo el juez consideró que el despido se encontraba justificado por ejercicio abusivo del *ius variandi*. Sostiene que ello ocasiona la nulidad de la sentencia por incongruencia por cuanto fue un supuesto de despido no invocado por el actor y del cual no se defendió esa parte.

Asimismo sostiene que se vulnera el art. 243 LCT porque se modifica la causal de despido consignada en la comunicación del trabajador.



En subsidio, se agravia por la condena al pago de los rubros multa art. 43 ley 25.345, multa art. 45 ley 25.345 y multa art. 15 ley 24.013.

Dice que esa parte no tenía que expresar su base de cálculo, que el juez confunde las obligaciones de las partes frente a una liquidación de rubros pretendidos en la demanda con los de una planilla de liquidación de una sentencia firme. Alega que no corresponde aplicar el art. 21 ley 921.

Sostiene que no procede la multa del art. 43 ley 25.345 (art. 132 bis LCT) porque nunca se imputó a esa parte, no formó parte de la litis que se retuvieran aportes, menos se acreditó.

Expresa que tampoco se encuentran reunidos los requisitos para la procedencia de la multa del art. 43 ley 25.345 (art. 80 LCT) porque no se remitió la intimación del decreto 146/2001.

Agrega, que tampoco procede la multa del art. 15 ley 24.013 porque no se imputó a la demandada errónea registración ni se efectuó la intimación del art. 11 ley 24.013.

En otro punto se agravia por la imposición de costas por la citación de YPF SA. Dice que el actor debe cargar con las mismas porque fue quien la cita con fundamento en el art. 30 LCT, lo que fue rechazado en la sentencia.

A fs. 303/305 la contraria contesta los agravios. Solicita su rechazo, con costas.

II. 1. Ingresando al análisis de la apelación cabe partir de señalar que el art. 243 de la LCT, como derivación



del derecho de defensa en juicio, recepta la obligación de claridad e invariabilidad de la causa de despido o denuncia del contrato de trabajo, predeterminando la materia sobre la que versará, en caso de controversia, la actividad probatoria (cfr. "ALFARO OSCAR ERNESTRO C/TRANSP. GABINO CORREA S.R.L. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP N° 387921/9; "JARA GUTIERREZ HERNAN GABRIEL CONTRA INDALO S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP N° 394691/2009; "GARRIDO ENA C/ CLINICA PASTEUR SA S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES", JNQLA2 EXP 470085/2012).

En la sentencia el A-quo hizo lugar a la demanda por despido incausado con el fundamento de que *"la situación planteada evidencia un excesivo uso del ius variandi por parte de la demandada empleadora directa (art. 66 LCT), en efecto, no se encuentra acreditado con la prueba producida en autos que haya existido acuerdo entre las partes respecto de la modificación del contrato de trabajo que dispuso la empleadora - tal como expone la accionada -, asimismo he de observar que los fundamentos utilizados para que el trabajador permanezca en su hogar no resultan suficientemente claros"*.

Sin embargo esa no fue la causal alegada por el trabajador para darse por despedido. Es que el actor intimó al empleador el 08/09/2015 por TCL CD66333043-8 donde dijo: *"ATENTO su notificación de fecha 25 de mayo de 2015 y vencidos los plazos legales es que intimo a Ud. plazo 48 horas hábiles abone haberes adeudados agosto de 2015. [...] como así INTIMO plazo perentorio de 48 horas que se haga saber cuál es mi situación laboral. Todo bajo apercibimiento de radicar la denuncia ante las autoridades competentes y*



accionar judicialmente. Queda usted debidamente notificado e intimado", (fs. 3).

Posteriormente, el 17/09/2015, se dio por despedido mediante TCL 089173297 donde expresó "NO HABIENDO contestado mi anterior TCL 088853394 CD66333043-8 de fecha 08/09/15 y vencidos los plazos legales, habiendo transcurrido un plazo mas que prudencial desde mi anterior intimación es que ratifico mi anterior TCL, por lo que me considero despedido y agraviado por los daños y perjuicios que esto ocasiona ya que los mismos son de neto corte alimentario [...]", (fs. 4).

La demandada por carta documento de fecha 17/09/2015 rechazó la primer misiva y por carta documento del 18/09/2015 rechazó el telegrama de despido intimando a su retractación (fs. 5/6).

*Del telegrama del actor anterior se desprende que la causal de despido alegada fue la falta de pago por los haberes adeudados de 2015 y no un ejercicio abusivo de *ius variandi* como se sostuvo en la sentencia, de tal forma que se modifica la causal de despido contrariamente a lo establecido por el art. 243 LCT.*

Es que "la causal que se invoque en la comunicación, reviste una particular trascendencia, ya que en su base queda configurado el supuesto de despido, y ello no podrá cambiarse ni modificarse en la oportunidad que más importa, es decir, cuando hay que probar, en la demanda que promoviere la parte interesada, que la causal existió y tiene los alcances de lo que se notificó", (Maza, Miguel Ángel, Régimen de Contrato de Trabajo Comentado, T. III, pág. 399, La Ley, Buenos Aires 2012).



Además, repárese que en esos términos se contestó la demanda a fs. 53/66, donde se negó que se adeudaran haberes, refirió a la invariabilidad de la causa y se dijo que la causal alegada no constituye una injuria suficiente para dar por extinguido el vínculo.

En ese contexto la decisión recurrida resulta incongruente por cuanto resuelve sobre una cuestión no propuesta oportunamente por la parte y sobre la que no se defendió la contraria (arts. 34, inc. 4° y 163 inc. 6° del CPCyC).

2. Luego, en punto a la causal de despido alegada - falta de pago de los haberes de agosto 2015- sin perjuicio de que fue negada por la demandada y el actor desistió de la prueba pericial contable, apreciada conforme el art. 242 LCT no resulta suficiente para constituir una injuria que impida la continuación del vínculo laboral en tanto es desproporcionada respecto al incumplimiento alegado.

3. Desestimado el despido incausado corresponde considerar la pretensión de cobro de haberes efectuada en la demanda. De la prueba informativa del BPN surge que el último pago se efectuó el 07/08/2015, al igual que de los recibos agregados por las partes (el empleador no acompañó recibo de agosto y se declaró su negligencia en la producción de la pericia contable), por lo cual teniendo en cuenta la fecha en que operó el distracto (08/09/2015) y la falta de constancia del pago de liquidación final, resulta procedente lo reclamado por haberes de agosto y septiembre 2015, SAC y vacaciones proporcionales por \$ 84.640,78 (conforme surge de la liquidación de la sentencia en puntos que no fueron cuestionados).



4. En punto al agravio referido a la imposición de costas de primera instancia por el rechazo de la demanda contra YPF SA, le asiste razón al recurrente por cuanto resultan a cargo del actor por su condición de vencido (art. 17 ley 921), sin que el A-quo haya expresado fundamentos para apartarse de tal disposición (art. 68 del CPCyC).

III. Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación deducido por la demandada Texey SRL a fs. 290/293 y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 279/283 rechazando el despido sin causa alegado por el actor, y reducir el monto de condena a \$ 84.640,78 correspondientes a la pretensión de cobro de haberes. Teniendo en cuenta la forma en que se resuelve corresponde distribuir las costas de primera instancia en un 90% a cargo del actor y un 10% de la demandada Texey SRL (arts. 17 ley 921 y 71 del CPCyC). Imponer las costas de primera instancia por la citación de YPF SA al actor vencido (art. 17 ley 921 y 68 del CPCyC). En cuanto a las costas por la actuación ante la Alzada corresponde imponerlas al actor vencido en esta etapa (art. 17 ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- Disiento con el Dr. Pasquarelli en la solución acordada.

Si bien comparto los fundamentos vertidos en los puntos II.1 y 4 del voto que antecede, a los que adhiero, no ocurre lo propio con el tratamiento realizado en el resto de los considerandos.



Es que, tal como manifiesta mi colega en el punto 3 de su voto, no se halla acreditado en autos el pago de la remuneración correspondiente a agosto de 2015 (véase principalmente el informe del BPN de hojas 243/4, sin perjuicio de que no se acompañó el recibo respectivo y la demandada fue declarada negligente en la producción de la pericial contable, hoja 267yvta).

Luego, y como se razona en el punto 1, la causal de despido indirecto alegada por el trabajador fue, justamente, la falta de pago de los haberes adeudados de agosto de 2015 (ver hoja 179) y transcurrido un plazo prudencial sin que se produzca el pago, se consideró despedido en fecha 17/09/15 (esa es la fecha del distracto).

Por ello, contrariamente a lo que sostiene mi colega entiendo que, acreditado que al trabajador no se le abonó la remuneración reclamada y toda vez que el "salario o remuneración" es un elemento primordial del contrato de trabajo, la actitud de rescindirlo por culpa exclusiva de la empleadora no resulta desproporcionada, por ser injuria suficiente el no pago de salarios en tiempo y forma.

Así lo hemos sostenido en anteriores oportunidades, al señalar:

"Las deudas salariales por su naturaleza alimentaria son tipificantes de injuria laboral, si ha mediado interpelación y exteriorización de voluntad del dependiente de considerarse despedido por tal causal" (SCJBA, 28-10-97, "Méndez, Emilse G. c/ Club Deportivo San Martín y otra", L. L. B. A. 1998-19)".



En relación con una situación similar, esta Sala sostuvo que: "La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: "Considero ajustado a derecho el despido indirecto dispuesto por el trabajador (art. 242 de la L.C.T.) por cuanto la falta de pago de los salarios en término, mediando intimación previa para su regularización, constituye injuria suficiente que impide la prosecución de la relación laboral. Ello es así debido al carácter alimentario que tienen los mismos, agravada la situación por la dolencia incapacitante que padecía el trabajador. La jurisprudencia es pacífica en exigir que, en primer lugar, exista mora del empleador. En segundo término que se lo intime en forma previa por un medio fehaciente, para que en un plazo prudencial lo abone y, finalmente, en tercer lugar debe haber una extinción formal por parte del trabajador, a través de un medio fehaciente de la ruptura de la relación laboral (C.N.A.T. Sala V. Mayo 23 de 1.990 T. y S.S. 1.990 pag 530 Sala VI 30/04/87 in re "Campi M.A. -vs- Gomez Ferran Interamericana S.A.C." D.T. 1.987 A.894; Sala I 25/03/86 in re "Rios H. -vs- Cia. Elaborada de Productos Anima-les S.A." D.T. 1.986 B. 1.129. Estos tres requisitos están acreditados en autos. Cabe puntualizar al respecto que no es la mora en el pago de haberes lo que constituye la injuria sino la negativa del empleador a cumplir con su obligación una vez intimado su pago (arts. 62, 63 y 74 de la L.C.T.). Por lo tanto el actor se hace acreedor a las indemnizaciones previstas en el art. 246 de la L.C.T.." (DRES: SAN JUAN - DIAZ RICCI.-N. C. M. C/G. G. Y. G. A. S/ENFERMEDAD ACCIDENTE (SALA IIIA.), 18/12/1996, Sentencia N° 286, Cámara Laboral Sala 3-LDT)" (Sala III, en autos "MARISCURRENA VANINA CONTRA ALBUS SRL S/DESPIDO", EXP. N° 340647/6)", ("TURRA NUÑEZ DOMINGO DEL CARMEN CONTRA LANDETE GILBERTO NARCISO S/DESPIDO POR FALTA DE PAGO HABERES", EXP N°



347366/7; "CHANDIA MARTA CARINA CONTRA NEUQUEN TEXTIL SRL SOBRE COBRO DE HABERES", EXP N° 388670/2009; "RODRIGUEZ GLADYS DEL CARMEN C/ LOS JUANES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP 467016/2012)).

Por tal razón, opino que corresponde rechazar el primer agravio formulado por la demandada Texey S.R.L. y, en consecuencia, confirmar las indemnizaciones por despido injustificado que se fijaron en la primera instancia.

2.- El segundo agravio planteado por la demandada, refiere a las distintas multas que reclama el actor y que fueron acogidas en el decisorio recurrido.

2.1.- Así, entiendo le asiste razón en lo que respecta a la sanción prevista en el art. 132 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (art. 43, Ley 25.345).

Ello así, toda vez que no hay evidencias de que se hubiera configurado el supuesto normativo allí previsto (esto es, que se hayan retenido aportes al trabajador con destino a distintas instituciones y, por cualquier causa, el empleador no los hubiese ingresado total o parcialmente). Además, tampoco observo cumplida la intimación previa en los términos previstos en el decreto 146/01.

Así, he señalado: "Agrego con relación a la sanción prevista por el art. 132 bis de la LCT, que ésta sólo se configura cuando el empleador descuenta los aportes previsionales y no los ingresa, vale decir cuando retiene y usufructúa créditos ajenos, violando las obligaciones que se le han impuesto como agente de retención. (cfr. CNTrab, sala IV, 30/09/2009. "Barbieri, Daniel Omar c. Alaned S.A.



s/despido". Publicado en: Exclusivo Derecho del Trabajo Online. Cita online: AR/JUR/40370/2009).

A su vez, que el objeto de la ley 25.345 (DT, 2000-B, 2397) no es que el trabajador obtenga un resarcimiento indebido, sino castigar al empleador que no dio cumplimiento con las obligaciones contenidas en el art. 132 bis (cfr. CNTrab, sala III, 30/12/2002. "Méndez, Carlos A. c. Khichfe, Gabriel O. y otro". Publicado en: La Ley Online. Cita online: AR/JUR/7037/2002).

Desde esta perspectiva, no surgiendo que la demandada haya retenido indebidamente los fondos, entiendo que la sanción no puede serle aplicada (cfr. "RUIZ ALBERTO SEBASTIAN C/ M.L. SERVICES SRL Y OTRO S/ INDEMNIZACION", EXP N° 448773/2011).

2.2.- Lo propio ocurre con la multa prevista en el art. 80 LCT (art. 45 de la Ley N° 25.345), toda vez que tampoco observo debidamente cumplida la intimación previa que exige el art. 3 del decreto reglamentario N° 146/01.

Esta Alzada ha señalado: "La manda del art. 80 referido ha sido reglamentada por el decreto n° 146/2001 que establece que el trabajador queda habilitado para remitir el requerimiento fehaciente a que se hace alusión en el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados segundo y tercero del art. 80 de la ley 20.744, dentro de los treinta días corridos de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo.

La aplicación de esta normativa no fue cuestionada por la actora, por lo que la intimación cursada conjuntamente



con la comunicación de la resolución unilateral del contrato de trabajo es extemporánea por apresurada, más allá que la injuria invocada sea el desconocimiento de la relación laboral” (“MARTÍN C/ VARELA OLID”, EXP N° 444.313/2011, 30/5/2017)

En autos se presenta una situación similar a la del precedente citado. El actor intima la entrega de las certificaciones previstas en el art. 80 de la LCT conjuntamente con la comunicación del despido indirecto (hojas 181), siendo, en consecuencia tal intimación, extemporánea por apresurada.

Surge de autos que la demandante instó reclamo en ante la Delegación local de la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia, donde reitera el requerimiento de entrega de los certificados del art. 80 de la LCT, y que la demandada no concurrió a la audiencia fijada, pero ello acontece cuando todavía no había transcurrido el plazo de 30 días previsto en la normativa aludida, por lo que no puedo considerar este reclamo a los fines de la aplicación de la penalidad señalada.

Tal como se indicara en autos “BELLANDE IGNACIO C/ARCOS DORADOS S.A. S/DESPIDO POR FALTA O DISMINUCIÓN” (EXP N° 373552/8): *“La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar también esta última interpretación, sin perjuicio de señalar que el mismo se advierte destinado a otorgar al empleador un plazo mayor a 48 horas, a efectos de que proceda a la confección de los certificados en cuestión puesto que, en*



numerosos casos (ej. trabajadores con gran antigüedad, diversidad de categorías y formas de remuneración, etc.), dicho lapso podría ser claramente exiguo si se pondera que en el mismo debe recolectar toda la documentación e información necesaria para dar cumplimiento al requerimiento legal, so pena de, en caso de no satisfacerla en tiempo y forma, hacer frente a una sanción, por cierto, pecuniariamente gravosa [...]”, (CNTrab., Sala II, 16/06/05, “Tocalli, Carolina c/Banco de Galicia y Buenos Aires SA s/despido”).

Y en igual sentido se ha pronunciado mi colega, en voto al cual adhiriera: “...La obligación de entregar las certificaciones se configura a los treinta días de extinguido el contrato de trabajo conforme a lo determinado por el decreto 146/01. La exigencia del mencionado decreto no es inconstitucional porque, lejos de someter la aplicación de la ley 25.345 a un requisito restrictivo permite, mediante la simple manifestación documentada, otorgar certeza a la exigibilidad de los certificados, y aventar las innumerables cuestiones que podrían ser planteadas, de buena o mala fe, sin ese recaudo [...]”, (CNTrab., Sala I, 29/12/11, “SOSA ORLANDO GABRIEL C/ INTERBAS S.A. Y OTRO S/ DESPIDO”)...” (cfr. esta Sala, “CAJAL SERGIO DANIEL C/GROSSENBACHER SILVIA ERICA S/COBRO DE HABERES” EXP N° 408036/10).

Comparto lo expuesto por la Dra. García Margalejo al indicar: “...el último párrafo del art. 80 L.C.T. que establece como requisito de la indemnización allí prevista, la intimación fehaciente al empleador, fue introducido por la ley 25.345, también llamada “Ley de Prevención de la Evasión Fiscal”, con el objetivo de combatir la evasión en el pago de impuestos y tributos. Es fácil advertir entonces, en primer



lugar, que lo que busca la norma trasciende el solo resarcimiento económico que pretende el trabajador, pues subyace el interés del Estado de que el empleador no solamente cumpla con la entrega del certificado sino también con las obligaciones fiscales enunciadas en el primer apartado de la norma (art. 80 L.C.T.). Con ello, la directriz legal pretende un mayor compromiso tributario.

En esa inteligencia, y teniendo especialmente en cuenta el indispensable tiempo que comprensiblemente requiere la emisión por parte del empleador de un certificado con tales implicancias, resulta -por cierto- razonable que el decreto, tendiendo al cumplimiento de la norma, otorgue un plazo de 30 días para que el principal pueda cumplir con sus disposiciones. Luego, una vez vencido tal lapso y si el empleador no entregó los instrumentos pertinentes, el trabajador se encuentra habilitado para requerir el cumplimiento de tal obligación, intimando por el plazo de dos días hábiles que prevé la norma, con lo cual ningún derecho se le cercena, como puede apreciarse. En ese sentido indica Carlos A. Etala que "...el plazo señalado en la norma sustancial aparecía como extremadamente exiguo si se tiene en cuenta que la disposición se dirige a todo tipo de empleadores (unipersonales, pequeñas empresas), y que puede tratarse de la extinción de relaciones laborales de larga data, caso en que su elaboración puede exigir una engorrosa tarea. El art. 3° del decr. regl. 146/01 aclaró, de manera razonable, que el trabajador queda habilitado para hacer el requerimiento cuando el empleador no hubiera hecho entrega de las constancias o certificados dentro de los treinta días de extinguido, por cualquier causa, el contrato de trabajo" ("Contrato de Trabajo" 5ª edición actualizada y ampliada,



pág. 248)...” (“JIMENEZ ARIAS LUCINDA MAGALI CONTRA BAROZZI JULIO ISMAEL S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, EXP N° 399278/9; “GEREA NATALIA CONTRA ORTOP. Y CIRUJIA MORRISON SRL COBRO DE HABERES”, JNQLA3 EXP 469381/2012).

Recientemente, la Sala II de esta Alzada ha rechazado la imposición de la penalidad aludida, cuando la intimación cursada, como en este caso, es extemporánea por apresurada (véase “CHEUQUEN CLAUDIA VANINA C/ BAHIA TUNING EMPRESA DE SERVICIOS S.A. S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS”, JNQLA3 EXP N° 503185/2014).

Aclaro que aún cuando el actor en su responde señala que la documentación debió aportarse al momento de contestar demanda, observo que, en rigor, solo se solicitó la indemnización prevista en el art. 45 de la ley 25.345 y no la entrega de documentación alguna (obligación de hacer).

2.3.- También le asiste razón al apelante, en lo atinente a la multa del art. 15 de la ley 24.013, toda vez que no se imputó a la demandada una errónea registración del trabajador, ni se cursó la intimación previa dispuesta en el art. 11 de la citada norma.

En virtud de las consideraciones expuestas, juzgo que corresponde hacer parcialmente lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada TEXEY SRL, y en tal virtud, dejar sin efecto las multas de los arts. 43 y 45 de la ley 25.345 y art. 15 de la ley 24.013. Consecuentemente, reducir el monto de condena a la suma de \$615.958,67.

Teniendo en cuenta el nuevo resultado del pleito, corresponde distribuir las costas de la Primer Instancia en



un 10% al actor y en un 90% a la demandada. Y las de la Alzada, en el orden causado (art. 17 ley 921). **MI VOTO.**

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. **Fernando GHISINI**, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. **Cecilia PAMPHILE** adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.-

Por lo expuesto, **POR MAYORIA**

SE RESUELVE:

1.- Modificar parcialmente la sentencia apelada, consecuentemente: a) reducir el monto de condena a la suma de \$615.958,67.-; b) imponer las costas en un 10% al actor y en un 90% a la demandada, c) por la citación de YPF S.A, imponer las costas al actor vencido (art. 17 ley 921); confirmándola en lo demás y que ha sido materia de agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 17 ley 921) y regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE- JUEZA
Dr. Fernando GHISINI- JUEZ

Dr. Jorge D. PASCUARELLI- JUEZ

Estefanía MARTIARENA- SECRETARIA