



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 19 de diciembre del año 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**MARQUEZ DONATO SERGIO EDGARDO C/ MOÑO AZUL S.A. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS**" (**JNQLA2 EXP 506008/2015**) 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, la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1. La demandada apela la sentencia recaída en esta causa.

Sostiene que el magistrado no ha efectuado una correcta valoración de las circunstancias al encuadrar la situación en el supuesto del art. 213 de la LCT.

Dice que al contestar la demanda, su parte indicó que la decisión rupturista fue enviada el día 15/05/15 cuando el Sr. Márquez se había retirado sin manifestar ningún problema de salud.

Agrega que también se expuso y quedó acreditado en autos, que se encomendó a los Sres. Gustavo García y Griselda Gómez contactar al actor, avisarle de la decisión adoptada y reclamarle la devolución del celular, la computadora, el automóvil y la llave de acceso.

Expone que quedó acreditada la reunión en la estación de servicio, el día 15/05/2015, en la que se le comunicó el despido, mediante la llamada que produjo a Argañaraz, por el teléfono de García y que posteriormente, se produjo la devolución de los bienes a la empresa.

Agrega que el telegrama enviado por el actor el día 18/05/15 fue posterior a la comunicación del despido.

Se queja de los efectos que el juzgador da a las comunicaciones.

Subsidiariamente se queja del periodo fijado para la licencia.

En segundo lugar, cuestiona la imposición de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323.

Dice que la intimación fue efectuada cuando su parte no se hallaba aún en mora y que deben valorarse las circunstancias del caso.

En tercer lugar, se queja de que no se haya considerado el tope salarial para la actividad que asciende a la suma de \$28.891,43.

En cuanto lugar, cuestiona que no se haya deducido el pago de la indemnización que le fuera abonada como producto de la desvinculación de la primera etapa de trabajo, surgiendo ello de las constancias del expediente ofrecido como prueba.

Critica, en quinto lugar, la fecha fijada para el cálculo de los intereses, omitiendo considerar las disposiciones del art. 255 bis de la LCT.

Por último, se queja de la regulación de honorarios efectuada al letrado de la actora, por considerarlos elevados y solicita que los honorarios regulados al perito contador sean dejados sin efecto, por no haber contestado el pedido de explicaciones.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 385 y ss.

2. Así planteada la cuestión, entiendo que asiste parcialmente razón a la demandada en su planteo.

En efecto, al contestar la demanda, la recurrente alegó que el distracto se produjo el día 15 de mayo de 2015. Relató que en dicha fecha remitió la carta documento y que además fue comunicado verbalmente, describiendo las circunstancias en que ésto se llevó a cabo, oportunidad en la

cual se le requirió la devolución de los elementos suministrados al actor por la empresa, a lo que éste accedió (adjuntó constancia escrita de la recepción. Ver copia obrante en hojas 136).

Ahora, las circunstancias alegadas por la demandada, fueron corroboradas por el testimonio del Sr. García, quien efectuó un relato circunstanciado de cómo tal reunión fue llevada a cabo. Dijo que ante la decisión de despido se trasladó, conjuntamente con la Sra. Gómez, al lugar de trabajo para comunicarle la decisión; que al haberse retirado el actor -conforme la hora que consigna, éste ya había finalizado su jornada-, se comunicó telefónicamente y coordinaron para encontrarse en una estación de servicio; que allí reunidos, llamó desde su celular al Gerente de Recursos Humanos y que le pasó el teléfono al actor, para que hablara con él. Que luego de comunicado el despido, el actor llamó a su abogado y fueron hasta su casa a efectos de que les entregara los elementos dados por la empresa.

La versión de la demandada en punto a la comunicación del despido el día 15/05/15, queda corroborada a partir de este testimonio, con la entrega de todos los elementos dados para desarrollar el trabajo y la acreditación de la llamada.

Nótese aquí, que la versión que da el actor de la entrega de los elementos de trabajo no se compadece con el curso normal de las cosas: conforme a su versión, en razón de su licencia, entregaba la llave, el celular, el automóvil y la computadora, pero ello no se presenta verosímil si se advierte que la licencia que dice había comunicado telefónicamente, era de dos semanas.

Por otra parte, si según afirmó, ya había comunicado que su médico le había acordado licencia y la empleadora lo sabía, no se comprende por qué no contrainterrogó en este sentido al testigo García, testimonio que, por otra parte,

tampoco cuestionó en punto a su entidad probatoria en momento alguno.

La comunicación telefónica de la licencia, con antelación al despido, tampoco fue comprobada, todo lo cual, echa por tierra a su versión.

3. Tengo entonces por acreditada la versión de la demandada; de hecho, debo señalar, que al haber comunicado verbalmente el despido, éste quedó consolidado al 15/05/2015, vértice desde el cual, deviene en incausado (aspecto que no tiene relevancia para la indemnización por despido, dado que no se cuestiona la valoración que hizo el magistrado, pero que sí incidirá en la aplicación de la multa apelada).

En efecto, he señalado en los autos "Capelletti":

"La exigencia de la comunicación escrita para el perfeccionamiento del despido, no tienen apoyatura en la L.C.T., que sólo exige la comunicación escrita cuando el despido se produce con invocación de justa causa (art. 243, L.C.T.)..."

"Y bien, "cuando el despido se verifica ex abrupto (es decir, sin que medie preaviso), la extinción se opera en el instante en que queda perfeccionada la comunicación" (Vázquez Vialard, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo bajo su dirección", Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 272, párrafo 137), la que, por lo demás, no requiere de las formalidades del art. 243 de la L.C.T. (op. cit., p. 272, nota 490 y jurisprudencia allí citada).

Sin embargo, "para concluir sobre la existencia de un despido verbal debe haber un reconocimiento expreso del trabajador o una prueba que no deje lugar a dudas acerca de su acontecimiento" (Cám. Apel. Trab., Sala II, "Varela, Mariano Hernán c. Congress Net S.A. y otros", 11/04/2011, Cita Online: AR/JUR/14314/2011).

Esto último, es lo que entiendo sucedió en el caso: la prueba testimonial rendida en la causa, permite corroborar el planteo de la empleadora en punto a que la voluntad de despedir llegó a conocimiento efectivo de la destinataria en la fecha y modo alegados en la contestación de demanda..."

Este es, según veo, conforme la versión de los hechos acreditada en la causa, el encuadre que corresponde efectuar.

Es que, como también lo señalara en aquél caso, "si bien la comunicación del distracto debe ser recepticia para que aquel se perfeccione, sabido es que en el caso, la ratificación por escrito de un despido verbal dispuesto con anterioridad, no tiene la virtualidad de atrasar en el tiempo la disolución del vínculo contractual que se produjo en oportunidad del despido verbal y no en la de su ratificación (SCBA , L 50754 Sent. 29/6/93, "Quevedo de Sarli, Isabel c. Fernando Orsini S.R.L. s/ Indemnización" DJBA, 145-32 - TSS, 1993-706)..." (cfr. "CAPPELLETTI GIULIANNA C/ DECORIENTE SRL S/DESPIDO Y COBRO DE HABERES", JNQLA3 EXP 507809/2016).

Establecido esto y, no habiendo quedado acreditado que la actora comunicara que se encontraba imposibilitada de trabajar por razones de salud con antelación al distracto, el artículo 213 de la LCT no es aplicable.

En este aspecto, asiste razón a la recurrente.

4. En cuanto a la multa prevista por el artículo 2 de la ley 25.323, atento a los desarrollos anteriores, es claro que al estar situados frente a un despido sin causa (y más allá del rechazo de la causa, efectuado por el magistrado de la instancia de origen, que tampoco ha sido cuestionada) la misma es procedente.

Conforme a las constancias obrantes en la causa, no advierto razones de peso que persuadan de su no aplicación.

5. El agravio referido al descuento que correspondería efectuar por el pago de la indemnización

anterior no puede prosperar, a poco que se advierta, que ello no fue invocado al contestar la demandada (ver impugnación de planilla). Por lo demás y, a todo evento, tampoco surgen acreditados los pagos alegados.

6. Asiste también razón en su planteo en punto al tope salarial.

En efecto, "...El art. 245 de la LCT, segundo párrafo, 5 establece un tope indemnizatorio de acuerdo a todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo aplicable al momento del despido y pone en cabeza del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la fijación y publicación de tales importes. Por lo tanto, el juez está obligado a aplicar dicho tope porque forma parte de la fórmula legal, pudiendo solo apartarse cuando declare su inconstitucionalidad (Conf. CNAT, Sala VIII, 9-11-99 "Olarieta, Daniel, E. c/ Elma S.A., DT. 2000-A-616).

Y lo cierto es que en autos ello no ocurrió ya que ni siquiera fue solicitado por el actor la declaración de inconstitucionalidad del art. 245 LCT. En cuanto a la obligatoriedad de la aplicación del mencionado tope indemnizatorio, por parte del juez, sostiene Ojeda "La única excepción posible a esta regla de "aplicación universal" podría darse en el caso individual, por la negligencia de la empresa que pretende la aplicación de un tope sin individualizar el CCT aplicable, pues, conforme lo dispone el art. 8 de la LCT, si bien las partes no están obligadas a probar la existencia y contenido de los convenios colectivos de trabajo, deben necesariamente individualizarlos con precisión, no pudiendo ser subsanada dicha omisión por los juzgados.

Vale decir, la aplicación del tope es una defensa que se activa cuando el empleador invoca el convenio colectivo de trabajo aplicable" (en "Ley del contrato de Trabajo

Comentada y concordada, Antonio Vázquez Vialard- Raúl Horacio Ojeda, T. III, p. 438, la negrita me pertenece)..." (cfr. Sala II "PEANO MIGUEL ANGEL C/ ENSI S.E. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP N° 380629/2008, entre otros).

Lo cierto es que, conforme lo ha indicado la Corte, media inconstitucionalidad del art. 245, en el supuesto de que "la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor, pueda verse reducida en más de un 33%, por imperio de su segundo y tercer párrafos."

Así, estableció la Corte que "corresponderá aplicar la limitación a la base salarial prevista en los párrafos segundo y tercero del citado art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, sólo hasta el 33% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable".

En síntesis, la Corte consagra como doctrina -aunque no obligatoria para los jueces inferiores- que el importe a percibir en concepto de indemnización por antigüedad por cada año de servicio no debe ser inferior al 67% de la mejor remuneración mensual normal y habitual computable percibida por el trabajador, siendo inconstitucional el art. 245 LCT si por aplicación del tope que éste prevé, resultare un monto menor a aquél. (cfr. Pedro A. Prado, INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 245 DE LA LEY 20.744 EN CIERTOS SUPUESTOS. CRITERIO PARA SU JUZGAMIENTO... CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIONV. 967. XXXVIII., Vizzoti, Carlos Alberto c/ AMSA S.A. s/despido).

En este caso, tal afectación no se registra, por lo cual, el tope -no controvertido en los términos invocados- deviene aplicable.

Propongo, en consecuencia, hacer lugar al agravio y disponer que, en la instancia de origen, se readecúe la liquidación a ese parámetro.

7. En cuanto a los intereses, teniendo en cuenta que el distracto se produjo el 15/05/19; que conforme la demandada indica, el trabajador prestaba tareas el día sábado, y que la norma del artículo 255 bis, dispone que para el caso del trabajador mensualizado deben ser pagados dentro del cuarto día hábil, la mora se produjo desde el día 21/05/15.

En definitiva, propongo hacer lugar parcialmente al recurso, dejando sin efecto el rubro salarios desde el despido hasta el alta, disponiendo la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT y estableciendo que el curso de los intereses fijados correrá a partir del día 21/05/2015. En lo restante, será confirmado el pronunciamiento.

En cuanto a los honorarios del Dr. ..., entiendo que los parámetros adoptados por el magistrado se ajustan a las reglas arancelarias y a la tarea desarrollada, por lo que habrán de confirmarse.

En punto a los honorarios del perito, entiendo que asiste razón a la parte, en tanto que, intimado en los términos del artículo 37 de la ley 921, no respondió al traslado. Sus honorarios deberán ser dejados sin efecto.

Las costas correspondientes a la instancia de origen serán impuestas a la demandada y las correspondientes a la instancia de apelación, en el orden causado. Para la regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia, se tomará el parámetro establecido en el art. 15 de la L.A., tomando como base el monto de los agravios. **TAL MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

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

Por ello, esta **Sala I**

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada, dejando sin efecto el rubro salarios desde el despido hasta el alta, disponiendo la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT y estableciendo que el curso de los intereses fijados correrá a partir del día 21/05/2015, confirmado en lo demás el pronunciamiento de hojas 369/373vta.

2. Confirmar los honorarios regulados en la sentencia de grado a favor del Dr. ..., y dejar sin efecto la regulación efectuada a favor del perito

3. Imponer las costas de Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado, tomando como base regulatoria monto de los agravios (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA