--- En la ciudad de Trelew, a los días de octubre del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“C., A. H. c/ P., A. M. s/ cobro de pesos - laboral”** (Expte. Nº 441 - año 2009) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 330.---------- --- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo: ----------

--- Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 316 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 309/313, por el cual se hace lugar a la demanda promovida por A. H. C. contra A. M .P ., condenando a esta última a que abone a aquél la suma de $ 10.084,15, con más intereses y costas.----------A fs. 318/319 vta. obra el informe del art. 62 de la ley 69 presentado por la apelante, del que se confiere traslado a fs. 320, el que fuera contestado por la actora a fs. 321/326.----------

---

--- I.- Comenzaré por realizar una breve reseña de los agravios de la accionada y de la respuesta a los mismos por parte del actor.----------

--- 1) La demandada, como primer agravio, manifiesta que la jueza tuvo en cuenta cuestiones dogmáticas para considerar si se configuró la causal de abandono de trabajo como justa causa del distracto. Señala que el desconocimiento de la documentación presentada con el responde-demanda de fs. 144 no cumplió con las mandas de la normativa procesal, destacando que los partes de reconocimientos médicos del 11 y 16 de septiembre de 2006 son impugnados no por falsos sino por su contenido. Agrega que los certificados de fs. 126, 128 y 129 acreditan la reticencia del actor a cumplir con su débito laboral. Indica que la dolencia padecida por C.no justificaba reposo, pudiendo cumplir tareas especiales, pero ante la reticencia del actor hubo que constituirlo en mora. Concluye que la contraria eludió sistemáticamente y por un tiempo prolongado reintegrarse a trabajar, por lo que se configuró el abandono. Expresa que la afirmación dogmática referida consiste en la intención del actor de volver a trabajar, cuando por las circunstancias del caso ello estuvo ausente en la especie.----------

--- En segundo lugar se cuestiona de que el decisorio incurrió en *extra petita* ya que se reclamó un solo período a los efectos de la indemnización del art. 245 de la LCT y se reconocieron dos. Amén de ello cuestiona que se tomó como base remuneratoria el haber de diciembre de 2005, que fue de actividad extraordinaria, no siendo la normal y habitual, añadiendo que de acuerdo a la pericia y al certificado de remuneraciones la misma se ubicó entre $ 1.000 y $ 1.100. Por último, en cuanto a este agravio, refiere que en la sentencia se incluyó el pago de los salarios de los meses de agosto y

septiembre de 2007 a pesar de las inasistencias injustificadas del actor, no habiéndose deducido lo ingresado por dichos conceptos en la caja de ahorros del actor, de acuerdo al certificado de trabajo del art. 80 de la LCT.----------

--- En tercer término se agravia de la imposición de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323, por cuanto, aduce, la patronal tenía la total convicción de que había despedido con justa causa al actor, debidamente constituido en mora y cumplidos todos los requisitos. Cita doctrina acerca del objetivo de la multa indicada, agregando que se le abonaron al actor los rubros de la liquidación final, por lo que ante la conducta del empleador la norma en cuestión permite morigerar y hasta eliminar la sanción. Culmina con el petitorio de estilo.----------

--- 2) La actora responde al primer agravio, comenzando por indicar que la demandada no produjo prueba tendente a acreditar la veracidad de los certificados que menciona. Agrega que los mismos deben ser valorados en base a lo realmente ocurrido entre las partes, a tal fin reedita la extensa relación e intercambio de certificados y notificaciones entre ellas a lo largo de los meses de julio a septiembre de 2006. Entiende que como consecuencia de dicha relación, quedó plasmado que C.nunca tuvo intención de perder su trabajo, agregando que la demandada, luego de recibir un certificado médico donde se prescribían dos semanas de reposo al actor con fecha 26/09/06, el 29/09/06 decide romper el vínculo alegando la causal contemplada en el art. 244 de la LCT en virtud del emplazamiento del 20 del mismo mes y año. Remarca que el actor mantuvo su intención de mantener el vínculo laboral desde que comenzó con sus problemas de salud, así como destaca que la demandada no acreditó en autos la causal de despido invocada, ya que siempre tuvo un certero conocimiento del precario estado de salud del trabajador. Se refiere luego al elemento subjetivo que debe estar presente en la causal esgrimida por la demandada, citando doctrina y jurisprudencia.----------

--- En cuanto al segundo agravio expresa que si bien, como liquidación provisoria, incluyó un período a los fines de la indemnización del art. 245 de la LCT, el juez conoce el derecho, y debido a que el vínculo laboral se extendió por espacio de un año, tres meses y 29 días, correspondía computar dos períodos. En relación a la mejor remuneración normal y habitual, señala que de acuerdo a lo informado en la pericia se confirmó que el valor a tomar era el haber de diciembre de 2005. A ello añade que la contraria no explica a qué refiere cuando afirma actividad extraordinaria respecto al mes de diciembre de 2005. En relación al pago de los meses de agosto y septiembre de 2007, señala que de acuerdo a lo aportado en la causa, C. justificó sus inasistencias durante tales meses.----------

--- Con relación al último agravio, enumera nuevamente los certificados médicos recibidos por P., así como el intercambio de notificaciones entre las partes, para afirmar que de ninguna manera la demandada pudo creerse con derecho convencidamente a despedir a actor.----------

--- II.- Reseñados los agravios vertidos por la actora, paso a su tratamiento en el orden indicado por la apelante, ya que el mismo resulta lógico en virtud de la entidad de las quejas vertidas.----------

--- 1) La primera queja de la apelante radica en que la sentenciante asumió una postura dogmática para concluir en que no se ha configurado la causal de abandono de trabajo. Señala que los reconocimientos médicos del 11 y 16 de septiembre de 2006 fueron impugnados por su contenido mas no por entendérselos falsos, y que los certificados de fs. 126, 128 y 129 dan cuenta de la reticencia del actor a reintegrarse al trabajo.----------

--- La jueza de grado razonó liminarmente en el sentido de que correspondía a la demandada acreditar la causal de despido invocada (ver sentencia a fs. 311, anteúltimo párrafo), lo cual además de resultar correcto no fue objeto de crítica en el agravio. La apelante argumenta que los certificados de fs. 126, 128 y 129 da cuenta de la reticencia de C. a reintegrarse al trabajo. Sin embargo en el certificado de fs. 126 se deja constancia que el actor estaba en condiciones de realizar tareas livianas, mientras los de fs. 128 y 129 -ambos posteriores al anterior- dan cuenta de que C. padecía dolor en el codo y que se estimaba un período de tratamiento de dos semanas. En lo que se refiere a los reconocimientos médicos de fs. 125 y 127 dan cuenta de la ausencia injustificada del actor. Sin embargo, como bien dice la actora, tales instrumentos no pueden ser descontextualizados del intercambio de notificaciones y de documentación realizado entre las partes, ni pueden valorarse de manera aislada. Es sabido que la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del CPCC, puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí (conf. C. 2da. Civ. y Com., La Plata, Sala III, 12/2/80, DJBA, 118-367; CN. Com., Sala B, 4/9/79, LL, 1980-A-94). En ese orden de ideas, es de recordar que la Corte reiteradamente ha casado sentencias por omitir valuar en conjunto las pruebas, o bien al interpretarlas parcialmente o en forma aislada de los elementos aportados a la causa; es decir, sin integrarlos ni armonizarlos en su totalidad, al expresar que “la valoración de la prueba exige una apreciación global e integradora de los elementos de juicio incorporados al proceso” (conf. CSJN, 2/10/90, LL, 1991-B-280).----------

--- La recurrente se centra en la prueba documental citada, mas olvida el resto de los elementos probatorios considerados por la “a quo”. La sentenciante tuvo en especial consideración que la demandada no desconoció las firmas de los certificados médicos de fs. 68 y 70 que, con fecha 12/09/06 y 26/09/06, prescribieron dos semanas de reposo al actor (ver absolución de posiciones de fs. 218, respuestas sexta y séptima, y sentencia a fs. 311 vta., 2do. párrafo). En ese entendimiento, la juzgadora de grado razonó *“...que al 20/09/06 en que la demandada intimó al trabajador a presentarse a trabajar, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo, no solamente tenía conocimiento de la existencia de órdenes médicas de reposo hasta*

fecha bastante posterior, sino que hizo caso omiso de la respuesta del trabajador (ver fs. 16), haciendo efectivo el apercibimiento pese a las protestas y respuesta dada por C.. En ese contexto y entiendo que el art. 244 L.C.T. resulta inaplicable en la especie. Ello así porque al momento en que la demandada practica la intimación previa prevista por el art. 244 L.C.T. estaba en conocimiento de las circunstancias que producían la ausencia de la actora. Por otra parte, el demandante contestó la intimación, señalando las constancias médicas que le concedían reposo, demostrando con ello su intención de no abandonar el trabajo" (ver sentencia a fs. 311, último párrafo/312, 1er. y 2do. párrafos).----------

--- De acuerdo a lo establecido en el art. 244 de la LCT, uno de los requisitos para que se configure la causal de abandono de trabajo como justa causa de despido es la previa intimación. La norma citada dice que debe darse una previa constitución en mora por medio fehaciente, para que el trabajador se reintegre. La misma es necesaria para configurar el abandono como acto de incumplimiento, significa que debe haberlo para que se configure el tipo "abandono" que se refiere el art. 244 y no, como dice el texto, para que el incumplimiento lo sea, por más que sin intimación previa no sea uno sancionable en los términos del art. 244. Y con respecto a la mora, ésta "existe por la omisión...sin ninguna necesidad de certificación o intimación", con lo cual en definitiva lo que dice el artículo es que para que las inasistencias del trabajador -su mora- puedan dar lugar a la extinción del contrato en los términos del art 244, debe existir una previa intimación a cumplir el contrato (conf. Ramírez Bosco, Luis E., en Rodríguez Mancini-Barilaro: "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. La Ley, 2007, Tº IV, pág. 384). En la especie la intimación tuvo lugar el 20/09/06 por 48 horas (ver fs. 15), la que fuera contestada por la actora el 22/09/06, haciendo especial referencia al certificado del 12/09/06 anteriormente mencionado (ver fs. 16). Justamente la jueza argumentó que la demandada no tuvo en cuenta dicha respuesta al despedir al actor con fecha 29/09/06 (ver fs 18).----------

--- Se ha añadido al requisito de las ausencias y de la intimación, que aquéllas sean prolongadas o considerables y que sean culposas. Respecto de esta última exigencia se ha considerado que las ausencias no tienen que resultar de una causa de fuerza mayor o de alguna circunstancia que prive al trabajador de su discernimiento, su intención o de su libertad de actuar. Y este requerimiento de voluntariedad o culpabilidad de las ausencias puede trasladarse a una cuestión que al fin y al cabo es más que nada relativa a la carga de la prueba, cuando diciéndolo expresamente o partiendo de esa base, se sostiene que para que el empresario pueda válidamente invocar la figura del art. 244 de la LCT, no basta que hayan ausencias durante un lapso prolongado e intimación, sino que se necesita, además que exista un elemento subjetivo de la figura; una disposición o intención del trabajador en sentido de abandono de su trabajo o su contrato (conf. Ramírez Bosco, op. cit., ídem, págs. 386/387). Y concretamente, para el supuesto que se presenta en la especie, se consideró que si la

patronal entendiera, en razón de la opinión del facultativo médico de la misma, que el actor se encontraba en condiciones de reintegrarse al trabajo -disintiendo con la de los facultativos que lo atendían- debió haber recurrido al pedido de realización de una Junta médica o bien la intervención del médico oficial, no encontrándose por lo tanto ajustada a derecho la conducta asumida por la demandada que sostuvo como producido el abandono de trabajo por no reincorporarse el actor (conf. CNTrab., sala I, 12/03/80, in re “Camelis c/ Industrias Hughers”, DT, 1980-1329).----------

--- De lo expuesto, surge que resultó correcto el razonamiento de la “a quo”, por cuanto la accionada, al tiempo de la intimación del art. 244 de la LCT y del despido, estaba al tanto de la prescripción médica de reposo para el actor, por lo tanto el distracto fue o prematuro -debiendo dirimir la controversia médica por los carriles adecuados- o directamente incorrecto ya que no fue acreditado el aspecto subjetivo para que se configure el abandono. Por las razones expresadas es que se desestima este primer agravio.----------

--- 2) En segundo lugar, la demandada se queja de que se haya reconocido un período más en concepto del art. 245 de la LCT, ya que se reclamó uno y se otorgaron dos. Es cierto que en la liquidación provisoria de fs. 115, la actora incluyó un período al calcularse la indemnización por antigüedad en $ 1.577,35 y que en la sentencia se admitieron dos períodos ($ 3.154,70) (ver fs. 313, 1er. renglón). Ahora bien, el vínculo laboral comenzó el 26/05/05 y culminó con el despido dispuesto el 29/09/06, por lo tanto de acuerdo a lo establecido por el art. 245, 1er. párrafo de la LCT, al haberse superado el lapso de tiempo de un año y tres meses, correspondía hacer lugar a dos períodos como se decidió en la sentencia. En consecuencia, más allá de que la liquidación practicada por el actor era “provisoria”, debe recordarse que, en virtud de lo estipulado por el art. 71 de la ley 69, el juez está facultado para sentenciar “ultra petita”, supliendo la omisión o error del demandante. Debe recordarse que una decisión es “ultra petita” cuando excede las peticiones que conforman la litis, y “extra petita”, cuando versa sobre cuestiones ajenas al “thema decidendum” (conf. Guasp, Derecho procesal civil, Madrid, 1962, p. 533; Palacio, Derecho procesal civil, v. V, págs. 431 y sigtes; cit. en Morello-Sosa-Berizonce: “Códigos...”, Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1986, Tº II-C, pág. 51). Es claro que el reconocimiento de un período más respecto a la indemnización del art. 245 de la LCT, fue en todo caso, una decisión “ultra petita” y no “extra petita”, ya que el decisorio no se excedió de la cuestión propuesta, esto es, la indemnización por despido. Por ende ninguna objeción ha de realizarse a la forma en que se liquidó la indemnización del art. 245 de la LCT en la sentencia apelada.----------

--- Otra objeción de la apelante, siempre en este segundo agravio, radica en el monto tomado como “mejor remuneración”, ya que entiende que el mes considerado -diciembre/05- fue de actividad extraordinaria, no siendo la mejor remuneración normal y habitual como lo dispone el art. 245 de la LCT. La sentenciante de grado tomó el mes en cuestión por contener rubros normales y habituales, *“...al punto que ha sido tomada*

por la propia demandada para liquidar el sac correspondientes a dicho semestre (ver fs. 24)" (ver fs. 312 vta. anteúltimo párrafo). La recurrente dice que la mejor remuneración se ubicó entre los $ 1.000 y $ 1.100. A tal efecto, menciona que ello se acredita con el certificado de fs. 22 y la pericia de fs. 192. En cuanto al certificado de fs. 22 es de señalar que sólo se registran los haberes, surgiendo que el de diciembre/05 fue el mejor, mas no se desprende que hayan existido rubros no habituales, de hecho en todos los meses se consignó que los servicios fueron comunes. Y respecto a la pericia de fs. 191/193, es de destacar que el experto consideró como mejor remuneración mensual normal y habitual la de julio de 2006 por el valor de $ 1.761,67, esto es un valor mayor que el tomado por la jueza (ver fs. 192/193, ptos. 6 y 8), mientras dijo que el promedio resultaba de $ 1.051,43 (ver fs. 192, pto. 7). Del cotejo de los recibos de sueldo (ver fs. 25/47) se desprende que en el mes de diciembre/05 (ver fs. 37) no se liquidaron rubros extraordinarios que no estuvieran habitualmente presentes en los restantes meses. Y puntualmente debe señalarse que si las horas extras son habituales, deben incluirse a los efectos de la mejor remuneración mensual percibida para la determinación de la indemnización por despido, así como los premios a la puntualidad, producción, viáticos, movilidad, bloqueo de título, responsabilidad jerárquica, etc., correspondiendo su cómputo únicamente cuando reúnen los requisitos de normalidad y habitualidad (conf. Etala, Carlos Alberto: "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, 2000 pág. 579). En síntesis, por las razones expuestas, corresponde desestimar también este aspecto del agravio.----------

--- Por último, siempre dentro de la segunda queja, se objeta la inclusión en la condena del pago de agosto y septiembre de 2007, no obstante las inasistencias injustificadas del actor, agregando que no se dedujo lo ingresado en la caja de ahorros del mismo y que de fs. 22 y 24 surge que esos dos meses fueron percibidos. Ante todo corresponde aclarar que los dos meses cuestionados son los de agosto y septiembre de 2006. En cuanto a las inasistencias injustificadas, atento a la consideración de los certificados médicos que presentara el actor y que fueron evaluados por la sentenciante a fin de tener por no acreditada la justa causal de despido de abandono de trabajo, no cabe atender a dicho argumento. Pero además ello se contradice con el resto de las razones esgrimidas en el agravio, en tanto se manifiesta que se abonaron dichos meses. En cuanto a este último argumento es de hacer notar que la documentación de fs. 22 y 24 es unilateral de la empleadora. Pero amén de ello es de tener en cuenta que, al contestar demanda, la accionada adujo que depositó en la cuenta bancaria del actor la parte proporcional del salario correspondiente a los días efectivamente laborados en tales meses (ver fs. 142, 3er. párrafo), por lo que admitió que el pago no fue completo, quedando en todo caso, para la etapa de ejecución de sentencia, la cuestión referida a la deducción o no de los importes que se hubieran depositado en la caja de ahorros del accionante.----------

--- En definitiva por los motivos expuestos postulo también la desestimación de este segundo agravio.----------

--- 3) Como último agravio la demandada impugna que se la condenara al pago de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323. Argumenta que debió eximírsela ya que tenía la total convicción de que el despido estaba justificado, añadiendo que podrá discutirse si procedía o no que actuase de tal manera, mas no existe la posibilidad de calificar la causal de despido invocada como inverosímil. La norma en cuestión reza: *"Cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la ley 20.744 (t.o. en 1976) y los arts. 6º y 7º de la ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%. Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".*----------

--- Con relación a las causas justificatorias de la reducción o eximición del pago de la indemnización agravada, se ha entendido que la situación debe ser suficientemente atendible, como podría ser una de fuerza mayor o de falencia (conf. Vázquez Vialard, Antonio: "Régimen de indemnización por despido incausado y sanciones con motivo de la ausencia o deficiente registro del empleado", en Revista de Derecho Laboral, Número extraordinario, La reforma laboral- II, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 21, nota 31). Como se puede apreciar no podría representar una causal suficiente la convicción del empleador con relación a la causal de despido, cuando luego en el debate del pleito se arribase a la conclusión que no se acreditó la referida justa causa de distracto. Más aún cuando, como en la especie, expresamente se destacó que la demandada hizo caso omiso a la respuesta del trabajador a la intimación a presentarse al trabajo, respuesta basada en certificados médicos, lo cual al menos, imponía una conducta de mayor prudencia por parte de la demandada.----------

--- En consecuencia, tampoco prosperará esta queja.----------

--- III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se confirme el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravio, con costas a la demandada apelante vencida (conf. arts. 59 de la ley 69 y 68 del CPCC).----------

--- A tal fin, por los trabajos efectuados ante la Alzada, y considerando el resultado del pleito, mérito y extensión de las tareas desarrolladas en esta sede, regulo los honorarios del letrado apoderado de la accionada, Dr. J., en un 25%; y los de los letrados apoderado y patrocinante del actor, Dres. M. N. A. y F. A. , en conjunto, en un 30%; en ambos casos sobre el monto establecido en la instancia anterior y con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 6, 14, 47 y concs. de la ley 2200).----------

---

--- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 316, que fuera concedido a fs. 317, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 309/313 que hizo lugar a la demanda instaurada por A. H. C. y condenó a A. M. P al pago dentro del plazo de cinco días de la suma de $10.084,15.-, con más sus intereses, en concepto de haberes adeudados, sueldo anual complementario, vacaciones proporcionales, indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva por falta de preaviso, e incremento previsto por el art. 2 de la ley 25.323, con imposición de costas a la vencida.----------

---

--- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 luce a fs. 318/319 y vta., el traslado conferido a fs. 320 fue evacuado por su contraria a fs. 321/326, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

--- 2. Sostiene la apelante que la señora Jueza tuvo en cuenta cuestiones dogmáticas respecto a que actitud del dependiente se toma en cuenta para considerar que se ha configurado la causal de abandono de trabajo. Agrega que los partes de reconocimientos médicos del 11 y 16 de septiembre de 2006 fueron impugnados por su contenido, y que los certificados obrantes a fs. 126, 128, y 129 acreditan la reticencia de la actora a cumplir con su débito laboral.----------

--- Al respecto, el juzgador señaló a fs. 311 que: ***Atento los términos en los que quedara trabada la litis corría la parte demandada con la carga procesal de acreditar la causal de despido invocada (art. 377 C.P.C.C. 244 L.C.T.)***.----------

--- Dicho aspecto del decisorio no fue objeto de embate alguno, sin perjuicio de considerar acertado el mismo pues la justificación de la causal de despido, sea directo decidido por la empleadora, sea indirecto dispuesto por el trabajador, corresponde a quien produce la extinción del vínculo, conforme al art. 377 del C.P.C.C. de aplicación en virtud de la remisión dispuesta por el art. 76 de la ley 69 (esta Cámara, en su composición de Sala única, c. 11.702, S.D.L. 115/95; y c.12.172, S.D.L. 02/97, entre otros pronunciamientos).----------

--- Dicho de otro modo, quien alega un hecho como justa causa de despido, debe probarlo. Con arreglo a lo dispuesto por el art. 377 del Cód. Procesal incumbe a quien lo invoca la prueba del hecho contemporáneo que diera lugar al despido (Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 2001, 2da. ed. act., T. II, par. 15.6.4., pág. 1726).----------

--- Sobre la apreciación que hace la recurrente de los certificados de fs. 126, 128, y 129, lo cierto es que si bien el primero de ellos indica que el trabajador está en condiciones de realizar tareas especiales (livianas), los dos restantes señalan que padece de una

afección en el codo, y a su vez el de fecha 08/08/06 (fs. 128) estima un periodo de tratamiento de dos semanas.----------

--- De tal modo, la manifestación efectuada en el sentido de que tales constancias denotan una “absoluta reticencia del actor a cumplir con su débito laboral” es una mera apreciación personal de la parte.----------

--- Respecto de los reconocimientos médicos de fs. 125 y 127, es evidente que los mismos no pueden ponderarse en forma aislada como pretende la parte demandada, para así prescindir de la restante documental y del intercambio epistolar habido. Tal fragmentación del material probatorio resulta inadmisible.----------

--- Es que, la prueba debe ser valorada en su conjunto, tratando de vincular armoniosamente sus distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 386 del C.P.C.C., puesto que el proceso debe ser tomado en su desarrollo total y ponderado en su múltiple unidad: las pruebas arrimadas unas con las otras y todas entre sí. Las pruebas en general no son susceptibles de fraccionarse para que la parte que las invoca aproveche lo que le es útil y deseche lo que la perjudica (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, pág. 357).----------

--- A su vez, cabe destacar que la apelante omite considerar otros elementos de prueba. En ese direccionamiento, el fallo de la anterior instancia ponderó a fs. 311 vta., 2do. párrafo, que la accionada no desconoció las firmas de los certificados médicos de fs. 68 y 70, los cuales indicaban reposo por dos semanas, el primero del 12/09/06 y el segundo del 26/09/06, pues se limitó a no recordar y a que podía ser, respectivamente (absolución de posiciones, respuestas sexta y séptima, fs. 218).----------

--- Por ello, la sentenciante a fs. 311 vta., párrafo final, señaló que al 20/09/06, fecha de la intimación de la demandada, ésta tenia conocimiento de la existencia de órdenes de reposo, y que a su vez hizo caso omiso de la respuesta del trabajador que luce a fs. 16 al hacer efectivo el apercibimiento cursado según carta documento que obra a fs. 18.----

--- Todo lo cual le permitió considerar que el art. 244 de la L.C.T. resulta inaplicable en la especie.----------

--- En ese aspecto, para que pueda configurarse el abandono-incumplimiento no sólo se requiere intimación del empleador, sino también que el trabajador guarde silencio.--------

--- Así, es necesario, además de la previa intimación al trabajador, que quede evidenciado su propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna, y la nota que lo caracteriza es en principio y generalmente, el silencio del dependiente (SC Buenos Aires, noviembre 8-994, “Aranda, Rodolo A. c. Ostrovsky, Marcos”, TySS 1996-40).----------

--- Si el trabajador no responde a la intimación, reincorporándose inmediatamente al trabajo o justificando su ausencia de alguna manera, queda tipificado el “incumplimiento calificado” a que se refiere el art. 244 de la LCT, que se traduce en una ausencia prolongada y en el desdén por la intimación, lo cual justifica sin más el despido

(Vázquez Vialard, Director, “Tratado de derecho del trabajo”, Astrea, 1984, T. 5, pág. 389).----------

--- El abandono del trabajo como acto de incumplimiento que valida el despido se configura cuando el trabajador guarda silencio a la interpelación del empleador y no pretende justificar su ausencia (CNTrab., sala VIII, octubre 31-989, “Monzón, Pablo c. Piso Uno S.A.”, TySS 1990-243).----------

--- No es este el caso de autos ya que la intimación que luce a fs. 15 del 20/09/2006 fue contestada por el dependiente según telegrama de fs. 16 del 22/09/2006 en el que efectúa expresa referencia a su situación de salud y al certificado médico del 12/09/2006.----------

--- Es que, el abandono de trabajo en los términos del art. 244 L.C.T. no se configura cuando el trabajador responde a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de su ausencia que, justificada o no, revelan su intención de no abandonar el contrato de trabajo (S.C. Buenos Aires, 16/12/1997, “Cardinalli, Héctor A. v. Club Náutico Mar del Plata”) (“Manual de Jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social”, supervisado por Julio Armando Grisolía, Lexis Nexis Argentina, 2006, fallo nº 1996, pág. 353).----------

--- Además, no resulta suficiente que existan ausencias ya que existe otro recaudo a cumplir cual es que el trabajador evidencie su falta de ánimo de reintegrarse a sus tareas. Se trata en este último caso del elemento subjetivo que requiere la figura.---------

--- Para que se configure como causal específica del despido el abandono de trabajo, que contempla el art. 244 L.C.T., es necesario determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas, porque no toda ausencia refleja la existencia de ese elemento objetivo (CNTrab., sala 3ª., 30/06/1997, “Pereyra de Ledesma, Agustina v. Better Clearing S.A.”; sala 10ª, 27/12/2001, “Millán, María T. V. Arcor S.A.”) (“Manual de Jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social”, citado precedentemente, fallo nº 1998, pág. 353).----------

--- Desde esta perspectiva, para que la conducta del empleado pueda encuadrarse en la noción de abandono de trabajo, es necesaria la existencia de un comportamiento concluyente en tal sentido, una cierta duración y continuidad en el tiempo y una ausencia culpable (CNTrab., sala I, 28/11/2000, “Rodríguez, Rosa c. Ajuza S.A.”, DT. 2001-A, 984).----------

--- Por ello, si el principal consideró que el dependiente estaba en condiciones de reintegrarse al trabajo se produjo una discrepancia entre los médicos del empleador y del trabajador, y en tal caso no puede otorgarse preeminencia a una las certificaciones sobre la otra, y la discrepancia debe dirimirse por decisión judicial (Etala, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 1998, pág. 453; en igual sentido, Vazquez Vialard, “Derecho del trabajo y seguridad social”, Astrea, 1979, pág. 344).----------

--- Ello, sin perjuicio de que también se sostiene la posibilidad de ocurrir ante la vía administrativa.----------

--- Así, en esta hipótesis no se puede otorgar preeminencias a una de las certificaciones sobre la otra y debería poder acudirse a una solución en la órbita administrativa por vía del requerimiento de una junta médica oficial solicitada por el empleador, o una decisión judicial que dirima la cuestión. En esta materia hay un vacío legislativo pues esta última vía, será tardía y por tanto ineficaz y la primera es discutible que esté al alcance de los particulares (Fernández Madrid, Juan Carlos, ob. cit., 2007, 3ra. ed. act., T. II, par. 18.12., págs. 2103/2104).----------

--- Y por no establecer la normativa laboral un mecanismo para dilucidar las discrepancias, también se sostiene que el empleador posee un deber de iniciativa por lo que cabe arbitrar los medios para una solución que procure conservar el vínculo, lo dicho no es óbice para que el trabajador proponga algún mecanismo igualmente eficaz para dilucidar la cuestión, aun cuando no esté obligado a ello (Rodríguez Mancini, Jorge, Director, “Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada”, La Ley, 2007, T. IV, págs. 31/32).----------

--- En ese contexto, la comunicación rescisoria resultó injustificada por no darse el elemento subjetivo que requiere la figura del abandono-incumplimiento, y al mismo tiempo prematura por no someter la discrepancia médica ante la autoridad administrativa o judicial.----------

--- Tales razones conducen al rechazo del primer agravio.----------

--- 3. Se agravia la parte ya que la sentenciante incluyó un período más en concepto del art. 245 de la L.C.T. que la actora no reclamó.----------

--- No existe controversia en cuanto a que el actor se desempeñó desde el 26 de mayo de 2005 hasta la rescisión del vínculo dispuesta el 29 de setiembre de 2006.----------

--- En tales condiciones, conforme lo previsto por el art. 245 de la L.C.T. corresponde el cómputo de dos períodos, toda vez que en el proceso laboral el juez, supliendo la omisión o error del demandante, está facultado para sentenciar “ultra petita” (art. 71 de la ley 69).----------

--- Y sentencia *ultra petita* consiste en sobrepasar las pretensiones oportunamente planteadas, conceder o negar más de lo peticionado. Y ello suele ocurrir cuando la sentencia excede desde el punto de vista cualitativo o cuantitativo el objeto de la pretensión. Se suele configurar cuando, con exceso de los extremos de la litis, se concede más de lo pedido (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procesales ...”, Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1986, T. II-C, págs. 79/81, y cita de pronunciamientos).----------

--- Por eso, si bien en la liquidación provisoria del escrito de inicio se reclamó un período (p. IV, fs. 115) lo cierto es que no hay duda que la parte actora reclamó los montos indemnizatorios derivados del despido injustificado (acápite II., Objeto, fs. 104 vta.), y en su liquidación incluyó la indemnización por antigüedad, por lo que bien dispuso el juzgador suplir la omisión de esa parte al conceder dos períodos, pues el citado art. 71 de la ley de procedimiento laboral establece una excepción al principio de congruencia

teniendo en cuenta que los créditos laborales gozan del carácter de irrenunciables (arts. 12, 15, 131, 148, 260, entre otras normas, L.C.T.).----------

--- Es criterio de esta sala “B”, entre otros pronunciamientos en c. 21.811, S.D.L. 50/2006.----------

--- Tales razones conducen a desestimar el agravio.----------

--- Formula también queja por estimar que el mes de diciembre de 2005 corresponde a un mes de actividad extraordinaria. A su entender el monto asciende entre $1.000.- y $1.100.- para lo cual alude al certificado de trabajo (fs. 22) y al informe pericial de fs. 192.----------

--- Desde ya que el certificado de trabajo no es elemento idóneo pues no indica rubros habituales y no habituales.----------

--- Tocante al informe pericial, cabe destacar que el experto adoptó un monto de $1.7161,67.- (p. 6, fs. 192), superior al fijado por el fallo en crisis.----------

--- En cuanto a la suma de $1.051,43.- establecida al punto 7 de fs. 192, la misma está referida a un promedio.----------

--- Y en ese aspecto, debe adoptarse la mejor remuneración mensual, normal y habitual (art. 245 de la L.C.T.) y no un promedio, incluso en el caso de remuneraciones variables.----------

--- Es criterio del suscripto adoptado ya en c. 19.783, S.D.L. 58/2004, de esta sala “B”, que diera lugar a la sentencia del S.T.J. en Expte. Nº 20.193/2005, S.R.E. 01/06, y que reiterara en diversas oportunidades, entre otras, en c. 22.218, S.D.L. 45/2007, c. 22.945, S.D.L. 05/2009.----------

--- Y el S.T.J. decidió adoptar como criterio la mejor remuneración al señalar que: “Así, se partió del criterio ya sentado v.gr. en S.I. 86/87 y S.D. 36/90 en el sentido que los rubros que integran el sueldo del trabajador abarca la totalidad de las retribuciones que le son debidas por los servicios que presta al principal, incluyendo las variables -en el caso rubro “producción”- que dependen de la extensión o resultado de la jornada”(del voto del Dr. Passuti en autos caratulados “R., D. A. c/ I. de A. S.A. s/ Cobro de Pesos - Laboral” (Expte. N° 20.193 - R - 2005), S.T.J., S.R.E. 01/06 del 14/02/2006). ----------

--- En tales condiciones, no observo que en los recibos de haberes de diciembre de 2005 (primera y segunda quincena) que lucen a fs. 37 de la documental reservada que en este acto tengo a la vista se liquidaran rubros “extraordinarios”. ----------

Por el contrario, el rubro horas extras luce en otros recibos por lo que se trata de un rubro habitual. ----------

--- Y la habitualidad implica la persistencia de rubros remuneratorios en la retribución, es decir, la reiteración de pagos por determinados conceptos, puesto que habitual significa, en el texto legal, aquello que se produce con continuidad, que se repita o reitera. Y lo normal es aquello que ordinariamente ocurre y en materia remuneratoria es un término que puede ser conceptualizado en virtud de lo opuesto: lo anormal, que

sería un ingreso desde todo punto de vista excepcional y que no responde a la forma como se ha desarrollado el contrato (Etala, ob. cit., pág. 544). ----------

--- La habitualidad y normalidad en modo alguno responde a la noción de una remuneración sin variaciones, pues lo que fundamentalmente interesa para la definición legal es la persistencia de conceptos remuneratorios en la retribución mensualmente considerada, y no su monto (Meilij, “Contrato de trabajo”, Depalma, 1981, T. II, par. 1936, pág. 500, y cita de fallos en su nota n° 1976). ----------

--- Por lo demás, desde que habitual es lo que se hace por hábito, y hábito en su segunda acepción es el modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes (Real Academia Española, “Diccionario de la Lengua Española”, T. II, pág. 716, vigésima edición, Madrid, 1984), aún cuando por hipótesis pudiera considerarse que se está en presencia de una situación de duda en la interpretación normativa, por aquello de tener que establecer cuantas veces deben abonarse los rubros variables en el año -dos o mas veces, la mitad, más-, desde que en diversos recibos se incluye el rubro horas extras, en tal caso resulta de aplicación el principio de la norma más favorable para el trabajador, previsto cuando la duda recayese en la interpretación o el alcance de la ley por el segundo párrafo del art. 9 de la L.C.T. ----------

--- Tales fundamentos llevan a desestimar la queja. ----------

--- Se agravia también por la inclusión de los salarios de agosto y septiembre de 2007 (en realidad 2006) no obstante las inasistencias injustificadas, y por no haberse deducido los montos ingresados en la caja de ahorro del actor, verificándose que figuran como percibidos en la documental de fs. 24 y también de fs. 22.----------

--- En lo que hace a las inasistencias injustificadas, esa es la postura de la parte ante la existencia de certificados médicos discrepantes, sin que la empleadora acudiera a mecanismo alguno para dilucidar la cuestión. Por lo demás, los certificados médicos que presentara el accionante fueron debidamente ponderados por el sentenciante para considerar el despido injustificado. Todo lo cual hace inaudible la argumentación.---------

--- Tocante a la documental de fs. 22 y 24 cabe considerar que la misma emana en forma unilateral de la patronal por lo que no permite acreditar el pago de los salarios.----

--- Al respecto cabe recordar que a falta de recibo el pago no podrá ser probado de otro modo, salvo confesión judicial (Etala, ob. cit., pág. 298). ----------

--- En ese contexto, los montos eventualmente depositados en la caja de ahorro del trabajador deberán considerarse en la etapa de ejecución de sentencia a los fines de la deducción que corresponda en su caso efectuar.----------

--- Tales razones conducen al rechazo del agravio. ----------

--- 4. Sostiene la patronal que tenía total convicción que había despedido con justa causa al actor, y que corresponde eximirla de la multa prevista por el art. 2 de la ley 25.323 por haberse creído con derecho. ----------

--- En tal sentido, corresponde señalar que dicha normativa tiene como finalidad evitar la promoción de juicios innecesarios, y su presupuesto es la omisión del empleador de abonar lo que se adeuda. Ese es el daño indemnizable-. ----------

--- La intención legislativa no es otra que compeler a los empleadores a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (Pose, Carlos, “Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por ley 25.323”, D.T. 2000-B, 2305) (el subrayado me pertenece). ----------

--- Se trata de una conducta, *la omisión del deber legal de abonar lo adeudado* como consecuencia del despido arbitrario, *en tiempo, forma y lugar adecuados*. Hasta aquí, hemos dicho que la norma repara un daño autónomo, distinto al despido. Y es que la falta de pago es el daño indemnizable, distinto al daño del despido injusto. Lo que se repara por medio de esta tarifa es la mora en el pago de las indemnizaciones (Elffman y Teuly, “Las “indemnizaciones laborales” de la ley 25.323”, Cap. VI, D.T. 2001-A, 242) (la cursiva me pertenece). ----------

--- Por ello, la indemnización se aplica tanto para el despido directo como para el indirecto, pues si bien no alude al art. 246 de la L.C.T., lo cierto es que la indemnización por despido no resulta de esa norma, sino del artículo 245. ----------

--- Es criterio de esta sala “B”, entre otros pronunciamientos, c. 22.334, S.D.L. 61/2007 y c. 22.684, S.D.L. 34/2008. ----------

--- Como la ley no distingue, no es el caso distinguir en este análisis y en consecuencia afirmo que no hay dudas que el artículo resulta operativo en igual forma se trate de un despido directo o indirecto … lo que la ley expresa, si bien defectuosamente es el modo en que deben pagarse las indemnizaciones que califica según el dispositivo la establece, y no en relación a la naturaleza del acto extintivo (Sappia, “El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323”, D.T. 2001-A, 223). ----------

--- Debe tenerse en consideración que *la sanción no está vinculada con la causa invocada para despedir, se pena la conducta dilatoria del empleador*, que genera mayores gastos y pérdidas de tiempo (intimaciones por medio de piezas postales, denuncia ante la autoridad administrativa o demanda judicial) (Altamira Gigena, “Ley N° 25.323. Buenas intenciones. Magros resultados. Un nuevo embate a la seriedad y realismo legislativo”, D.T. 2001-A, 228) (la cursiva me pertenece). ----------

--- ¿Se aplica la norma cuando se discute la existencia o no de justa causa del despido?. Sí, por supuesto. ... de ninguna manera es dable interpretar que la sola invocación de una causa de justificación desplaza la norma en análisis (Ruiz, “Los alcances de las ley 25.323: algunas definiciones necesarias”, DT. 2000-B, 2271). ---------

--- Cabe entonces concluir en que el incremento procederá tanto si se trata de un despido “ad nutum”, cuanto si se produce un despido directo con expresión de causa que luego, discutida en sede judicial, no es aceptada como justificada por el organismo jurisdiccional ... (Tosca, “Consideraciones preliminares sobre los incrementos indemnizatorios introducidos por la ley 25.323”, DT. 2000-B, 2120). ----------

--- Por ello, ninguna relevancia tiene que la empleadora tuviera “total convicción que había despedido con justa causa” o que se creyera con derecho, por lo que al haber cumplido el actor la intimación prevista en el art. 2 de la ley 25.323, la falta de pago por la patronal de las indemnizaciones por despido y sustitutiva por falta de preaviso obligó al trabajador a promover la presente demanda laboral. ----------

--- De tal modo, al configurarse el presupuesto de esa norma le asiste el derecho al cobro del incremento previsto por el citado art. 2, sin reducción de su monto por no haber demostrado la empleadora que existieran causas que justificaran su conducta, tales como insuperables dificultades financieras. ----------

--- Máxime cuando en el caso la patronal no acreditó la justa causa del despido, omitió deliberadamente la contestación del trabajador a la intimación que le cursara, y ante certificados médicos discrepantes no adoptó mecanismo alguno para dilucidar la cuestión sino que decidió en forma apresurada la rescisión del vínculo. ----------

--- Tales razones llevan a desestimar la queja.----------

--- 5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).----------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudentes los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los letrados apoderados de las partes actora y demandada, en el primer caso en forma conjunta, en un 30% y 25%, respectivamente, de las cantidades establecidas para los emolumentos de primera instancia (arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- II.- Imponer las costas de esta sede a la demandada perdidosa.----------

--- III.- Regular, por los trabajos realizados ante la Alzada, los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Dr. J., en un 25%; y los de los letrados apoderado y patrocinante de la demandada, Dres. M. N. A. y F. A. , en conjunto, en un 30%; en ambos casos sobre el monto regulado en la primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente.----------

--- Así lo voto.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado con la anterior votación.----------

--- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por ausencia del Dr. Sergio Rubén Lucero al

efectuarse el sorteo para el estudio de la causa art. 8 Ley 1130, To. Ley 4550), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; **RESUELVE**:----------

--- CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto fuera materia de agravios.----------

--- IMPONER las costas de esta sede a la demandada perdidosa.----------

--- REGULAR, por los trabajos realizados ante la Alzada, los honorarios del letrado apoderado de la demandada, Dr. J., en un 25%; y los de los letrados apoderado y patrocinante de la demandada, Dres. M. N. A. y F. A. , en conjunto, en un 30%; en ambos casos sobre el monto regulado en la primera instancia y con adición del I.V.A. correspondiente.----------

---Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N°_____DEL AÑO 2009 – SDL – CONSTE.-

cg