En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil once, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis Vivas y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **" L., E. M. c/ S. T. S.A. S/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. Nº 211 Año 2011)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 65/07), 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. 189.

A LA PRIMERA CUESTION: la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE dijo:

1.

La sentencia de primera instancia rechazó en lo principal la demanda y condenó a S. T. S.A. a abonarle a E. M. L., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de PESOS TRES MIL CIENTO CUARENTA Y SEIS CON 49/100 ($ 3.146,49), con más los intereses que determina. Asimismo dispuso la entrega de las certificaciones previstas por el art. 80 L.C.T., adecuadas a lo que se decide en el fallo, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de aplicar astreintes. Impuso las costas en un 60% a cargo de la parte actora y en un 40% a cargo de la demandada y fijó los honorarios determinando la base regulatoria para ello.

Para así resolver, comienza por indicar que no existe controversia entre las partes respecto a la calificación de la demandada como empresa de servicios eventuales y la actora fue destinada a prestar servicios en la planta de una pesquera, por lo que la relación se encontró regida por los arts. 29 bis de la L.C.T., decreto 342/92 CCT. 137/90 y 372/04.

Descartó así, como procura la demandada, que la señora L. pudo estar alcanzada por el art. 8 que, para el personal eventual, contiene el CCT. 137/90, porque como expresamente se desprende del texto convencional, tal tipo de vinculación requiere la celebración de contrato por escrito y que por otro lado, corría su prueba por cuenta de quien lo invoca, lo que no ocurrió en el expediente.

Tuvo en cuenta que, tal lo aceptado por las partes, S. T. S.A., fue empleadora directa de la actora, con quien mantuvo un contrato que no era de características eventual sino por tiempo indeterminado y con prestaciones discontinuas, que se encuentran caracterizadas por los distintos contratos de prestación de mano de obra que firma la empresa de servicios eventuales con las usuarias.

Agregó que tampoco acreditó que en algún período, entre el ingreso y hasta el egreso, la trabajadora haya sido desafectada de la/s empresa/s usuaria/s pesqueras y que era la demandada quien en mejores condiciones se encontraba de hacerlo, ya que la afectación o no del trabajador depende de los contratos que haya firmado con las empresas usuaria. Dijo la señora jueza que menos aún se logró justificar que la trabajadora haya debido trabajar solamente los días que la convocaban y/o que haya incurrido en inasistencias como las contempladas en el art. 85 inc. c) párrafo segundo, del CCT. 137/90, art. 87 inc. c) del 372/04, que hubieran provocado en algún período la pérdida del derecho. Luego indica que el salario garantizado tampoco resultará aplicable durante el período -enero/05 al 19/05/05- en que la actora, por expresa disposición legal -ley 24.557- no percibió remuneraciones por parte de la demandada, sino las prestaciones dinerarias previstas por el sistema.

Admite para los períodos reclamados el pago garantizado previsto por el art. 87 del CCT 372/04 que asciende a la suma de $ 540 mensuales(categorías 1 y 2 $ 450 + 20% por zona), monto que se modificó

partir de mayo de 2005 a $ 1.014 (bruto mensual). Liquidación que se practica para el período marzo/ diciembre de 2004 por la suma de $ 3.146,49 con más los intereses desde que cada suma es debida, sin admitir diferencias respecto a las vacaciones no gozadas liquidadas.

Sobre el despido dispuesto por la demandada por el abandono de tareas, lo tuvo por justificado. Señaló para ello, que la actora no adjuntó certificados médicos que luego del alta dispuesta por la ART, dice contaba con la indicación de reposo ni fue diligente para incorporar el expediente administrativo donde los habría presentado o probar su presentación en las oficinas de la demandada, por lo que la magistrada de grado tiene por injustificadas las inasistencias y que razón tuvo la demandada en practicar la intimación del art.244 LCT. Sobre el tema de esta intimación se expide la señora jueza, señalando que O. informó a fs. 108 que la carta documento que notificaba la intimación previa al despido fue recepcionada por L. el día 5 de junio y que si bien fue día domingo, la parte interesada no objetó la información y que si lo había sido el día 6/6 al momento de la respuesta, el plazo comúnmente aceptado, se había superado.

Por su lado desestima la multa fijada por el art. 45 de la ley 25.345 por no haber acreditado la actora la intimación extrajudicial y temporánea conforme decreto 146/01 por anticipada (fs.41). Sin perjuicio de lo cual, integra la condena con la entrega de una nueva certificación adaptada a lo que decide la sentencia.

La sentencia es apelada por la demandada a fs. 172 y a fs. 174 por la actora. Los agravios de la demandada se agregan a fs. 176 y vta y su réplica a fs.182/183. El memorial de agravios de la actora se agrega a fs. 178/180 vta.

2.

Los agravios de S. T. S.A.

Cuestiona la demandada la sentencia en tanto señala la misma no se ajusta a derecho al condenarla a abonar las diferencias entre lo abonado en el año 2004 a la actora y la garantía horaria y respecto a la condena parcial en materia de costas.

Al fundamentar su queja, dice que el rubro no fue reclamado fallando *extra petita* y porque además los períodos considerados, se encontraban prescriptos, defensa que fue debidamente opuesta al contestar demanda y obviada por completo en la sentencia.

Alude que en la demanda, al practicar liquidación, no existe ningún rubro referido a diferencias de salarios y que solo al final de la liquidación se insertó un párrafo en el que se dijo que sobre la base de lo que informara el STIA y el experto contable en la pericia, se reclamaba *"eventuales diferencias que pudieran surgir por la falta de pago de la garantía horaria"*. La parte le resta valor para constituir una pretensión judicial y que interpretado con el alcance que se le dio a la pericial contable, debe concluirse que el reclamo por garantía horaria estaba circunscrito al 2005.

Dice luego que al contestar demanda había opuesto la prescripción de todo reclamo laboral generado hasta marzo de 2005 por haberse interpuesto la demanda en marzo de 2007.

El segundo agravio señala que al abrogarse la condena, las costas no le serán impuestas.

La actora al replicar estos agravios señala que la crítica es falaz. Dice que en fecha 15 de agostote 2007, se resolvió rechazar la excepción de prescripción opuesta por la demandada respecto de la garantía horaria desde marzo de 2004 y que la sentencia interlocutoria quedó firme para la parte.

Luego indica que su parte en la demanda expresamente señaló que la garantía horaria no se cumplimentó desde el ingreso a trabajar y que la parte introduce en el agravio una defensa jamás opuesta al responder la

demanda y que por otro lado en el apartado de la liquidación dejó sujeto el reclamo impetrado por el pago garantizado sujeto a la experticia contable y a la contestación el STIA y con la misma referencia a que nunca la misma se había abonado. Por otro lado y si esta Cámara entendiera que es dudosa la pretensión, debería hacerlo en el sentido más favorable a las pretensiones del trabajador. En cuanto a las costas, dice que estando sujeto el agravio a como se resuelva el recurso, corresponderá la imposición de las mismas en su totalidad al accionado.-

3.

Los agravios de la Sra. E. M. L.

La actora al individualizar los agravios sostiene que la sentencia no se apoya en pruebas válidas para su conclusión; que ha omitido aplicar la presunción legal derivada del art. 55 de la LCT; que erróneamente ha invertido la carga de la prueba en perjuicio del trabajador y que omitió aplicar el principio derivado del art. 9 de la LCT.

Trascribe el párrafo del fallo, que a su criterio da origen a su agravio, señalando que sobre esa base, rechaza los conceptos indemnizatorios contrariando los principios protectorios del trabajador. Argumenta que la falta de convicción de la jueza, debió ser resuelta conforme el art. 11 de la LCT recurriendo a los principios generales del derecho el trabajo, la equidad y la buena fe. Si la señora jueza advirtió que la información brindada a fs. 108 es incorrecta o al menos inconsistente porque se informa que la notificación fue realizada un día domingo, debió fallar valorando los hechos en el sentido que más favorezca al trabajador. Por otro lado dice que omitió considerar que vencido el plazo de la intimación y resuelto el vínculo sin respuesta del trabajador, correspondía al empleador probar las ausencias, cuestión que tampoco ha sido acreditada ni intentada en autos; dice que tampoco ha considerado que no toda ausencia supone la intención

del trabajador de abandonar el empleo y que a falta de fecha cierta en que se recibió la misiva debió a mérito del art. 9 LCT valorar la efectiva manifestación de mantener el vínculo.

Señala que la jueza tampoco valoró que la demandada no aportó el legajo de la actora, haciendo hincapié en la falta e predisposición de la actora en materia probatoria sin aplicar la presunción del art. 55 de la LCT.

Luego de lo expuesto concluye que debe revocarse la sentencia que no admitió los rubros indemnizatorios por el despido incausado.

4.

<u>Tratamiento de los agravios</u>.

a) Los agravios de S. T. S.A. serán desestimados.

Como bien señala la parte actora, a fs. 66 se dictó sentencia interlocutoria N° 29/07 que rechazó parcialmente la excepción de prescripción interpuesta por la accionada, respecto a los montos reclamados por garantía horaria a partir de marzo de 2004. Tal decisión fue notificada personalmente al letrado de la demandada conforme constancia de fs.69 vta, por lo que el agravio no tiene sustento fáctico ni jurídico, pues procura en definitiva volver sobre cuestiones ya resueltas en la anterior instancia y respecto de las cuales no se agravió en el momento procesal que correspondía.

Es claro que esta Alzada, no puede revisar ni resolver cuestiones que han quedado firmes sin afectar la garantía constitucional de la defensa en juicio y de la propiedad, so riesgo de vulnerar con la decisión, lo que la parte interesada había adquirido en propiedad, conforme al contenido de la resolución firme (Cfme Loutayf Ranea " El recurso ordinario de apelación en el proceso civil "pág 135 y sgtes).

Por lo anterior, adquirió firmeza para la accionada que el reclamo de diferencias salariales alcanzó al período comprendido desde el mes de marzo de 2004 hasta la fecha del distracto y es sobre tal período que se

expidió la señora jueza, sin vulnerar el principio de congruencia como procura introducir la parte en su agravio.

Luego de ello, el agravio respecto de las costas no tiene soporte fáctico, por lo que propongo su rechazo.

Conforme me expido, deberá rechazase el recurso de apelación intentado por la parte demandada.

b) Los agravios de la actora. La queja se centra en definitiva, en la recepción de la intimación cursada por S. T. S.A. y la respuesta extemporánea, que habilitó a tener por acreditada la causal de abandono y con ello el rechazo de las indemnizaciones del despido que la actora sostiene como incausado.

Sabido es que en la expresión de agravios deben precisarse con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que pueda admitirse como crítica, aquellos argumentos que reflejan la disconformidad con lo resuelto.

La primera cuestión, que resta solidez a los argumentos de la parte es no considerar que previo al tratamiento de la intimación a reanudar tareas o justificar las inasistencias, la jueza de grado puso en evidencia la inacción de la actora para justificar sus inasistencias. Allí dijo "*Resta ahora decidir si existen responsabilidades indemnizatorias respecto del despido por abandono de trabajo dispuesto por la demandada. Entiendo que no. Comenzaré por señalar que la parte actora ni siquiera ha tenido el cuidado de acompañar, aunque más no sea en copias para luego pedir su validación, los certificados médicos que luego del alta dada por la ART se le habrían extendido indicándole reposo. Tampoco mostró predisposición alguna en diligenciar y lograr la respuesta de la Subsecretaría tendiente a incorporar en autos el expediente administrativo que habría registrado la presentación ante esa sede administrativa de los mentados certificados médicos que, se invoca, la demandada se habría negado a recepcionar. Aunque, corresponde tener en cuenta que tampoco éste último aspecto ha siquiera intentado acreditarse. Por el contrario los testigos G. (fs. 103) y Z. (fs. 104), ambos empleados*

administrativos de la demandada, aún con las reservas que en otra oportunidad he señalado respecto de la prodigiosa memoria que tienen, han resultado contestes en que la actora no se presentó en las oficinas de la demandada ni entregó certificado médico alguno. Hasta aquí se encuentra plenamente acreditadas las faltas injustificadas en que incurriera la actora, por lo que en dicho contexto, razón tuvo la demandada en practicar la intimación prevista por el art. 244 L.C.T."

Nada argumentó la actora para revertir tales conclusiones. No existe en el expediente prueba alguna de las que se pueda inferir, que luego del cese de las licencias reconocidas por un accidente de trabajo, se encontraba impedida de asistir a su lugar de trabajo.

Tampoco logró mínima convicción respecto de la alegada negativa a recepcionarle el certificado médico, que dijo contar para inasistir en el período del 1 al 6 de junio de 2005 y tampoco gestionó la prueba que le hubiera permitido probar su depósito en la Subsecretaría de Trabajo para el período 8 al 16 de junio.

Y a esos fines no advierto cual sería la trascendencia de contar en autos con el Legajo de la actora, si tal como afirmó en su presentación ninguna certificación le fue recepcionada (una se encontraba en su poder y la otra eventualmente depositada en la Subsecretaría de Trabajo).

En cuanto a la aplicación del art. 55 LC, por la falta de exhibición de los libros previstos en el art.52 de la LC, debe recordarse que la presunción allí dispuesta *" En primer lugar, se trata de una presunción iuris tantum, es decir que puede ser desvirtuada por prueba en contrario. En segundo lugar-respecto de su alcance-, se tienen por ciertas las afirmaciones del trabajador consignadas en la demanda judicial exclusivamente sobre las circunstancias que deben constar en tales libros..."* (Grisolía Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Tomo I pág 258 Ed. Abeledo Perrot Bs. As. 2008).

Se concluye en que, las inasistencias por un tiempo prolongado y sin justificación quedaron acreditadas *"Para que se configure el abandono,*

incumplimiento, la violación al débito laboral incurrido por el trabajador ha de ser voluntario e injustificado, como una manera de exteriorizar una intención de quebrantar sus personales deberes de asistencia y prestación efectiva de trabajo"(CNAT Sala VIII, 19/02/1988 L. c/U.F.).

Luego de ello, el art. 244 requiere para la configuración de la causal la intimación previa a reintegrarse a cumplir sus tareas y frente a su silencio, la comunicación del despido causado.

Y aquí centra la actora su queja. La empresa O. S.A. informó a fs. 108 que el telegrama N° **********-* fue recepcionado el día 5 de junio de 2005. La Sra. Jueza ha indicado que coincidiendo esa fecha con un día domingo es factible considerar la recepción el día lunes 6 de junio.

Frente a la posición de la actora que dice que la recepcionó el día 8 de junio y que por ello su respuesta del día 10 fue temporánea, pide se valoren tales circunstancias en el contexto de los principios protectorios del derecho laboral y particularmente el del art. 9 de la LCT.

No acompañaré a la actora en su razonamiento.

La primera reflexión que generan sus asertos, es que en el telegrama de fs.38 no hace referencia a fecha de recepción, sino solo a la fecha de expedición. Tampoco hace referencia a su voluntad de continuar con el vínculo laboral, solo indica que obra en su poder el certificado médico extendido por la Dra. L. que indicó reposo desde el día 30/5 al 8/6 y que contaba con un nuevo certificado para el período 9 al 13 de junio que por haber sido rehusado, había sido depositado en la Secretaría de Trabajo. Lamentablemente, la constancia al pie que certifica que es copia del original la fecha está sobre escrita y sin salvar.

Acotaré que el certificado médico que anuncia allí se encuentra en su poder, nunca se agregó en el expediente y tampoco probó el depósito del segundo certificado en la Subsecretaría de Trabajo. Era la demandante quien debía plasmar el obrar de mala fe de su empleadora o, eventualmente, las razones

objetivas y excepcionales que le habrían impedido tanto cumplir su débito laboral como contestar en debido tiempo la intimación.

En el telegrama expedido con fecha 10 de junio, si bien niega haber hecho abandono del trabajo, hace referencia a la justificación de sus inasistencias desde el 30 de mayo al 8 de junio, pero nada respecto de las posteriores.

En el telegrama de fecha 14 de junio rechaza el despido, insiste en las ausencias justificadas pero no cuestiona en modo alguno que el despido se hubiera dispuesto sin esperar las 48 hs. de respuesta que le eran exigibles al empleador, previo a disponer el distracto. Allí intima se le abonen haberes por enfermedad e indemnizaciones. Tampoco hay referencia alguna a la violación de los términos impuestos, previo al despido, en la comunicación remitida con fecha 17 de junio.

Luego de lo expuesto, exigir una valoración de la recepción de la intimación a presentarse a trabajar y justificar inasistencias en los términos del art.9 de la LCT, es incompatible con la falta de diligencia probatoria de la parte. Si la fecha de recepción de la intimación que dio O., era tan gravosa a sus intereses, no se advierte como la parte no procuró requerir información complementaria, que hubiera dado respuesta a su versión de los hechos.

No existe aquí duda insuperable que permita aplicar la norma del art. 9 del LCT.*" La regla debe operar para evaluar el resultado final del proceso probatorio y no como una óptica tonal para examinar las pruebas producidas. Entiendo que debe emplearse esta regla cuando el juez, luego de examinar la totalidad de los elementos de juicio colectados(reconocimientos, indicios, presunciones y medios de prueba producidos) de acuerdo a las reglas de la sana crítica, tiene dudas acerca de si un hecho quedó finalmente probado o no. En cambio, me parece que resultaría equivocado reemplazar el convencimiento que los magistrados deben alcanzar en los procesos sobre los distintos hechos que las partes deben acreditar mediante la fácil y simplista solución de titular dudosa toda producción probatoria y consecuentemente, resolver tales dudas mediante la regla in dubio pro operario.*

Deseo remarcar que no debe confundirse una situación de pruebas que generan dudas con aquellos supuestos de falta de prueba, ni con las endebles probatorias o pruebas que no convencen. " (Miguel Ángel Maza. Revista de Derecho Laboral 2009-2 Ed. Rubinzal Culzoni. Págs. 179/190).

En definitiva, frente a la causa del despido invocada – abandono de tareas- incumbía a la demandada acreditar el supuesto de hecho que habilitaba el distracto, la intimación a retomar tareas y que vencido el plazo otorgado, el dependiente no lo hiciera (esto es ni se reintegró ni justificó las inasistencias desde el 1 de junio de 2005).

Tales presupuestos han sido justificados, sin que pueda achacarse a la jueza error alguno en la valoración de la prueba, por lo que propiciaré al acuerdo la desestimación del recurso.

5.

La desestimación de ambos recursos, me persuaden que es ajustado al resultado obtenido, la imposición de las costas en el orden causado. (art. 72 CPCC). En cuanto a los honorarios profesionales del Ab. J. G., conforme a su trabajo, mérito y eficacia propongo se gradúen en el 25 % de los determinados en la instancia anterior (Arts 5 y 13 Ley XIII N° 4). A la Ab. V. R. P. no se le regulan honorarios en esta sede por la forma en que se imponen las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs.101.

Voto en definitiva a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi dijo:

En el voto precedente la Sra. Jueza María Inés de Villafañe ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por los apelantes, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos. En

consecuencia, en los apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por los recurrentes.

1) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.

Cuestiona la demandada en su queja la condena al pago de las diferencias entre lo abonado en el año 2004 a la actora y la garantía horaria. Argumenta que dicho rubro no fue reclamado y que, además, se encontraban prescriptos, lo cual ha sido obviado por la sentencia.

No acompañaré en su queja al apelante. Y fundo mi negativa en los claros términos que surgen de la sentencia dictada en autos el 15 de Agosto de 2007 (fs. 66 y vta.) y que dan cabal respuesta al agravio en tratamiento. En efecto, en la oportunidad la magistrada del Inferior dejó sentado lo siguiente: *"…claro resulta, que los montos adeudados por garantía horaria desde marzo del 2004 no se encuentran prescriptos. Por ello, corresponde rechazar parcialmente la excepción de prescripción interpuesta por la accionada respecto a los montos reclamados por garantía horaria a partir de marzo del 2004…"*.

Tengo para mí que la parte que he trascripto de la resolución de Primera Instancia da una clara y satisfactoria respuesta al agravio que estoy considerando.

Si la Jueza del Inferior resolvió sobre la prescripción de los montos adeudados por la demandada por garantía horaria desde marzo de 2004 y deja constancia que se trata de *"montos reclamados"*, no corresponde a esta Alzada dilucidar en esta etapa del proceso si el rubro fue reclamado o no por la actora. No hay duda alguna que fue reclamado, de no haber sido así el Inferior no habría resuelto sobre si el mismo estaba o no prescripto. Por otra parte, tengo presente que la sentencia a la que me estoy refiriendo adquirió oportunamente firmeza.

Y está también resuelto -por lo hasta aquí desarrollado- la queja relativa a la prescripción del rubro en cuestión esgrimido por la demandada. La

sentencia resolvió que no está prescripto, según hemos visto supra, lo cual está firme.

Atento la forma en que concluyo el estudio de los agravios, tampoco puede ser oída la queja relativa a la imposición de las costas, por lo que resulta fundado y conforme a derecho lo resuelto en tal sentido por la sentencia en crisis lo que debe ser confirmado por esta Alzada.

En virtud de lo expuesto, comparto los fundamentos del voto precedente de mi colega de esta Cámara en cuanto a que los agravios deben ser rechazados.

2) <u>Los agravios de la parte actora</u>.

Según la actora la jueza de grado ha resuelto el caso sobre la base de "supuestos" y sin aplicar los principios fundamentales del derecho del trabajo. Hace todo un esquema con las fechas de la intimación cursada por la empresa para que retome tareas y justifique inasistencias y la de su envío como respuesta. Sostiene que es el empleador quien debió probar su ausencia a trabajar y que ante la duda debió resolverse la situación a favor de la reclamante. Insiste en que no se acreditó que se cumplieron en el caso los requisitos para configurar el abandono de trabajo, que la demandada debió presentar su legajo personal y no lo hizo y que –insiste- la demandada debió probar las inasistencias injustificadas de la trabajadora. Por último, esgrime que la sentenciante no aplicó el art. 55 de la LCT ante la falta de exhibición de los libros previstos por el art. 52 de la LCT.

La conducta del ser humano es impredecible, y muchas circunstancias inhiben a las personas para asumir la responsabilidad de los diversos acontecimientos. Es por ello, que analizar ciertas formas de extinción sorprenden al desprevenido, como es el caso del abandono de trabajo, que es una causal de extinción basada en el simple y llano hecho de que el trabajador simplemente no concurre más a sus tareas habituales, a pesar de

estar debidamente intimado para que justifique su ausencia, exteriorizando con ello su intención rupturista (conf. CNTrab., Sala VIII, 06/10/2010, Laboriuris; DE DIEGO, J.A., "Tratado del despido y otras formas de extinción", T.II, edit. La Ley 2011).

A fin de dar debido tratamiento a las quejas de la reclamante, es necesario dejar sentado que para que se consolide el abandono deben concurrir: a) un elemento formal, que es la intimación frente a la ausencia del trabajador; b) un elemento subjetivo, la vocación por no regresar del dependiente; y c) un elemento objetivo, que es la ausencia del dependiente sin conocer el principal las razones de la misma.

El elemento formal es la intimación cursada por el empleador de carácter recepticio en donde se lo emplaza a que justifique las inasistencias que debe ser recibida por el trabajador para que pueda surtir sus efectos de constituir en mora al quién ya está en mora.

El trabajador tiene el deber de recibir las notificaciones, y si las rechaza en forma injustificada, las mismas serán válidas a los fines de la intimación como para comunicar la extinción por abandono de trabajo (conf. CNTrab., Sala II, 09/12/08, Microjuris).

El elemento subjetivo es el *animus* del trabajador de no regresar al trabajo.

El componente objetivo lo configura la ausencia sin aviso del dependiente, sin que se presenten circunstancias de fuerza mayor que impidan dar aviso de lo ocurrido, o sea que la ausencia está asociada al silencio del dependiente o de su familia que brinden información de lo ocurrido (conf. CNTrab., Sala V, 22/10/2010, LL Online: AR/JUR/71265/2010).

Si el trabajador intimado puede responder con una causa impeditiva que lo obligó a ausentarse, se diluye el iter del abandono, lo que demuestra que la omisión fue justificada o como mínimo plausible (conf. CNTrab., Sala VIII, 30/04/2010, LL Online: AR/JUR/17539/2010.

El abandono de trabajo propone en los hechos los siguientes momentos y también las vicisitudes que pueden modificar el marco de esta forma de extinción, a saber: 1) Ausencia del trabajador en su jornada normal y habitual; 2) Constitución en mora a través de la intimación: para que exista la posibilidad de una sanción es imprescindible que exista la constitución en mora, lo que resulta razonable a partir del principio de buena fe; y 3) Silencio o respuesta del trabajador: el trabajador puede guardar silencio, puede responder dando explicaciones válidas o no, o se puede presentar aun cuando no asuma nuevamente sus obligaciones. En los tres casos se puede extinguir el vínculo por abandono, porque lo único que demuestra la voluntad de la continuidad del contrato es el reingreso, o en su caso, la plena justificación de la ausencia y una o más causas impeditivas que no posibilitan que el dependiente regrese a su tarea y asistencia normal y habitual. Debemos distinguir además la falta de aviso de la falta de justificación. El primero es un deber ínsito en el contrato de trabajo y que es propio del buen trabajador que debe actuar como manda el sistema legal, pero que también debe demostrar a través de su conducta, los actos que son esperables en función del deber de trabajar, de atender sus responsabilidades, en base a los principios de colaboración, buena fe y fines comunes. Si el trabajador no da aviso, es una falta a sus deberes pasible de sanciones del régimen disciplinario, y del despido en caso de reiteración sistemática e injustificada. En cambio la falta de justificación proviene de la vanalidad de una respuesta intolerable. Esa falta de justificación genera también la posibilidad de aplicar el régimen disciplinario, y en su caso el despido con justa causa si se verifica de parte del dependiente la contumacia (ver DE DIEGO, J.A., ob. cit., T.II, pág. 430 y sigs.).

Analizando los hechos y documentación aportada a este proceso, advierto que se han cumplimentado los requisitos que acabo de analizar para que se

configure la cuestión aquí en debate, esto es, *el abandono de trabajo* como causal del despido de la actora.

Se ha dado en este caso un elemento *objetivo*: la ausencia sin aviso de la trabajadora que no está precedida ni acompañada de una justificación razonable y que instala una omisión que hace a la esencia de su obligación como trabajadora de concurrir al lugar de prestación para poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo.

Hay un elemento *subjetivo* que es la voluntad tácita o expresa de la trabajadora de no retomar tareas ni continuar con la vigencia del contrato y la relación laboral. Y hay un elemento *formal*, conformado por la constitución en mora de la trabajadora mediante intimación fehaciente despachada por el empleador, con el fin de que reingrese con un plazo prudencial y justifique las inasistencias (despacho de fs. 33).

La intimación es un acto formal requerido por el art. 244 de la LCT para constituir en mora al trabajador, para que se reintegre a su trabajo frente a ausencias que en principio no tuvieron aviso y pueden no contar con una justificación. Los elementos constitutivos de la intimación a la empleada están cumplidos dado que se ha indicado en del despacho desde qué día se configura la ausencia; se la intima a que se reintegre al trabajo; se le otorgó un plazo de 48 horas para hacerlo; se le requirió que dentro del mismo término justifique las ausencias sin aviso y se la apercibió que de continuar ausente habrá de determinarse el despido por abandono de trabajo, obviamente por culpa de la trabajadora.

El cumplimiento de estos recaudos formales debe ser acreditados por el empleador. Y, según he anticipado supra, ello ha sido aquí cumplimentado por la patronal.

Tengo en claro que ante la intimación cursada por el empleador, contestó la actora mediante su despacho obrante a fs. 38 en la cual sospechosamente alguien testó la fecha en que fue remitida, lo cual me da justificadamente

por admitir que la misma se habría enviado estando ya vencido el plazo de 48 horas otorgado por el empleador. De todos modos, sea así o no, el texto del despacho en modo alguno da cumplimiento a las obligaciones intimadas por la patronal dado que hace referencia a que justificó inasistencias mediante un certificado médico que nunca se acompañó a estos actuados (ni siquiera en copia) y a una negativa de recepcionar certificado médico que fue depositado en la Subsecretaría de Trabajo local, lo que tampoco ha sido oportunamente probado.

Ante la clara postura asumida por la empleada aquí actora y teniendo siempre presente el principio de la buena fe que debe regir todas estas actuaciones, tengo para mí que la conducta esgrimida por el empleador se ha ajustado a derecho cuando remitió el despacho obrante a fs. 34 considerando extinguido el contrato de trabajo por la causal de abandono. Y se ha ajustado a derecho porque quedó claramente plasmado el elemento *subjetivo* al cual antes he hecho referencia aquí, esto es, la voluntad de la trabajadora de no retomar las tareas ni continuar con la vigencia del contrato y la relación laboral.

Del análisis hasta aquí realizado surge con meridiana claridad que no se ha presentado aquí ninguna situación de "duda" como plantea la quejosa y que por ello debiera inclinarse el platillo de la balanza a favor de la reclamante. Por el contrario, la situación ha sido muy clara.

No alcanzo a comprender -como agravio esgrimido por la actora- cuál es el sentido de su pretensión en cuanto a que el empleador debió haber presentado en autos su legajo personal. No nos dice en qué cambiaría la suerte final de este proceso con esa presentación y de allí mi falta de comprensión sobre la razón de su reclamo, que –obviamente- no puede ser aquí atendido.

Con relación a la otra pretensión de la apelante dirigida a que debió la parte demandada probar las inasistencias injustificadas de la trabajadora, no es

menester detenernos mucho en su análisis para advertir que la postura choca contra la ley, la doctrina y la jurisprudencia vigente sobre el tema según ya hemos visto. Ante la ausencia injustificada de la empleada, ya desarrollé aquí los pasos que debe cumplir el empleador. Los pasos se cumplieron y se hizo efectivo el apercibimiento que la ley permite (considerar el abandono de trabajo). El agravio pretende cambiar todo este procedimiento, pero para ello es menester –previamente- modificar la legislación vigente, lo cual hasta ahora no ha ocurrido. La ley no puede alterarse para cumplimentar caprichos o deseos de alguna de las partes, de allí que constituya un agravio sin sustento pretender que sea el empleador quien tenga que acreditar en el proceso las inasistencias injustificadas de la empleada (arg. art. 244 y concs. LCT, doct. y jurisprud. aquí cit.). La queja es inconsistente y debe ser rechazada.

Por último la queja apunta a que debió aplicarse la norma del art. 55 de la LCT por la falta de exhibición del libro previsto por el art. 52 LCT.

Este agravio tampoco debe ser atendido dado que el art. 55 LCT establece una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador sobre las circunstancias que debían constar en los asientos del libro que establece el art. 52 LCT. Se trata de una presunción *iuris tantum* que admite prueba en contrario, por cuanto la ley no la establece como *iuris et de iure*.

Teniendo en cuenta que no están aquí en discusión ni se han controvertido cuestiones relativas a constancias que debían estar asentadas en el referido libro, la queja no tiene solidez y debe ser rechazada.

3) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Comparto la propuesta de la colega de Cámara preopinante en cuanto a la imposición de las costas de la Alzada en el orden causado (conf. art. 72 CPCC), debiéndose regular los honorarios de los letrados intervinientes en

el proceso en la forma que ha propuesto en su voto por encontrarse los mismos ajustados a derecho (conf. arts. 5 y 13 Ley XIII N° 4).

A LA PRIMERA CUESTION y por los fundamentos expuestos, voto por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Jueces de Cámara mis argumentos, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue: **1) CONFIRMAR** la sentencia de fs.163/169 vta en todo cuanto ha sido materia de agravios. **2) IMPONER** las costas en esta instancia en el orden causado (art.72 CPCC). **3) REGULAR** honorarios al Ab. J. G. en el 25 % de los fijados en primera instancia. Sin regular honorarios a la Ab. V. R. P. por el modo que se imponen las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs.101 vta.; **4)** De forma

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el señor Juez Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por la Sra. Jueza María Inés de Villafañe.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre de 2011.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) CONFIRMAR la sentencia de fs.163/169 vta en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas en esta instancia en el orden causado (art.72 CPCC).

3) REGULAR honorarios al Ab. J. G. en el 25 % de los fijados en primera instancia. Sin regular honorarios a la Ab. V. R. P. por el modo que se imponen las costas y el pacto de cuota litis homologado a fs.101 vta.;

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /11. SDL. CONSTE.