En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., M. E. c/C. P. S.A. s/SUMARIO – Cobro de pesos de Indemnizaciones de Ley", expte. nro. 72 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 506/2010), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 365), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso.-

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 330/338? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 330/338 es apelada a fs. 341 a tenor del informe de fs. 349/351 que le es contestado a fs. 353/357, todo conforme planilla de elevación de fs. 361.

Atento a que la obligación de los magistrados de decidir las cuestiones conducentes para el fallo, se circunscribe a las que estimen necesarias para la sentencia que deben dictar (Santiago C. Fassi en "Código procesal..." t. I, pág. 278), y a que no se

encuentran ceñidos a seguir el enfoque jurídico esgrimido por las partes, ni tampoco a rebatir todos y cada uno de sus fundamentos por ellas invocados (fallos 258:304 entre muchos), me limitaré a considerar los agravios sobre aquellas cuestiones centrales que sean útiles para la decisión(fallos 272:225 entre muchos y CNCiv., sala C, 23/03/2011 –"Ferrocarriles Metropolitanos SA c. Agli, Jorge A. en JA 2011-IV, fascículo n. 5, pág. 61).

La primera cuestión traída en revisión refiere a la interpretación de la conducta de las partes al previo a la ruptura y sus encontradas decisiones.

A la luz de lo actuado, la recurrente se injurió por abandono y de allí el despido dispuesto que presume justificado. Contrariamente la iudex a quo considera que no se ha configurado tal situación por las razones que esgrime en sus considerandos de fs. 332vta, p. A-2.

De modo simple y conforme la letra de la norma, se puede afirmar que la figura del abandono de trabajo requiere para su configuración: a) la inejecución por el trabajador, sin aviso, de la prestación laboral; b) la intimación de reintegro, dentro de un plazo razonable según las circunstancias y c) la persistencia del trabajador en su conducta omisiva, durante el plazo fijado.(ver v. gr. CNTrab., sala VIII, 28/03/2008, Morales, Marcelo Daniel c. Cafhelar S.A., La Ley Online, AR/JUR/3106/2008).

Conforme tales pautas, admitidas de modo pacífico en doctrina y jurisprudencia, no surgen de autos tal situación. Veamos; el intercambio epistolar da comienzo con la intimación de la demandada de fs. 4 del

27/05/2010 a la actora para que en el plazo de 214hs. justifique su ausencia al lugar de trabajo. Curiosamente no se le intima al reintegro como resulta de común y ordinario en tales casos ajustando el proceder a la normativa laboral que lo rige, todo mas allá del apercibimiento a que refiere el siguiente párrafo para el caso de persistencia en la ausencia.

Una vez recepcionada (fs. 228), el intimado requiere (fs. 3) se aclare su situación laboral ya que se le había comunicado el día 22/05/2010 verbalmente su despido imputándole hechos que lo agravian, bajo apercibimiento de despido indirecto.

De tal intercambio inicial no puede presumirse intención de abandono, sino intento de justificación por ausencia al lugar de trabajo y la aclaración de la situación laboral tras aquellas imputaciones que al agraviarlo, obviamente niega.

Curiosamente, la reacción de la demandada no fue la prevista en el art. 244 LCT y normativa concordante e incidente del art. 62 y 63 del mismo texto legal. Sino que en lugar de rechazar el despido verbal e intimar al reintegro, considera maliciosa la intimación de su empleado considerándose gravemente injuriado y hace efectivo el apercibimiento.

Así, de modo alguno se cumplió con los pasos previstos por la norma y justifica la decisión, en cuanto al punto, que fuera impugnada.

En casos análogos se ha resuelto que corresponde considerar que la relación laboral habida entre las partes se disolvió mediante un despido sin causa justificada, pues es la empleadora quien debía

acreditar el cumplimiento del requisito que dispone el art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo ––intimación fehaciente–– a fin de que se configurara la situación de abandono alegada, y si bien presentó los intercambios telegráficos previos al reclamo, no se individualizan concretamente cuales fueron las "reiteradas intimaciones" que incumpliera la dependiente.(CNTrab., sala II, 25/02/2011, Compañía Rioplatense S.R.L. c. D'Onofrio, Lucila, La Ley Online, AR/JUR/2607/2011).

En cuanto al segundo punto, tras verificar el exceso en el ejercicio de las facultades otorgados por el artículo 68 de la ley XIV N° 1, ya que al determinarse la base remuneratoria a los fines indemnizatorios, adiciona, sin que exista petición concreta de parte, rubros no remuneratorios, decidiendo su conversión en remuneratorios con fundamentos que hacen a su inconstitucionalidad, a lo que adhiero, pero de oficio, vulnerando el derecho de defensa de la parte que se encuentra sorprendida con tal determinación.

En tal sentido resulta se ha resuelto que el control de constitucionalidad de oficio sólo procede en los casos de orden público absoluto, es decir, cuando la norma es imperativa y los derechos que ella otorga, una vez adquiridos, son irrenunciables.

Tal es el supuesto de autos, pero no en aquellos casos de orden público relativo en los que, a pesar de la imperatividad de la norma constitucional, sólo se encuentra comprometido un interés particular, pues el derecho –normalmente de contenido patrimonial- es renunciable (arg. arts. 872, 1.047 y 1.048 del Cód.

Civil). Si el trabajador no invocó en su demanda que la aplicación de una disposición normativa implicara una lesión a la garantía constitucional que lo protege, el juez laboral igualmente está facultado para declarar la inconstitucionalidad y adecuar el crédito reclamado a tal decisión.

En este contexto el establecimiento de la base remuneratoria no puede ser materia de revisión.

En cuanto al tercer agravio, verificados los extremos requeridos para la aplicación de la indemnización contemplada en el art. 2 de la ley 25323, mediante la intimación que luce a fs. 7 y la conducta omisiva de la demandada, poco queda para argumentar o contrarrestar. Los supuestos y demás argumentos esgrimidos por la recurrente no satisfacen la exigencia de la critica concreta en cuanto a los errores de apreciación de los hechos o del derecho aplicable que se le pudieran imputar a la iudex a quo.

En cuanto a la crítica formulada a la regulación de honorarios por considerarlos excesivamente altos no tiene fundamento legal, no se advierte una irregular regulación a la luz de los antecedentes de autos y de las tareas realizadas en conjunto y en forma individual por cada uno profesionales actuantes, atendiendo a la extensión del trabajo y complejidad del asunto que han debido defender.- A no olvidar que el magistrado posee un amplio margen de discrecionalidad para la ponderación de los distintos factores que influyen en la regulación de honorarios (ver, v. gr., CSJN, 14/10/76 en ED 69-441 citado en la obra de Passarón, Julio Federico y Pesaresi, Guillermo Mario, “Honorarios judiciales”, ed.

Astrea 2008, t. 2 pág. 8, parág. 181), de allí si se advierte que lo regulado respeta los límites legales se requiere una exhaustiva verificación que emerja de los antecedentes obrantes en autos demostrativa de una labor que justifica elevar lo resuelto y para satisfacer tal extremo no bastan las generalidades y la mera disconformidad. En consecuencia, considero y propongo al acuerdo desestimar el agravio.-

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

1. Rechazar los agravios de la demandada y en consecuencia se confirma la sentencia impugnada.

2. Las costas de la alzada se imponen a la demandada y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo;

1. El fallo apelado y los agravios

El alcance del fallo, los datos del recurso y el contenido de los agravios han sido reseñados por el colega preopinante; a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Los dos agravios expresados por la parte demandada serán tratados en el orden propuesto.

- *El abandono de trabajo*.

La demandada insiste en la configuración de un supuesto abandono de trabajo con sustento en la existencia de una incorrecta interpretación de las intimaciones cursadas al trabajador que han llevado a concluir en la falta de cumplimiento de uno de los presupuestos esenciales de la figura que nos ocupa.

Sabido es que este modo de extinción del contrato de trabajo requiere la constitución en mora, a cargo del empleador en los términos de la norma (art. 244 LCT) previa al distracto. Es decir, una intimación hecha en forma fehaciente y en términos claros para que se reintegre al trabajo.

Por supuesto, no se trata de un mero recaudo formal ya que resulta indispensable tal intimación para determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse a sus tareas.

Este recaudo no fue cumplido en autos. En efecto, como lo ha resaltado el colega preopinante el examen del intercambio epistolar demuestra que la empleadora no intimó al reintegro a las tareas y decidió –ante el pedido de que se aclare la situación laboral- a dar por finalizado el vínculo.

Entonces, más allá de la esforzada argumentación del recurrente lo cierto es que, la solución consagrada por la jueza de grado se ajusta a derecho.

- *La determinación de la mejor remuneración*.

La decisión de la jueza de grado en orden a la cuantificación de la indemnización en una suma mayor a la reclamada con base en la determinación de la mejor remuneración del trabajador en una suma mayor a la consignada en el escrito de inicio es irreprochable.

Ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos que la magistratura del fuero laboral por expresa habilitación legal se encuentra facultada para resolver más alla de lo pedido –ultra petita- (art. 68 de la ley XIV, n° 1). También sostuve y reitero ahora que esa facultad encuentra su raíz en el principio protectorio y sus proyecciones en materia procesal.

En este orden de ideas, calificada doctrina ha

enseñado que la función del mentado principio es la de corregir, en el proceso, tres formas de desequilibrio: económico (el conflicto compromete valores de jerarquía patrimonial diferente entre ambos litigantes), probatorio (el empleador tiene ventaja para producir su propia prueba) y subjetivo (la distinta "potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto"). Agrega que el carácter tutelar, se expresa en dos aspectos: la prueba y la "suplencia" del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda (Plá Rodríguez, Américo; Visión crítica del derecho procesal del trabajo; en Processo do trabalho na América Latina; LTR, San Pablo, Brasil, 1991, p. 244; citado por Mansueti, Hugo Roberto en Trabajo decente versus proceso laboral; L.L. 2010-B-1081).

Incluso calificada doctrina destaca que, aplicando este criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización en cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltante para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo (cfr. Krotoschin, Ernesto, “Tratado práctico de derecho del trabajo”.4ta. ed. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, pp. 639-693 -cuarta parte-).

Huelga señalar que el caso bajo examen encuadra

dentro del primer supuesto de hecho ejemplificado, esto es cálculo de la indemnización de despido aunque la variable ajustada por la jueza de grado es la de la mejor remuneración normal y habitual.

La revisión del monto de la mejor remuneración tuvo sustento en la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las sumas no remunerativas correspondientes a los aumentos otorgados por convención colectiva.

Al respecto es dable señalar que el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho y es potestad de los jueces suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente, incluyendo el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

También que el mentado control forma parte inherente e indisoluble de la jurisdicción judicial y el juez debe llevarlo a cabo aunque nadie lo incite a hacerlo (cf. Bidart Campos, Germán: "Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?", ED 74-386).

La Corte Suprema de Justicia en la causa "Mill de Pereyra" del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) ha receptado la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de oficio. Incluso, en su actual composición, ratificó esta doctrina (cf. "Banco Comercial Finazas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra" del 19/08/04; siendo dable destacar que ambos casos eran originarios de jurisdicciones provinciales -Corrientes y Buenos Aires- cuyas constituciones no contemplan, en forma expresa el control constitucional de oficio.

Por último, que el derecho de defensa de la parte demandada no ha sido menoscabado puesto que, al contestar el traslado de la expresión de agravios, tuvo

oportunidad para defender la constitucionalidad de la norma y destaco no lo ha hecho.

En definitiva, la vulneración a los principios de congruencia y bilateralidad no se verifica y por lo tanto adhiero al rechazo propuesto por el primer votante.

- *La multa del artículo 2 de la ley*.

Los fundamentos del agravio son absolutamente genéricos y no responden a los hechos probados de la causa.

En efecto, se hace referencia a la correcta registración –extremo no debatido al pago correspondiente al momento del cese laboral –extremo no acreditado- y al pago insuficiente de la liquidación, todas situaciones de hecho diferentes a las debatidas en el presente proceso.

Lo cierto es, como reafirma el primer votante, en autos se ha demostrado que concurren los extremos que determinan la procedencia de la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25323 (despido sin causa, falta de pago de las indemnizaciones de ley, intimación de pago fehaciente al empleador, inicio de las acciones judiciales tendientes al cobro de tales créditos).

Por ello, se rechaza el agravio.

- *La regulación de los honorarios.*

La impugnación de los honorarios por altos carece de sustento fáctico y legal. En efecto, la regulación se ciñe a las pautas legales establecidas por el artículo 5 de la ley arancelaria y constituye una aplicación razonada de las escalas arancelarias prescriptas en los artículos 6 y 7 del mismo ordenamiento.

Por las razones expuestas, propongo el rechazo del

agravio.

3. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen al demandado por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios de esta instancia se fijan en un todo de acuerdo con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria y por aplicación de las escalas contenidas en el artículo 13 del mismo ordenamiento. Por dichas razones los determino, a favor de los Dres. J. J. E. y M. C. P., en forma conjunta, en un 30% de los regulados en primera instancia y al Dr. V. M. C. A., en un 25% de los que le corresponden en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Adhiero a la resolución propuesta por el Dr. Alexandre.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:

SENTENCIA

1. Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 311; consecuentemente, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 330/338, en todas sus partes.

2°) Costas de esta instancia a la demanda vencida.

3°) Regular los honorarios de los Dres. J. J. E. y M. C. P., en forma conjunta, en un treinta por ciento (30%) de los regulados en primera instancia y al Dr. V. M. C. A., en un veinticinco por ciento (25%) de los que le corresponden en la instancia de grado. En todos los

supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

4°) Regístrese, notifíquese, devuélvase

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"