En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo E. Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:" **C., Y. N. c/ M. A. S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N°28 Año 2016)** venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 81/13), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde
dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 385.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 354/358, habiendo interpuesto recurso de apelación contra la misma la parte demandada a fs. 363, siéndole concedido el mismo a fs. 364. Expresó agravios la recurrente a fs. 365/374, habiendo contestado la actora a fs. 376/380 el traslado conferido de los mismos.

2 – La Sentencia

La sentencia apelada hizo lugar a la demanda condenando a M. A. S.A. a abonar a Y. N. C., previo descuentos de ley, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de $ 36.819,91.-, con más intereses. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Planteó inicialmente la Magistrada a quo que la cuestión a resolver está centrada en la procedencia del despido dispuesto por la demandada invocando la causal de abandono de trabajo.

La demandada invocó su defensa en la falta de contestación de la actora a su envío intimatorio. Ha dicho la a quo que las partes son contestes en la presentación por parte de la actora de sucesivos certificados médicos refiriendo episodios de broncoespasmos e infecciones respiratorias como consecuencia de una alergia desarrollada por la ceniza volcánica en suspensión que afectaba la zona donde prestaba tareas. Destacó que el último certificado médico recomendó que la actora no debía exponerse a la ceniza volcánica ante el riesgo de que se produjera un nuevo brote alérgico y que es falso que este certificado no tenga término de licencia, pues indica que hasta que no finalice el fenómeno la actora no debería cumplir tareas expuesta a las cenizas.

Dejó sentado luego la sentencia que el examen médico laboral que refiere la demandada y que habría determinado que la actora estaba en condiciones de trabajar, fue realizado en Puerto Madryn, con remisión del cuadro que presentaba la actora ante la falta de exposición al agente alérgeno.

Concluyó el punto estableciendo que la actora comunicó a la demandada su estado de enfermedad conforme el art. 209 LCT, lo cual está reconocido por la demandada y que esta norma no exige al trabajador acreditar su estado de enfermedad sino sólo la comunicación y que si el empleador necesita verificar tiene la facultad que le otorga el art. 210 LCT para controlar el estado de salud del trabajador. En consecuencia -ha dicho la a quo- si no hizo uso de esta facultad o no solicitó la realización de una junta médica oficial, no puede rechazar la enfermedad denunciada y menos aún considerar a la trabajadora incursa en abandono de trabajo.

Con respecto a la multa prevista en el Art. 2 de la Ley 25.323 la declaró procedente, como así también la que establece el art. 45 de la Ley 25.345 dado que el certificado que la demandada dijo haber puesto a disposición de la actora fue confeccionado el 06/08/2013, lo cual echa por tierra sus afirmaciones sobre la puesta a disposición temporánea.

En lo que hace a los intereses, ha dicho la a quo que debe aplicarse analógicamente la tasa de interés establecida por el art. 552 del CCyC, dada la naturaleza alimentaria del crédito del trabajador, estableciéndose la tasa más alta que cobren los bancos a sus clientes según las reglamentaciones del Banco Central, desde que las sumas fueron debidas hasta el efectivo pago. Agregó que el tramo ya cumplido como fue determinar el quantum indemnizatorio, se rige por la ley vigente al momento en que se produjo el hecho que dio lugar al derecho, pero los tramos no cumplidos como son los referidos al pago de los intereses, se rigen por la nueva ley, sin que ello implique retroactividad de la ley dado que sólo afecta efectos no cumplidos de la obligación reconocida.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) El primer agravio esgrime la arbitrariedad de la sentencia y expone que la resolución se ha dictado sin más bases que afirmaciones voluntarias e infundadas de la a quo, sin sustento legal. Sostiene que las conclusiones de la sentenciante para fundar su fallo son jurídicamente inadmisibles, que la sentencia tiene fundamentación aparente e inhábil por cuanto ha prescindido de pruebas vitales y ha incurrido en arbitrariedad no tomando las medidas conducentes para esclarecer los hechos de la causa. Culmina imputando a la a quo haber decidido sin tener en cuenta todas las pruebas que hacen al derecho de su parte.

3.2) En el segundo agravio, la demandada plantea que su parte negó que la actora haya presentado los certificados médicos que detalla en su demanda y que haya presentado un certificado médico el 23/11/2011 expedido por el Dr. N. C.. Plantea que, ante su negativa, debió la actora acreditar sus dichos. Imputa arbitrariedad a la sentencia por apartarse de los

términos en que quedara trabada la litis.

Afirma que es falso lo que sostiene la a quo sobre la presencia de ceniza volcánica en la zona donde trabajaba la actora y que las fotografías presentadas con la demanda fueron desconocidas por su parte, sin que la actora haya probado su autenticidad.

Insiste en que su parte negó que la zona de labor donde trabajaba la actora tuviese ceniza volcánica; que negó las supuestas notas presentadas por la actora para que se le otorgaran tareas en otra ciudad y no se probó su autenticidad; que es falso que la actora comunicó a la demandada su enfermedad conforme el art. 209 LCT; que su parte desconoció la

autenticidad y recepción del certificado del 23/11/2011 y el a quo lo tuvo por cierto y recibido, otorgándole plenos efectos legales, sin prueba que lo sustente; que la actora incurrió en abandono voluntario liso y llano, sin cumplir el débito laboral para la cual fue contratada, sin dar respuesta a la intimación cursada el 01/12/2011, lo cual no está controvertido; que C. guardó silencio ante la intimación de M. A. S.A. y ello está admitido por la actora; que la actora nunca retomó tareas, ni mostró intención de hacerlo y tampoco justificó sus inasistencias; que su parte dio por extinguido el vínculo luego de interpelar a la actora sin haber recibido respuesta de su parte; que la actora incumplió con su obligación de trabajar; que el abandono se caracteriza por el silencio del trabajador ante el requerimiento para que reanude su labor y que los incumplimientos de la actora ausentándose de su puesto de trabajo, justificaron la decisión

rupturista de su parte, siendo aplicable el art. 244 LCT.

3.3) El tercer agravio está dedicado a la imposición de la multa que establece el Art. 2 de la Ley 25.323. Plantea que no le corresponde abonar la misma dado que no se dan los requisitos legales para su procedencia y ello en razón de haber despedido a la actora con justa causa lo cual torna improcedente las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 LCT.

3.4) El cuarto agravio está dedicado a la imposición de la multa del Art. 80 L.C.T. Según la queja, no corresponde su pago dado que el certificado de trabajo fue puesto a disposición de la actora en tiempo oportuno, indicando el lugar en los que podría pasar a retirarlo. Agrega que la actora no menciona haber concurrido a retirarlo y que ello demuestra que nunca tuvo voluntad de tener en su poder dicha documentación. Insiste en que los certificados estaban a disposición de la actora en el domicilio del empleador, pero la misma nunca los retiró. Por último, plantea que la actora no cursó la intimación fehaciente al empleador que exige la norma del art. 80 LCT y el Dec. 146/01 y de allí la improcedencia de la multa aplicada a su parte.

3.5) En el quinto agravio, la apelante solicita que -en virtud de los agravios expresados- se deje sin efecto la imposición de costas y se impongan las mismas a la actora.

Finalmente, el letrado por su propio derecho apela por bajos los honorarios que se le regularon en la sentencia.

Deja planteado el Caso Federal a los efectos del recurso del art. 14 de la Ley 48.

4 – Tratamiento de los agravios

4.1 – Arbitrariedad de la sentencia

En este punto, la recurrente le imputa arbitrariedad a la sentencia recurrida pero en ningún momento determina, especifica o acredita las razones de su imputación. En efecto, surge de su planteo la evidente disconformidad y discrepancia con lo sentenciado en la primera instancia, pero es sabido que ello no es suficiente para abrir el recurso y analizar la cuestión.

Resulta ineficaz la expresión de agravios que se limita a consignar una mera disconformidad con lo resuelto por el sentenciador, pero sin concretar, ni siquiera aproximadamente, cuáles son los motivos por los cuales se considera el fallo erróneo, injusto o contrario a derecho.

No basta, consecuentemente, con argüir que lo decidido es arbitrario, exagerado o desmedido, pues ello, mientras no se demuestre que existe un juicio erróneo o no arreglado a derecho -lo cual no puede lograrse a través del empleo de expresiones teñidas de un alto subjetivismo-, incurre en una disconformidad que no alcanza a tener el nivel técnico mínimo que requiere una expresión de agravios (conf. Cám.2ª., Sala I, La Plata, C. B-53.363, reg. sent. 42/83; entre otros).

Observo que en la última parte de este punto, refiere la quejosa que la a quo decidió la cuestión sin tener frente a sus ojos todas las pruebas que hacen a su derecho, pero ni siquiera menciona a qué pruebas se refiere.

Lo hasta aquí expuesto, conduce a que el primer agravio debe ser declarado desierto (arts. 268, 269 CPCC).

4.2 – Desestimación del despido por abandono de trabajo

A) En atención a la conclusión de la sentencia sobre la cuestión planteada en el agravio, corresponde a esta Alzada determinar si, en el caso, se configuró o no la situación jurídica de “abandono de trabajo” por parte de la empleada,

con los requisitos esenciales que la ley y la jurisprudencia imponen sobre el particular.

Motivados por reiterados planteos incorrectos en sede judicial (de trabajadores o de empleadores), la doctrina se ha preocupado de recordar qué diferencias hay entre lo que se ha dado en denominar *"abandonoincumplimiento"*, que regula el art. 244 LCT; el *"abandono renuncia"* establecido en el art. 240 LCT y el *"abandono mutuo de la relación"*, previsto por el art. 241 de la LCT (conf. VAZQUEZ VIALARD, A. y OJEDA, R., *"Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada"*, T. III, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005).

Aquí nos interesa el "abandono incumplimiento", que se configura cuando, mediando por parte del trabajador la violación voluntaria e injustificada de su deberes de asistencia y prestación efectiva del trabajo (arts. 21, 62, 63, 84 y concs. LCT), desoye la intimación fehaciente que, a los fines de reintegrarse al trabajo, le curse el empleador dentro del plazo que impongan las modalidades en cada caso. Se requiere, pues, que el empleador constituya en mora al trabajador, intimándolo a reintegrarse, con resultado infructuoso. Así las cosas, para la configuración del "abandono de trabajo" se exige la concurrencia de una exigencia de tipo formal: intimación previa al obrero a presentarse a trabajar para dar cumplimiento a la obligación principal asumida por éste al concretarse el contrato de trabajo, y la convergencia de dos elementos: uno de tipo objetivo, que radica en la no concurrencia al trabajo, y otro de tipo subjetivo, representado por la voluntad del empleado de no reintegrarse al empleo (conf.. Cám.6ª.Trab., Mendoza, 05/02/98, LL Gran Cuyo 1999-640).

B) Ahora bien, hechas estas primeras consideraciones, debemos ir directamente al foco del asunto y verificar si en el caso concreto se configuró o no la causal de "abandono de trabajo".

Independientemente y sin perjuicio de los anteriores despachos postales habidos entre las partes y de los certificados que la actora dice haber presentado a la patronal y que ésta ha negado expresamente, la cuestión a clarificar comienza -a mi entender- con la intimación que la demandada cursó a la actora el día 15 de Noviembre de 2011 y que obra a fs. 9, presentada por la actora y a fs. 183, presentada por la demandada. Mediante este instrumento, la actora fue intimada para que dentro de las 48 hs. justificara sus inasistencias desde el 30 de Octubre de 2011 hasta la fecha del envío, bajo apercibimiento de considerar abandono. Si bien no hubo -al menos no obra en autos- una respuesta postal de la dependiente a esta intimación, la actora refiere en su demanda que el día 23 de Noviembre de 2011 presentó a la empleadora el último certificado médico expedido por el Dr. N. C. (conf. fs. 105 vta.), el cual obra incorporado a fs. 77 de autos.

Si bien la demandada negó la autenticidad y recepción de este certificado, es de observar que todo indica que el mismo fue recibido por ella dado que, de no haber sido así, hubiera hecho efectivo el apercibimiento que surge del instrumento intimatorio, lo cual no ocurrió. Agrego a ello, que la remuneración correspondiente al mes de Noviembre de 2011 le fue abonado a la actora y del recibo de haberes de ese mes surge el otorgamiento de *"Licencia por Enfermedad"* (conf. recibo de fs. 74 y su copia de fs. 162), lo que está indicando que la dependiente justificó su ausencia de algunos días por enfermedad, dando respuesta a la intimación del día 15/11/2011.

Otro detalle que permite tener por recibido el certificado en cuestión radica en los propios dichos de la demandada al contestar la demanda. En efecto, a

fs. 191 dijo: *"…la demandante sostiene que sus ausencias se encontraban justificadas por la presentación de un supuesto certificado médico en fecha 23.11.2011, pero ello es absolutamente falso, ya que dicho certificado* ***no establece plazo de licencia alguno y sólo contiene un mero "consejo" del pretendido galeno****…"*.

Es de destacar que si el certificado no hubiese sido recibido y/o conocido por la empleadora o no fuese auténtico, ninguna consideración correspondía que hiciese dicha parte sobre el mismo. Sin embargo, se ha referido expresamente a este instrumento al contestar la demanda, conforme acabo de transcribirlo. Si no lo recibió y/o si el mismo no era auténtico, no hay razones para que hiciese el planteo que surge de su contestación de demanda. El instrumento no puede ser falso y/o no recibido para algunas consecuencias y ser auténtico y/o recibido para otras, según la conveniencia de la parte.

De lo hasta aquí analizado, es razonable concluir que hasta el mes de Noviembre de 2011 inclusive la relación contractual entre las partes se desarrolló dentro de los parámetros de legalidad exigibles.

La verdadera etapa conflictiva comienza entre ellas el día 01 de Diciembre de 2011, que es cuando la empleadora remite a la dependiente la C.D. obrante a fs. 10 y su copia a fs. 181, que dice: *"En mi carácter de apoderado de M. A. S.A. y en virtud de no haber justificado ausencias desde el 30/10/2011 hasta la fecha, por medio de la presente intimamos para que en el plazo de 48 hs de recibida la presente, se presente a trabajar en su lugar de trabajo, esto es las oficinas de mi representada sitas en el campamento "L. R.", o bien se acerque a nuestras oficinas de la calle F. *** de la Ciudad de Trelew a fin de justificar sus inasistencias bajo apercibimiento de considerarla incursa en abandono de trabajo (art. 244 de la Ley 20-744)…"*. Este despacho postal fue recibido por la actora el día 05/12/2011 (conf. fs. 11 vta., 105 vta. y 180).

Con respecto a esta clara intimación, la dependiente dice en su demanda: *"La actora no contestó la intimación cursada en el entendimiento que los términos más arriba transcriptos del certificado que la misma presentara con fecha 23 de noviembre de 2011, a su empleadora, eran suficientemente claros…"*. Con lo cual, hay un reconocimiento expreso de la actora sobre tres puntos: a) no se presentó a trabajar; b) no justificó las inasistencias y c) no contestó la intimación recibida de su empleador.

Se llegó al día 18 de Enero de 2012 y ante la situación planteada, la empleadora hizo efectivo el apercibimiento contenido en su intimación del 01/12/2011 remitiendo a la actora la C.D. cuya copia obra a fs. 184 de autos y en la cual se dice: *"…en mi carácter de apoderado de M. A. S.A., me dirijo a usted con el fin de notificarle que atento no haber dado respuesta a nuestra CD número 202142713 de fecha 01/12/2011, y al no haber justificado sus inasistencias y no haber comparecido a trabajar, ha incurrido en abandono de trabajo en los términos del artículo 244 de la Ley 20.744, quedando extinguida la relación laboral, por su exclusiva culpa, con efectos al 18 de Enero de 2012…"*.

En virtud de haber existido algún inconveniente -no aclarado en autos- con la entrega de la C.D. que acabo de transcribir, la empleadora reiteró la misma el día 31 de Enero de 2012 (conf. fs. 11 y 186), la cual fue recibida por la destinataria el día 03/02/2012 (conf. fs. 11 vta. e informe de fs. 260).

Con posterioridad a este último despacho, es recién el día 18 de Febrero de 2012 (quince días después) cuando la actora niega la causal del despido invocado por la empleadora remitiendo la C.D. obrante a fs. 13.

C) La jurisprudencia y la doctrina han sido pacíficas y uniformes al afirmar que cuando el trabajador no cumple con su deber de prestación de servicios (art. 84 LCT), sin causa que legitime su accionar, a los efectos previstos en el art. 244 de la LCT, se exige: a) constitución en mora del empleado mediante

intimación a que se integre, como recaudo previo a su concreción; b) que dicha intimación se efectúe en forma fehaciente; y c) que se respeten los plazos que impongan las modalidades de cada caso; siendo cada uno de estos recaudos consecuencia de la buena fe que debe regir la relación laboral (conf. MIGUEZ, G., *"La figura del abandono de trabajo"*, TySS, 1996-40).

Para que pueda considerarse que la relación termina por abandono de tareas, la actitud del trabajador debe poner en evidencia su intención de dejar su plaza sin causa ni aviso previo, es decir, de separarse de la empresa en forma inconsulta (conf. CAUBET, A., *"Trabajo y Seguridad Social"*, Edit. Errepar, 2002).

De lo hasta aquí expuesto cabe concluir que el abandono de servicio o *"abandono-incumplimiento"* consiste en la violación voluntaria, grave e injustificada del trabajador de sus obligaciones de asistencia y prestación efectiva de trabajo. **Como acto de incumplimiento el despido se configura sólo cuando el dependiente guarda silencio a la interpelación del empleador y no pretende justificar su ausencia** (conf. DEVOTO, P.A., *"Requisitos para la configuración del abandono de trabajo. La intimación previa"*, DT 2008 (noviembre), 1007; destacado propio).

Debemos verificar si en este caso se cumplieron los requisitos exigidos para que la figura del abandono de trabajo quedara configurada.

Para que la omisión del trabajador a prestar el trabajo comprometido sea invocable como "injuria", el art. 244 LCT impone al empleador una carga consitente en la "previa constitución en mora, mediante intimación hecha en forma fehaciente a que se reintegre al trabajo, por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso".

No se trata en rigor de una constitución en mora sino de la última comunicación del empleador tendiente a manifestar la voluntad patronal de que el trabajador se reintegre a sus tareas, que su ausencia no será más

tolerada y que su renuencia a reincorporarse será apreciada como una injuria que, por su gravedad, no consiente la prosecución de la relación (conf. ETALA, C., *"Contrato de Trabajo – Ley 20.744 – Comentado, Anotado y Concordado con legislación modificatoria y complementaria"*, Edit. Astrea, 1998).

Conforme lo hasta aquí analizado, la empleadora cumplió con el recaudo de la "intimación previa" (C.D. del 01/12/2011 de fs. 10 y 181).

Esta intimación es una formalidad indispensable para que se configure el abandono de trabajo injurioso y tiene por finalidad dar una última oportunidad al deudor para que reanude el cumplimiento de sus obligaciones de prestación futura, en salvaguarda del principio de continuidad del contrato (conf. CNAT., Sala III, 27/09/78, DT, XXXIX-497).

D) Conforme hemos visto, el art. 244 de la L.C.T. introduce un recaudo adicional en la decisión de finalizar el vínculo con invocación de esta injuria, al establecer la obligación de intimación previa por el plazo que impongan las modalidades del caso; sin el cumplimiento de este requisito, el empleador se encontraría obligado a resarcir económicamente al trabajador por su decisión; cuando el empleador intima debe, además, aclarar el apercibimiento de considerar el trabajador incurso en la situación de abandono (arts. 62 y 63 de la LCT).

En cuanto a la duración que debe tener el plazo otorgado al dependiente no hay criterios uniformes.

Julián A. de Diego afirma que el plazo razonable para intimar al trabajador para que se reintegre al trabajo o responda la intimación por la inasistencia debe ser de un mínimo de 24 horas y un plazo máximo de 48 horas, agregando que la jurisprudencia ha sido clara en el sentido de establecer con cierta prudencia los plazos que resulten razonables para intimar al trabajador, existiendo consenso en que 24 horas es suficiente, contadas desde que el trabajador recibió la notificación, aun cuando muchos fallos hacen

referencia a un plazo de 48 horas o más de una intimación basados en el principio de buena fe (conf. de DIEGO J.A., *"Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social"*, Edit. La Ley, 2008).

Ramírez Bosco sostiene que tal cual lo sostiene el art. 244 LCT, el plazo debe adaptarse a las modalidades que resulten en cada caso, siendo que algunos tribunales aplican analógicamente el plazo de dos días del art. 57 de la LCT, pero lo cierto es que el plazo de 48 horas hábiles, aplicado a esto, pareciera ser aceptable y aceptado como una pauta razonable, salvo en casos con características que los diferencien, o con "modalidades que resulten del caso", como dice la ley (conf. RAMIREZ BOSCO, L., *"Ley de Contrato de Trabajo"*, Director Rodríguez Mancini, J; Coord. Barilaro, A.; Edit. La Ley, 2007).

En este caso, la empleadora otorgó a la dependiente un plazo de 48 horas en la intimación que le cursara, por lo que se trata de un plazo razonable y aceptado por la doctrina y la jurisprudencia. El segundo requisito también fue cumplido.

E) Hemos visto hasta aquí que, en el caso, se cumplió con la "intimación previa" a la trabajadora y que la misma se realizó por un "plazo razonable". Ante la intimación, 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 (conf. de DIEGO, J.A., *"Tratado del despido y otras formas de extinción"*, T. II, pág. 432, Edit. La Ley).

He dicho supra que, ante la intimación recibida de su empleador, la actora ha reconocido que: a) no se presentó a trabajar; b) no justificó las inasistencias y c) no contestó la intimación recibida de su empleador.

Esta actitud la intenta justificar la actora en la demanda al decir: *"…La actora no contestó la intimación cursada en el entendimiento que los términos más arriba transcriptos del certificado médico que la misma presentara con fecha 23 de noviembre de 2011, a su empleadora, eran suficientemente claros…"* (conf. fs. 106).

O sea, la actora entendió que por los términos que contenía el certificado médico referido, estaba eximida de responder y/o de justificar inasistencias y/o de presentarse a retomar tareas.

El certificado médico en cuestión es el obrante a fs. 77, está fechado el 21 de Noviembre de 2011 y dice: *"Certifico que la Srita. C. Y…. presento bronco espasmo y infección respiratoria en 3 oportunidades luego de la exposición a ceniza volcánica. Aconsejo hasta que no se resuelva la situación climatológica no comience con la exposición a la misma para evitar nuevas recaídas…".*

Adelanto mi opinión en el sentido de que si la actora tuvo el "entendimiento" -según dice al demandar- que el texto de este certificado médico la amparaba para no responder a la intimación (guardar silencio) y/o para no justificar inasistencias y/o para no presentarse a retomar tareas, lamentablemente "entendió" erróneamente la situación que se le planteara.

Y le imputo error a su entender porque lo último que debió hacer la dependiente es haber guardado "silencio" ante una clara, terminante y concreta intimación remitida por su empleadora conforme la norma del art. 244 LCT. Si la actora consideró que tenía derecho a no reintegrarse a trabajar pudiéndolo acreditar y/o que contaba con los elementos necesarios para justificar sus inasistencias y/o que estaba en condiciones de acreditar estar padeciendo una enfermedad que le impedía trabajar, debió responder en

tiempo y forma a la intimación recibida de su empleador haciendo valer sus derechos, planteando y acreditando la realidad de su situación. De no contar con tales elementos probatorios, el único camino que debió tomar es presentarse a trabajar

Y ello se debe, fundamentalmente, a que de ninguna manera puede justificarse el "silencio" de la actora y/o su no presentación a trabajar y/o su falta de acreditación de ausencias, a los términos que surgen del certificado médico referido. De este instrumento no surge nada que avale la conducta incumplidora en la que incurriera la actora. No surge el otorgamiento de licencia por enfermedad por determinado tiempo; no certifica que la actora no está en condiciones de realizar tareas; no certifica que la actora está padeciendo una enfermedad determinada y que ella le impide realizar tareas; no certifica que la actora no está en condiciones de prestar tareas por determinado tiempo; no hay nada de ello. Sólo surge un "consejo" del médico y ello no es suficiente para justificar la conducta de la dependiente de desoír la intimación de su empleador, guardar absoluto silencio ante ella y ni siquiera intentar justificar sus ausencias.

Es por lo hasta aquí expuesto y fundamentado que no he de acompañar las conclusiones de la Sra. Magistrada a quo en cuanto no ha admitido la causal de "abandono de trabajo" invocada por la demandada al despedir a la reclamante. Entiendo que la figura ha quedado plenamente configurada en el caso y de allí que proceda admitir los agravios vertidos en este punto por la demandada, revocándose la decisión de la a quo en esta cuestión.

Tengo en claro que la causa extintiva de la relación laboral no se debió aquí a una actitud caprichosa, antijurídica o a la inobservancia de obligaciones contractuales del empleador, sino al incumplimiento unilateral de la actora al no reintegrarse normalmente a sus tareas ni justificar suficientemente sus

ausencias, no obstante el requerimiento formal de aquél, configurándose el "abandono-incumplimiento" injustificado de la vinculación (art. 244 LCT) por culpa exclusiva de la accionante, de lo cual surge consiguientemente que la empresa demandada no es responsable del cese de la relación y de la extinción del contrato de trabajo, motivo por el cual se encuentra liberada del deber de indemnizar (conf. Cám.6.Trab., Mendoza, 08/10/2010, LL Online: AR/JUR/66292/201).

En este caso, no sólo existió una relación de mora, sino que está acreditado un abandono grave y calificado. Y la gravedad se manifiesta no solamente por su propia magnitud, sino por el desdén de la actora hacia la intimación que se le cursara, porque frente al emplazamiento de la empleadora para que retome sus tareas habituales y/o justifique inasistencias, guardó silencio, no hizo saber su imposibilidad de asistir por razones de salud -si es que realmente las tenía-, ni se presentó a trabajar.

Por lo fundamentos expuestos, los agravios bajo análisis deben admitirse y decidir que la relación laboral se extinguió entre las partes por haber incurrido la parte actora en abandono de trabajo, revocándose lo decidido en contrario por la sentencia en crisis.

4.3 – <u>La multa del Art. 2 de la Ley 25.323</u>

Corresponde admitir también este agravio dado que, ante la admisión de la figura del abandono de trabajo, no corresponde que la parte demandada abone las indemnizaciones que determinan los artículos 232, 233 y 245 LCT. Por lo tanto, no procede la condena al pago de la multa que impusiera la sentencia en crisis conforme el Art. 2 de la Ley 25.323, lo cual debe revocarse.

4.4 – <u>La multa del Art. 80 de la L.C.T</u>.

La sentencia recurrida tuvo en cuenta que el despido acaeció el 03/02/2012 y que la actora intimó la entrega del certificado del art. 80 LCT por primera vez el 27/04/2013, reiterando esta misiva, ante la falta de recepción, a diversos domicilios el 07/05/2013 y finalmente el 16/05/2013, es decir, estando vencido claramente el plazo de 30 días desde el distracto conforme lo exige el Dec. 146/01. También ha dicho la a quo en su decisión que el certificado que la demandada dice haber puesto a disposición de la actora y que el no retirarlo lo acompaña en autos, tiene fecha de confección 06 de Agosto de 2013, lo que echa por tierra todas sus afirmaciones sobre la puesta a disposición temporánea del mismo. Esta conclusión de la a quo no ha sido rebatida por la recurrente y de allí que ha adquirido firmeza.

Agrego a ello que, conforme el despacho postal obrante a fs. 18, la demandada puso a disposición de la actora el certificado con fecha 28/05/2013, mientras que el que presentó en autos -al no haber sido retirado por la interesada- fue confeccionado el 06 de Agosto de 2013. Mal podría haber entregado en Mayo de 2013 un certificado que recién confeccionó en el mes de Agosto del mismo año.

Con respecto a lo expuesto en el agravio en el sentido de no haber realizado la actora la intimación prevista por el art. 80 y el Dec. 146/01, no le asiste razón a la quejosa. Surge de autos el envío del Telegrama N° 364739472, del 16 de Mayo de 2013 (fs. 17), intimando correctamente la entrega de la certificación. Esta intimación fue respondida por la demandada el 28/05/2013 (fs. 18). Como vemos, el recaudo se cumplió.

Por lo expuesto, el agravio no es procedente, debiéndose confirmar la decisión de la a quo en este punto.

4.5 – Imposición de costas

En atención a que corresponde cumplimentar lo dispuesto por el art. 282 del ritual, la cuestión de la imposición de costas será tratada expresamente al considerar dicha cuestión.

En el mismo punto, el letrado de la demandada interpuso recurso de apelación por considerar bajos los honorarios regulados en autos. Sin perjuicio de lo expuesto en el apartado anterior, debe tener en cuenta el recurrente que los honorarios debieron ser apelados dentro del término legal y en la forma de estilo (arts. 246 CPCC y 48 Ley Arancelaria), lo cual aquí no se ha cumplimentado y de allí su improcedencia.

5 – Conclusión

En virtud de lo analizado y fundamentado, corresponde revocar la sentencia en crisis en cuanto hiciera lugar la demanda por despido incausado en favor de la parte actora y en cuanto condenara a la demandada al pago de la multa que establece el art. 2 de la Ley 25.323, confirmándosela en todo lo demás que fuera materia de agravio. Es mi voto.

6 – Adecuación de costas y honorarios

La revocación parcial de la sentencia torna aplicable la norma del art. 282 del CPCC.

En atención al resultado final del proceso, corresponde imponer las costas de la primera instancia en un 70% a la parte actora y en un 30% a la demandada (art. 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios de la Dra. M. F. G., apoderada de la demandada, en el 17% del monto del proceso; los del Dr. E. A. I. (presentante por la demandada a fs. 122), en el 1% del monto del proceso; los de los Dres. F. A. y M. N. A., letrados de la actora, en conjunto, en el 12% del monto del proceso y sin que corresponda regular honorarios al Dr. J. J. O. atento el carácter de su única presentación de fs. 335;

en todos los casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 9, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada en un 70% a la parte actora y en un 30% a la demandada, en atención al resultado final del recurso (art. 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios del Dr. J. J. O., apoderado de la parte demandada, en el 5% del monto del proceso conforme liquidación a practicarse oportunamente en autos y los de los Dres. F. A. y M. N. A., letrados de la actora, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

<u>A LA PRIMERA CUESTION</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de la demandada, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

2.1.

En su primer agravio, la demandada sostiene que la sentencia de la otra Instancia es arbitraria: incurre en una incorrecta aplicación del derecho sustantivo vigente y en una errónea y parcial apreciación de las constancias de autos, que de haber sido debidamente ponderados, hubieran determinado una decisión contraria a la adoptada.

Agrega que la pieza decisoria contiene un análisis que la hace arbitraria a la luz de la doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia, condenando a su parte al pago de una suma de dinero, en colisión con los derechos que emergen de la Constitución, de defensa en juicio y del debido proceso.

Así planteada la queja, como acápite autónomo y sin otra consideración relacionada con el caso que viene a análisis, debe ser declarada desierta (art. 268, del CPCC).

Digo ello así pues su desarrollo es eminentemente abstracto, genérico y como tal no supera el valladar de los requisitos técnicos exigidos por la ley procesal: que se trate de una crítica razonada y concreta (art. 268, cit). Es decir, es necesario que se indiquen, se patenticen, y analicen parte por parte las consideraciones vertidas en la sentencia apelada, lo que en esta parcela de trato no se evidencian.

Consideraciones tales como "errónea y parcial apreciación de las constancias de autos", o "arbitraria a la luz de la doctrina y jurisprudencia", son apreciaciones genéricas y subjetivas que no aportan ningún elemento para vislumbrar la existencia de algún hecho que pudiera justificar legalmente su incumplimiento.

Por eso, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que si el recurrente se limita, en una expresión de agravios, a efectuar consideraciones genéricas, pero no controvierte las motivaciones principales tenidas en cuenta por el

juzgador anterior, la deserción del recurso es la solución adecuada al caso (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Morrow de Albanesi, Viviana María y otros c. Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Ext., Comercio Internacional y Culto", 17/08/2010, RCyS 2010-IX , 136 , LA LEY 13/09/2010 , 12, DJ 05/01/2011 , 25, AR/JUR/41946/2010).

Por tal razón, esta parcela del agravio debe declararse desierta en los términos del art. 268, del CPCC, tal como lo propone el Dr. Fiordelisi en su voto.

2.2.

En su segunda queja, la demandada se agravia por cuanto el decisorio anterior rechazó la causal de despido por abandono de trabajo (art. 244, LCT). Para ello, prosigue, partió el razonamiento del juzgador de la otra Instancia de una premisa errónea: comenzar con la intimación a presentarse a trabajar realizada por la demandada, sin indagar sobre su procedencia.

Considera que la sentencia en crisis se aleja de la verdad, pues: a) tuvo por reconocidos los certificados médicos presentados por la actora, lo que no es cierto pues tales instrumentos fueron negados en su autenticidad al contestar demanda y ninguna prueba la corroboró con posterioridad, negando enfáticamente, en particular, uno emitido por el Dr. N. C. el 23.11.2011; b) tuvo por cierta la existencia de ceniza volcánica en la zona del campamento donde trabajaba la actora, y las fotografías acompañadas en autos, cuando su parte negó los efectos de la erupción en el lugar de trabajo de la actora, como así la autenticidad de las fotos, las que no se encuentran corroboradas como tomadas en el lugar y tiempo del suceso; c) tuvo por cierto que los efectos de la erupción volcánica hayan afectado la salud de la actora, lo que fue negado por su parte; d) tuvo por

cierto que la actora solicitara el otorgamiento de tareas en Puerto Madryn o Trelew, lo que también fue negado por la demandada como así las sucesivas notas que se invocan como presentadas por la actora; e) tuvo por cierto que la actora comunicó su estado de enfermedad conforme el art. 209, LCT, cuando en verdad su parte desconoció la autenticidad del certificado médico del 23.11.2011.

Destaca que la actora guardó silencio frente a las intimaciones cursadas por la apelante para reintegrarse a sus tareas, evidenciando un abandono voluntario de labores. Por tales razones, solicita se revoque el decisorio de autos, ya que resulta de plena aplicación el art. 244, LCT.

En igual sentido que el Sr. Vocal de voto anterior, reflexiono que de no haber contestado la actora la intimación de fs. 9 (15.11.2011) no había razones para que la demandada no hiciera efectivo el apercibimiento allí contenido. Una de dos, o la demandada omitió formularlo, en cuyo caso el despido comunicado a fs. 11 resultó carente de toda contemporaneidad o bien, justificó sus inasistencias conforme lo requería en aquel despacho epistolar.

Digo ello así, en cuanto a la primera alternativa planteada, pues es dable señalar que si entre la intimación previa de reintegro a las tareas y el despido no ha existido contemporaneidad, no puede hacerse valer tal apercibimiento para configurar un despido por abandono de trabajo (cfr. Cámara del Trabajo de Córdoba, sala 1, "Díaz, Mónica P. c. Cañadense S. A. ", 14/04/1999, LLC 2000, 574, DT 2000-A, 1276, AR/JUR/2828/1999). Me inclino, tal como lo hace el Dr. Fiordelisi, por la segunda alternativa, en cuanto a que es de toda evidencia que la actora debió justificar sus inasistencias, y ello lo fue a través del certificado del Dr. C. de fs. 77. De otro modo, tampoco se entenderían las razones por las cuales la demandada

volvió a cursar la CD de fs. 10 quince días después de haber enviado una de similares contenidos, si en verdad la actora hubiese vuelto a incurrir en la omisión de presentar la justificación de sus inasistencias. A mi humilde modo de ver, ningún empleador insiste pertinazmente en reiterar intimaciones de este calibre si no obtiene respuesta de su dependiente.

En esa misma línea de ideas, cierto es que al contestar su demanda, la apelante, si bien desconoció por un lado la autenticidad del certificado médico de fs. 77, en esa misma pieza hizo mérito sobre su contenido, negando que se consignara plazo de licencia y considerando que se trataba de un simple "consejo". Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, ya que ello es una contradicción axiológica insoportable.

Tampoco habré de omitir la disposición del art. 9, 2ª parte, LCT, que señala que, cuando hubiese duda en la apreciación de la prueba, debe decidirse en el sentido más favorable al trabajador.

Por tales razones, y pese a haberse negado la autenticidad del documento de fs. 77, la tendré por prueba válida, por existir presunciones graves, precisas y concordantes -tal como las expuestas precedentemente- que la hacen verosímil.

Partiendo de esa premisa, es que voy a disentir con mi colega de Cámara, pues sobre la base de la existencia del certificado de fs. 77, el demandado tenía a su disposición la facultad que le otorga el art. 210, LCT y la trabajadora estaba obligada a someterse a su control.

No puede soslayarse que la demandada sabía de la existencia de una afección de salud de la actora, tal como surge de su CD de fs. 6 y que diera lugar al envío de la de fs. 7, como así del recibo de haberes fs. 74, donde consta "*Licencia por enfermedad*".

Tampoco soslayo que de los antecedentes médicos obrantes a fs. 301/ 302 la actora padecía: a) al 13.06.2011, infección respiratoria; b) al 30.06.2011, tos y

congestión respiratoria (en esa ocasión el Dr. S. sugiere evaluación por neumonólogo); c) al 26.09.2011, hiperactividad bronquial que se exacerba con exposición a ceniza volcánica, con episodio de laringo traqueo laringitis, encontrándose en estudio por neumonología, sugiriendo el médico tratante evitar exposición; d) al 06.10.2011, cuadro crónico de bronco espasmos y congestión, reagudizados por exposición a las cenizas volcánicas; e) al 21.11.2011, bronco espasmo y cuadro de infección

respiratoria, aconsejando el facultativo exposición a cenizas volcánicas.

Evidentemente, dichos antecedentes distaban mucho del informe que,

según surge de la CD de fs. 7, había emitido el médico de la empleadora.

La mencionada facultad establecida en el art. 210, LCT fue ejercida por la demandada el 13.10.2011, y tras el informe de su médico optó por reiterar las intimaciones de fecha 19.10, 31.10, 15.11 y 01.12, todas de 2011.

Frente a tales silencios (cierto es que las notas presentadas en autos por la actora no se encuentran corroboradas en su autenticidad y por ende no pueden ser tenidas en cuenta como prueba), nada impedía a la empleadora someter a la actora a otro examen médico, de uno o varios especialistas. Máxime, teniendo en cuenta que el certificado de fs. 77 daba cuenta de la existencia de bronco espasmo e infección respiratoria en tres oportunidades y el consejo de no exponerse hasta tanto no se resolviese la cuestión

climatológica, a los fines de la evitación de nuevas recaídas.

Esto es, si la patronal dudaba respecto del estado de salud de C., bien pudo volver a ejercer la facultad prevista en el art. 210, LCT.

Con el certificado de fs. 77, y las constancias médicas de fs. 322/323, que bien pudo conocer la empleadora si hubiera obrado con diligencia acorde con las facultades que le otorga la ley laboral, queda a mi juicio justificada

la conducta de la actora y al mismo tiempo evidencia la actitud desaprensiva de la demandada.

Digo esto último, pues la apelante, tras obtener el informe del examen del 13.10.2011, se desentendió de la cuestión y se limitó a reiterar inexplicablemente intimaciones para que la trabajadora justificara sus ausencias hasta el 18.01.12, fecha en que comunicó el despido.

En modo alguno puede interpretarse que la norma del art. 210 LCT obliga al trabajador a seguir los consejos y opiniones de los facultativos del empleador cuando estos se contraponen a los consejos y opiniones de sus propios facultativos, ya que la norma faculta al empleador a ejercer el control de la enfermedad a través de sus facultativos pero ello no importa la posibilidad de imponer el criterio médico de sus dependientes o

contratados. Por ello, si se demuestra la existencia real de la dolencia (tal como sucede en autos) y ella fue comunicada al empleador no puede considerarse que el trabajador dio pábulo para ser considerado en situación de abandono de trabajo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V "O. E. L. c. B. S. A. s/ despido", 28/05/2014, DT 2014 (octubre) , 2810, AR/JUR/33479/2014).

De esa guisa se desprende que, si el criterio médico de la actora era el de no exponerla a los efectos de la ceniza volcánica hasta que el fenómeno no cesara, mal puede sostenerse que su conducta era tendiente a abandonar el trabajo, desde que se encuentra acreditado que el certificado médico del Dr. C. (21.11.2011) es posterior a la constatación efectuada por el médico de la patronal (13.10.2011). De allí que, razones de diligencia y buena fe (art. 63, LCT) imponían a la empleadora realizar una nueva

constatación del estado de salud de la actora, quien, con la presentación del mentado informe de su médico personal cumplió a mi juicio con el deber de contestar el requerimiento de fs. 9.

Claro está que, en esa línea de ideas, correspondía a la demandada, desde ese momento, hacer uso nuevamente de la facultad que le otorga el art. 210, LCT.

Jurisprudencialmente se ha decidido que la demandada no actuó asistida de justa causa al despedir a la trabajadora con fundamento en la causal de abandono, pues ante las divergencias entre el dictamen de la facultativa que asistía a la dependiente y la consideraba no apta para reintegrarse a sus labores, y los informes de los médicos de la empresa que pretendían su reincorporación, correspondía a dicha accionada dirimir la cuestión con una tercera opinión o consulta, por aplicación de los principios de buena fe y conservación del contrato que deben primar en las relaciones de trabajo (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, " Mi Sun Sin c. Consolidar A.F.J.P. S.A. y otro", 28/11/2007, DT 2008 (abril) , 419, DJ 28/05/2008 , 276, DJ 2008-II , 276, AR/JUR/9514/2007).

Es decir, frente a la imposibilidad de exponerse a las cenizas hasta que no cesara el fenómeno climático, era la empleadora la encargada de constatar dicho extremo y propender a la conservación del contrato, o bien, en caso de comprobar la falacia de sus explicaciones, dar por concluido el vínculo laboral.

En definitiva, la afección de salud de la actora, conocida por la demandada, y la conducta de aquélla en respuesta a la requisitoria patronal, comunicando su estado de salud, sumado ello a las recomendaciones de su médico personal, no pueden configurar abandono de trabajo. La buena fe indicaba que el empleador antes de la intimación del 01.12.2011 (fs. 10) debió ejercer la facultad de control médico para verificar la imposibilidad del dependiente y corroborar lo informado por ésta mediante la certificación médica.

Para que haya abandono de trabajo, debe existir una conducta ostensible del trabajador en el sentido de no querer continuar con el vínculo laboral, y considero que este no es el caso de autos. No hay abandono por incumplimiento si el trabajador adujo un justificativo de su ausencia o ésta resulta explicada y conocida por el empleador (cfr. mi voto en SDL 36/14 citado; F. M., J.C. y D., "Injurias, Indemnizaciones y Multas Laborales", La Ley, pág. 156), tal como sucede en el caso de autos.

Con respecto a la existencia de ceniza volcánica en la zona donde trabajaba C., cabe señalar que ese fenómeno natural fue un hecho notorio.

En tal sentido, se ha dicho que existe notoriedad suficiente para eximir de prueba a un hecho, sea permanente o transitorio, cuando en el medio social donde ocurre, y en el momento de su apreciación por el juez, sea conocido generalmente por las personas de cultura media en la rama del saber humano a que corresponda, siempre que el juez pueda conocer esa general o especial divulgación de la certeza sobre tal hecho, en forma que no le deje dudas sobre su existencia, mediante sus conocimientos previos o la investigación privada que haga o por las pruebas aducidas con ese propósito (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Proyectos Especiales Mar del Plata S. E. c. Seminara S. A. y otros", 07/07/1998, LLBA 1998, 1358, AR/JUR/82/1998).

Para mayor ilustración, sólo vale remitirse a las noticias de la época para concluir que la meseta central de la Provincia sufrió consecuencias devastadoras transcurridos varios meses de la erupción (ver, a modo de ejemplo en http://www.clarin.com/medio_ambiente/ceniza-gente-vivemomento-Chubut_0_564543693.html).

En todo caso, si en el establecimiento "L. R." y sus aledaños el fenómeno natural no hubiera experimentado tales consecuencias, corría a cargo del empleador acreditarlo, lo que no hizo.

El hecho notorio está exento de prueba, aun cuando no lo acepten las partes de común acuerdo e inclusive se discuta, porque lo importante es que su notoriedad le parezca clara al juez y no a la parte contra quien se opone; lo contrario equivale a hacer que la prueba de la notoriedad dependa del consentimiento de la parte perjudicada por el hecho, y entonces esa prueba consistiría en la confesión o admisión de lo afirmado por el adversario, tal como ocurre con cualquier hecho que la ley no exija probar con un medio distinto, y si así fuera no existiría diferencia alguna entre el hecho notorio y el no notorio (cfr. SCJBA, fallo citado).

Por otra parte, los efectos de la erupción volcánica, contrariamente a lo sostenido por el apelante, han quedado corroborados con el certificado de fs. 77 y los antecedentes médicos de fs. 322/323.

Cierto es que la juzgadora se valió de documental cuya autenticidad no fue probada, como es el caso de las supuestas notas presentadas por la actora solicitando el otorgamiento de tareas en Trelew o Puerto Madryn. No obstante, con lo expuesto antes, esa circunstancia es fútil para la solución del caso y no me inhabilita para decidir en el modo en que lo hago, tal como quedó expresado en los párrafos precedentes.

Por todo lo expuesto, atendiendo el principio protectorio, el de conservación del trabajo y el orden público laboral, considero que el despido por abandono de trabajo fue injustificado, y por ello, aunque por otros motivos, debe confirmarse el fallo atacado en este aspecto.

2.2.

En atención a lo decidido supra, el análisis del agravio relacionado con la aplicación de la multa del art. 2, ley 25.323 deviene abstracto.

2.3.

Se agravia la accionada por considerar que se ha impuesto la condena al

pago de la multa del art. 45, ley 25.345.

Sostiene que no ha habido falta de entrega del certificado del art. 80 LCT, el que ha sido puesto a disposición de la trabajadora en tiempo oportuno y cumpliendo con las formalidades del caso, pese a lo cual no fue retirado, injustificadamente, por la actora.

Agrega que debe tenerse presente que no se acreditó en autos haber cursado los requerimientos de la citada norma legal y que esa omisión no puede ser suplida con la notificación de la demanda, habiendo incumplido con el Decreto 146/01.

Conforme los términos de la sentencia anterior, el mentado certificado fue confeccionado con fecha 06.08.2013, lo que lejos está de haberse cumplimentado con la puesta a disposición en término, teniendo en cuenta que nunca pudo estar a disposición del trabajador el 28.05.13, tal como surge de fs. 18.

Debe señalarse también que con el despacho epistolar de fs. 17, se dio cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 1 y 3, Dec. 146/01.

Por tales razones, el agravio en análisis debe ser desestimado.

3.

En atención al modo como se resuelve, en orden al principio objetivo de la derrota, las costas deben ser impuestas a la demandada (art. 69, del CPCC).

En orden a lo antes expuesto, el tratamiento del agravio respecto de las costas se ha tornado abstracto.

Con respecto a la apelación de los honorarios de los letrados intervinientes, cabe señalar que la misma ha sido interpuesta extemporáneamente (art. 246, del CPCC), por lo que no corresponde su tratamiento.

4.

Las costas de la presente Instancia deberán ser soportadas por la parte demandada vencida (art. 69, del CPCC).

En atención al resultado que se propone, los honorarios del letrado de la demandada Dr. J. J. O. debe ser regulados en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior y los de la parte actora, Dres M. N. A. y F. A. en el 30%, en su conjunto, de lo que les correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5,6,13, ley arancelaria) , con más IVA, si procediere.

Por lo expuesto, voto por la **AFIRMATIVA**.

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

1.

El Dr. Fiordelisi que me antecede en el primer voto ha dado cumplimiento a la manda procedimental impuesta por art. 166 del CPCC, relatando los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la demandada apelante, por lo que me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a dirimir con mi voto, dando cumplimiento así a lo dispuesto por los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N° 17 y 274 CPCC.

2.

La cuestión a resolver y que será materia de mi voto es si las circunstancias acreditadas en el expediente justificaban o no la causal de abandono de trabajo invocada por M. A. S.A. para disponer el despido causado de la trabajadora Y. N. C..

Digo ello, porque los magistrados que me anteceden en el voto han sostenido que el primer agravio de la recurrente -en cuanto a que la

sentencia es arbitraria-, es desierto en tanto no supera la suficiencia técnica que le exige al apelante el art. 268 del CPCC, criterio que comparto.

3.

Se queja la demandada que la magistrada de grado no ha tenido acreditada la injuria laboral para disponer el despido con base en el abandono de trabajo en el que incurrió C..

Sobre la base que, la ponderación de los hechos o situaciones calificadas de injuriosas que autorizan la extinción del contrato, queda librada a la discrecionalidad y a la prudencia de los jueces, debía la recurrente invocar y demostrar la existencia de vicios graves en el pronunciamiento judicial, consistentes en razonamientos ilógicos o contradictorios, con apartamiento de las circunstancias del proceso.

Y en esa faena, anticipo que lo ha logrado.

Rige en esta materia, el principio de preservación de la relación laboral y la potestad disciplinaria resulta una herramienta idónea para lograr la enmienda del dependiente incumplidor y asegurar su continuidad. Para desplazar aquel principio, el incumplimiento del trabajador debe revestir entidad suficiente.

El art. 242 de la LCT refiere a la imputación, por parte del empleador, de haber incumplido el débito fundamental del contrato de trabajo cual es, obviamente, el prestar los servicios convenidos.

Y si bien es cierto que, como regla, pesa sobre el principal la prueba de incumplimiento, estoy persuadida que al haberse admitido por parte de la actora la materialidad del mismo -nótese que reconoció desde el inicio, tanto durante el intercambio telegráfico como al relatar los sucesos en la demanda y específicamente los posteriores a la primera intimación cursada- que no concurría a su puesto de trabajo alegando que ello obedecía a la licencia

médica que le fuera otorgada por el Dr. C., incumbía a su parte, quien pretendió sustraerse de sus consecuencias, demostrar la configuración del eximente de responsabilidad. *"Es que, si el trabajador reconoció expresamente que no prestó servicios, alegando que ello obedecía al goce de una licencia médica debidamente certificada, parece claro que de conformidad con lo normado en el art. 377 del CPCC, era a él a quien le incumbía acreditar o demostrar que las ausencias en que incurrió eran justificadas "*(CNTRAB – SALA IX – "G. J. M. c/ La Salteña S.A. s/ despido" –31/05/2012).

Veamos.

No tiene relevancia para la cuestión, el sostenido agravio respecto de la presentación de sucesivos certificados médicos. La empresa demandada justificó las inasistencias incurridas por la Sra. C. a partir del 14 de junio de 2011 e incluso, dio intervención al Dr. O. G. que se expide en fecha 13 de octubre de 2011.

Con el resultado de ese informe, en fecha 15 de octubre se la intimó, a reintegrarse a sus tareas, y evidentemente lo hizo y/o justificó inasistencias a criterio de la empresa hasta el día 29 de octubre de 2011.

En fecha 15 de noviembre se la intimó a justificar inasistencias desde el día 30 de octubre hasta la fecha de la emisión de la carta documento que obra a fs.9 bajo apercibimiento de abandono de tareas.

Ha señalado la actora que frente a esa intimación, presentó el día 23 de noviembre a la empresa un certificado médico extendido por el Dr. N. C. y que obra a fs. 77 de estos autos.

Expresamente la demandada niega tal presentación (fs.189, A.10) y lo reitera en el agravio (fs. 368).

No da razones en su queja que me persuadan que el certificado médico no le fue presentado y refute de tal modo la afirmación de la magistrada de grado.

Soslaya en su queja que al tiempo de contestar la demanda aludió expresamente al contenido del certificado cuando para argumentar contra la justificación de las ausencias indica *"… ya que dicho certificado no establece plazo de licencia alguno y solo contiene un mero consejo del pretendido galeno"*. Tales consideraciones son impropias de quien desconoce su recepción. Si el mentado certificado no existió para la empresa, nada debió argumentar sobre su contenido.

A ello se suma que justificó inasistencias por enfermedad durante el mes de noviembre (fs. 74) y que no hizo efectivo el apercibimiento que contenía su intimación y la reiteró quince días más tarde.

De tal guisa, voy a sostener que el mentado certificado médico de fs. 77 fue presentado a la empresa y resulta prueba válida y suficiente para justificar que la empresa conocía el estado de salud de la Sra. C. al tiempo de disponer el despido.

Ha sostenido la recurrente que frente a la intimación cursada y el apercibimiento dispuesto, el empleado guardó silencio.

No es factible omitir al tiempo de juzgar las conductas de las partes, que el médico laboral de la empresa, Dr. O. G., cita a la Sra. C. en su consultorio de la ciudad de Trelew y da cuenta al 13 de octubre de un examen normal, de ello infirió la empresa que se encontraba apta para trabajar. También consignó el médico *"Se estima la posibilidad de reacción a la ceniza ambiental, con poca posibilidad de demostrar dicho origen por el momento. Asimismo si ello fuera el origen los síntomas serían transitorios y mientras dure el fenómeno"*.

Ya dejamos establecido que la actora -no hay prueba en contrario-, se reintegró a trabajar ante la intimación cursada y que con fecha 21 de noviembre el Dr. C. indicó en el certificado de fs. 77 que frente a los cuadros de broncoespasmo e infección respiratoria en tres oportunidades luego de la

exposición a ceniza volcánica era aconsejable no exponerla hasta tanto no se resolviera la cuestión climatológica, a los fines de evitar nuevas recaídas.

Véase que el médico laboral dejó claro en su informe que si los cuadros respiratorios de la actora (y que habían sido reconocidos y justificados con las licencias concedidas) tenían origen en la ceniza volcánica "los síntomas serían transitorios y mientras dure el fenómeno".

Frente a las nuevas inasistencias y con el certificado médico extendido por el médico particular, ninguna conducta activa asume la empresa en resguardo de la salud de la trabajadora, por el contrario da comienzo a nuevas intimaciones hasta la fecha, por cierto extensa, de hacer efectivo el despido el 18 de enero de 2012.

El abandono de trabajo se configura cuando el trabajador no responde a la intimación cursada por el principal y por ello no expone los motivos de su ausencia que, justificados o no, revelen su intención de no abandonar el contrato de trabajo.

Estoy persuadida que se acreditó en el expediente que la actora dio cuenta que su ausencia a prestar tareas en la zona de Gan Gan, persistiría mientras estuvieran vigentes las condiciones ambientales que generó la erupción del volcán. Eso fue lo indicado por el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud física de la trabajadora. (fs. 77 y copias H°C° agregada a fs. 322/323)

Si existía discrepancia entre lo indicado por el médico tratante y el anterior dictamen del médico de la empresa, debió obrar con diligencia, colaboración y buena fe para lograr salvar diferencias de criterio médico, con la mira puesta en la conservación de la relación laboral (arts. 10 y 63, LCT).

Teniendo en cuenta que los cuadros respiratorios tenían relación con la exposición a la ceniza volcánica y frente a la reserva formulada por el

médico laboral al emitir su dictamen, bien pudo disponer una nueva consulta médica a fin de determinar el verdadero estado de salud de su dependiente y, así, resolver en forma rápida la situación para dar seguridad a ambas partes sobre los derechos que les asistían durante ese período.

El texto original de la LCT, en su art. 227, preveía que, en caso de discrepancia entre el médico del trabajador y el del empleador, éste debía solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, a fin que dictamine al respecto.

Esta disposición fue eliminada por la reforma por Ley 21.297, limitándose el actual art. 210 de la LCT a establecer la obligación del trabajador de someterse al control médico dispuesto por el empleador, pero sin fijar un procedimiento a efectos de dirimir las diferencias de opiniones ente el control de la patronal y el médico tratante del trabajador.

Ante esta situación doctrina y jurisprudencia han dado diversas soluciones y que pueden confrontarse en "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada" de Juan Carlos Fernández Madrid (Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 1.741/1.742).

Por un lado tenemos a aquellos que otorgan primacía a la opinión del médico tratante del trabajador. Así la Sala VIII de la CNAT ha dicho que "no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el de control del empresario (…) por lo que, en principio, es razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador".

Luego, existen opiniones que establecen la necesidad de acudir a una junta médica oficial o a la vía jurisdiccional. Esta es la posición de la Sala II de la CNAT: "…en caso de que existiera discrepancia sobre su capacidad para reintegrarse a su puesto de labor, la empleadora debió acudir a una junta

médica oficial o a la búsqueda de una decisión administrativa o judicial que dirima el conflicto, a fin de agotar las medidas tendientes a mantener la continuidad del vínculo (arts. 10, 62 y 63, LCT) antes de decidirse a favor del criterio del médico patronal y adoptar la extrema posición del despido". Finalmente, la Sala X de la CNAT deja librado al criterio del magistrado laboral la apreciación de las circunstancias en el caso concreto: "Una vez planteada la discusión judicial por discrepancias referidas al estado de salud de la trabajadora, entre las certificaciones médicas presentadas por ésta y las emanadas de los controles médicos de la empleadora, no cabe otorgar preeminencia formal ni a los unos ni a los otros, sino que corresponde que los jueces resuelvan en base a la prueba producida y teniendo en cuenta el mayor o menor valor convictivo de los respectivos instrumentos médicos legales aportados por las partes, según las reglas de la sana crítica".

Ninguna actitud tomó la empresa, por el contrario dio prioridad al informe del médico laboral (aún con la reserva que ya he transcripto) en desmedro de la indicación dada por el Dr. C..

La realización de una tercera consulta con un especialista o proponer la formación de una junta médica con la participación de profesionales de ambas partes hubiera dado respuesta a los intereses en juego. Por un lado, la innegable facultad del empleador de controlar el estado de salud de la trabajadora enferma, y por otro, la situación en la que se encontraba la actora que confía en su médico tratante, y a quién no se puede obligar a que desoiga el consejo de aquél.

Luego de lo expuesto debe admitirse, como ajustado a derecho, el reproche que se le formula a la empresa que no adoptó una conducta tendiente a la continuidad del vínculo, frente a un certificado médico del que tomó conocimiento y al estado de salud de la trabajadora que no podía desatender.

"El abandono de trabajo se configura cuando el trabajador guarda silencio a la

interpelación del empleador y queda evidenciado su propósito expreso a presunto de no cumplir en lo sucesivo con la presentación de servicios sin que medie justificación alguna. Pero no se configura cuando con anterioridad al despido el trabajador comunicó que se encontraba impedido de trabajar" (CN Trab sala V 03/05/05 Lo Giudice c/ Salí").

El art. 244 de la L.C.T. contiene varios elementos que deben ser cumplidos por el empleador para tener por configurado al abandono como incumplimiento del trabajador y justificante del despido causado: constitución en mora, intimación a reanudar tareas y un plazo adecuado "a las modalidades del caso". "La pauta para determinar si en una determinada situación existió "abandono-incumplimiento" por parte del dependiente, en los términos del art. 244 L.C.T., consiste en verificar si se dan dos elementos: uno material y otro inmaterial. El material está determinado por la ausencia del trabajador y la existencia de una intimación fehaciente por parte del empleador. Y el inmaterial está vinculado con el "animus" o intención de no concurrir a prestar su trabajo". (CNTRAB - Sala IV, S.D. 95715 del Expte. N° 23.722/2006 "Bariandaran Adrián Gustavo c/Empresa San Vicente SA y otros s/despido").

Luego de lo expuesto, es contraria al principio de buena fe la conducta del empleador que, a pesar de haber recibido el certificado de fs.77, ignoró con intimaciones telegráficas -que más tarde invoca para tener por incurso a aquél en abandono de trabajo-, si la persistencia del cuadro de salud de la trabajadora por su exposición a la ceniza volcánica se ajustaban o no a la realidad. "Se podría decir como regla que no se configura abandono de trabajo si se demuestra que el dependiente no se presentó a trabajar porque tenía motivos justificados para no hacerlo y el principal estaba anoticiado de ello al disponer la medida" (Sup. Corte Bs. As., L. 50303, 13/4/1993, "Villa, Rosalinda v. Arpoles S.A.I.C. s/ despido").

4.

Directa relación tiene con lo expuesto, el reproche que se formula a la sentencia respecto de los efectos de la erupción del volcán Puyehue provocó en la zona de trabajo de la empresa demandada.

Ninguna duda ofrece que a partir del mes de junio de 2011 la erupción del volcán chileno produjo una continua nube de material volcánico que afectó a toda la provincia. Tal hecho notorio dio lugar al Dec 746/11 y a sucesivas normas tendientes a paliar los graves efectos que el mismo tuvo en las áreas centrales de la provincia, las que podían seguirse día a día por los medios de difusión en incluso el alcance de su "pluma", tampoco puede negarse que la actividad corriente se vio alcanzada por la "ceniza".

Menos aún puede desconocer la empresa su existencia y la influencia decisiva que la misma tuvo sobre la salud de la Sra. C.. De ello han dado cuenta las certificaciones emanadas tanto por el médico tratante como en el informe del Dr. G..

De modo tal que sus argumentos recursivos que procuran prevalerse de una negativa procesal frente a los hechos notorios que no puede ignorar, no tienen entidad suficiente para refutar las consideraciones de la magistrada aun excluyendo las sucesivas comunicaciones cursadas y que no han podido validarse en este proceso.

5.

Concluyo entonces en que no puede prosperar el abandono de trabajo achacado a la actora, ya que la causal está estricta y necesariamente referida a la actitud de aquel trabajador que inmotivadamente deja de concurrir a su empleo con la intención expresa o presunta de no cumplir en lo sucesivo con la contraprestación debida, que no es el caso de marras toda vez que en la especie obra el mentado justificativo. El abandono consiste en definitiva, no

sólo en su no concurrencia al lugar de trabajo, sino que esa ausencia debe hacer presumir una decisión abdicativa, que no puede inferirse cuando la persona está enferma. *"No puede acusarse la configuración de un abandono de trabajo normado por el art. 244, LCT, a raíz de las ausencias del actor pues en todo caso, si la accionada dudaba respecto de su estado de salud pudo someterlo al control médico de un facultativo designado por su parte, facultad prevista en el art. 210, LCT. De modo que no se ha configurado el supuesto de abandono, y el actor tiene derecho a percibir las indemnizaciones por despido ya que la conducta de la demandada evidencia el ánimo de romper la relación contractual*." (CNAT Sala VI "Pommares, Carlos Raúl vs. Salaberry, Juan Enrique S.A. y otro s/ Despido"; 22-02-2013; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 7079/13).

6.

Conforme propongo votar por el despido incausado, la cuestión de la multa del art. 2do de la ley 25.323 devino en abstracto.

7.

En cuanto a la condena al pago de la multa del art. 45 de la ley 25.345, mis colegas de Sala han coincidido en la solución que debe darse, esto es la desestimación de la queja.

Sin perjuicio de ello y dando integridad a mi voto voy a sostener que la actora cursó sendas intimaciones intimando la entrega del certificado, logrando su cometido con la comunicación del 16 de mayo de 2013 que obra a fs. 17.

La misiva fue respondida por la empleadora el día 28 de mayo de 2013, (fs.18) dando cuenta que el certificado de trabajo se encontraba a su disposición.

Si el que estaba a disposición de la parte es el agregado a fs. 165/166, es de toda evidencia que confeccionado en la ciudad de Buenos Aires el día 6 de agosto de 2013, materialmente era imposible que -de haber concurrido la trabajadora en la fecha indicada en la misiva- le hubieran podido entregar el certificado que impone el art. 80 de la LCT.

8.

El agravio sobre las costas y en tanto se propicia la confirmación de la sentencia, deviene en abstracto.

Por su lado, el recurso de apelación de honorarios tiene autonomía conceptual y normativa, así como sus propias particularidades devenidas de la ley (plazo y ocasión de fundamentarlo), art.48, Ley XIII Nº 4, que obstan a considerarlo implícitamente abarcado en el recurso de apelación contra lo principal del pleito, por lo que el planteo es improponible.

9.

Las costas en la Alzada deben imponerse a la demandada vencida (art. 69 del CPCC).

En cuanto a los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede y con base en los que resulten determinados en la instancia de grado y considerando el mérito, extensión y resultado obtenido, deberán fijarse en los porcentajes que propone el Dr. Mario Luis Vivas. (arts. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.).

Voto a la primera cuestión, por la **AFIRMATIVA.**

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

De ser compartidos mis fundamentos precedentemente expuestos por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

Primero: REVOCAR la sentencia dictada en la primera instancia en cuanto admitiera la indemnización por despido incausado a favor de la actora y aplicara a la demandada la Multa establecida por el Art. 2 de la Ley 25.323.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás que ha sido materia de agravios.

Tercero: ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS DE LA PRIMERA INSTANCIA, imponiéndolas en un 70% a la parte actora y en un 30% a la demandada (art. 72 y concs. CPCC) y regulando los honorarios de la Dra. M. F. G., apoderada de la demandada, en el 17% del monto del proceso; los del Dr. E. A. I. (presentante por la demandada a fs. 122), en el 1% del monto del proceso; los de los Dres. F. A. y M. N. A., letrados de la actora, en conjunto, en el 12% del monto del proceso y sin regular honorarios al Dr. J. J. O. atento el carácter de su única presentación de fs. 335; en todos los casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arts. 5, 6, 9, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Cuarto: IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA en un 70% a la parte actora y en un 30% a la demandada (art. 72 y concs. CPCC), regulándose los honorarios del Dr. J. J. O., apoderado de la parte demandada, en el 5% del monto del proceso y los de los Dres. F. A. y M. N. A., letrados de la actora, en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de

corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

Quinto: REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mi colega de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1.-CONFIRMAR el decisorio de fs. 354/358 en todo lo que fuere materia de agravio;

2. **IMPONER** las costas de la presente Instancia a la parte demandada vencida (art. 69, del CPCC);
3. **REGULAR** los honorarios del letrado de la demandada Dr. J. J. O. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior y los de la parte actora, Dres M. N. A. y F. A., en el 30%, en su conjunto, de lo que les correspondiere en la Instancia anterior

(arts. 5,6,13, ley arancelaria) , con más IVA, si procediere.

4. **REGISTRESE**, **notifíquese y devuélvase.**

Así lo voto.

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

Conforme los fundamentos de mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Vivas.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2016.

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 e**l decisorio de fs. 354/358 en todo lo que fuere materia de agravio;
2. **IMPONER** las costas de la presente Instancia a la parte demandada vencida (art. 69, del CPCC);
3. **REGULAR** los honorarios del letrado de la demandada Dr. J. J. O. en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior y los de la parte actora, Dres M. N. A. y F. A. en el 30%, en su conjunto, de lo que les correspondiere en la Instancia anterior

(arts. 5,6,13, ley arancelaria) , con más IVA, si procediere.

4. **REGISTRESE**, **notifíquese y devuélvase.**

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.