En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de febrero del año dos mil diecisiete se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "**A., E. c/ E. S. S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley (Expte. N° 196 Año 2016)**, venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte N°181/15) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 159.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 1 dictó sentencia a fs. 134/138vta., la cual fue apelada a fs. 141 por la parte demandada, siéndole concedido el recurso a fs. 142. Expresó agravios la recurrente a fs. 143/148, siendo contestado por la contraria a fs. 149/150 el traslado conferido de los mismos.

2 – La sentencia

La sentencia dictada en la instancia de origen hizo lugar a la demanda por considerar incausado el despido oportunamente dispuesto, aplicó la Multa del Art. 2 de la Ley 25.323 y la del Art. 45 de la Ley 25.345, condenando a E. S. S.A. a abonar a E. H. E., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 104.093,11.- con más los intereses expresamente determinados en la decisión; impuso las costas a la

demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

3 – <u>Agravios de la demandada</u>

3.1) Agravia a la demandada que la sentencia haya resuelto tener por no acreditado el abandono de trabajo que constituye la injuria invocada por la empleadora como causal del despido del actor.

Esgrime que la sentencia recurrida resulta a su criterio arbitraria con ausencia de fundamento fáctico y jurídico. Considera que quedo acreditado que el actor incurrió en abandono de trabajo.

3.2) Se agravia asimismo la demandada porque la sentencia le ha aplicado la multa establecida por el art. 2 de la Ley 25.323. Considera que le asistió el derecho para romper el contrato de trabajo con el accionante y de allí que no proceda la multa en cuestión.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>Desestimación del despido por abandono de trabajo</u>

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. VAZQUEZVIALARD, 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”.

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).
En el presente caso, la empleadora cumplió con tal recaudo de la "intimación previa"(C.D. del 26 de mayo de fs. 16).
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).

C) 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, si bien no hay un criterio uniforme en la doctrina, es una cuestión que no ha sido esgrimida en el agravio y de allí que no corresponde su tratamiento (art. 268 CPCC).

En este caso concreto, la empleadora intimó al actor a que se presente a prestar servicios en el término de 24 horas (conf. fs. 16) y el requerido respondió dando las razones de su ausencia (conf. fs. 17). Si tenemos en cuenta que el "abandono" requiere, para su configuración, además de la previa intimación al dependiente -art. 244 LCT-, la existencia del hecho objetivo de la no concurrencia al empleo y el hecho subjetivo referente a la voluntad del trabajador de no reintegrarse a sus labores habituales, S.ge con nitidez que, con el despacho postal obrante a fs. 17, el actor explicó las razones de su ausencia y de allí que no se configuró el requisito necesario que es la voluntad del trabajador de no reintegrarse a sus tareas habituales.

Es por ello que la circunstancia de que haya mediado respuesta por parte del trabajador a la intimación realizada por el empleador, impide encuadrar su comportamiento en el supuesto legal del art. 244 LCT, es decir, abandono de trabajo (conf. CNTrab., Sala V, 23/11/2010, DTOnline, AR/JUR/79271/2010).

Es que, a los fines de acreditar la configuración de un abandono de trabajo en los términos del art. 244 LCT resulta menester, además de la previa intimación al trabajador, probar que el ánimo de éste fue el de no reintegrarse a sus tareas, ya que no toda ausencia permite inferir la existencia de ese elemento subjetivo.

Cabe entonces concluir que juega en el caso la doctrina que postula que el abandono de trabajo en los términos del art. 244 LCT no se configura cuando el trabajador responde a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de su ausencia que, justificados o no, revelan su intención de no abandonar el contrato de trabajo. Por esta razón, cabe

resolver que el despido del actor ha sido injustificado.

Atento los fundamentos vertidos, los agravios de la recurrente en este

punto deben ser rechazados, confirmándose la sentencia en crisis.

4.2 – <u>Multa art. 2 – Ley 25.323</u>

Se agravia la demandada porque la sentencia le ha aplicado la multa establecida por el art. 2 de la Ley 25.323. Considera que le asistió el derecho para romper el contrato de trabajo con el accionante y de allí que no proceda la multa en cuestión.

No le asiste razón al quejoso. Y no le asiste porque se ha demostrado de conformidad con los postulados de la sentencia y lo desarrollado en la presente que el despido fue dispuesto "con causa", si bien la misma no pudo ser acreditada durante el proceso.

La Ley 25.323 agrava en un 50% las indemnizaciones por despido cuando no se las abonare al distracto, obligando al trabajador afectado a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas.

La norma prevé que, si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su cargo.

El artículo en tratamiento no es aplicable exclusivamente a los despidos sin causa, puesto que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue, de lo contrario bastaría que el empleador invocara cualquier motivo para tornar ineficaz la normativa legal. Para más, en el caso ha quedado acreditado que el accionante intimó fehacientemente el pago de las indemnizaciones por despido injustificado (ver fs. 19), las que –obviamente- no fueron abonadas (conf. CNTrab., Sala VIII, 28/02/03, Sent. 31.089, *"Rivero O. c/ La Fármaco Argentina ICSA s/ Despido*").

Por supuesto que no encuentro motivo justificado para hacer aplicación de la reducción prudencial y/o de eximición de esta multa a la demandada atento su proceder tanto en la etapa extrajudicial como durante el presente

proceso. Por otra parte, ninguna causal de justificación que para que ello sea procedente ha demostrado la demandada.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el presente agravio de la apelante.

5 – Conclusión

En atención a que los agravios constituyen la medida y el alcance del recurso concedido a la recurrente y que los expuestos no logran hacer mella en la sentencia en crisis, corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva. Es mi voto.

6 – Costas de la Alzada

Procede imponer las costas de la Alzada a la parte demandada en su calidad de vencida en el recurso que le fuera concedido (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de sus letrados apoderados, Dres. M. A. B. y D. P., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. R. J. P., letrado patrocinante del actor, en el 30% de los que les correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA.**

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

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta Alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

a) En su primer agravio cuestiona el recurrente que no se haya tenido acreditado el abandono de trabajo reprochado al trabajador en la comunicación del despido.

Para resolver el cuestionamiento vertido por la recurrente cabe mencionar que entre las partes, medió un vínculo laboral que se extinguió por decisión de la empleadora por la causal conocida en doctrina como "abandono incumplimiento" que prevé el art. 244 de la L.C.T.

Tal figura de extinción contractual requiere la concurrencia de dos elementos: a) el objetivo que se trasunta ante una intimación previa fehaciente para que el trabajador retome servicios en un plazo adecuado "a las modalidades del caso"; y b) el subjetivo que alude a la demostración acerca de que el trabajador no tenga voluntad de reintegrarse a sus tareas (arts. 242 y 244 L.C.T.). *"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. Nº 23.722/2006 "Bariandaran Adrián Gustavo c/Empresa San Vicente SA y otros s/despido").

Por su lado, la norma del art. 244 LCT siendo suficientemente abierta, recepta diversas situaciones dentro de la racionalidad del plazo y no se advierte en la queja, que la parte haya cuestionado con argumento alguno, la conclusión que formula la magistrada de grado, en cuanto a la intimación por un plazo inferior al contemplado en el art. 57 de la LCT.

Para así decidirlo tuvo en consideración la sentencia dictada por el STJCH Reg. N° 03/S.R.E./08 en autos "'"QUINTANA Pablo Fernando c/ IMPRESORA CHUBUTENSE S.A. s/ LABORAL" (Expte. Nº 20.959-Q-2007) del 05/05/2008 que señaló que si bien hay que estar a las modalidades de cada caso, el plazo de la intimación no debe ser inferior al establecido en el art. 57 de la L.C.T.

En los términos de la sentencia, que llega firme en ese aspecto a esta instancia, el plazo otorgado al trabajador para que se reintegre a trabajar en 24 hs. habilitó a la señora jueza a considerar el despido dispuesto como incausado.

Desde esa perspectiva, al no someter la cuestión a la revisión de la Alzada, no hay agravio y consecuentemente no es posible alterar la conclusión del fallo en tanto que la litigante no se hace cargo de uno de los fundamentos dados por la jueza para concluir como lo hizo, y que fue precisamente un déficit en la interpelación previa al trabajador.

Por su lado, si bien es cierto que está fuera de discusión que el actor se ausentó al empleo, cabe memorar que el art. 244 de la L.C.T. dispone que el

"abandono de trabajo" como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configura previa constitución en mora mediante intimación de reintegro hecha en forma fehaciente y por el plazo que impongan las modalidades de cada caso. Es que el principio de "buena fe" la obliga a la empleadora a extremar los recaudos para mantener el contrato de trabajo teniendo en cuenta la antigüedad en el empleo y los antecedentes del trabajador (arts. 62 y sgtes. y 10 de la L.C.T.).

Tal como ha citado la magistrada de grado en el precedente del STJCH citado y conteste con la jurisprudencia y doctrina, señalaron que lo que se requiere para que se configure el abandono de trabajo, es que medie una intención inequívoca del trabajador de poner fin a la relación laboral que lo vincula con la patronal, y que esa intención se manifieste en forma también que no admita dudas, debiendo a su vez la patronal agotar los medios

tendientes a dejar bien en claro esa voluntad del trabajador. *"Para acreditar que se ha configurado el abandono de trabajo, es necesario probar que el ánimo del trabajador ha sido el de no reintegrarse a sus tareas, ya que no toda ausencia permite inferir la existencia de ese elemento subjetivo. Es decir, la característica principal de esta situación es "el silencio del dependiente…"* (cfme. CNTRAB - Sala VII, S.D. 43.401 del 16/03/2011 Expte Nº 7.125/09 "Barbero, Matías Gabriel c/ Casino de Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en

entretenimientos S.A. U.T.E. s/ Juicio Sumarísimo").

En el caso concreto el trabajador respondió a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de su ausencia que, justificada o no, revelaron su intención de no abandonar el contrato de trabajo (fs.52 y fs. 53)

En definitiva, la falta de cuestionamiento de la recurrente por la aplicación analógica del art 57 LCT con base en el precedente del STJCH referenciado, me permite concluir que la desvinculación dispuesta por la Empresa demandada no ha sido ajustada a derecho y como consecuencia de ello,

acompaño al Dr. Fiordelisi, en que la sentencia de grado en el punto, debe confirmarse.

b) En el segundo agravio se quejan de la aplicación de la multa establecida por el art. 2do de la ley 25.323, en tanto sostienen que les asistía el derecho para romper el vínculo laboral.

El agravamiento indemnizatorio como sanción, previsto en la norma del art. 2do de la ley 25.323, deriva de una conducta patronal disvaliosa y por consiguiente penalizable y es el juez quien debe, en cada caso, verificar en la conducta del demandado la buena fe con que se ha conducido y defendido.

En los argumentos recursivos la parte refiere que la decisión de la magistrada es incongruente y que la aplicación de la multa es abusiva.

La incongruencia que sostiene en la mínima crítica que formula, no existe.

La frase que cita está fuera del contexto considerado por la magistrada para tener por no configurado el abandono de trabajo y prescindiendo que luego señaló *"Considero, asimismo, procedente, la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323, demostrado que no existen atenuantes que pudieran eximir de culpa a la demandada al incumplimiento de pago de las indemnizaciones en el plazo previsto en el art. 255 bis LCT*."

Luego de ello, la empresa demandada decidió el despido del trabajador invocando como causa el abandono de trabajo.

Con ello subordinó su eventual obligación de indemnizar (y otras obligaciones accesorias, como los intereses, las multas o un rubro del tipo del aquí discutido) a la cuestión de la prueba de la injuria invocada: si la prueba se produce, se libera de todas las obligaciones; en caso contrario, todas son exigibles retroactivamente y tal es el supuesto de autos, sin que logre advertir circunstancias que ameriten la exoneración de la sanción o bien su reducción, en los términos que formula el apelante en su agravio.

3. Consecuentemente con lo expuesto en mi voto, la sentencia apelada deberá confirmarse en todo lo que ha sido materia de apelación.

Las costas en la Alzada deben imponerse al apelante vencido en el recurso (art. 69 del CPCC) y los honorarios de los letrados que han intervenido en esta sede deben regularse en los porcentajes propuestos por el Dr. Fiordelisi en tanto resultan ajustados a la actividad profesional cumplida, su mérito y resultado obtenido, sin perjuicio de los mínimos legales y con más el IVA de corresponder (art. 5, 7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la primera cuestión por la **AFIRMATIVA**.
A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mi colega de Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente: **1-) CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravio.
2-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de sus letrados apoderados, Dres. M. A. B. y D. P., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. R. J. P., letrado patrocinante del actor, en el 30% de los que les
correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).
3-)REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

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

Conforme el sentido de mi voto, el pronunciamiento que debe dictarse es el que propone el Dr. Fiordelisi.
Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17),
pasándose a dictar sentencia.
Puerto Madryn, de febrero de 2017.
En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:
S E N T E N C I A
1-) CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todo lo que ha sido materia de agravio.
2-) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte demandada (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de sus letrados apoderados, Dres. M. A. B. y D. P., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su labor en la primera instancia y los del Dr. R. J. P., letrado patrocinante del actor, en el 30% de los que les
correspondan por su labor en la instancia originaria, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y más el IVA de corresponder (arts. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).
3-)REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

REGISTRADA BAJO EL N° /17 SDL. CONSTE.