



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Neuquén, 8 de octubre de 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ZAPATA GONZALEZ LUIS ESTEBAN C/ PECOM ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENÉRICAS"**, (JNQLA4 EXP N° 503426/2014), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar **SQUETINO** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Ghisini, dijo:**

I.- La sentencia de primera instancia de fecha 15 de mayo de 2019 (fs. 355/365), hizo lugar a la demanda por cobro de indemnizaciones artículos 232 y 245 de la LCT, así como S.A.C. proporcional, rechazó la procedencia de la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323, impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron.

Para decidir de este modo el a quo consideró que al momento del distracto el trabajador se encontraba en uso de licencia médica, que la empleadora no acreditó haberle notificado el alta y que por ello la decisión de la demandada resultó apresurada, a lo que se suma que las tres cartas documento obrantes a fs. 23, 24 y 25 fueron entregadas el mismo día. Con ello, concluyó que el despido directo decidido por la empleadora resultó injustificado.

Por otra parte, determinó que la empresa decidió -frente al conflicto- desvincular al

trabajador negando validez a su certificado, por lo que resulta evidente que no se trata de un abandono de trabajo.

Desde otro costado, analizó los sucesivos contratos de plazo fijo suscriptos y estableció que no cumplen con el recaudo sustancial del artículo 90 inc. "b" de la L.C.T. y que por lo demás tampoco se asignó el preaviso en relación al contrato que finalizaba el 28-1-2014, por lo que operó la conversión del contrato en uno por tiempo indeterminado.

II.- El fallo es apelado por la parte demandada a fs. 369/372.

En primer término cuestiona la valoración que el *a quo* hizo del intercambio telegráfico, en la inteligencia que la intimación a retomar tareas debe considerarse perfeccionada cuando el correo dejó el primer aviso de visita, de lo que se sigue la legitimidad del despido fundado en abandono de trabajo. Plantea también que se omitió considerar la declaración testimonial del galeno que efectuó el control médico, de la que se desprendería la aptitud del dependiente para retomar tareas.

En segundo lugar, cuestiona la inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización prevista por el artículo 245 de la L.C.T., por cuanto el rubro carece de carácter mensual.

Por último, se agravia por la imposición de las costas en su totalidad, cuando en su criterio se configuró la hipótesis del artículo 71 del C.P.C.C., frente al rechazo de la multa prevista por el artículo 2 de la ley 25.323.

A fs. 374/380 la parte actora replicó el traslado conferido respecto de la expresión de agravios, sosteniendo los fundamentos y sentido del pronunciamiento, con cita de numerosos sumarios de fallos.

III.- Siguiendo en el orden que el recurrente le asignó a sus agravios, considero que resulta ajustada a derecho la conclusión de la sentencia relativa a la ilegitimidad del despido directo, frente a la ausencia de constatación de los recaudos formales y sustanciales que exige el artículo 244 de la L.C.T.

De conformidad con los términos en que quedó extinto el contrato de trabajo, la cuestión debatida se sujeta a determinar si están reunidos los presupuestos que exige el artículo 244 de la L.C.T., para la configuración de la hipótesis de injuria objetiva allí contemplada, por «abandono de trabajo».

El referido dispositivo legal hace descansar la objetividad de sus términos en un catálogo de recaudos que se clasifican a los fines didácticos en formales y sustanciales.

Entre los primeros se ubican los aspectos que atienden a la constitución en mora por medio fehaciente para que el trabajador se reintegre al trabajo, emplazamiento que además debe contar con un plazo acorde a las modalidades de cada caso y, a mérito del principio de buena fe, un apercibimiento concreto para la hipótesis de inobservancia (arts. 62, 63 y 244 L.C.T).

Estos aspectos formales constituyen verdaderas garantías colocadas en favor de la persona que trabaja, frente a la gravedad de las consecuencias

que rodean a la figura del denominado «abandono incumplimiento», que no es otra que la extinción con justa causa del vínculo, sin consecuencia indemnizatoria.

En este punto, se advierte como correcta la interpretación que el *a quo* hizo del intercambio telegráfico y la conclusión relativa a la ausencia de satisfacción de los recaudos formales que prevé la norma.

Ello así por cuanto cuando alguno de los contratantes escoge un medio indirecto para transmitir sus comunicaciones, queda sujeto a las reglas propias de tal método de trasmisión del lenguaje, entre los que asume capital trascendencia el efecto recepticio que revisten las comunicaciones postales.

Esta consecuencia no es ni más ni menos que la asignación de los efectos jurídicos de la notificación al momento en que ingresa la comunicación en la esfera de conocimiento jurídico del destinatario.

Esta última noción -de naturaleza eminentemente jurídica- integra la efectiva recepción con todos aquellos motivos impeditivos que puedan adjudicarse al destinatario (v.gr, la ausencia de diligencia, desactualización del domicilio, etc.).

Sin embargo, no resulta achacable al trabajador la ausencia circunstancial de su domicilio o el hecho que el servicio postal no haya podido entregar en la primera oportunidad la misiva, puesto que precisamente para posibilitar la entrega de la correspondencia, el artículo 2 de la Resolución 3252/2004 de la Comisión Nacional de Comunicaciones prevé dos intentos de entrega con avisos de visita.

Vale señalar que excepto una hipótesis de mala fe del destinatario -sobre la que no existe invocación concreta o elemento de prueba que así lo avale-, corresponde al emisor de una comunicación integrar tales avatares al momento de seleccionar el modo en que transmitirá la información que desea hacer llegar a su co-contratante.

Es precisamente con arreglo a la pauta de conducta que fijan los artículos 62 y 63 de la L.C.T., pero antes bien con arreglo a un elemental apego lógico a los términos del precepto, que incumbe al empleador que quiere poner en marcha el objetivo método extintivo previsto por el artículo 244 de la L.C.T., verificar la suerte que ha corrido la comunicación de puesta en mora del trabajador como paso previo a disolver el contrato fundado en tal causal.

En este orden, la información de entrega recabada del Correo Oficial de la República Argentina a fs. 222 y 285, corrobora que las piezas postales obrantes a fs. 23, 24 y 25 fueron recibidas en conjunto por el trabajador el 31 de enero de 2014 a las 17.30 horas, por lo que debe cargar la demandada con la consecuencia de haber disuelto el contrato de trabajo sin dar acabado cumplimiento a la pauta legal y al propio plazo fijado en la carta documento de fs. 25 (de 48 horas).

Por otra parte y si bien ello resulta suficiente para propiciar la desestimación del recurso, cuadra señalar que la parte apelante no cuestiona en forma eficaz la conclusión del *a quo* relativa a la ausencia de configuración de los

recaudos sustanciales de la figura del artículo 244 de la L.C.T.

Corresponde señalar que los aspectos más relevantes que otorgan significación a la objetivización de esta hipótesis por fuera del artículo 242 de la L.C.T. se relacionan con los aspectos de fondo.

En este orden, lo que define el sustrato sustancial del abandono de trabajo es la existencia de una manifestación inequívoca del trabajador de no cumplir en lo sucesivo con su principal obligación contractual, que se corresponde con la colocación en favor del empleador de su fuerza de trabajo.

Es usual que el instituto extintivo funcione como una válvula de cierre, frente a situaciones en que el trabajador se aparta injustificadamente de su principal débito contractual, dando cuenta con su conducta de la proyección de tal abstención como modo definitivo de cesación de la relación. Suele ocurrir que tal manifestación de la voluntad se plasme mediante el silencio frente al emplazamiento formal del empleador.

Sin embargo, ello no resulta condición necesaria, puesto que debe analizarse en cada caso en particular, si subyace verificada la situación de mora del trabajador en la colocación a favor de su empleador de su energía de trabajo y -además de ello- si tal morosidad traduce razonablemente la voluntad de no cumplir en forma sucesiva y definitiva con los débitos inherentes a todo contrato de trabajo.

Así, la mora debe resultar injustificada y además denotar concluyentemente el ánimo de quebrar

el deber de continuidad de la relación laboral (arts. 10 y 91, L.C.T).

Conforme tales premisas, no encuentro que el sentenciante haya incurrido en yerro alguno en la composición del caso, por cuanto en su construcción intelectual demostró la ausencia de configuración del aspecto sustancial último en que se funda la norma, que no es otro que la mora del trabajador unida al desinterés en la prosecución del negocio jurídico laboral.

La determinación del juzgador de la anterior instancia no tiene fisuras en orden al modo de empleo de las reglas de la sana crítica racional (art. 386 C.P.C.C; art. 54, ley 921).

A partir de una correcta interpretación de los deberes del empleador con objeto de satisfacer la continuidad del contrato hasta su destino natural de culminación (arts. 10 y 89 L.C.T.), el *a quo* concluyó que la empleadora no notificó con antelación al distracto el alta otorgada por el control médico, por lo que el trabajador se hallaba de licencia en los términos del artículo 208 de la L.C.T.

Al mismo tiempo formuló una composición en torno a que la empleadora impuso al trabajador su criterio y que el marco no denota el ánimo del trabajador de abandonar la relación laboral.

La denuncia del apelante en torno a la ausencia de ponderación de la prueba testimonial rendida por el médico que llevó a cabo el control médico no resulta suficiente para rebatir la conclusión anteriormente sintetizada.

El marco del conflicto no permite vislumbrar que el elemento subjetivo del ánimo del

trabajador estuviera orientado hacia el abandono del contrato, sino antes bien todo lo contrario, puesto que se dirigía a canalizar una situación de salud a través del goce de una licencia por enfermedad inculpable, lo que denota sin dudas el opuesto a la figura empleada por la parte demandada.

De modo que no resulta idóneo el carril extintivo del artículo 244 de la L.C.T. para dirimir otro tipo de conflictos que puedan suscitarse en la ejecución del contrato de trabajo, tal el caso de las disputas asociadas a la forma, legitimidad y extensión de las licencias por enfermedad inculpable.

La comprensión de la plena vigencia de los derechos fundamentales del trabajador, conlleva la exclusión de la fuerza decisiva de la calidad de empleador para imponer sus criterios al trabajador frente a una divergencia o contrapunto bilateral sobre el tópico de las licencias.

Ello, por cuanto toda la regulación anteriormente aludida resulta inescindible a la garantía constitucional de protección contra el despido arbitrario (art. 14 bis de la Constitución Nacional) y particularmente con la protección de la persona trabajadora contra el despojo de su fuente de trabajo sin que existan graves razones justificadas para ello.

Existen un cúmulo de reglas de origen convencional, tales como el artículo 6 inc. 1 del PIDESC, 23 inc. 1 de la DUDH, artículo XIV de la DADH y 7 inc. "d" del Protocolo de San Salvador, que obligan a resignificar la legislación interna, que se ubica en un peldaño jerárquico inferior a todos los referidos instrumentos.

Corresponde señalar -siguiendo a Rolando Gialdino- que el fundamento ontológico de todo el ordenamiento positivo del derecho internacional de los derechos humanos se enraíza en la dignidad de la persona humana (aut. cit, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones", p. 5, Ed. Astrea).

Este fundamento aparece difuminado a lo largo de la mayoría de los instrumentos internacionales, y recogido en diversos fallos de la Corte IDH (vgr. "Gelman", sent. del 24 de febrero de 2011, serie C N° 221).

En el caso "Trabajadores Cesados del Congreso" (sent. de 24 de noviembre de 2006, serie C N° 158), *citado anteriormente* la Corte IDH resolvió que la interpretación del artículo 26 -relativo a la recepción de los DESC- debe hacerse teniendo en cuenta la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales, y de conformidad con el principio *pro homine*.

Este temperamento aparece reafirmado en el caso "Lagos del Campo" (sent. de 31 de agosto de 2017, serie C N° 340), en que la Corte IDH condenó a un Estado por violación del artículo 26 de la CADH, que a su vez conecta en forma directa con la Carta de la OEA.

En esta decisión la Corte IDH marco un punto de inflexión en la plena justiciabilidad de los DESC contenidos en la Carta de la OEA y con ello, en lo que aquí interesa, el alcance racional con que debemos integrar los magistrados los instrumentos internacionales en nuestras decisiones (v. parágrafos 143 a 145).

También aparece como un mandato constitucional concomitante con la recepción de los postulados del Constitucionalismo Social, cuando en el año 1957 se incorporó el artículo 14 bis que indica al Congreso las condiciones "dignas" de labor, como una directriz del sentido que debe llevar la legislación.

En su faz reglamentaria, la LCT -en su actual redacción- alude explícitamente al resguardo de la dignidad del trabajador en el artículo 68, al establecer un límite al ejercicio de la facultad disciplinaria en cabeza del empleador, consistente precisamente en el respeto irrestricto de la dignidad como dato estructurante del alcance de los deberes y obligaciones de ambas partes.

Tal como lo ha afirmado con acierto la Corte Federal en el caso "Alvarez", "[...] la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida nada menos que por la actividad humana, la cual resulta, per se, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad [...]" (fallos, 333:2306, sent. del 07/12/2010).

Con ello, la conclusión axiológica en torno a la forma de finalización del contrato, denota que la parte empleadora omitió todo otro camino para la solución del conflicto que no fuera el de la imposición de su criterio, por lo que debe cargar con las consecuencias de la antijuridicidad de su comportamiento.

La cláusula constitucional que dispensa una protección intensa contra el despido arbitrario, debe entenderse complementada con los instrumentos anteriormente enunciados y particularmente -desde un plano humanista- con la significación que tiene para

la persona que trabaja el empleo como vehículo de satisfacción de otros derechos fundamentales propios y de su familia, que cuentan con una fuerte custodia en diferentes reglas de rango Constitucional y Convencional.

Vale decir, que es consustancial al carácter interdependiente e interrelacionado de los derechos humanos fundamentales una mirada holística de lo que queda comprometido para las partes en un conflicto.

Si bien nuestro país no ha ratificado expresamente el Convenio 158 de la OIT, no es menos cierto que todo el entramado de instrumentos mencionados y la evolución paradigmática operada en términos Constitucionales imponen una revisión de la concepción de la empresa como un reducto puramente potestativo de los intereses del empresario y que paralelamente atienda -por mandato convencional y constitucional- a satisfacer un nuevo equilibrio entre los intereses del empresario y los de la persona que trabaja, en línea con los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Por todo lo expuesto, concluyo que el primer agravio debe ser desestimado.

Por otro lado, se agravia la accionada por la inclusión del S.A.C. en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad. Si mi opinión es compartida, entiendo que tampoco deberá modificarse este aspecto del pronunciamiento.

En forma relativamente reciente he modificado el criterio anteriormente sostenido, para adecuarlo a la interpretación predominante de la mayoría de los integrantes de esta Cámara, a partir de

una sistémica integración de las fuentes, valores y principios que concurren sobre el tema. De este modo, la consideración formulada anteriormente respecto de los alcances y direccionalidad de las sentencias de la Corte IDH en materia de DESC me llevó a reexaminar el temperamento adoptado en otras anteriores decisiones, conforme los argumentos que seguidamente se enuncian.

Los derechos fundamentales provenientes de los Tratados de Derechos Humanos y de los Tratados con rango supra legal obligan a resignificar la lectura de los textos legales en vigor, de modo tal que éstos contemplen la racionalidad asociada al paradigma vigente, que no es otro que el de la plena vigencia de los derechos humanos fundamentales.

Las relaciones laborales, tal como afirma Arese, se han visto irradiadas por el efecto horizontal proveniente del derecho constitucional y supranacional (cfr. aut cit, *Código Civil y Comercial y Derecho del Trabajo*, p. 45, Rubinzal-Culzoni).

Entre las reglas interpretativas propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos asume particular trascendencia el principio de interpretación pro persona, que implica asignar a un texto legal el sentido más protectorio de la persona humana y favorable a la cabal realización del derecho en cuestión.

La Corte ha advertido, con cimiento en el mentado principio interpretativo, que « [...] las "leyes no pueden ser interpretadas sólo históricamente, sin consideración a las nuevas condiciones y necesidades de la comunidad, porque toda ley, por naturaleza, tiene una visión de futuro, está predestinada a recoger y regir hechos posteriores a su

sanción [...]» (CSJN, causa "Álvarez", considerando 9°, fallos, 333:2306).

Precisamente es este estándar fijado por la Corte, lo que me persuadió de adecuar el sentido de mi razonamiento a los principios propios de la disciplina laboral, leídos en clave de los instrumentos internacionales.

En este sentido, advierto que el principio *pro homine* ha absorbido la potencia decisiva que tiene la regla de interpretación proveniente del artículo 9 segundo párrafo de la LCT, en cuanto elimina el recaudo -siempre difuso, subjetivo y de difícil ponderación- de la duda como presupuesto de operatividad de la interpretación más favorable al trabajador, por lo que corresponde atender a su formulación como válvula de cierre del potencial conflicto hermenéutico.

A partir de la lectura sistémica de la LCT, se advierte fácilmente que la redacción del artículo 245 de la LCT -texto según artículo 5° de la ley 25.877- reemplazó el vocablo «percibida» por «devengada», para referirse a la remuneración, de lo que se sigue que desplazó el eje del precepto hacia un concepto más amplio.

La demostración del devengamiento en forma diaria del SAC es sumamente sencilla: Cuando el contrato de trabajo se extingue el artículo 123 de la LCT establece el derecho a percibir el SAC computado como la doceava parte de las remuneraciones devengadas en la fracción del semestre trabajado.

Por tal motivo, la solución resulta tanto de la lectura antes propiciada como del alcance de la regla *in dubio pro operario*, a poco de advertir

que existen dos vertientes interpretativas con sólidos argumentos en el seno de la comunidad jurídica.

En suma, puesto que se trata de un salario diferido que se liquida en la periodicidad que prevé el artículo 122 de la LCT, pero se devenga en forma diaria, considero que la incidencia del S.A.C. debe integrar la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, por lo que corresponde confirmar también este tramo del pronunciamiento.

Por último, se agravia la parte demandada por la forma en que fueron aplicadas las costas del proceso, en la comprensión que han existido vencimientos parciales y recíprocos.

No obstante lo postulado, no se advierte ningún error *in iudicando* que amerite la revisión de lo actuado en la instancia anterior.

Como primera medida, cuadra advertir que al momento de evaluar y fijar las respectivas condiciones de vencedora y perdedora -basilar en el sistema de costas del Código Adjetivo-, se evalúa el éxito sustancial de la parte actora signado por la procedencia o rechazo de las pretensiones llevadas a proceso, de lo que se sigue que el criterio empleado por el señor juez *a quo* resulta irreprochable.

El principio objetivo de la derrota es precisamente tal por que vincula en forma apodíctica la relación entre pretensión jurídica y la suerte que corrió en la sentencia, lo que no cabe confundir con la desestimación de algún rubro en particular.

Con ello, entonces, se descarta que el criterio fijado por el artículo 17 de la ley 921 tenga anclaje en la aritmética, pautas rígidas o cálculos porcentuales.

La pretensión que el actor puso en marcha en su demanda conforma una unidad vinculada a la forma en que operó el despido y las consecuencias reparatorias tarifadas (v. fs. 83 y vta.), aspectos en los que ha resultado vencedora.

La circunstancia que se haya desestimado un rubro en particular accesorio a la procedencia de las indemnizaciones derivadas del despido no acarrea la modificación de tal calificación.

El artículo 71 del C.P.C. y C. requiere de vencimientos parciales y recíprocos, lo que no se advierte en el presente caso, en que la pretensión era única y ha sido íntegramente estimada, aun cuando se haya rechazado un rubro puntual, por ausencia de un recaudo formal.

En conclusión, todos estos elementos confirman que el criterio empleado por el magistrado de grado, en cuanto entendió que la parte demandada resultó vencida, es correcto y debe permanecer inalterado.

IV.- En virtud de lo considerado, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada, con imposición de costas de Alzada en su condición de vencida (art. 17, ley 921).

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que se establezca en el pronunciamiento de grado y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

Habré de adherir al voto que anteceden, y en particular respecto a la inclusión del aguinaldo

en la base de cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT, remitiéndome a lo sostenido en la causa "LOPEZ, FERNANDO DAVIL C/EXPLOSIVOS DEL COMAHUE S/DESPIDO" (EXTE. 506048/2015-Sent. 09.08.2019), dónde dejara a salvo la interpretación de lo preceptuado por dicha norma en casos como el traído a resolución, atendiendo a que:

"II.- En consecuencia, ante el cambio de criterio sostenido en el voto de mi colega de Sala, considerando el seguido por los integrantes de este Tribunal Dres. Cecilia Pamphile y Jorge D. Pascuarelli, integrantes de la Sala I ("CASO DIEGO SEBASTIAN C/ BERTORELLO J, MODENUTTI A.S.H. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES"-EXP 414668/2010-Sent. 28.-11.2017 - entre muchos) y los Dres. Patricia Clerici y José Noacco, miembros de la Sala II ("PEDROZA CECILIA GABRIELA C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"- EXP N° 468913/2012, Sent. 2.105.2019 entre otros), que serían los convocados a dirimir una eventual disidencia, y no desconociendo que es el adoptado por el Máximo Tribunal Provincial en el mismo sentido mediante Acuerdo N° 10/16 del 16/07/2016 en la causa "Reyes Barrientos", razones de celeridad procesal y a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, habré de propiciar la inclusión del proporcional del aguinaldo en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad regulada en el art. 245 de la LCT, dejando a salvo la interpretación de lo preceptuado por dicha norma en casos como el traído a resolución.-...".

Por ello, esta **Sala III,**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 355/365, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas en la Alzada a la parte demandada en atención a su condición de vencida (art.17 Ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo fijado a los que actuaron en igual carácter en la instancia de grado (art. 15 LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO