



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUEN, 5 de Septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**ROMERO OSVALDO JOSE C/ E.A. BALBI E HIJOS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS**" (**JNQLA4 EXP 503459/2014**) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

1.- En hojas 312/314 apela la sentencia la parte demandada.

Entiende que existe una contradicción al momento de merituar la prueba.

Afirma que el único argumento del sentenciante, es que entiende probada la autenticidad de los certificados médicos acompañados.

Refiere que no se expide en relación a que el actor se encontraba en otra provincia, y, durante los tres meses que duró su dolencia, no se comunicó con su empleador para informar su situación o domicilio donde pudieran anoticiarlo, por lo que fue imposible hacer uso del derecho de contralor sobre dichos certificados.

Destaca que, con los datos que resultan de los certificados médicos (Resistencia, Chaco, localidad de Fontana, y prefijo 362), resulta imposible ubicar a una persona.

Alega que se deja a esa parte en estado de indefensión, no pudiendo utilizar su facultad de contralor, ni ubicar a su empleado en el último domicilio por él informado.

Que así se la obliga a aceptar el pago de una licencia que llega por fax de manera informal y sin conocer el paradero de su empleado durante tiempo indefinido.

Refiere que, conforme resulta de las testimoniales, era conocida la intención del actor de mudarse de manera permanente a la provincia del Chaco, donde residen sus hijos y mujer.

Por ello entiende justificado que a esa parte le resulte sospechoso que el empleado se ausente por tiempo indefinido sin comunicar su paradero.

Como segundo agravio, critica la inclusión del SAC en el cálculo indemnizatorio.

Cita Jurisprudencia.

1.2.- Corrido el pertinente traslado, es contestado en hojas 319/321 por la actora.

Destaca que los trabajadores no elijen donde enfermarse y pueden vacacionar donde quieran.

Remarca la comunicación fehaciente de la enfermedad.

En punto al segundo agravio, alega la falta de obligatoriedad del plenario "Tulosai" y cita Jurisprudencia en contrario.

2.- Ingresando en el análisis del recurso deducido, entiendo que su abordaje debe partir de la causal de despido consignada en las cartas documentos de fecha 18/02/14 y 27/02/14 (hojas 65 y 66).

Es que, quien alega una causa como justa debe ser explícito al respecto para permitir la mejor defensa de la contraparte que no debe hallarse en situación desventajosa y, en lo que aquí interesa, esa causa no puede ser modificada con posterioridad (art. 243 de la LCT).

Al respecto, nuestro Máximo Tribunal ha señalado: *«...el artículo 243 de la Ley de Contrato de Trabajo impone la necesidad de analizar, detenidamente, el contenido de las*

comunicaciones telegráficas cursadas, porque de ellas surgirá el posicionamiento que las partes hayan adoptado en la etapa extrajudicial con referencia a la causal extintiva del débito laboral.

Es que las razones que fundamentan la ruptura del contrato de trabajo configuran "una suerte de fijeza prejudicial" (S.C.B.A., 15/5/84, DT 1984-B-1101), en el sentido de que no se admitirá la modificación posterior de la voluntad rescisoria consignada en la comunicación que se hiciera por escrito al trabajador» (Ac 1/09, "Bustos").

3.- *En el caso, la empleadora, en su carta documento de fecha 18/02/14 (Hoja 64), intimó al actora «para que dentro del tercer día retome tareas normalmente, bajo apercibimiento de considerarlo en abandono de trabajo.»*

Luego, mediante carta documento de fecha 27/02/14 (hoja 65), hizo efectivo el apercibimiento en los siguientes términos: «Que atento a haberse cumplido (en exceso) el plazo de la intimación cursada por esta parte mediante CD 1874993. Y siendo que aún no se ha presentado en su lugar de trabajo y reintegrado a sus tareas habituales, ni ha notificado algún tipo de impedimento para hacerlo, consideramos extinguido el vínculo laboral por su exclusiva culpa por abandono de trabajo.

En este sentido, se deja constancia nuevamente de su actitud abusiva que lesiona la buena fe debida y en atención a su persistencia en ocultar su residencia o los motivos por los que se encuentra en el Chaco y no en la ciudad de Neuquén, lo cual pone de manifiesto, de modo inequívoco, una actitud de desinterés del trabajador por conservar la relación laboral, se hace efectiva la intimación cursada.» (hoja 65).

4.- *En punto al abandono de trabajo, vale recordar que "[...] para la configuración de esta causal extintiva, sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, se exige la*

conurrencia de dos elementos: a) uno material, que consiste en que el trabajador está ausente de su puesto de trabajo en un momento en que debería estar cumpliendo con el débito laboral porque tiene obligación de ponerse a disposición de su empleador con la asiduidad y puntualidad establecida en el contrato; debido a ello, toda omisión a estas obligaciones configura per se un incumplimiento contractual que faculta a la patronal a intimarlo a reincorporarse automáticamente; y b) otro inmaterial o subjetivo, conformado por la intención del dependiente de no volver a brindar sus obras o servicios normales y habituales en ese empleo."

"La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza tiene dicho que: "[...] el abandono de trabajo como causal de despido debe ser probado fehacientemente por quien lo alega, lo que implica demostrar también la intencionalidad del trabajador, es decir, su conducta concreta y voluntaria (LS 188-048) [...]", (SCJ, causa N° 72.339, caratulada: CACERES CARLOS ALBERTO EN J1 14.402 LUCATTO FERNANDO ANTONIO C/ CARLOS ALBERTO CACERES P/ ORD. S/ CAS. - INC..")."

"Al respecto se ha sostenido que: "Si bien no puede desconocerse que el abandono de trabajo tiene como núcleo la ausencia continuada y duradera del dependiente a su puesto de trabajo, la cuestión deja de ser sólo un caso de incumplimiento contractual, porque pasa a ser, además, una manifestación de no querer seguir adelante con el contrato laboral (cfr. Jorge Rodríguez Mancini (director), Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada, T. IV, La Ley, Buenos Aires, 2007, pág. 381)."

"Este animus abdicativo, en la propia esfera de ingerencia del trabajador, es el componente que distingue esta tipología extintiva. Por este recaudo se logra diferenciar la injuria específica del abandono, de la que corresponde a las ausencias reiteradas de un trabajador incumplidor de la

obligación básica a la que alude el artículo 84 de la L.C.T.; es decir, la de un "faltador" injustificado [...]", (TSJ, Ac. N° 1/09)."

"De esta manera, una cosa es el incumplimiento producto del deber de concurrir a prestar servicios en tiempo oportuno y, otra, el comportamiento de abdicación de la relación laboral misma, como manifestación tácita de una voluntad rescisoria unilateral" ("BAIGORRIA JUAN MANUEL C/ CLIBA ING. AMB. S.A. TECSAN S.A. UTE S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES", EXP N° 373550/8) y en autos no se encuentra acreditado que se esté ante un trabajador cuya intención es abandonar la relación..." (cfr. esta Sala I, "HERNANDEZ CONTRERAS CAROLINA G. C/ RAMIREZ DOMINGO AMERICO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" EXP N° 382886/2008, entre otros).

De los conceptos hasta aquí vertidos, resulta que, en el caso, no se configuró el abandono de trabajo.

Es que se encuentra acreditado que, al momento del distracto, las ausencias del actor se encontraban justificadas por certificados médicos. De allí la trascendencia de la prueba destinada a acreditar su autenticidad.

La apelante no cuestiona la veracidad de los padecimientos, sino que pretende se justifique el despido en la imposibilidad del ejercicio de su derecho de control, lo que importaría variar la causal invocada.

5.- *Si bien en la carta documento de fecha 18/02/14, la demandada expresó que los certificado médicos «no se aceptan como justificación, atento a la imposibilidad de controlar, máxime que ni siquiera nos informa de su domicilio o residencia en el Chaco, todo lo cual constituye una actitud injustificada de su parte», lo cierto es que la intimación no fue a fines de que se presente a control, o denuncie domicilio, sino a prestar tareas bajo apercibimiento de abandono de trabajo.*

Este apercibimiento se hizo efectivo por no haberse reintegrado, ni notificado ningún impedimento para hacerlo (hoja 65). Esto último ha quedado claramente rebatido por la autenticidad de los certificados presentados.

En esta dirección, se ha expresado que *«En el marco del art. 244, LCT, no basta con probar las supuestas inasistencias injustificadas desde la apreciación del empleador, sino que es necesario demostrar la reticencia del trabajador de poner a disposición su fuerza de trabajo, Y en el caso, de las posiciones asumidas en el intercambio telegráfico, surge lo contrario. Así, el trabajador invocó una circunstancia eximente de la obligación de prestar servicios, su estado de enfermedad, que excluye su intención de abandonar la relación. La supuesta omisión de presentarse a los controles médicos pudo ser invocada por el empleador como fundamento del ejercicio del poder disciplinario (art. 67, LCT), pero no como perfeccionamiento del abandono de trabajo. Si deseaba despedir por esa causa, era menester poner al trabajador nuevamente en mora, ya que la resultante de las inasistencias y las intimaciones anteriores fueron purgadas por el aviso de la persistencia de la enfermedad, estado que suspende la exigibilidad de la prestación laboral.»* (Huertas, José Luis vs. BBVA Banco Francés S.A. s. Despido- CNTrab. Sala IX; 18/06/2018; Boletín de Jurisprudencia de la CNTrab.; RC J 5593/18).

Es por todo lo expuesto que el agravio formulado debe ser rechazado.

6.- El segundo agravio relativo al cómputo del SAC a fines del cálculo de las indemnizaciones, tampoco tendrá acogida.

«En efecto: la posición de esta Sala es favorable a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la indemnización por despido.»

"Así hemos sostenido que "...En cuanto a la inclusión del SAC proporcional en el cálculo de la mejor remuneración mensual, normal y habitual comparto el criterio del a quo. He dicho en autos "Cañicura c/ Empresa Zille" (P.S. 2011-IV, f° 707/719) que: "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982)."

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolia, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustento), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC."

"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439)...» (cfr. "RIVERA BELMAR PLACIDO c/ EMPRESA DE OMNIBUS CENTENARIO s/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" EXPTE. 355664/7), ("LILLINI JUAN CARLOS CONTRA ALVAREZ FERNANDO RICARDO SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", EXP N° 470329/2012; "VILLALBA HUAIQUIL NATALIA MACARENA C/ WAL MART ARGENTINA SRL Y OTRO S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", JNQLA4 EXP 502801/2014; entre otros).

7.- En resumidas cuentas, propongo al acuerdo, rechazar íntegramente el recurso deducido, con costas a la parte demandada vencida (arts. 17 ley 921 y 68 CCPyC). **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Rechazar íntegramente el recurso de la parte demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado, en todo cuanto fue motivo de agravios.

2.- Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (conf. arts. 17 Ley 921 y 68 CPCyC).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 25% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA