



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veinte (20) días del mes de febrero del año 2020, la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señoras Vocales, doctoras Alejandra Barroso y María Julia Barrese, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"CAÑUEMILLA SANDRA ANAHI C/ GARCÍA MARÍA JIMENA S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (Expte. Nro.: 9013, Año: 2017), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en dicha ciudad.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. María Julia Barrese**, dijo:

I.- A fs. 193/211 vta. luce la sentencia definitiva mediante la cual se hace lugar parcialmente a la acción incoada por la actora Sra. Sandra Anahí Cañuemilla contra la demandada, María Jimena García, condenando a ésta al pago de la suma allí consignada, en concepto de liquidación final, indemnizaciones por despido y multas, con más intereses.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada, mediante gestor procesal, quien expresa agravios a fs. 216/218 vta., (gestión ratificada a fs. 220) los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 224/225.

II.- 1. Agravios de la parte demandada.

1. La recurrente realiza una síntesis de la causa y luego, argumenta que el juez de grado ha resuelto "citra petita", dado que omitió pronunciarse sobre el eje de su defensa, esto es, sobre la aplicación al caso del punto 8 del CCT 389/04 que habilita al empleador a efectuar cambios de

horario, estableciendo esquemas de turnos fijos y/o rotativos, en virtud de la variación de la demanda de servicios y/o estacionalidad de sus requerimientos. Expone que dicha norma fue invocada al momento de cursar la comunicación de cambio de horario a la trabajadora, en la totalidad de las cartas documento que le fueron remitidas, en la solicitud de audiencia ante la autoridad administrativa del trabajo y en la contestación de demanda. Sostiene que el a quo, al haber omitido por completo considerar la legitimidad del cambio de horario dispuesto por su parte, con sustento en la norma convencional citada, ha incurrido en el yerro de considerar legítima la retención de tareas esgrimida por la trabajadora e ilegítima la causal de abandono de trabajo alegado por la empleadora al momento de disponer el distracto con causa.

2. El segundo agravio consiste en una derivación del primero, atento a que según lo considera la apelante, la omisión del análisis jurídico de los hechos que motivaron esta Litis, bajo la óptica del punto 8 del CCT 389/04, vicia el razonamiento seguido por el judicante, al que tilda de dogmático y sesgado. Abunda en consideraciones sobre la configuración del elemento material inherente al abandono del trabajo, concluyendo que si la empleadora se hallaba facultada para modificar el horario laboral, por aplicación de la norma convencional invocada y atento a que la trabajadora, en el pasado, habría consentido dicha alteración, la retención de tareas ante el nuevo cambio dispuesto, habría resultado ilegítima y -por ende- injustificadas las inasistencias laborales en las que incurriera la actora, lo que tornaría procedente la causal de despido esgrimida por su parte.

3. El tercer motivo de queja se ciñe a cuestionar, de manera hartamente confusa la liquidación de los rubros de condena efectuada en la sentencia. Afirma que el juzgador ha omitido descontar a ciertos rubros (SAC, vacaciones) lo ya abonado a

la trabajadora en la liquidación final cuyo pago y percepción ha sido probado en los presentes.

4. Mediante el cuarto ítem recursivo, cuestiona la procedencia del incremento indemnizatorio establecido en el art. 2 de la ley 25323, por sostener que al momento de haber contestado la demanda, expresamente su parte esgrimió que habían mediado razones que justificaron la conducta asumida al no haber pagado las indemnizaciones que le habían sido intimadas por su contendiente. Invoca lo normado en la parte final de dicha normativa. Asevera que el judicante ha omitido pronunciarse acerca de los motivos justificados alegados por su parte en ocasión de efectuar el responde de la acción.

5. El motivo final de la queja refiere a la imposición de costas; requiere que sea modificado dicho punto del decisorio, en caso de que este Tribunal haga lugar al recurso sub análisis.

III. Respuesta a los agravios.

La demandante, por medio de su letrado apoderado, contesta los agravios a fs. 224/225, requiriendo el rechazo del recurso de apelación interpuesto por su contendiente, por los motivos que expone y a los que me remito en honor a la brevedad.

IV. Análisis de los agravios.

A. Adelanto que tanto el primer como el segundo motivo de queja no habrán de prosperar, atento a que a mi juicio, luce impecable el razonamiento del juzgador, quien no tuvo por configurada la causal de abandono de trabajo invocada por la empleadora al tiempo de disponer el distracto laboral. Es que lejos de haber resuelto "citra petita", el magistrado de la anterior instancia ha fundamentado acertadamente el pronunciamiento, al haber argumentado que el alcance, límites y aplicación de la norma contenida en el punto 8 del CCT 389/04, hubiera sido motivo de pronunciamiento, en el

hipotético caso de haberse invocado una causal de despido diversa a la alegada por la empleadora al momento de notificar a su contraparte el distracto. En el caso, la demandada ha motivado su decisión de despedir a la Sra. Cañuemilla, en virtud del "abandono de trabajo" que le imputó, en los términos del art. 244 de la LCT. Atendiendo a la causal en la que la empleadora recurrente fundó el acto de despido con causa, el a quo ha analizado a mi entender, de manera correcta, los elementos materiales e inmateriales que deben concurrir para la configuración del abandono de trabajo, habiendo concluido que los mismos no se hallan acreditados en los presentes. Fundamentalmente, el sentenciante ha hecho hincapié en la ausencia del elemento subjetivo, citando abundante doctrina y jurisprudencia de esta Cámara que avalan su decisión. Luego, el judicante ha ponderado acertadamente que la actitud asumida por la trabajadora en sus diversas comunicaciones epistolares dirigidas a la empleadora no autoriza a inferir la intención de abandonar su empleo, toda vez que de las misivas cursadas, se desprende, todo lo contrario. Es que surge expresamente de la documental aportada a los presentes, la clara intención de la Sra. Cañuemilla dirigida a mantener vigente el vínculo laboral (TCL del 7 de junio de 2017 obrante a fs. 5), la que es reiterada en sus comunicaciones posteriores, atento a que ha notificado a la patronal que el cambio de horarios en el cumplimiento de su jornada de trabajo constituía un abuso del "ius variandi" y que en virtud de ello, de no restablecerse su horario anterior, retendría tareas (TCL de del 13 y 27 de junio de 2017 obrantes a fs. 5 vta. y 7, respectivamente). Por ello -a mi entender en forma correcta- consideró el judicante que no se hallaba configurada la característica principal del abandono laboral, esto es, el silencio de la trabajadora frente a la intimación cursada por la patronal a reintegrarse

a las labores, es decir, el "animus" de abandono patentizado en la conducta asumida por la trabajadora.

En anteriores pronunciamientos, este Tribunal ha sostenido que en el abandono de trabajo: "El elemento subjetivo está constituido por la intención del trabajador de no volver al trabajo. Miguel Maza alude al "animus abdicativo" (Maza, Miguel, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Ed. La Ley, p. 386). El elemento objetivo puede ser coincidente con otros supuestos, por ejemplo con las inasistencias injustificadas, pero no toda ausencia supone la intención del trabajador de abandonar el empleo, frente a la ausencia es necesario determinar que el ánimo del trabajador sea el de no reintegrarse (Ackerman, Mario, "Tratado de Derecho del Trabajo", Tomo IV, p. 203). Es decir, para que se configure el abandono de trabajo debe determinarse que el ánimo del trabajador es el de no reintegrarse a sus tareas, máxime cuando se trata de ausencias de pocos días. Para considerar al trabajador incurso en abandono de trabajo es necesario que se configure este elemento subjetivo que permita inferir que el ánimo del trabajador es el de no reintegrarse a sus tareas (Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho Laboral", Tomo II, p. 1882)" (cfr. además del citado por el a quo en el pronunciamiento puesto en crisis, esta Sala, con diversa integración, en Acuerdo del 21/03/2019, voto de la Dra. Barroso en autos, "COLILUAN MARIA LUISA CRISTINA C/ TEBERNA LILIA ANAY S/ DESPIDO").

La postura enunciada supra, es también la adoptada por la SCBA, tribunal que ha resuelto: "Para que se configure el abandono de trabajo en los términos del art. 244 de la L.C.T. es necesario, además de la previa intimación al trabajador, que quede evidenciado su propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna" (en TSS, 1996-40, 8/11/94).

Asimismo, la tesis adoptada en dichos pronunciamientos judiciales, es la seguida por Justo López, quien expresara que no debe confundirse el abandono de trabajo con las simples inasistencias, ya que el primero exige ausencias sin intento de justificación y no debe identificarse con el mero incumplimiento, cuestionable, de la obligación de ir a trabajar en tiempo oportuno (citado por Eduardo Álvarez, "Algunas precisiones en torno al abandono de trabajo como forma de extinción de la relación laboral", en Revista de Derecho Laboral, 2000-2, ps. 83).

Agrego que, a mi entender, el sentenciante de grado ha efectuado una correcta subsunción de las circunstancias fácticas en la normativa que rige el caso y una acertada interpretación de la misma, atento que el "abandono de trabajo" resulta de aplicación restrictiva en tanto consagra una injuria específica que valida un despido directo; así lo exige una hermenéutica armonizada de los dispositivos del art. 242 y 244 de la L.C.T. en consonancia con los principios de derecho del trabajo (arts. 10, 62, 63 y conc. de la L.C.T.).

Concluyo, entonces, que cuando, intimado el trabajador, éste responde invocando una circunstancia que alega para justificar el incumplimiento de su obligación de prestar servicios, ello interrumpe el "iter" del abandono, en cuanto excluye su intención de abandonar la relación. Antes bien, constituye una manifestación implícita de su intención de continuar ejecutándola.

Por ende, los agravios sub análisis, motivados en que el juzgador ha omitido considerar la defensa alegada por la recurrente en oportunidad de contestar la demanda, cuyo punto central refiere a la ponderación del caso desde la perspectiva convencional prevista en el punto 8 del CCT 389/04, no debe ser estimado, atento a que la causal de abandono de trabajo en

la que dicha parte ha justificado el despido con causa de la Sra. Cañuemilla, no se halla configurada.

B. Respecto al tercer agravio, destaco que su falta de concreción y claridad dificultan el análisis. No obstante ello, cabe consignar que conforme emerge de la liquidación final practicada en la sentencia, el a quo ha procedido a descontar lo ya percibido por la trabajadora, al momento de liquidar el SAC complementario y las vacaciones no gozadas proporcionales del año 2017 (puntos d) y e) de la sentencia - fs. 209 y vta.). En virtud de ello, el el motivo que sustenta la queja, en este aspecto no se condice con lo decidido en autos, correspondiendo sin más que el mismo sea rechazado, lo que así propongo al Acuerdo.

C. El cuarto agravio se centra en el cuestionamiento de la procedencia del incremento indemnizatorio en los términos del art. 2° de la ley 25323, sobre el argumento inherente a que el sentenciante no ha tratado la defensa esgrimida por su parte a la hora de contestar la demanda, en la que se ha requerido la aplicación de la última parte de la mencionada normativa, referida a morigeración o eximición de la sanción, cuando se acredita la existencia de razones suficientes que justifican no haber pagado las indemnizaciones previstas en la LCT.

Cabe recordar que la normativa aludida en su primer párrafo establece un incremento del 50% de las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT [P-1018 DJA] en los supuestos en los que el principal, fehacientemente intimado, no las abone y obligue al trabajador a iniciar un proceso judicial o cualquier instancia previa de carácter obligatorio, siendo su objeto compeler al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios (cfr. CNATrab., Sala VIII, -González, Gustavo Raúl c/

Compañía Metropolitana de Seguridad S.A. s/ despido- 30-9-2014, DT 2015 (abril), 773).

Como lo ha sostenido el a quo, la procedencia de la indemnización requiere: 1) que el trabajador/ra intime fehacientemente por el plazo de dos días el pago de las indemnizaciones laborales y 2) que el empleador no abone la misma en el plazo aludido, requisitos estos que se encuentran cumplidos en el supuesto de autos toda vez que llega firme a esta Alzada que la actora intimó el pago de las indemnizaciones derivadas del distracto y que a la fecha, las mismas no fueron canceladas por la parte accionada en razón de considerar que se trataba de un despido con justa causa y por haber abonado la liquidación final en tales términos.

Ahora bien, la disposición bajo análisis, en su segundo párrafo, faculta al juzgador a reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago y establece que para su operatividad deben darse dos requisitos: 1) que hayan existido causas que justifiquen la conducta del empleador: Ello puede ocurrir cuando éste consideró que se daban la condiciones que habilitan el despido causado y el tribunal concluye que existía mérito para una sanción, pero no la máxima. O también, cuando el ex patrono acreditó que no pudo satisfacer la intimación por una cuestión de fuerza mayor no imputable, y 2) que lo jueces decidan la reducción y/o eximición de la condena en una resolución fundada (cfr. Sappia, Jorge J., "El agravamiento indemnizatorio en la ley 25.323", DT 2001-A, 223/227).

En el caso de marras tal como lo ha sostenido el juzgador, la empleadora ha reconocido expresamente haber incumplido con el pago intimado en razón de haber considerado que existía justa causa para el despido, reconocimiento este último que, sin duda alguna, resulta suficiente para rechazar el cuestionamiento deducido en los términos alegados,

atendiendo a la inexistencia de abandono de trabajo por parte de la accionante.

En cuanto a la alegación de la agraviada vinculada a la improcedencia de la multa atento a que el despido ha sido dispuesto por su parte con fundamento en dicha causal, ello de manera alguna modifica la operatividad de la norma, pues su utilización no depende de que se trate de un despido directo o indirecto, sino de la intimación de los rubros laborales que se reclaman y su posterior concesión mediante el dictado de una sentencia que resulte favorable al trabajador, siempre y cuando éste con anterioridad al inicio del juicio haya cumplido con dicha intimación. La interpretación efectuada no implica afectar el derecho de la empleadora, pues en definitiva la procedencia o improcedencia de la multa del art. 2 de la Ley 25.323, va a quedar supeditada a las resultas del juicio, por lo que si la empleadora resultara vencedora en el juicio seguido por éste, la multa no resultará procedente. (cfr. Cámara Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, I circunscripción judicial Sala III, Acuerdo del 17704/2018, en autos "CENTENO JOEL LAURA ROCIO C/ GUIÑEZ FERNANDO HECTOR JAVIER Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", base de datos Saij).

En atención a lo expresado, cabe rechazar la presente queja y, consecuentemente confirmar la sentencia de primera instancia en lo que al punto se refiere.

D. Finalmente, atento a que el recurso "sub examine" ha sido rechazado íntegramente, no corresponde acoger el postrer agravio vinculado con la imposición de costas en la instancia de grado, las que deben ser soportadas por la accionada vencida, al igual que las derivadas de esta instancia recursiva (art. 68 primera parte del C.P.C. y C.).

V.- Conclusión: Mi propuesta al Acuerdo es la siguiente: Desestimar en su totalidad el recurso de apelación deducido

por la parte demandada, con costas a su cargo (art. 68 del C.P.C. y C.), correspondiendo diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en esta segunda instancia para cuando se cuente con pautas para ello. **Mi Voto.-**

A su turno, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo: por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por la vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto. **Mi voto.**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte demandada, con costas a su cargo (art. 68 del C.P.C. y C.).

II.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en esta segunda instancia para cuando se cuente con pautas para ello.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente a las partes y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. María Julia Barrese
Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara