



**ACUERDO:** En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veintiún (21) días de Marzo del año 2019, 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 señores Vocales, el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Alejandra Barroso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Rosa Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: **"COLILUAN MARIA LUISA CRISTINA C/ TEBERNA LILIA ANAY S/ DESPIDO"**, (Expte. Nro.: 50592, Año: 2017), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° DOS de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes y en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

**I.-** A fojas 517/531 se dictó sentencia de primera instancia con fecha 20 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió hacer lugar a la demanda interpuesta y condenar a la demandada a abonar a la actora la suma que consigna en su fallo, en el plazo y con más los intereses que fija; condena igualmente a la entrega del Certificado de Trabajo y de Servicios y Remuneraciones bajo apercibimiento de astreintes.

Asimismo, declara la inconstitucionalidad del acuerdo salarial celebrado entre UTHGRA y la Federación Empresaria Hotelera Gastronómica de la República Argentina, homologado por Resolución N° 425/16 del Ministerio de Trabajo de la Nación.

Impone costas y difiere la regulación de honorarios.

**II.-** Contra el pronunciamiento citado se alza la parte demandada (aunque incorrectamente indica que se presenta



por el actor), interponiendo recurso de apelación y expresando agravios conforme resulta del escrito obrante a fs. 534/537 el que es contestado por la actora a fs. 539/542vta.

**III.- Agravios:**

**A.-** En su primera queja, la recurrente plantea que el a quo ha realizado una defectuosa valoración de la prueba y por consiguiente una errónea aplicación de la norma.

Ello, en atención a que el sentenciante fundamenta su decisión en que no se ha configurado el elemento subjetivo del art. 244 de la LCT, esto es, "la voluntad del trabajador de NO REGRESAR a su lugar de trabajo" (text.); entiende que de esta forma justifica el actuar irresponsable de la actora quien de manera sistemática ha realizado en toda la relación laboral uso y abuso de sus "certificados médicos", pero que no logró justificar el motivo de sus inasistencias o de sus presentaciones extemporáneas de esos certificados.

Reitera que el sentenciante justifica el accionar de la actora al expresar que ésta se encontraba "reteniendo tareas en forma justificada debido al no pago de deuda por diferencias salariales", sin embargo, aduce que ello es un yerro, teniendo en cuenta que no se encontraría justificada la retención de tareas ya que mientras la actora iniciaba la presente acción por cobro de haberes, todavía las partes se encontraban en tratativas para saldar la deuda contraída y reconocida por su parte.

Considera que no se valoraron correctamente las pruebas de su parte sino que se tuvo por cierta únicamente la palabra de la parte actora.

Señala que fue su parte quien ha solicitado en reiteradas oportunidades que la actora realice una liquidación con las sumas adeudadas a fin de lograr cancelar las mismas, hecho que a pesar de estar cabalmente demostrado no fue tenido en cuenta por el a quo.



**B.-** Por otro lado, entiende que la sentencia es arbitraria, en cuanto el sentenciante no ha considerado ni una de las pruebas aportadas por esa parte en cuanto a la real voluntad de la actora de no regresar a su puesto de trabajo.

Destaca que no puede obviarse la actitud tendenciosa de la actora de no regresar a su puesto de trabajo, utilizando primero "certificados médicos" y, no conforme con ello, utilizando la figura de retención de tareas, que no se encuentra justificada por lo dicho precedentemente, y con esta conducta justificar las inasistencias cometidas.

Señala que el sentenciante no hace mención a ninguna de estas actitudes que, a su criterio, demuestran la real voluntad de la trabajadora de no volver a su puesto de trabajo.

Expresa que no se ha podido acreditar en todo el proceso el motivo por el cual la trabajadora presentaba de manera extemporánea los certificados médicos, como tampoco que fuera razonable la retención de tareas. Manifiesta que resulta llamativo que al a quo no le parezca siquiera raro que la trabajadora haya presentado de manera sistemática 17 certificados médicos de los cuales la mayoría los presentó de manera extemporánea y que luego del último, se valga de la figura de retención de tareas para no presentarse a su lugar de trabajo.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se haga lugar al recurso impetrado, con costas.

#### **IV.- Contestación de agravios:**

La actora en su responde plantea en primer lugar la insuficiencia recursiva en los términos de los arts. 265 y 266 del CPCC.

Subsidiariamente contesta los agravios destacando que la actora mantuvo una relación laboral de más de 20 años de antigüedad plagada de irregularidades, entre las que señala



descuentos improcedentes por ausentismo laboral motivado por la imposibilidad de cumplir con su débito laboral por afecciones de índole laboral, así como el incorrecto encuadre de la accionante en la categoría de ayudante de cocina cuando correspondía cocinera del CCT N° 389/04, situación reconocida por la contraria pese a lo cual se negara a abonar las diferencias salariales. Este fue el motivo por el cual la actora decide retener tareas.

Señala que a tal punto su parte nunca tuvo la voluntad de hacer abandono de trabajo que, pese a tener motivos para decidir su autodespido, aún así, decide mantener vigente el contrato de trabajo, iniciando el reclamo del pago de las diferencias salariales, debidas, liquidadas y hasta reconocidas, aunque impagas aún al día de hoy. Indica que, inexplicablemente, dicha actitud es tomada de modo peyorativo por la recurrente.

Destaca que no había ninguna tratativa entre las partes conforme resulta de las constancias del expediente administrativo.

Expresa que es falso lo afirmado por la apelante en cuanto a que en reiteradas oportunidades se intimó a la actora a que liquidara las sumas adeudadas a fin de poder cancelar la deuda, remitiéndose igualmente a las constancias del expediente administrativo.

Fundamenta la inaplicabilidad de los fallos citados por el recurrente, consignando las diferencias fácticas tenidas en consideración.

Manifiesta que en el presente caso la demandada jamás demostró el más mínimo atisbo de cumplir con lo legítimamente reclamado y en función de ello resultaría justificada la retención de tareas.

En referencia a los certificados médicos, cita lo dispuesto por el art. 210 de la LCT, en orden a la facultad de la empleadora de controlar el estado de salud de la



trabajadora, derecho que ejerció, siendo que el profesional contratado por la demandada apelante no hizo otra cosa que convalidar la veracidad de las constancias emitidas por el galeno que tratara a la actora.

Sin perjuicio de lo señalado, expresa concretamente que, si la demandada consideraba improcedente o tendenciosa la justificación de las inasistencias o la retención de tareas, igualmente la causa del despido nunca pudo haber sido el abandono de trabajo. Invoca a esos fines el art. 242 de la LCT.

Señala que la trabajadora en todo momento dio explicaciones de las faltas a su puesto de trabajo.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

**V.-** En forma preliminar, subrayo que considero que las quejas traídas cumplen, aunque mínimamente, con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C., procediendo a su consideración.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), en el marco del principio de congruencia.

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimientes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

**VI.-** Sentado lo anterior y expuesta brevemente la postura de la apelante, ingresaré al tratamiento de los agravios.



Adelanto que considero que el recurso no puede prosperar.

En este aspecto y en orden a las cuestiones teóricas debatidas, voy a reiterar mi criterio expuesto en los autos caratulados: "RAMIREZ, PABLO DANIEL C/ TRANSPORTE CALVO S.R.L. S/ COBRO DE HABERES", Expte. N° 570, Folio: 90, Año 2.010, Acuerdo de fecha 14 de diciembre de 2010 de la antigua CTF de Cutral Co.

**En primer lugar destaco que la cuestión a dilucidar se circunscribe a la controversia existente entre las partes en cuanto a la existencia de la causal de abandono de trabajo invocada por la demandada como justa causa de su despido directo y rechazado oportunamente por la actora.**

En el intercambio telegráfico y al momento de configurar el despido, la demandada no ha invocado un supuesto de incumplimiento que configure injuria que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación laboral (art. 242 de la L.C.T.), sino que puntualmente ha fundado su despido en una causa típicamente descripta en el art. 244 de la L.C.T.: abandono de trabajo, no admitiéndose la modificación de la causal invocada (art. 243 de la L.C.T.), y cuya demostración le cabe (art. 377 del CPCC).

Con respecto al supuesto especial regulado por el art. 244 de la L.C.T., que fue el escogido para encuadrar la denuncia del contrato, voy a recordar que el mismo requiere para su configuración: a) la inejecución por el trabajador, sin aviso, de la prestación laboral por un tiempo continuo y relevante; b) la intimación de reintegro, dentro de un plazo razonable según las circunstancias, bajo apercibimiento de configuración de la causal de abandono; c) la persistencia del trabajador en su conducta omisiva, durante el plazo fijado -se entiende: ni presentación en el establecimiento, ni comunicación explicativa de sus ausencias- y; d) hacer efectivo el apercibimiento dispuesto.



Este tipo legal se compone de una forma: la intimación fehaciente a reintegrarse al trabajo por un plazo adecuado y bajo apercibimiento de abandono; y dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo.

Dentro del elemento objetivo tenemos el hecho de las inasistencias, de las ausencias injustificadas. En general se requiere que éstas sean prolongadas en el tiempo, es decir que, por lo menos, ese incumplimiento efectivo de la prestación tenga cierta relevancia. Por ejemplo Ackerman define el abandono como el conjunto de inasistencias continuas y no justificadas.

En el mismo sentido se expide Fernández Madrid al mencionar "los incumplimientos (ausencias) continuados y prolongados". El autor cita jurisprudencia del mismo criterio: "...la idea de "abandono incumplimiento", aunque no exige la duración que requiere el "abandono renuncia", sí exige cierto tiempo continuado de ausencia con silencio, vale decir, sin intentar justificarla..." (CNAT, Sala VI, mayo 26/86, todo en "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo II, p. 1878 y 1880).

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).

Es esta también la postura de la SCBA: "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).

Es la tesis sostenida 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).

Si bien no desconozco que existe una postura que relativiza, soslayando en mi opinión, la intención de abandonar y requiere la prueba de las alegaciones justificatorias, considero que la interpretación correcta para la aplicación del instituto, compartiendo los argumentos de los autores citados, debe ser restrictiva dado que consagra una injuria específica que valida un despido directo, y así lo exige además 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.).





Esclarecidas estas cuestiones, y en este marco de interpretación, considero 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.**

Contrariamente a lo que afirma la quejosa en su expresión de agravios, surge de la prueba rendida que en respuesta a la intimación de la demandada mediante telegrama de fecha 29 de marzo de 2017 a que la trabajadora se reintegrara a trabajar en el término de 24 hs. bajo apercibimiento de considerarla incurso en abandono de trabajo (fs. 192), esta responde mediante telegrama de fecha 3 de abril de 2017 por el cual ratifica su voluntad de continuar con el vínculo laboral, e indica que se reintegrará a trabajar una vez que se le abonen las diferencias salariales que reclama y los descuentos improcedentes de sus haberes (fs. 195).

En respuesta a esta intimación la actora recibe el telegrama de despido por el que se hace efectivo el apercibimiento y se la considera incurso en abandono de trabajo (telegrama de fecha 3 de abril de 2017, fs. 197).

Esta actitud asumida por la trabajadora, en cuanto a las presuntas ausencias o causas de justificación, puede tener un margen de litigiosidad e incluso constituir la base de un incumplimiento relevante, pero no permite concluir que existió una intención definitiva de abdicación.

Por su parte, se puede advertir que la retención de tareas invocada no fue controvertida por la demandada oportunamente, dado que en la comunicación rescisoria ni siquiera hace una mínima referencia a ello, no cuestiona la



justificación alegada, sino que, simplemente, se limita a hacer efectivo el apercibimiento de abandono.

En la especie, la omisión de presentarse a trabajar alegando supuestamente una circunstancia falsa o inexistente, pudo ser invocada por la empleadora como fundamento del ejercicio del poder disciplinario (artículo 67 L.C.T.) o de acuerdo a las circunstancias del caso como justa causa de despido (artículo 242 L.C.T.); pero no como perfeccionamiento del abandono de trabajo.

Lo expuesto no significa que el trabajador no incurra en una antijuridicidad reprochable, en caso de acreditarse, pero esta inconducta queda subsumida en el amplio diseño del art. 242 de la L.C.T. que remite a una ponderación disímil, que puede no traer aparejada, en todos los casos, la legitimidad del despido, pero que podría dar un resultado diferente si se alega el incumplimiento al deber de asistencia como base de la injuria laboral (en este sentido: CNAT, Sala VIII, 30/04/2010, "Dionesalvi, Graciela Matilde c. Ambrosio Travel Agency S.A."; en igual postura se enrola 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. 82 y sig.).

En estos términos, el alegar una causa para excusar su inasistencia excluye la hipótesis de abandono de trabajo.

Ello por cuanto no puede confundirse el abandono de trabajo con las inasistencias, reitero, porque para que exista abandono, la conducta del empleado debe revelar su intención de no regresar más a la ocupación, no pudiéndose equiparar el mero hecho de dejar de concurrir a sus tareas, ni las inasistencias, con el abandono.

No puede considerarse configurado el abandono de trabajo, si, como en el caso, ante la intimación que le cursara el empleador, la trabajadora no guardó silencio y



respondió tratando de justificar su ausencia y expresando su voluntad de reintegrarse a su labor (STJ de Chubut, 5/5/08, "Q.P.F. c/ Impresora Chubutense S.A.", la ley online, sentencia dictada a fin de unificar jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones).

Es decir, si el trabajador, ante la interpelación, alega una justificación que luego no consigue acreditar, o que es inexistente, ello no es óbice para impedir que se configure la especial causal extintiva de abandono de trabajo. En ese caso, la conducta del trabajador podrá hacerlo incurrir en incumplimiento, que podría originar suspensiones en el marco del ejercicio del poder disciplinario por parte del empleador, o incluso hasta el despido por configurar injuria en los términos del art. 242 de la L.C.T., pero nunca configurar abandono de trabajo en el marco de la tipicidad del art. 244 de la L.C.T.

Analizado así concretamente el elemento subjetivo, el que no encuentro configurado en este caso concreto de conformidad con lo que surge del intercambio telegráfico entre las partes, resulta evidente el apresuramiento de la patronal y la voluntad de reintegro del trabajador, de conformidad a lo estipulado en el art. 244 de la L.C.T., con violación de los principios de conservación (art. 10 L.C.T.), y de buena fe y colaboración (arts. 62 y 63 L.C.T.).

En cabeza de la demandada se encontraba la carga de acreditar los extremos que alegó como justa causa del despido, es decir que la demandada debía acreditar precisamente el abandono de trabajo, dado que este fue el hecho que adujo como fundamento de la rescisión unilateral del vínculo.

Luego de una detenida lectura de estas actuaciones, no encuentro ningún elemento probatorio que tienda a demostrar estas circunstancias, ni tampoco menciona



el apelante en su escrito cuál ha sido esa prueba mal valorada por el a quo.

El recurrente cuestiona que no se hayan valorado los reiterados certificados médicos presentados por la actora durante los últimos meses de la relación laboral, e incluso se pregunta si al sentenciante no le ha parecido "raro", sin embargo, es justamente ésa la hipótesis de falta de demostración de la voluntad abdicativa de la trabajadora.

A mayor abundamiento, en su contestación de demanda la quejosa afirma que todos los certificados médicos fueron respetados, que no se dudó en momento alguno de la veracidad de los mismos o de la afección que padecía la actora, todo lo contrario, pero señala de manera categórica la extemporaneidad con que se presentaban los mismos.

Estas circunstancias resultan totalmente irrelevantes en orden a la causal tipificada como abandono de trabajo, además de haber ocurrido durante los últimos meses de la relación laboral, y no haber sido la trabajadora objeto de ningún tipo de sanción (apercibimiento, suspensiones).

En estos términos, considero que las críticas traídas por el apelante no alcanzan a conmover los sólidos y extensos fundamentos brindados por el sentenciante, quien claramente aborda en su sentencia todos estos aspectos de la cuestión para que no quede margen de duda alguna.

**VII.-** Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso de apelación interpuesto, con costas de la Alzada a cargo del recurrente vencido (arts. 17 y 54 de la ley 921 y art. 68 del CPCC), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 15, 20 y 47 de la LA). **Mi voto.**

A su turno, el **Dr. Pablo Furlotti**, dijo:

**I.-** Comparto los argumentos y solución propiciada por la Sra. Vocal que abre el presente acuerdo, motivo por el cual adhiero al mismo expidiéndome igual sentido.



A lo expresado he de agregar que a mi entender en el presente caso no se da el supuesto de abandono de trabajo alegado por la parte demandada atento que el plazo otorgado a la trabajadora en la intimación cursada mediante carta documento de fecha 29 de marzo de 2017 (recibida por la actora el 30 de marzo de dicho año a las 14:08 -cfr. fs. 193) no resulta razonable para su reintegro, toda vez que no se han respetado los dos días hábiles previsto por el art. 57 de la LCT, el cual considero aplicable a la presente situación.

Jurisprudencialmente se ha dicho: "Si bien es cierto que el art. 57 LCT se encuentra referido a las intimaciones del trabajador, no existen motivos, en principio, para no aplicarlos a las derivadas de la otra parte de la relación laboral, sobre todo teniendo en cuenta que el fundamento de tal exigencia se encuentra en la razonabilidad y la buena fe" (CNTrab., Sala V, diciembre 9-992, - "Roldán Norma c/ Establecimiento Modelo Terrabussi" - SD 48.652). "El distracto con imputación de abandono de tareas transcurridas 24 horas desde la intimación cursada al trabajador no resulta ajustado a derecho toda vez que el art. 57 de la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador un término nunca inferior a dos días hábiles, lapso que, en atención al carácter protectorio del derecho laboral, con mayor fundamento debe respetar el principal en sus emplazamientos a los dependientes" (CNTrab., Sala VIII, 1994-06-17, - "Vitale Omar A. c/ Ratner de Ocampo Berta" - JA 1995-II-164). "Si la empleadora dispuso el distracto con imputación de abandono de trabajo imponiendo un plazo para el reintegro de 24 horas, conforme lo normado por el art. 24 del C. Civil, tal plazo no cumple la normalidad que impone el caso, habida cuenta de que el art. 57 LCT acuerda al empleador un término razonable, nunca inferior a dos días hábiles para contestar las intimaciones que le dirigiera el trabajador, lapso en atención del carácter protectorio del derecho laboral, con mayor fundamento debe respetar el



principal en su emplazamiento al dependiente." (Jurisprudencia Neuquén, CC0001 NQ, CA 1024 RSD-225-99 S 8-4-99, - "Rolla Jorge Ernesto c/ Consorcio Patagonia U.T.E. s/ Accidente Ley" - P.S. 1999 -II- 225/229, SALA I; ídem CNAT Sala: 8, Sentencia 17-06-1994, - "Vitale Omar c/ Ratner de Ocampo Berta s/ despido"-).

Por lo anterior y lo cimentado por la Dra. Barroso en el voto precedente, argumentos que -reitero- comparto, cabe desestimar el recurso en los términos deducidos, con costas a cargo de la recurrente vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.). **Así 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 interpuesto por la parte demandada, con costas de la Alzada a cargo del recurrente vencido (arts. 17 y 54 de la ley 921 y art. 68 del CPCC).

**II.-** Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (arts. 15, 20 y 47 de la LA).

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

**Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti  
Dra. Rosa Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara**