PODER JUDICIAL DE NEUQUÉN

NEUQUEN, 11 de octubre de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"DIAZ DANIEL ANTONIO C/ SCHLUMBERGUER ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"**, (**EXP. Nº 421.964/2010**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL N° 1 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando M. **GHISINI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. **Ghisini,** dijo:

I.- Viene la presente causa a estudio, en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 427/430 por parte de la demandada, contra la sentencia definitiva de fs. 420/423 vta., que hace lugar a la demanda interpuesta con costas.

II.- Se agravia en primer lugar, porque la sentencia recurrida consideró que la relación se extinguió en virtud del Art. 245 de la LCT, y con fecha 30 de junio de 2009, ya que si la extinción del vínculo laboral operó en dicha fecha, no entiende como -conforme surge de los despachos telegráficos- el actor recién el 4 de septiembre de 2009 reclama las indemnizaciones laborales.

Interpreta que la fecha del reclamo es concluyente para considerar que no sólo no se trató de un despido, sino de una extinción en razón del art. 244 de la LCT.

Expresa que su parte luego de constituir al actor en mora con dos intimaciones, en donde expresamente constaba el apercibimiento de dar por extinguida la relación, no tuvo otro remedio que dar por terminado el vínculo por propia voluntad del trabajador al hacer abandono de trabajo.

Aduce que el actor fue despedido el 22 de julio de 2009, y recién decide cuestionar dicha extinción el 4 de

septiembre, luego de casi dos meses de la comunicación de la extinción.

Indica, que en virtud de ello no puede ser la fecha de extinción el 30 de junio, así como tampoco que el despido fue incausado, pues en el caso de que así lo hubiera sido, no se explica como el actor dejó pasar más de tres meses sin efectuar un reclamo o impugnar el despido. De aquí, surge con claridad la justificación de la causal invocada, atento a la clara voluntad del accionante de no reanudar tareas.

En segundo lugar, le causa agravios que se la condene a abonar la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25.323, sin ningún tipo de fundamentación.

Afirma, que nos encontramos ante un despido por abandono de trabajo, por lo que la mora deviene inaplicable a su mandante.

Entiende que no existiendo un crédito exigible, ni mora, y que por tanto, no es ajustada a derecho la condena impuesta.

Por último, señala que para la procedencia del incremento establecido debe haber mediado intención o malicia del empleador en el pago de las indemnizaciones, lo que no ocurrió en el caso de autos.

A fs. 433/434 la parte actora contesta el traslado, y solicita se declare desierto el recurso de apelación, por falta de cumplimiento de lo dispuesto por el art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, contesta los agravios, y pide su rechazo con costas.

III.- Entrando a la consideración de los agravios formulados por la parte demandada, debo decir que el abandono de trabajo invocado como fundamento de la causal de extinción

del vínculo laboral, exige el cumplimiento de una serie de requisitos que demuestren con total seriedad, que el comportamiento del trabajador ha sido abandonar definitivamente su puesto de trabajo.

Por otra parte, requiere por parte del empleador una conducta activa a fin de intimar fehacientemente a su dependiente para que en un plazo razonable se presente a trabajar bajo apercibimiento de incurrir en abandono de trabajo en los términos del art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Estas dos conductas deben ser analizadas en el marco del contexto cómo ocurrieron los hechos, para poder afirmar sin lugar a dudas si el trabajador ha incurrido con la pretendida conducta omisiva en la causal prevista en el art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo, pues en caso de dudas debe estarse por la subsistencia del vínculo laboral, atento a que la renuncia no se presume.

En tal sentido resulta clara la disposición contenida en el art. 58 -Renuncia al empleo. Exclusión de presunciones a su respecto- de la Ley de Contrato de Trabajo, al expresar: “No se admitirán presunciones en contra del trabajador ni derivadas de la ley ni de las convenciones colectivas de trabajo, que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o a cualquier otro derecho, sea que las mismas deriven de su silencio o de cualquier otro modo que no implique una forma de comportamiento inequívoco en aquél sentido”.

Por su parte, el art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo, dispone: “El abandono del trabajo como acto de incumplimiento del trabajador sólo se configurará 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”.

Para que se configure abandono de trabajo, además de la intimación al trabajador a que retorne a sus tareas bajo apercibimiento de considerarlo incurso en la referida causal, en los hechos debe quedar evidenciado el propósito del trabajador de no cumplir en lo sucesivo su prestación laboral, pues si mediare alguna causa justificada por la que no concurre a cumplir su debito laboral, no se configura el abandono como causal de despido justificado por parte de la empleadora.

Confrontando el marco legal descripto con los elementos fácticos obrantes en la causa, observo que la primer manifestación rupturista -más allá de la causal invocada- ha sido exteriorizada e instrumentada por la empleadora, a través de la carta documento del 15 de mayo de 2009 (ver fs. 6), en donde le comunica al actor que por la crisis económica que está atravesando el petróleo, procede a despedirlo por disminución de trabajo en los términos del art. 247 de la LCT, y pone a su disposición la liquidación respectiva.

Asimismo, conforme carta documento del **30/06/2009** (ver fs. 7), finalizada la suspensión por la conciliación obligatoria, la accionada notifica la efectivización del despido por el art. 247 LCT, y pone a disposición del actor, la liquidación final, las indemnizaciones de ley y certificados de trabajo y aportes.

Inexplicablemente, mediante carta documento de fecha 20 de julio de 2009, la demandada en función de las inasistencias injustificadas del 14 al 20 de julio, intima nuevamente al actor para que en el plazo de 24 horas justifique las mismas bajo apercibimiento de abandono de tareas, conforme art. 244 de la LCT.

El 22 de julio de 2009 (fs. 10) hace efectivo el apercibimiento al considerar que el Sr. Daniel A. Díaz ha hecho abandono de tareas en los términos del art. 244 del LCT.

El 4 de septiembre de 2009 (fs. 11/12) el trabajador rechaza la causal de despido invocada por la empleadora (abandono de trabajo), y manifiesta que el despido se concretó el 30/06/2009 por los motivos esgrimidos en esa carta documento (art. 247 LCT) y expone que la intención de la empleadora era la de evitar efectuar los pagos e indemnizaciones que por ley le corresponden. En el mismo acto desconoce la causal del art. 247 LCT e intima a que se le abone la indemnización por despido sin causa, con más la establecida en el art. 213, en función de que a la fecha del distracto se encontraba bajo tratamiento médico.

Finalmente, el 11 de septiembre de 2009 (fs. 13) la accionada rechaza la misiva anterior y reitera el despido causado invocado por su parte. Pone a disposición liquidación final no indemnizatoria y certificado de trabajo, dando por cerrado el intercambio epistolar.

De una simple lectura de las cartas documento mencionadas, se desprende que entre idas y vueltas, quien ha manifestado su intención rupturista ha sido la empresa Schlumberguer Argentina S.A., en dos oportunidades invocando un mismo motivo -por falta y disminución de trabajo del art. 247 de la LCT-, y en una tercera por una razón distinta -abandono de trabajo-.

El actuar de la demandada evidencia una serie de contradicciones, pues por un lado despide al trabajador invocando la causal del art. 247 de la LCT, para después nuevamente hacerlo pero por otra causal distinta, que llamativamente le evita directamente el pago de las

indemnizaciones por despido, como lo es el abandono de trabajo.

Las confusas explicaciones que pretende brindar sobre su accionar no justifica de manera alguna que a una persona se la pueda despedir, suspender el despido y volver a despedir dos veces más por causales completamente distintas. En resumidas cuentas, al trabajador se lo despide o no se lo despide, pues no se lo puede despedir a medias.

La conducta de la empleadora ha generado a simple vista –conforme se desprende de las cartas documento analizadas- un grado de incertidumbre en el trabajador que no se puede avalar a través de las escuetas e injustificadas explicaciones expuestas por la recurrente, pues ello permitiría que cualquier empleadora pueda despedir a un trabajador por una causal y después ante su inasistencia invocar otra como el abandono de trabajo, todo ello a fin de eludir el pago de las indemnizaciones fijadas por ley como consecuencia del despido.

Consecuentemente, entiendo que debe tomarse la fecha de despido indicada en la sentencia de grado, vale decir, que el distracto se produjo con la primera comunicación efectuada por la demandada el día 30 de junio de 2009.

Sentado lo anterior, debo decir que el hecho que el actor haya cuestionado el despido recién el 4 de septiembre de 2009 -teniendo en cuenta las distintas intimaciones cursadas por la demandada durante el período que abarca entre el primer despido y la fecha mencionada- de manera alguna tiene virtualidad para encuadrar la desvinculación en la causal de abandono de trabajo o para modificar la fecha del distracto señalada en la sentencia.

En función de todo lo expuesto, y sobre la base de uno de los principios fundamentales del Derecho Laboral,

como es el “principio de primacía de la realidad”, en donde se otorga prioridad a lo que efectivamente ocurrió en la realidad por sobre la formas o apariencias, es que el primer agravio será rechazado.

En cuanto al segundo agravio en donde se cuestiona la aplicación de la multa dispuesta por el art. 2 de la Ley 25.323, observo que efectivamente, el artículo se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello, obligando al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales. De las constancias de la causa surge que mediante carta documento de fs. 11, el accionante cumplió con el paso previo mencionado, y el demandado no acreditó el pago de los citados rubros, sino que negó rotundamente su procedencia, tal como se desprende de la carta documento obrante a fs. 13, dándose entonces, los supuestos previstos en la normativa legal citada, corresponde declarar procedente su aplicación.

Se ha dicho que:

“El art. 2 de la Ley 25.323, no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y a la acción posterior...” (Julio Armando Grisolia- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- T II, ed. Lexis Nexis- pag. 1299).

Por lo tanto, dicho agravio también será rechazado.

Por todo lo expuesto, propondré al Acuerdo que se rechace el recurso de apelación articulado por la demandada a fs. 427/430, y en consecuencia se confirme la sentencia de grado en toda sus partes, con costas de Alzada a cargo de la demandada atento a su condición de vencida, debiéndose regular los honorarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 L.A.

El Dr. **Marcelo Juan MEDORI** dijo:

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

IV.- Por lo expuesto, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de grado que luce a fs. 420/423 vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas a la demandada, atento a su carácter de vencida (art. 17 Ley 921).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA