

Contrato De Trabajo Extincion Del Contrato De Trabajo Abandono De Trabajo Requisitos Contrato A Tiempo Parcial Elemento Subjetivo

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Extinción del contrato de trabajo. Abandono de

trabajo. Requisitos. Contrato a tiempo parcial. Elemento subjetivo Se hace lugar a la demanda por despido arbitrario interpuesta por la actora, dado que en el caso no se configuró un abandono de trabajo como alegara la empleadora, pues la trabajadora anotició que su ausencia laboral tenía motivo en un grave accidente sufrido por su padre. De esta forma, no se cumple con el elemento subjetivo de la citada causal de extinción. En la ciudad de Buenos Aires, a los 24 días del mes de noviembre de 2015, para dictar sentencia en los autos: ?FERNÁNDEZ ALBA CARINA c/ CHOIKUE S.A. s/ DESPIDO? se procede a votar en el siguiente orden: LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO: I.- Vienen elevadas las presentes actuaciones iniciadas por Alba Carina Fernández, contra la empresa Choikue S.A., en las que la accionante persigue el cobro de unas sumas de dinero correspondientes a indemnizaciones por despido, multas, diferencias salariales, certificado del art. 80 de la L.C.T. y rubros accesorios. Cuenta que ingresó a trabajar para la empresa demandada el 13/3/2010, como cajera ?B? bajo el régimen del CCT 130/75 y con las modalidades que enuncia. Dice que laboraba horas extras en forma habitual, las que no eran debidamente remuneradas, y denuncia otros incumplimientos del débito laboral en que incurría la demandada. Fue despedida en forma directa mediante CD del 20/7/2011, donde la empleadora le imputó abandono de tareas. Explica que tal causal es falsa, pues sus ausencias fueron debidamente avisadas y se debieron a la enfermedad de su padre, que residía en la Pcia. de Salta. Luego de algunas otras consideraciones, practica liquidación de las sumas a las que se considera acreedora, y solicita se acojan favorablemente sus pretensiones. II. La demandada presentó su responde a fs. 52/65. Luego de los desconocimientos genéricos y particulares, reconoce las fechas de ingreso y egreso de la demandante, pero niega las modalidades de las tareas que denuncia, como así también la ejecución de horas extraordinarias y las diferencias salariales que reclama. Sostiene que Fernández comenzó a incurrir en ausencias desde el 11 de julio (habiéndose negado a firmar su recibo de sueldo del mes de junio, el día anterior), sin haber notificado nada y sin que ninguno de sus compañeros hubiere podido contactarla. Motivo por el cual se recurre a la vía postal, el día 14 de julio. El día 20 de julio, frente al silencio de la demandante, se dispone la rescisión del vínculo laboral, invocando la norma del art. 244 de la L.C.T. y recién después de ello, el día 22, recibe una misiva de la actora informando sobre la enfermedad de su señor padre, situación de la que, sostiene la demandada, se anotició por primera vez en ese momento. Agrega que en ese telegrama la actora, al mismo tiempo, incorpora una serie de reclamos, que fueron rechazados, pero que dan cuenta de la mala fe en su obrar. Consecuentemente con lo expuesto, solicita la desestimación de la demanda, con costas. III. La sentencia apelada obra a fs. 375/383, la que acogió parcialmente los reclamos incoados por Fernández. Los recursos que analizaré vienen interpuestos por la actora a fs. 387/388 y por la demandada a fs. 391/396, ambas por las cuestiones de fondo y la demandada también por el modo de imposición de las costas. IV. Por razones de mejor orden metodológico, examinaré en primer término los agravios vertidos por la parte demandada. Critica la quejosa que el a-quo ha considerado ilegítima su decisión rescisoria, en los términos del art. 244 de la L.C.T. en la medida en que, entiendo, su parte obró conforme a derecho, cumpliendo con los recaudos legales en debida forma. Básicamente, su queja se dirige a atacar el criterio adoptado, que consideró que, pese a que la actora guardó silencio frente a la intimación de la empleadora y no dio noticia de sus ausencias, tuvo por ilegítimo el despido porque se acreditó la enfermedad de su señor padre. No tiene razón la recurrente. En primer lugar, surge del testimonio de Avalos Erasmo (fs. 221) que la actora había avisado verbalmente al encargado de la enfermedad de su padre y había pedido permiso para ausentarse por tal razón. Pero más allá de eso, lo cierto es que en autos está acreditada la enfermedad del padre de la actora (v. fs.140/151, 180/185), que se encontraba internado desde el día 12 de julio de 2011 (fs. 181) por haber sufrido un accidente cerebro vascular, todo lo cual hecha por tierra su ?animus abdicativo?, dado que sus ausencias, como efectivamente se ha comprobado, se debieron a las razones expuestas. Más aún, teniendo en cuenta los términos de su respuesta de fecha 20 de julio de 2011 donde claramente expone las razones de su ausencia, repele la decisión rescisoria de la empleadora, da cuenta del oportuno aviso que, dice, había efectuado, e intima por cuestiones relativas a las condiciones de su prestación, efectuando requerimientos concretos y actuales que revelan su vocación de continuidad del vínculo laboral. En ese andarivel, es válido recordar el texto legal (art. 244 L.C.T.): ?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.? Quiere decir ello que el abandono-incumplimiento se configura cuando el trabajador, constituido en mora e intimado a que reanude sus tareas, no se reintegra en el plazo acordado sin mediar alguna razón que justifique su incumplimiento. De ello se

infiere que la ley considera al abandono como una forma de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, debiendo calificarse esa conducta a través del comportamiento del trabajador revela su decisión. Voluntad que, como dije, no se advierte exteriorizada a través de la conducta de Fernández. Por tanto, surge a las claras que, en el caso, no puede la demandada hablar razonablemente de una intención de abandono de trabajo por parte de la actora, en la medida en que, efectivamente, las razones esgrimidas para justificar su ausencia se encuentran perfectamente acreditadas en autos, amén de que fueron informadas a la empleadora mediante el telegrama anteriormente referido. También en este sentido, es doctrina mayoritaria de la Excma. Cámara, que para repeler la configuración del despido por abandono basta que el dependiente contradiga la intención rescisoria que le adjudica la demandada a sus ausencias, por ejemplo, exponiendo los motivos, sean o no justificados, y a consecuencia de ello se ha resuelto rechazar la calificación otorgada por la patronal al distracto. Y bien, sentado ello y desde este punto de vista, el despido dispuesto por la patronal luce intempestivo, por lo que, amén de compartir los restantes fundamentos expuestos por el sentenciante de origen, a los que me remito por razones de brevedad, es mi opinión que la sentencia apelada, en este punto, debe ser confirmada en cuanto a la ilegitimidad del despido dispuesto por Choikue S.A. V. También se agravia porque se hizo lugar a las diferencias salariales basándose en considerar que la actora cumplía tareas en jornada completa y no, como ella sostiene, jornada parcial en los términos del art. 92 ter. En la especie, es válido recordar que el tipo contractual previsto en el art. 92 ter de la LCT alude a un supuesto de excepción y por tal razón, la obligación procesal de acreditar en la causa los presupuestos fácticos que justifiquen tal modalidad contractual pesa sobre la empleadora. (esta Sala "Bajo, Gerardo y otros C/ Previnter Cia. de Seguros de Retiro SA y otros s/ diferencias de salarios?"). Es que la excepcionalidad de la modalidad en el efectivo cumplimiento de las tareas es siempre una prueba que pesa sobre la parte demandada, quien no sólo no logró probar el horario reducido que caracteriza la excepcionalidad del contrato a tiempo parcial (art. 92 ter de la LCT y art. 377 C. Procesal) Los testimonios rendidos en la causa a propuesta de la actora (Ruciano fs. 220. Ávalos a fs. 221, Polito fs. 222/223) y valorados por el a-quo, quien les confirió ?en criterio que comparto plena fuerza convictiva, son concordantes y consecuentes al sostener que la accionante cumplía una jornada de 8 hs. diarias, en el horario de 8 a 13 hs. y de 17 a 21 hs., de lunes a sábados, y los domingos de 9 a 14.30 hs., además de eventuales extensiones de horario por razones administrativas u otras. Por lo demás, los dos testigos que depusieron a instancias de la demandada (Sánchez a fs. 352/353 y Gerola a fs. 354) no aportan referencias concretas ni verosímiles en relación con la jornada laboral de la actora. De todo ello, y por aplicación del principio del art. 9 de la L.C.T, tengo por demostrado el horario invocado por la parte actora y, por tal motivo, coincidir con el magistrado de grado en cuanto a considerar que la relación de la actora con la demandada se desarrolló en el marco de un contrato de trabajo a tiempo completo, en los términos del art. 90 de la ley de Contrato de Trabajo, resultando de tal modo acreedora a las diferencias reconocidas en origen, lo que así dejo propuesto. VI. Se queja también por la base de cálculo tomada por el a-quo para computar las indemnizaciones. Por idéntica cuestión también se queja la actora, en su primer agravio, por lo que trataré ambos en forma conjunta. El recurso de la demandada luce desierto, pues no sólo no fundamenta adecuadamente su desacuerdo con lo resuelto por el magistrado de grado, sino que tampoco propone ni sustenta cuál sería la base de cálculo que, a su criterio, sería la correcta. La actora, por su parte, sostiene que la base tomada no ha incluido las sumas correspondientes a las horas extras trabajadas por su parte; no obstante lo cual, se desprende claramente del decisorio apelado que se ha fijado como base de cálculo un salario de \$?.- tomado por el a-quo, que contempla e incluye su mejor remuneración mensual normal y habitual, la índole de la actividad, las retribuciones corrientes de la época que se trata, las tareas realizadas y la jornada de trabajo cumplida (la negrita me pertenece ?vs. fs. 378 ?in fine? /379), que más arriba ya había examinado. Y bien, siendo así, y sobre los guarismos informados por el perito contador en su dictamen (v. fs. 267/303), entiendo que ese salario utilizado por el juez de grado en uso de sus facultades (conf. Arts. 56 L.O. y 56 LCT) resulta adecuado y justo. En mi opinión, entonces, debe mantenerse lo dispuesto en origen. Con ello, también dejo tratado el segundo agravio de la actora, que se encuentra supeditado e íntimamente conexo con el que se dilucida en este considerando. Así lo dejo planteado. VII. Al mismo tiempo, la quejosa se agravia porque se la condenó al pago de la multa del art. 45 ley 25345. No le asiste razón. En efecto, el art. 45 de la ley 25.345 agregó como último párrafo al 80 de la L.C.T. el siguiente texto: "...si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos... dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formulare el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último...?. A su vez el Decreto Reglamentario 146/2001 en su art. 3º dispuso que "...el trabajador quedará habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que hace alusión el artículo que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos.... dentro de los 30 (treinta) días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo?. No dejo de advertir que en el presente caso la actora efectuó la intimación por la entrega de los certificados el día 20 de julio de 2011 e intimó nuevamente el 30 de agosto del mismo año, con lo cual no es cierta la afirmación de la demandada en cuanto a que no se encuentran cumplidos los recaudos legales que habiliten el pago de esta multa resarcitoria, y por lo tanto su recurso luce desierto. Más allá de lo cual, como tengo

dicho en numerosas oportunidades, me he expedido declarando la inconstitucionalidad del decreto 146/10 en su art. 3º -incluso de oficio- con fundamento en que la requisitoria que este decreto le impone al trabajador constituye un claro exceso reglamentario, en relación a la norma superior que reglamenta (art. 45 antes citado)?ver cent. 58.335 del 6/06/05, del registro de la Sala VI; ver también de esta Sala VII ?Bretaña, Juan Antonio C/ Escuela Superior de Hotelería?; ?Ríos Aníbal J. c/ Cuerex S.A. S/despido?, cent. 44.898 del 30-11-12, entre muchos otros). Por lo tanto, sostengo mi postura en cuanto a que dicha norma es inconstitucional y así lo declaro. Es que el control de constitucionalidad no depende de las partes porque la supremacía de la Constitución es de orden público. Por otra parte, no puede argüirse en contra de lo expuesto la posible violación del derecho de defensa o de una posible indefensión, ya que la doctrina mayoritaria, sostiene ya hace tiempo, que frente al ?derecho aplicable? no se puede argumentar el derecho de defensa, ya que hay que prever la cuestión constitucional, dentro de ese derecho de defensa y no tenerlo en cuenta por las partes, sólo sería una imprevisión que puede atenderse y que sólo sería imputable a ellas. En tal sentido, no sólo Bridart Campos ha manifestado su adhesión a esta doctrina, sino otros autores de talla, como Hitters, Juan Carlos (ED 116-20) y Ramírez Bosco (DT XLIII-B). Este último autor destaca asimismo la vinculación de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad con el principio de irrenunciabilidad del Derecho del Trabajo y, a su vez, como derivación necesaria o derivada del principio protectorio. Asimismo es del caso recordar que el más Alto Tribunal de la República ha señalado que ?es elemental en nuestra organización constitucional, la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con esta y abstenerse de aplicarlas si se encuentran en oposición a ellas (Fallos 311:2478, entre muchos otros). Consecuentemente propongo desestimar la queja en tratamiento. VIII. También lo hace la accionada por la condena en los términos del art. 2 ley 25323, y tampoco esta queja podrá tener favorable andamio. El art. 2 citado deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. Ergo, son requisitos para su procedencia: la intimación fehaciente y el inicio de acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las. La norma parece apuntar a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquél que se toma los tiempos judiciales, aun sabiendo que debe para (ver trabajo publicado en ERREPAR, N° 185, enero/01, T.XV, ?Nuevo Régimen de Indemnizaciones Laborales Establecido por la Ley 25.323?, Dra. Estela M. Ferreirós). La actora intimó fehacientemente y debió iniciar el presente juicio para poder obtener el cobro. No me parece atendible el planteo de la demandada acerca de que se le debería eximir del pago de esta multa puesto que ella actuó conforme a derecho y a lo que prescribe el art. 244 de la L.C.T. He señalado con anterioridad que dicha norma tiene como objeto que se valore el hecho del incumplimiento del deudor-empleador y, en la medida en que en autos la actora efectuó intimaciones que no fueron atendidas, y se vio obligada a iniciar estas actuaciones en sede jurisdiccional, extremos que cumplen las exigencias de la norma referida para hacer efectivo el pago de la multa que ella establece. IX. La actora, a su turno, también expresa agravios porque, sostiene, si bien en el decisorio apelado el magistrado se pronunció teniendo por probada la ejecución de horas extras y pagos clandestinos, ello no se ha visto reflejado en la liquidación de los montos diferidos a condena. Como ya lo juzgué en el ap. VI, el sentenciante en origen tomó en cuenta todos los elementos necesarios para establecer la base de cálculo, incluidas las horas extras, y fijó la base para el cómputo de indemnizaciones en la suma de \$?.- que, como dije, a mi criterio, se encuentra adecuadamente valorada. Es mi opinión, entonces, que este agravio debe ser denegado. X. También lo hace porque no se acogió favorablemente su pretensión de que se le repare el daño moral extracontractual. En primer lugar cabe recordar que la indemnización civil por daño moral sólo cabe en supuestos especiales. Esta Sala tiene dicho que desde el punto de vista extracontractual el daño moral sólo procede en aquéllos casos en los que el hecho que lo determina haya sido por un hecho de naturaleza extracontractual del empleador, es decir si el despido va acompañado de una conducta adicional ilícita que resulte civilmente resarcible, aún en ausencia de vínculo laboral (en igual sentido ?Zarza, Mario Rubén c/ Línea 17 SA y otro s/ despido?, sent. 30.767 del 19-05-98, entre muchos otros). Además, debe causar en el trabajador un grave menoscabo en sus sentimientos o buen nombre. A mayor abundamiento, deseo dejar sentado que el legislador civil se ha ocupado del daño moral en dos andariveles que lo ubican en los dos ámbitos de responsabilidad que Vélez Sarsfield delimitó en su código. Cuando se hace referencia a un hecho de responsabilidad extracontractual, rige el art. 1078 del C.C. que resulta de aplicación insoslayable para los jueces. A diferencia de ello, el art. 502 del mismo cuerpo legal que aprehende la posibilidad de existencia de daño moral por incumplimientos contractuales, resulta de aplicación discrecional y sujeta a prueba. Por ello el artículo reza: ??Los jueces podrán?? En el presente caso, no advierto que se encuentren configurados los extremos referidos, es decir, la producción de un daño originado en una conducta adicional ilícita, compartiendo al respecto las consideraciones que efectúa el juez de grado. Por ello es mi opinión que debe ser confirmada la sentencia de origen en este sentido. XI. Finalmente la demandada apela el modo de imposición de costas en origen, que fueron impuestas a su parte. En el caso, teniendo en cuenta el principio objetivo de la derrota,

y el modo en que se ha decidido en autos, es mi parecer que las costas impuestas a la demandada es una decisión justa y adecuada a derecho (conf. Art. 68 C.P.C.CN.), y por ello propongo su confirmación. XII. En atención a la suerte de los recursos examinado, propongo que las costas de alzada sean impuestas también a la parte demandada, (art. 68 cit.), y regular los honorarios de las representaciones letradas de ambas partes en el %, de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores). EL DOCTOR NÉSTOR RODRIGUEZ BRUNENGO DIJO: Que por compartir sus fundamentos adhiero al voto de mi distinguida colega DRA. ESTELA MILAGROS FERREIROS y agrego que: Con relación al primer agravio que argumenta la parte demandada que la parte actora no pudo acreditar haber anoticiado a su empleador del motivo de su ausencia. Sin embargo observo que la jueza de grado valoró a los fines de acreditar la comunicación al empleador por parte de la actora del estado de salud del padre las declaraciones testimoniales de fs. 221 y fs. 338 y 339, cuya eficacia probatoria no fue cuestionada. Y lo cierto es que este punto del fallo no fue apelado, razón por la cabe desestimar el agravio vertido en este punto. Asimismo sostiene que su parte esperó un plazo prudente para poner fin al vínculo laboral. Sin embargo observo que el emplazamiento fue efectuado recepcionado por la trabajadora el día 16 de julio de 2014 (sábado), razón por la cual teniendo en cuenta el plazo previsto en el artículo 57 de la L.C.T. la actora debía emitir su respuesta hasta el día 19 de julio de 2014, por lo que entonces la emisión del telegrama del distracto el día 20 de julio de 2014 no puede reputarse que fue esperando un plazo prudente, como señala en su memorial, ya que era esperable que aún en el transcurso de dicho día recibiera la respuesta de la trabajadora. En consecuencia corresponde confirmar lo decidido por la magistrada de grado. También cuestiona la demandada la extensión de la jornada que tuvo por acreditada la sentenciante. Sostiene que no tuvo en cuenta los testimonios de SANCHEZ, LOCARINI y GEROLA. Ahora bien el testigo SANCHEZ si bien señala un horario de trabajo lo cierto es que no trabajaba toda la jornada junto a la actora. El testigo señala que la empresa tiene 25 locales, que en la zona que le toca tiene 5 locales y que esos cinco locales hace el control a la mañana, es decir el propio declarante da cuenta que no asistía a la tarde al lugar de trabajo de la actora, por lo que entonces no pudo haber percibido por medio de sus sentidos acerca de la presencia de la actora en el local en el horario de la tarde. Por su parte GEROLA quien declaró a fs. 354 dice que sólo pasaba por el local de la actora a la mañana, razón por la cual tampoco puede dar cuenta si la FERNANDEZ se encontraba o no laborando para la demandada a la tarde. Finalmente el testigo LOCCARINI - ver 338/339- trabajaba en recursos humanos y se encargaba del control y liquidación de haberes. Sostiene que el horario los controla en los cambio de turno y en los horarios de ingreso y que por eso conoce el horario de la actora. Sin embargo sostiene que si no pasa por la sucursal le pregunta al encargado. Finalmente afirma que por el local de la actora pasa una vez por semana, razón por la cual tampoco puede dar cuenta del horario que esta realizaba diariamente. En consecuencia todos los testigos que según la demandada no fueron tenidos en cuenta por la sentenciante, conforme lo analizado supra no resultan válidos para revertir lo decidido por la jueza de grado. En consecuencia cabe confirmar también en este punto el fallo apelado. EL DOCTOR HÉCTOR CESAR GUIADO no vota (art. 125 de la ley 18.345) A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia de grado en todas sus partes. 2) Confirmar el modo de imposición de las costas determinadas en origen. 3) Imponer las costas de alzada a la parte demandada. 4) Regular los honorarios de las representaciones letradas de ambas partes en el ...% (? por ciento), de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores). 5) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nro.15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Correlaciones González, Mario Rubén c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG s/despido

- Cám. Trab.

Mendoza - 2ª - 05/07/2013

004996E