



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

SECRETARIA DE POSGRADO

ALUMNO: EZEQUIEL RUDMINSKY

“LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO EN
LOS SUPUESTOS DE LOS ARTS. 241 Y 244 DE LA
L.C.T.”

CARRERA DE ESPECIALIZACION EN DERECHO DE
LABORAL

SANTA FE, AÑO 2022

A todos aquellos que forjaron y me acompañaron en cada paso desde los inicios del preescolar hasta la actualidad, pues sin ellos no hubiere llegado tan lejos.-

En particular a mis abuelos que me incentivaron desde mis inicios en la educación, inculcándome el amor al trabajo y al estudio como meta y forma de vida. A mis padres que me acompañaron con único amor, orgullo y emoción desde mi primer llanto al nacer. A mi esposa Vanina, que con su amor inquebrantable, siempre creyó en mí y en todo lo que como persona y profesional podía y puedo seguir alcanzando. A mi hija Sofía Dana que es la luz que me alumbra el día a día y mi camino al futuro más allá de mi existencia.-

A todos los familiares, colegas, amigos y cercanos que cumplimentan mi vida y me regalan su digna presencia.-

A todos ellos, eternamente gracias. Paraná, Entre Ríos en el día de la patria, 25 de mayo de 2022.-

INDICE

INTRODUCCION	1
PRIMERA PARTE: LA EXTINCION POR VOLUNTAD CONCURRENTES DE LAS PARTES	2
<i>TITULO I – ARTÍCULO 241 L.C.T. – 1º HIPOTESIS: EL MUTUO ACUERDO EXPRESO</i>	<i>2</i>
<i>Capítulo I. Nociones Generales</i>	<i>2</i>
<i>EL CONTRATO DE TRABAJO – LIBERTAD CONTRACTUAL</i>	<i>2</i>
NOCION PRELIMINAR:	2
CONCEPTO:	3
CARACTERISTICAS:	3
<i>Capítulo II. Requirimientos del acto de extinción por mutuo acuerdo expreso</i>	<i>5</i>
A.- REQUISITOS MATERIALES:	5
B- REQUISITOS INMATERIALES:.....	9
REQUISITOS FORMALES AD SOLEMNITATEM - NULIDADES	9
EFECTOS DE LA EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO:	11
<i>Capítulo 3. La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo expreso en la práctica laboral</i>	<i>13</i>
¿Qué sentido tiene para el trabajador hacer este tipo de acuerdos?.....	13
Art. 15. — Acuerdos transaccionales conciliatorios o liberatorios. Su validez.	14
Acuerdo mixto, del 241 y por cuestiones anteriores a la extinción del vínculo laboral: ..	16
<i>TITULO 2: ARTICULO 241 L.C.T. 2º HIPOTESIS. LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ABANDONO RECIPROCO Y CONCLUYENTE DE LAS PARTES O MUTUO ACUERDO TACITO.....</i>	<i>18</i>
<i>Capítulo 1. Noción Preliminar.....</i>	<i>18</i>
ELEMENTOS:	19

<i>Capítulo 2. El mutuo acuerdo tácito en la práctica laboral.....</i>	<i>21</i>
¿Qué debe hacer el abogado del empleador?	21
¿Cómo se determina la fecha del cese?.....	22
Jurisprudencia y doctrina mayoritaria:.....	22
RUBROS QUE SE PUEDEN RECLAMAR EN CASO DE PROCEDENCIA DEL ART.	
241 TER (mutuo acuerdo tácito)	24
JURISPRUDENCIA - CASOS	24
 PARTE II. ARTICULO 244 L.C.T. - ABANDONO DE TRABAJO POR INJURIA DEL TRABAJADOR.....	25
<i>TITULO I – INTRODUCCION.....</i>	<i>25</i>
<i>Capítulo 1 – Una Aproximación Conceptual.....</i>	<i>25</i>
Art. 244. —Abandono del trabajo.	25
Definición.....	26
Diferencias con la extinción por voluntad concurrente y recíproca de las partes. Supuesto del art. 241 L.C.T. ter (Mutuo acuerdo tácito)	26
.....	26
<i>Capítulo 2. La excepción al art. 58 L.C.T.</i>	<i>27</i>
<i>Capítulo 3. Elementos</i>	<i>27</i>
A- Elementos Materiales u Objetivo.....	27
B- Elementos Inmateriales o Subjetivos	27
<i>Capítulo 4 – Requisitos para el despido por Abandono de Trabajo.....</i>	<i>28</i>
1º- Constituir en mora al trabajador (elemento OBJETIVO):.....	28
2º- Voluntad inequívoca de abandonar la relación laboral (elemento SUBJETIVO):	30
<i>TITULO II – ANALISIS DE LOS REQUISITOS EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL.....</i>	<i>31</i>
<i>Capítulo I - Características de la ausencia del trabajador al trabajo</i>	<i>31</i>
1º- Ausencia debe ser Continuada y no discontinua.....	31
2º- Que la ausencia sea Voluntaria	31
3º- Ausencia Injustificada	31
<i>Capítulo II - Características del apercibimiento</i>	<i>32</i>
<i>Capítulo 3 - Características del Plazo</i>	<i>33</i>

Postura 1º: Plazo razonable	33
Postura 2º	33
<i>Capítulo 4 - Características de la Contestación del trabajador y del apercibimiento del empleador</i>	<i>34</i>
CASO PRÁCTICO:	34
OTROS SUPUESTOS:	36
<i>Capítulo 5 – Caso de no contestación de la intimación por parte del trabajador</i>	<i>36</i>
NO APLICACIÓN DEL ART. 58 y 10 LCT A LA CAUSAL DE ABANDONO DE TRABAJO	37
<i>Capítulo 6 – Situaciones que no implican presunción de abandono</i>	<i>38</i>
Distintos supuestos	38
PRUEBA DE LA ASISTENCIA-INASISTENCIA.....	39
AVISO DE ENFERMEDAD:	40
CONCLUSION	41
BIBLIOGRAFIA	43

INTRODUCCION

El abordar el desafío que implica la realización de una tesina tras catorce años de haberme graduado como profesional del derecho, me llevo a la búsqueda de una temática que trascendiere lo estrictamente académico y su objetivo de aprobación de la misma para, además sumergirme de lleno en una temática que implicare una utilidad para la práctica profesional, incorporándole el ingrediente de la propia experiencia en el fuero laboral.-

De esa manera llegué a la elección de desarrollar los supuestos extintivos del contrato de trabajo, normados en los artículos 241 de la L.C.T. en sus dos supuestos, como lo son el denominado Mutuo Acuerdo Expreso (incs. 1º y 2º) y el Mutuo Acuerdo Tácito (inc. 3º) junto con el Abandono de Trabajo o Abandono Injuria del art. 244 del mismo cuerpo legal.-

La importancia de dicha elección radicó para este profesional en el hecho de que estos institutos, se han vuelto mucho más frecuentes en la era pandemia y pos pandemia de Covid - 19, principalmente en lo que al Mutuo Acuerdo Expreso se refiere, siendo de singular importancia identificar y diferenciar al mismo tiempo con los otros dos institutos desarrollados.-

PRIMERA PARTE: LA EXTINCION POR VOLUNTAD CONCURRENTES DE LAS PARTES

TITULO I – ARTÍCULO 241 L.C.T. – 1º HIPOTESIS: EL MUTUO ACUERDO EXPRESO

Capítulo I. Nociones Generales

EL CONTRATO DE TRABAJO – LIBERTAD CONTRACTUAL

En materia de contrato de trabajo rige el principio de Libertad Contractual. El art. 48 LCT establece que las formas de celebración del contrato de trabajo podrán ser escogidas libremente, “...salvo lo que dispongan las leyes o convenciones colectivas en casos particulares”.

En concordancia con este artículo citado, el art. 21 LCT determina que ese principio de libertad contractual se encuentra siempre limitado por el orden público que opera en todo el derecho. Al respecto la última parte del art. 21 LCT reza: “...Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”

En Resumen la libertad contractual sólo puede ejercerse dentro de la órbita del accionar lícito del marco jurídico general y todo contrato de trabajo que contenga cláusulas que resulten contrarias al orden público será nulo.-

NOCION PRELIMINAR:

Del mismo modo que la voluntad concurrente de las partes puede dar nacimiento y vida a la relación contractual laboral, por el mismo medio puede extinguirla. Ello es consecuencia lógica del principio de libertad contractual, pues sería ilógico que la ley obligara a las partes, contra su voluntad, a mantener vigente una relación de trabajo.-¹

¹ DE FERRARI, Francisco, Derecho del trabajo, 2º ed., Depalma, Buenos Aires 1969, tomo II, pag. 406.-

No obstante como se desarrollará infra, en la práctica se dan situaciones que muchas veces están alejadas del verdadero sentido y alcance de la norma y de la voluntad del legislador, puesto que es frecuente que esta "voluntad concurrente" enmascare y encubra un despido.-

CONCEPTO:

Conforme lo expresado podemos definir al instituto de "extinción de Trabajo por Mutuo Acuerdo" como aquel acto jurídico bilateral mediante el cual las partes extinguen la relación de trabajo.-²

Se denomina a esta modalidad como mutuo acuerdo expreso, para diferenciarla de la del abandono recíproco y concluyente del 3º y último párrafo del art. 241 de la LCT, el cual se conoce como mutuo acuerdo tácito.-

Esta modalidad extintiva de la relación laboral esta contemplada en los incs. 1 y 2 del art. 241 de la LCT:

"Art. 241. Formas y modalidades. Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente..."

CARACTERISTICAS:

La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo o voluntad concurrente de las partes es un acto jurídico voluntario, bilateral, lícito, inmotivado, formal y que al menos en principio se supone gratuito.-

a. Voluntario: Por la sencilla razón de que esta causa de extinción del vínculo laboral debe ser elegida por ambas partes (empleador y trabajador) con total discernimiento, intención y libertad conforme el art. 260 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

b. Bilateral: Como se expreso en párrafo precedente la bilateralidad implica la participación y la conformidad de ambas partes. No siendo admisible la retractación ni revocación unilateral

² Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada – Segunda Edición actualizada Tomo III, Raúl Horacio Ojeda – Rubinzal Culzoni Editores año 2011.-

del acto conforme el art. 234 LCT. Este art. establece que el despido o renuncia puede llegar a retractarse o revocarse unilateralmente por la parte interesada, antes de que la otra tome conocimiento de ello. Es decir, un trabajador que envía su renuncia, puede retractarse de ello antes de que su empleador tome conocimiento. Como en este caso, estamos ante un acto bilateral, ambas partes, están en conocimiento inmediato de la situación extintiva del contrato de trabajo.-

c. Lícito: Por el hecho de estar admitido por ley, en este caso por la primera parte del art. 241 L.C.T.-

d.- Inmotivado: Implica que no debe expresarse causa alguna en el acto formal de extinción del vínculo laboral, bajo pena de que pueda luego ser impugnado por simulación, es decir por enmascarar o encubrir una realidad (como ser un despido), en la forma de otra (mutuo acuerdo).-

e. Formal: El legislador ha establecido una serie de formalidades, que infra se desarrollaran en más detalle, que son la realización de la cuerdo extintivo por escritura pública o ante autoridad judicial o administrativa y con la presencia personal del trabajador, sin las cuales el acto se considerará “nulo y sin valor”.-

f- Gratuito: La ley no establece onerosidad alguna, y salvo que las partes lo pacten el acuerdo extintivo, no genera en cabeza de las partes el derecho a reclamar pago de suma alguna a causa de haber extinguido el vínculo laboral por mutuo consentimiento.-

La única excepción, claro está, son los créditos pendientes de pago que hace a la liquidación final, incluyendo al SAC y vacaciones proporcionales no gozadas; lo cual no es exclusivo de este modo de extinción, sino común a cualquier otro modo de extinción laboral. Ello se debe a que como el mutuo acuerdo es un acto extintivo tiene efectos hacia adelante, lo que significa que las obligaciones pendientes que pudieren existir al momento del acuerdo no se extinguen y pueden por ende reclamarse.-

Es decir se extingue la relación laboral pero no las obligación contraídas previamente.-

Capítulo II. Requeitos del acto de extinción por mutuo acuerdo expreso

El art. 241 en sus dos primeros párrafos establece los requisitos que debe reunir la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo: *“Las partes, por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.*

Será nulo y sin valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente...”

El acto extinción del contrato de trabajo se compone de dos elementos o requisitos:

- a- Elemento Material: son los establecidos por ley. Es decir la manifestación de la voluntad extintiva conforme lo prevé el texto legal, en este caso por el art. 241 LCT. Tienen por finalidad garantizar la autenticidad del acto extintivo y evitar el fraude.-
- b- Elemento Inmaterial: Que implica que esa expresión de la voluntad extintiva prevista en el texto legal, sea realizada con discernimiento, intención y libertad.- (260 CCCN)

A.- REQUISITOS MATERIALES:

Como se dijo anteriormente los requisitos materiales son los establecidos por el legislador, con la finalidad de que el distracto cuente con la conformidad, al menos formal del trabajador y la mayor transparencia posible del acto en sí.-

Ellos son en primer lugar que el acuerdo se formalice por escritura pública, o ante autoridad administrativa o judicial; y por el otro que se celebre ante la presencia del trabajador.-

A.1.- Formalizarse ante Escritura Pública o ante autoridad judicial o administrativa del trabajo

La opción de formalizarse ante escritura pública implica que las partes acudan ante un escribano público a los efectos de poner fin al vínculo laboral que los unía. Esta modalidad es utilizada con moderada frecuencia en Entre Ríos, pero carece de cierto reconocimiento de autenticidad en el ambiente judicial, puesto que genera sospechas de ciertas vulnerabilidades en los derechos o coacción contra la figura del trabajador quien obviamente no es quien

contrata al notario interviniente, el cual en la mayoría de los casos puede carecer de asesoramiento letrado al respecto. Diferente es la situación, poco frecuente en la práctica, donde el trabajador posea patrocinio letrado en la escritura pública, en cuyo caso otorgaría que las voluntades concurrentes de las partes, en este caso de la trabajadora, goce de un alto margen de autenticidad a los ojos de la autoridad judicial. No obstante como veremos más adelante, la asistencia letrada de la trabajadora no es un requisito legal, sino más bien una facultad opcional.-

No obstante, la forma más habitual utilizada en los casos de extinción de contrato de trabajo por mutuo acuerdo, siempre hablando de la provincia de Entre Ríos, donde este profesional ejerce como tal, es por excelencia la de acudir a la autoridad administrativa del trabajo, que en dicha provincia recibe el nombre de Secretaría de Trabajo y Seguridad Social de Entre Ríos.-

La elección de acudir a realizar estos acuerdos a Secretaría de Trabajo y Seguridad Social de Entre Ríos, reviste un sinnúmero de ventajas si la comparamos con respecto a la instrumentación por escritura pública.-

Por un lado la gratuidad del acto para las partes, en lo que a costos se refiere, principalmente para el empleador que es quien suele costear los gastos de una escritura pública, en cuyo caso se utiliza a este organismo como una “suerte de escribanía” donde el acuerdo arribado por las partes, volcado en un acta administrativa, constituye un instrumento público.-

Por otro lado la intervención de Secretaría de Trabajo garantiza que el trabajador “juegue de local”, es decir que sus derechos, principalmente que lo que atañe a la voluntad libre de rescindir el vínculo laboral por parte del trabajador este mayormente garantizada, lo cual también beneficia a la parte empleadora ante la posibilidad de que se plantee alguna nulidad del acto y otro reclamo judicial posterior. No es lo mismo atacar un mutuo acuerdo realizado ante un escribano que aquel arribado en sede administrativa del trabajo, donde claramente la segunda opción otorga mayor transparencia al acto.-

Otro beneficio de efectuar un mutuo acuerdo ante Secretaria de Trabajo, es que este organismo confecciona expediente por cada una de las causas administrativas allí se tramitan. Ello no es solo exclusivo de los acuerdos arribados bajo la modalidad de mutuo acuerdo, sino que existe un área de archivo donde todo lo tramitado por ante este organismo sea de oficio o a instancia de parte, se encuentra foliado, con número de legajo y expediente.-

Dentro de estos archivos encontraremos todos los tipos de acuerdos (no sólo por mutuo) que allí se efectuaren; también las consignaciones de pagos (sean de liquidación final, salarios adeudados e incluso indemnizaciones por despidos) como así también las consignaciones de documentaciones laborales y otras afines como certificados médicos, recibos de haberes, etc.

De igual manera se encuentran archivadas las causas tramitadas de oficio por el organismo administrativo, tales como actas de inspecciones e infracciones que se llevan a cabo a través de sus inspectores y de la policía de trabajo.

Todos estos expedientes administrativos, constituyen una prueba de singular valor probatorio en las causas que llegan a juicio, siendo una prueba de informes “de manual” en toda contienda judicial. Asimismo estos archivos representan una fuente de consulta para todo letrado de la parte trabajadora como paso previo a iniciar acciones administrativas o judiciales, dado que permite conocer e informarse sobre los antecedentes que pueda tener un potencial cliente y así poder plantear la estrategia a emplear.-

Otra de las ventajas de canalizar acuerdos ante Secretaría de Trabajo además de lo expresado, radica en que ésta actúa como “organismo de retención”, puesto que para todo tipo de acuerdo al que allí se arribe, incluyendo los de mutuo acuerdo onerosos, posee una cuenta bancaria propia donde se depositan o transfieren los importes de sumas convenidas en los diversos tipos de acuerdos, los cuales una vez acreditados son transferidos a la cuenta de la parte trabajadora que se haya denunciado a tales efectos, y cuyas constancias son anexadas a los referenciados expedientes administrativos. El único costo que el empleador tiene, es el de abonar el 0,5% del valor del acuerdo en concepto de arancel a cuenta de la Secretaria de trabajo que se trasfiere a una cuenta diferente a la cual se despositan los créditos laborales. De similar manera, tal como se referencia anteriormente el organismo de trabajo recepciona las certificaciones laborales de parte de la empleadora y se las entrega a la trabajadora previa suscripción de acta confeccionada a tales efectos, en cuyo caso se paga un arancel fijado en moneda nacional que se va actualizando periódicamente-

Un dato no menor es que Secretaria de Trabajo atiende a los profesionales en amplia franja horaria, en todos los días hábiles del año, sin que existieren ferias o recesos, lo cual hace en cierta manera muy eficiente canalizar por esta vía todo tipo de acuerdo, en especial en los casos del mutuo acuerdo. De esta manera, a modo de ejemplo, las partes pueden efectuar un acuerdo en pleno mes de enero, sin necesidad de esperar el fin de la feria o depender de la

agenda de un notario, lo cual facilita la realización de convenios, evitando que los mismos puedan caerse por el paso del tiempo y el cambio e ideas o criterios de cualquiera de las partes.-

Estos son los motivos por los cuales la elección de Secretaria de Trabajo, es el medio habitual que utilizan las partes (y los profesionales) como medio de formalización de extinción de todo contrato laboral por mutuo acuerdo, que va desde lo práctico, lo económico, la celeridad, seguridad, y sobre todo transparencia.-

A.2. Presencia del trabajador:

La finalidad de este requisito es certificar la firma del trabajador, razón por la cual no es necesaria la homologación para darle efectos extintivos y liberatorios. Por tal motivo para la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria no es un requisito formal la homologación del acuerdo por parte de la autoridad judicial o administrativa del trabajo.-

El razonamiento es lógico, puesto que si las partes pidieren la homologación, la autoridad administrativa o judicial debería analizar si se arribo a un justo acuerdo sólo respecto de respecto de los requisitos inmateriales (discernimiento, intención y libertad), lo cual nunca podría realizar un escribano.-

A.3. La no presencia del letrado:

La ley en ningún momento establece que deba haber presencia de letrados para habilitar el acto extintivo por mutuo acuerdo, siendo éste una de las confusiones más frecuentes en la práctica profesional.-

La presencia de un abogado constituye un derecho y no una obligación, aunque en la práctica es recomendable contar con asesoría letrada y son escasas las situaciones donde se arriba a un acuerdo de este tipo prescindiendo de la participación de un profesional del derecho.-

En parte el fundamento de que la presencia de un letrado sea facultativa radica en que imponer legalmente la presencia de un profesional del derecho implicaría al trabajador neutralizarle la libre elección a extinguir un contrato de trabajo por mutuo acuerdo, sobretodo si no puede costear alguno.-

En el caso de Entre Ríos, tratándose de acuerdo celebrados en Secretaría de Trabajo, este organismo facilita a sus propios abogados dependientes para asesorar previamente a las partes, principalmente a la trabajadora e incluso muy frecuentemente patrocinarla en el acto rescisorio.-

Suele suceder que la parte trabajadora, por razones de urgencia y también por carecer de dinero para contratar un abogado, tienda a acudir a sede ministerial en busca de asesoramiento. Siendo frecuente que los abogados del organismo administrativo inicien el intercambio epistolar y lo continúen hasta llegar a la etapa conciliatoria en dicha sede. Recién una vez fracasada la posibilidad conciliatoria en sede ministerial el interesado debe buscar asesoría letrada particular.-

B- REQUISITOS INMATERIALES:

Los requisitos inmateriales que requiere la extinción del contrato por mutuo acuerdo son los mismos que requiere todo acto voluntario que tenga como objeto adquirir, modificar, ejercer, transferir o extinguir derechos, es decir actuar con discernimiento, intención y libertad. Ello implica que la voluntad concurrente de la partes debe ser un acto de voluntad libre, y que por lo tanto será válido en tanto no esté viciado por error, dolo, violencia, intimidación o simulación, en cuyo caso el acto será nulo-

Entre los más frecuentes vicios de la voluntad que en la práctica se hacen presente podemos referenciar la amenaza de despido, de concurso o quiebra, o incluso, amenazas económicas, y varias veces frecuente, cuando la trabajadora denuncia que su letrado patrocinante en el acto rescisorio fue contratado e “impuesto” por la empleadora.-

REQUISITOS FORMALES AD SOLEMNITATEM - NULIDADES

Son aquellos requisitos y analizados anteriormente como elementos materiales e inmateriales, que son los establecidos en el texto legal del art. 241 inc.1 y 2 (realizar el acto ante escribano, autoridad judicial o administrativa, y en presencia del trabajador), y que la voluntad del trabajador no esté viciada, que este en pleno uso de sus facultades al momento del acto y que sea claro esta una persona capaz.-

En caso de inobservancia de las formas y requisitos establecidos por la ley para efectuar un acuerdo por voluntad concurrente de las partes, probado ello, se puede privar de todos sus efectos al acto jurídico, aunque no obstante es preciso mencionar que conforme lo dispone el art. 49 LCT última parte, la nulidad del mismo no es oponible al trabajador. Esto quiere decir que si bien el acto se torna nulo, los efectos de dicha nulidad no se aplican a todo el contenido del contrato, sino al mutuo acuerdo como objeto en sí. Por lo cual en un principio fue bilateral para extinguir el contrato de trabajo, se vuelve unilateral en cabeza del empleador la voluntad de disolver el vínculo, convirtiéndose el mutuo acuerdo en un despido sin justa causa conforme lo previsto en el art. 245 LCT. De esta manera quedaría habilitada la vía judicial para iniciar el juicio laboral por causal de despido.-

Un ejemplo de un acuerdo nulo es un acuerdo extintivo donde el escribano sólo certifico las firmas pero no una escritura pública que contenga el acuerdo extintivo. Es decir el escribano dio sólo fe de la autenticidad de firmas y no del contenido del documento.-

Otro caso, más difícil de probar que haría nulo el acto, sería cuando el trabajador haya sido obligado contra su voluntad o bajo amenaza a ir a la escribanía a realizar el acuerdo extintivo. Es decir cuando exista algún vicio de la voluntad.-

Si se va ante autoridad Judicial (juez laboral o competente en caso de multifuero) o autoridad administrativa, se presentan las partes y expresan que quieren extinguir el contrato de trabajo. La autoridad judicial o administrativa según el caso, deberá verificar, por el principio protectorio, que el trabajador tiene una voluntad de extinguir el vínculo libre de vicios, que quiere extinguir la relación laboral y comprende las consecuencias de dicha extinción.-

Al igual que sucede con el acuerdo tácito art. 241 inc. 3 de la LCT, que infra desarrollaré, no hay un incumplimiento contractual sino una voluntad recíproca de dar fin a la relación laboral, y por ende este instituto exime del pago de indemnizaciones laborales y sus derivadas.-

“El acuerdo extintivo celebrado por un trabajador en los términos del art. 241 de la LCT es nulo si los elementos de prueba valorados en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica conducen a concluir que tanto el acuerdo de desvinculación como la supuesta incorporación del dependiente a un estudio jurídico conformaron una maniobra orquestada por la verdadera empleadora que, aparentando el carácter de estudio autónomo de aquella, hizo que el actor le continuara ofreciendo la misma contribución laboral que le brindaba a

*sus órdenes antes de la maniobra (sala 2ª, 10/6/2015, "F., P. J. c. Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima Edesur y otro")."*³

El acuerdo extintivo celebrado por un trabajador en los términos del art. 241 de la LCT es nulo si los elementos de prueba valorados en conjunto y a la luz de las reglas de la sana crítica conducen a concluir que tanto el acuerdo de desvinculación como la supuesta incorporación del dependiente a un estudio jurídico conformaron una maniobra orquestada por la verdadera empleadora que, aparentando el carácter de estudio autónomo de aquella, hizo que el actor le continuara ofreciendo la misma contribución laboral que le brindaba a sus órdenes antes de la maniobra (sala 2ª, 10/6/2015, "F., P. J. c. Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima Edesur y otro").

EFFECTOS DE LA EXTINCIÓN POR MUTUO ACUERDO:

PRINCIPIO GRATUIDAD: Sin lugar a dudas el principal efecto de la extinción del vínculo laboral por mutuo acuerdo es que el mismo carezca “en principio” de toda onerosidad o apreciación pecuniaria.-

Este tipo de acuerdo, por obvias razones, al ser bilateral y consensuado excluye toda responsabilidad indemnizatoria que pudiere derivarse de la ruptura del vínculo laboral.

Toda indemnización tiene como fundamento un despido directo incausado o arbitrario dispuesto por el principal o bien un despido indirecto a causa de la denuncia justificada formalizada por el dependiente.-

De este modo quedan excluidas de aplicación tanto las indemnizaciones previstas en la L.C.T. como las establecidas en la Ley Nacional de empleo (Ley 24.013), La Ley de Indemnizaciones Laborales (Ley 23.323), las que tengan como causa del despido el matrimonio o embarazo, las que resulten de la violación a normas protectorias de la estabilidad gremial, o cualquier otra aplicable a un despido.-

La excepción está dada por los créditos laborales adquiridos con anterioridad, como lo es por excelencia la Liquidación Final, proporcionales de Vacaciones no gozadas y SAC, salarios adeudados, etc. De igual modo deberá hacerse entrega de las certificaciones laborales art. 80 LCT a la parte trabajadora.-

³ Manual de Derecho Laboral – Julio Armando Grisolfá – Edición 2019. Revisada y Actualizada. Pag. 124/5-

EXCEPCION – ONEROSIDAD:

Paradójicamente, si bien el acuerdo es por regla gratuito salvo que se pacte lo contrario, la realidad es que en la mayoría de los casos o casi en su totalidad, lo son a título oneroso.-

Los pagos suelen acordarse bajo el rótulo de gratificaciones, bonificaciones o compensaciones por servicios prestados.-

Pero el error más frecuente es cuando se coloca en el acuerdo una cláusula en la cual el trabajador manifiesta que “nada más tiene por reclamar” o que “renuncia a toda acción judicial futura”, lo cual si bien muchos acostumbran a colocarlo en el texto del acuerdo, lo cierto es que carece de validez alguna en virtud de la irrenunciabilidad de los derechos laborales establecidos en el art. 12 de la LCT.-

El acuerdo extintivo no hace cosa juzgada en los términos dispuestos por el art. 850 del CCCN ya que no se trata de un acuerdo transaccional, resultando admisible que cualquier trabajador pueda atacarlo por cualquiera de los medios por lo que es atacado un contrato y, en consecuencia, reclamar cualquier otra obligación que tenga su fundamento en el contrato de trabajo originado con anterioridad, e incluso en aquellas que nacen con posterioridad a la extinción de la relación laboral, con excepción de las indemnizaciones por despido o por omisión de preaviso en tanto previamente no ha mediado despido.-

Falta de pago:

En caso de que el acuerdo sea oneroso y el empleador no cumpla total o parcialmente con el pago acordado, el trabajador puede recurrir a la vía ejecutiva. El acuerdo seguirá siendo válido, como lo es un acuerdo conciliatorio en sede judicial, razón por la cual mediante la vía ejecutiva se tenderá a obtener el pago de lo adeudado.-

Respecto del pago de diferencias salariales, liquidación final, sac, etc, el trabajador podrá en este caso iniciar acciones legales tendientes a su cobro, lo mismo en caso de falta de entrega de certificación laboral.-

Capítulo 3. La extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo expreso en la práctica laboral

¿Qué sentido tiene para el trabajador hacer este tipo de acuerdos?

Podría bastar con enviar un TCL de renuncia y listo. Pero en la práctica lo que sucede es que se usa este instituto para cuando el empleador quiere despedir al trabajador pero no afrontar los costos indemnizatorios, o pagar menos, o un plan de pago etc. Por lo que más que un mutuo acuerdo es un despido encubierto. Por lo que el trabajador no tiene animus de extinguir el vínculo laboral propiamente dicho sino arribar a un acuerdo económico.-

La jurisprudencia y doctrina de Entre Ríos es muy restrictiva al respecto y suele inclinar a considerar un fraude encubierto en este tipo de acuerdos del 241 LCT. Pero por supuestos hay casos y casos, pero lo común es que se use para negociar un despido encubierto.-

En Entre Ríos, no se homologan en sede judicial (ni administrativa) los acuerdos del art. 241 de a LCT. Para el STJ de Entre Ríos querer atacar al acuerdo por no estar homologado no es procedente porque dicha homologación no es un requisito legal, máxime si el acto fue totalmente lícito cumpliendo todos sus requisitos. Por lo tanto si un juez exige la homologación del acuerdo hay que citar la jurisprudencia y doctrina, así como la misma ley que no establecen como requisito la homologación.-

Si es procedente la homologación judicial, cuando se está ante un acuerdo transaccional donde hay discrepancias, pero no respecto del mutuo acuerdo del art. 241, sino como ser el caso de que el empleador dice que el trabajador ingreso en una determinada fecha y el trabajador dice otra, cuando una de las partes dice que la relación no estaba registrada desde el inicio o lo estaba por media jornada nomas y el empleador dice lo contrario. En este caso le exponemos al juez que hay realidades contrapuestas y controvertidas, que hay hechos y derechos controvertidos sobre los que no hay acuerdo, y en resguardo de la irrenunciabilidad de los derechos laborales y el perjuicio potencial para el empleador, y que requerimos la homologación, donde el juez evaluará que haya habido una justa composición de los derechos e intereses.-

Es decir ante la imposibilidad de una transacción al 100%, donde hay cuestiones litigiosas, se puede pedir la homologación.-

Art. 15. — Acuerdos transaccionales conciliatorios o liberatorios. Su validez.

Los acuerdos transaccionales, conciliatorios o liberatorios sólo serán válidos cuando se realicen con intervención de la autoridad judicial o administrativa, y mediante resolución fundada de cualquiera de ésta que acredite que mediante tales actos se ha alcanzado una justa composición de los derechos e intereses de las partes.

Sin perjuicio de ello, si una o ambas partes pretendieren que no se encuentran alcanzadas por las normas que establecen la obligación de pagar o retener los aportes con destino a los organismos de la seguridad social, o si de las constancias disponibles surgieren indicios de que el trabajador afectado no se encuentra regularmente registrado o de que ha sido registrado tardíamente o con indicación de una remuneración inferior a la realmente percibida o de que no se han ingresado parcial o totalmente aquellos aportes y contribuciones, la autoridad administrativa o judicial interviniente deber remitir las actuaciones a la Administración Federal de Ingresos Públicos con el objeto de que la misma establezca si existen obligaciones omitidas y proceda en su consecuencia. (Párrafo incorporado por art. 44 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000)

La autoridad judicial o administrativa que omitiere actuar del modo establecido en esta norma quedará incurso en grave incumplimiento de sus deberes como funcionario y será, en consecuencia, pasible de las sanciones y penalidades previstas para tales casos. (Párrafo incorporado por art. 44 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000)

En todos los casos, la homologación administrativa o judicial de los acuerdos conciliatorios, transaccionales o liberatorios les otorgar la autoridad de cosa juzgada entre las partes que los hubieren celebrado, pero no les hará oponibles a los organismos encargados de la recaudación de los aportes, contribuciones y demás cotizaciones destinados a los sistemas de la seguridad social, en cuanto se refiera a la calificación de la naturaleza de los vínculos habidos entre las partes y a la exigibilidad de las obligaciones que de esos vínculos se deriven para con los sistemas de seguridad social. (Párrafo incorporado por art. 44 de la Ley N° 25.345 B.O. 17/11/2000)

En la práctica, podría decirse que la modalidad de extinción de trabajo por voluntad concurrente de las partes, implica, si se quiere una situación intermedia entre lo que conocemos como renuncia y despido, puesto que no constituye una Renuncia por parte de la trabajadora, como así tampoco un despido de parte de la empleadora.-

Lo cierto es que en los tiempos que corren, tanto desde los embates financieros, como de “los coletazos” de la pandemia del Covid 19 que asola al mundo desde inicios del año 2020 como así sus consecuencias devastadoras para la economía, junto con las medidas que se adoptaron en su momento en aras de preservar la salud de la población, generando el ASPO (Aislamiento Social Preventivo Obligatorio), ha hecho de este instituto una moneda frecuente en materia laboral, más específicamente como medio de extinguir vínculos laborales ante un panorama sin precedentes y totalmente inesperado que ahogo y ahoga a la economía local afectando todas las fuentes de empleo en mayor o menor medida, perjudicando tanto a trabajadores como a empleadores, que son ajenos ambos a esta situación extraordinaria.-

Secretaría de Trabajo y Seguridad Social de Entre Ríos se ha vuelto sobrepasada en 2020 y 2021 a causa del desastre económico que provocado por la mencionada pandemia, haciendo que en estos casos sea mas que obvio el ocultamiento de un despido bajo la figura de un mutuo acuerdo. Lo cierto es que ante tal situación tan imprevista como devastadora, el acuerdo mutuo del art. 241 LCT brinda la posibilidad de que empleadores y trabajadores ante una situación de fuerza mayor global y evidente puedan dialogar y llegar a un acuerdo entendiendo cada uno la situación del otro ante la ausencia de mala fe de ambos y obviamente contra entrega de una gratificación onerosa.-

Más tarde aconteció la vigencia de del DNU 34/2019 que estableció la prohibición de despido y la doble indemnización otorgando el resguardo a trabajadores que veían perder sus empleos en masa aguardando que les tocara su turno.-

Dejando de lado la situación de la pandemia, si bien varios de los acuerdos por mutuo encubren un despido, lo cierto es que no todos son mal habidos puesto que existen una pequeña cantidad de trabajadores que con total discernimiento, intención y libertad acuerdan finalizar un vínculo laboral de este modo, deseando evitar cuestiones litigiosas efectuando un acuerdo económico considerable que colma su expectativa.-

De igual modo hay otros escasos casos donde el empleador si bien no recurre a la vía del 241 LCT gratifica al empleador en su acto de Renuncia.-

Pero en la mayoría de los casos hay situaciones de despido encubierto, consentidos por el trabajador, pero despidos encubiertos al fin. Independientemente de que el trabajador a priori pueda ser afectado, en casos disparidades de opiniones entre las partes en lo que respecta a irregularidad en la registración del vínculo laboral, muchas veces el trabajador opta por esta

vía, en lugar de aventurarse a ir a juicio donde las posibilidades de éxitos pueden darse como no.-

Acuerdo mixto, del 241 y por cuestiones anteriores a la extinción del vínculo laboral:

Suele suceder que en un mutuo acuerdo expreso del art. 241, se inserte una cláusula genérica sobre otros aspectos de la relación laboral, ajenos al mismo art. 241, como ser que la partes nada tienen que reclamarse, que se paga una gratificación de tantos pesos, que no se adeuda diferencias salariales, etc.-

No es que no se pueda hacer ese tipo de acuerdo, pero los requisitos de validez de una y otra figura son diferentes, no se pueden intercambiar los institutos. Es como comparar peras con manzanas.-

Puede suceder que en tribunales se presente a homologar un acuerdo de extinción de contrato de trabajo del art. 241 LCT donde no existe controversia (y por tanto no requiere homologación) pero que a su vez el mismo acuerdo presente lícitamente la controversia acerca de otro aspecto de la relación laboral ajeno al art. 241 LCT. En ese caso se debe presentar a homologación por esa parte pactada en el acuerdo ajeno al art. 241 LCT, donde el juez deberá evaluar si hay una justa composición de derechos e intereses sobre ese aspecto. Si esta transacción no es homologada, la cláusula del acuerdo que la contiene será nula, porque encubre una transacción sin sujeción a los recaudos necesarios para su validez.-

Por lo tanto, las gratificaciones por ejemplo pueden ser atacadas o mínimamente primero presentarse a homologación y si surge que no hay justa composición de intereses proceder a judicializar el reclamo.-

Una cosa es extinguir el contrato y otra cosa es extinguir las obligaciones que emanan del contrato. ES DIFÍCIL JURISPRUDENCIALMENTE PROBAR QUE EN UN ACTO DE MUTUO ACUERDO NO FUE TAL, PERO ES MÁS SENCILLO PROBAR CUANDO LA FIGURA DEL 241 LCT SE UTILIZA MAL.

Ya sabemos que no se somete a homologación un mutuo acuerdo expreso del art. 241 LCT, pero la pregunta es que sucede con las cláusulas ajenas a dicho articulado, contenidas en el acuerdo. Pues bien, si se trata de cláusulas meramente genéricas como suelen colocarse como por ejemplo que las partes nada tienen que reclamarse por causa o concepto alguno, o que nada se adeuda entre sí, estamos ante un caso que el juez no homologará bajo ninguna

circunstancia. Por tal motivo lo que se agregue al mutuo acuerdo, debe ser específico, por ejemplo, en vez de colocar que nada se adeuda en concepto de diferencias salariales deberíamos especificar a qué periodo o mes hacemos referencia. Recién en tal caso el juez evalúa la justa composición de intereses y derechos y resolverá si homologa o no.-

En resumen, para que el juez pueda evaluar y homologar debo plantearle donde estaba la controversia. Si yo planteo una gratificación por \$100.000, debo decir en concepto de qué ítem. Cualquier acuerdo conciliatorio requiere la exposición fáctica de cada parte para que se evalúe en su caso si ese acuerdo es homologable o no.-

Debemos tener muy en claro que una cosa es extinguir el contrato de trabajo y otra los demás aspectos que queremos plantear.-

Por el art. 15 LCT si no presento a homologar un acuerdo conciliatorio donde se plantean cláusulas genéricas, ese acuerdo no es válido. Y si no tiene homologación tampoco es válida desde la óptica del art. 12 de la LCT (Principio de Irrenunciabilidad) porque no pude haber ningún pacto de las partes por el cual se suprima o se reduzcan los derechos imperativamente establecidos a favor del trabajador.-

Art. 12. — Irrenunciabilidad.

Será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción.

EN DEFINITIVA NO SE PUEDE PRETENDER CON EL 241 LCT INCLUIR CUESTIONES AGENAS A LA EXTINCIÓN DE LA RELACION LABORAL. SE PUEDEN TRATAR ESAS CUESTIONES PERO NO ENGLOBARLAS EN EL 241. EN CUYO CASO SE DEBEN HOMOLOGAR Y SER ESPECIFICAS Y NO GENERICAS PARA QUE EL JUEZ EVALUE EL CASO RESPECTO SI HAY O NO UNA JUSTA COMPOSICION DE INTERESES Y DERECHOS.- PUEDO INCLUIR CLAUSULAS PERO REQUIEREN HOMOLOGACION PARA CUYO CASO SI SON GENERICAS EN VIRTUD DELA RT 15 LCT NO SON VALIDAS, Y SI NO LO HOMOLOGO NO SERÁ VALIDA CONFORME ART. 12 LCT POR IRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES DEL TRABAJADOR.-

TITULO 2: ARTICULO 241 L.C.T. 2º HIPOTESIS. LA EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO POR ABANDONO RECIPROCO Y CONCLUYENTE DE LAS PARTES O MUTUO ACUERDO TACITO

Capítulo 1. Noción Preliminar

Esta forma de extinción de la relación laboral es la segunda hipótesis que plantea el art. 241 LCT en su 3er. y último párrafo: “...*Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación*”.

Constituye una forma de extinción del vínculo poco frecuente en la práctica, al punto que muchos letrados la desconocen por completo.

“La minuciosidad del legislador pretendió no dejar vacios en cuanto en cuanto a las formas de extinguirse la relación y por ello previó una que no es habitual, pero que es necesaria para dar certeza a las partes del contrato”⁴

Por sus característica propias a este supuesto como un “acuerdo resolutorio Tácito” de obligaciones laborales a diferencia del expreso que es el mutuo acuerdo del 1er y 2do párrafo del art. 241 de la LCT.-

Es el instituto que más se asemeja al abandono de trabajo. Pero mientras el supuesto del 244 LCT (Abandono de trabajo) tiene una elaboración jurisprudencial y doctrinaria amplia, el art. 241 ter y la extinción tácita es más “vidriosa” y poco explorada, dada la rareza que implica un caso como este en la práctica profesional.-

El mutuo acuerdo tácito requiere de la voluntad concurrente y recíproca de ambas partes, ello quiere decir animus de no continuar la relación laboral tanto en el trabajador como en la

⁴ Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada – Segunda Edición actualizada Tomo III, Raúl Horacio Ojeda – Rubinzal Culzoni Editores año 2011 pag.333.-

empleadora, lo que no surge de manera expresa, sino tácita, es decir de la conducta que las partes adoptan en un comportamiento concurrente y recíproco que traduzca inequívocamente el abandono de la relación de trabajo.-

La importancia de este instituto del mutuo acuerdo tácito es que no hay consecuencias indemnizatorias, no hay obligación del empleador y obviamente del trabajador de pagar una indemnización a la otra parte. Acá ambas partes abandonan la relación.-

Es como un noviazgo donde ambos novios se dejan de ver y ni uno ni el otro se reclaman verse. Simplemente ambos se esfumaron.-

Al igual que en el abandono del art. 244 LCT, el mutuo acuerdo tácito es una excepción al art. 48 LCT que impide presumir la renuncia así como al art. 10 LCT que dice que en caso de duda la relación laboral persiste o continúa. Y también es una excepción a la regla del 1º y 2º párrafo del Art. 241 porque expresamente estos párrafos establecen que la extinción de la relación laboral debe hacerse la forma expresa y con ciertas formalidades, todo lo contrario a lo que este 3º párrafo establece que es el acuerdo tácito desprovisto de formalidad alguna en base a un comportamiento concluyente y recíproco de ambas partes.-

“Se ha denominado abandono-renuncia, que se presenta cuando el abandono de la relación surge de la actitud asumida en tal sentido por ambas partes; se trata de un caso de cese por mutuo acuerdo en el cual el trabajador deja de concurrir al trabajo por un lapso prolongado y el empleador deja de pagar salario sin adoptar otra conducta.”⁵

ELEMENTOS:

Al igual que en el caso de la extinción por mutuo acuerdo, aquí deben concurrir elementos materiales e inmateriales

A- **Elementos Materiales:** Esta dado por el abandono recíproco de la relación laboral por un periodo de tiempo mayor o menor según las características del caso en concreto, no pudiendo establecerse reglas generales sobre el caso particular. En otras palabras se debe dar la situación en la cual el dependiente no trabaja y el empleador no reclama.-

⁵ Manual de Derecho Laboral – Julio Armando Grisolfá – Edición 2019. Revisada y Actualizada. Pag. 1058.-

“En el abandono de la relación laboral hace falta la existencia de una conducta inequívoca que demuestre e desinterés de ambas partes en la continuidad de esa relación”⁶

Se da cuando ambas partes durante un tiempo considerable (la jurisprudencia habla de meses) y no de 3 o 5 días como en el caso del abandono de trabajo del art. 244, el trabajador no concurre a trabajar y el empleador no asume ante esa situación una actitud activa sino más bien pasiva, donde no le reclama que se reintegre, ni le abona el salario, porque si se lo abonaría al sueldo estaría claro que hay una continuación de la relación laboral.-

“El transcurso de un lapso de 15 días es insuficiente para considerar que el vínculo laboral se extinguió por voluntad concurrente de las partes (art. 241 in fine de la LCT) (sala 8ª, 17/4/2015, "Claudepierre, Cristian Alejandro c. Lady Moda SRL y otros").

Acá hay un incumplimiento recíproco de las obligaciones principales de cada una de las partes que permanece por un tiempo considerable, sin que claro está, ninguna de ellas efectúe un reclamo a la otra puesto que ya no habría un incumplimiento concluyente de la relación laboral al menos de una de las partes. En tal caso si por ejemplo el empleador intima la reincorporación, y el trabajador no lo hace podría haber un abandono de trabajo, y si el trabajador se reincorpora o contesta alguna excusa así sea no procedente, será causal de sanciones y un eventual despido con justa causa pero no de extinción por mutuo tácito.-

“Teniendo en cuenta que la renuncia no se presume, la actitud del trabajador se podría interpretar como un "comportamiento inequívoco" de no retomar las tareas, una renuncia tácita al empleo, y en tal sentido correspondería entender que el contrato finaliza conforme al último párrafo del art. 241 en tanto después del silencio del trabajador y hasta el comienzo del ciclo el empleador no realiza actividad positiva alguna en procura del trabajador.”⁷

B- **Elementos Inmateriales:** Los elementos inmateriales se constituyen por lo que los romanos denominaban *animus*, lo cual es fundamental en este caso. Porque si la no

⁶ Derecho del Trabajo – Extinción del Contrato de Trabajo – Año III – Número 8 Mario s. Fera – Héctor P. Recalde – Infojus año 2014 pag. 18

⁷ Manual de Derecho Laboral – Julio Armando Grisolia – Edición 2019. Revisada y Actualizada. Pag. 439.-

prestación del trabajo se do por alguna razón justificada , como por ejemplo una licencia extraordinaria por viaje, enfermedad, etc, no estamos ante un animus de abandono.-

En conclusión, el silencio y el paso del tiempo (elementos materiales) son sólo síntomas del animus de las partes de abandonar la relación laboral. En otras palabras no basta el silencio y el transcurso del tiempo por si solos para extinguir el contrato, ya que además el comportamiento de las partes debe ser concluyente y reciproco (elemento inmaterial – animus), para recién ahí interpretar que la relación laboral quedo extinguida por abandono según este supuesto.-

Parte del fundamento del animus como elemento indispensable para que se de este tipo de abandono radica en lo dispuesto en el art. 58 de la LCT

Este supuesto de abandono, desaparece si el empleador decidiera intimar al trabajador a reincorporarse a prestar tareas, dando en ese caso lugar al presupuesto del art. 244 LCT.

Capítulo 2. El mutuo acuerdo tácito en la práctica laboral

¿Qué debe hacer el abogado del empleador?

En el supuesto de que un caso de mutuo acuerdo tácito llegue a juicio, como abogado del empleador deberé manifestar por un lado que el trabajador “desapareció del mapa”, que se le dejó de abonarle sueldo, y que aún así tampoco vino a trabajar o reclamar lo impago, y por otro lado que de lado del empleador nunca se lo intimó al respecto. Puesto que de mediar intimación, estaríamos ante un supuesto del art. 244 LCT, es decir de abandono de trabajo y si tras esa intimación el trabajador se reintegrara a prestar tareas, solo cabrían sanciones disciplinarias o descuentos de días no trabajados, que hipotéticamente servirían como antecedente para un despido con causa, si la situación se llegare a repetir en más de una oportunidad.-

Otro elemento probatorio de importancia sería si por ejemplo el trabajador ingresó a trabajar para otro empleador, en cuyo caso como letrados de la empleadora, eso nos jugaría muy a favor, mejor aún si ese empleo nuevo estuviere además registrado. Por lo tanto no es procedente indemnización alguna.-

¿Cómo se determina la fecha del cese?

No podrá establecerse un día fijo de cese. Se ve según las pruebas del caso, es un análisis hacia atrás en el tiempo. Si el trabajador ingreso a otra empresa se puede tomar la fecha de ingreso a la misma como fecha de cese de la otra, o desde que se dejo de abonar el sueldo y el trabajador no lo reclamó.-

Jurisprudencia y doctrina mayoritaria:

En las relaciones laborales en negro hay jurisprudencia y doctrina de Entre Ríos que entiende que, si por ejemplo pasado un año y medio (antes de prescribir la acción legal) desde que el trabajador “desapareció del mapa” (y que por obvias razones le empleador no lo intimó porque sería reconocer una relación en negro), el empleador tiene dos opciones, invocar el 241 ter o negar la relación laboral, y sobre este último la doctrina y jurisprudencia sostienen que si se opto por negar la relación no será procedente el 241 ter por mutuo acuerdo tácito, es decir o una u otra, pero no son acumulables. Es decir que si niego la relación, el juicio procederá como cualquier relación no registrada y no se tomara en cuenta la posibilidad de un mutuo acuerdo tácito. Si se admitiría pasar de una negación al 241 ter, sería admitir el actuar de mala fe del empleador que primero negó una relación laboral para luego admitirla y decir que por el paso del tiempo de 1 año y medio hubo mutuo acuerdo tácito del 241 ter. Ello atentaría contra los principios y derechos del trabajador.-

HAY QUE ELEGIR ENTRE UNA U OTRA OPCION NEGAR O 241 TER MUTUO ACUERDO TACIDO.-

El tema es desde el empleador que postura tomar. Le NIEGO la relación laboral al trabajador que estuvo en negro hace un año y medio con todos los riesgos que ello conlleva o RECONOCER que trabajo para él invocando el art. 241 ter diciendo que por mutuo acuerdo tácito la relación laboral se extinguió, en cuyo caso, probado

previamente, se eximirá de pagar indemnización alguna porque hubo abandono reciproco y voluntario, y sólo quedará tema de diferencias salariales u otros ítems.-

En Entre Ríos hubo caso donde ante un empleo en negro operó al art. 241 ter cuando se probó el abandono del puesto de trabajo.-

La ventaja en caso de ir por el art. 241 ter en vez de negar la relación es que si pruebo la fecha que el trabajador dejó el puesto de trabajo, retrotraigo en el tiempo el reclamo del trabajador que por lo general reclamaría por muchos meses posteriores al de su alejamiento con más la posibilidad de que si el fallo es favorable, además eximiría el pago de las indemnizaciones.-

En mi apreciación personal, ante un empleo no registrado, me inclino antes que invocar el art. 241 ter de la LCT tomar preferencia por negar la relación de trabajo no registrada e intentar arribar a un acuerdo. No tomaría el riesgo de ir por el 241 ter, salvo en caso de saber con certeza que puedo probar que el trabajador está prestando tareas en otro lugar, en cuyo caso probaría fácilmente que el abandono del puesto de trabajo y que por ende es procedente el art. 241 ter, eximiendo al empleador del pago de indemnización alguna. No obstante cada caso en particular demandará ser analizado para ver que estrategia tomar y lo que el cliente empleador en definitiva decida.-

Claro está que cuanto más tiempo pasó desde que abandono el trabajo, mejor para el empleador que invoca el 241 ter, porque habría muchas diferencias salariales prescriptas, además de evitar indemnizar. Por ello que cada caso en particular debe analizarse, pero ante la duda mejor NEGAR que invocar mutuo acuerdo tácito.-

De mala fe el empleador puede decirle al trabajador en negro que se tome un tiempo, unos meses, por disminución de trabajo u otra excusa para luego, si el trabajador reclama, invocar el 241 ter diciendo que “ud. dejó de venir a trabajar y procede el 241 ter.”

RUBROS QUE SE PUEDEN RECLAMAR EN CASO DE PROCEDENCIA DEL ART.

241 TER (mutuo acuerdo tácito)

No se pueden reclamar como se dijo los rubros indemnizatorios y multas, derivadas de la extinción del contrato de trabajo, ni sus incrementos como los dispuestos por las leyes 25323 y 24013.-

Si se pueden reclamar los créditos laborales adquiridos con anterioridad tales como diferencias salariales; el Art. 80 LCT, donde obviamente que si ante la intimación del trabajador se entregan las certificaciones laborales dentro del plazo legal, evitaríamos al empleador pagar los tres (3) sueldos por su falta de entrega; el accidente de trabajo; el 132 BIS, entre otras.- Ello es común a cualquier otro modo de extinción laboral, se debe a que como el mutuo acuerdo es un acto extintivo tiene efectos hacia adelante lo que significa que las obligaciones pendientes que pudieren existir al momento del acuerdo no se extinguen y pueden por ende reclamarse.-

JURISPRUDENCIA - CASOS

Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú - Sala II Laboral Autos: "PERALTA RUBEN DARIO C/ PAGANO JORGE EDUARDO Y OTROS S/ COBRO DE PESOS Y ENTREGA DE CERTIFICACION LABORAL" (Expte. N° 1254/SL). 20/09/2020

Este fallo trato el caso de Peralta, quien era un trabajador no registrado en una hostería explotada y administrada unipersonalmente por el Sr. Pagnano. En virtud de la falta de registración Peralta demanda a Pagnano y a la esposa de este llamada Liliana Rossi, en carácter de coempeladora, en cuyo caso respecto de ésta última cita a sus hijos en calidad de herederos puesto que la esposa del demandado había prefallecido a la fecha de interposición de la demanda.-

Peralta obtiene un fallo favorable ganando el litigio y obteniendo de parte del demandado Pagnano el pago íntegro de los rubros obtenidos en la sentencia.

Sin embargo el a quo, respecto de la codemandada, Rossi, es decir la difunta de Pagnano, considera que no había vínculo laboral con la actora, y que la única relación con éste, lo era en por una consecuencia lógica de ser la esposa del empleador, dado que ambos cónyuges vivían en la sede de la hostería donde Peralta trabajaba. Estima al fallar que el rol de esposa no la convierte en coempleadora, además que si bien el

inmueble donde funcionaba la hostería era propiedad de ambos conyugues, la administración del hospedaje y explotación está a cargo pura y exclusivamente de Pagnano. Por lo cual desestima la legitimación pasiva de ésta y condena en costas a Peralta al respecto.-

Peralta, apela el fallo, y la alzada confirma el fallo de primera instancia, donde entre otras salvedades, y respecto del tema objeto de la presente tesis, manifiesta que de haber existido vínculo laboral no registrado de Peralta con la Sra. Rossi, este estaría extinto por causal de abandono recíproco y concluyente por aplicación del supuesto del art. 241 ter. dado que la codemandada había fallecido hacía unos siete (7) años antes de la extinción del distracto, habiendo el accionante permanecido laborando en el lugar, sin que desde aquel entonces el actor haya realizado reclamo o intimación alguna a la difunta de Pagnano, por lo cual ante el paso de un lapso de siete años, estaría más de confirmado que hubo un abandono voluntario y recíproco de ambas partes.-⁸

PARTE II. ARTICULO 244 L.C.T. - ABANDONO DE TRABAJO POR INJURIA DEL TRABAJADOR

TITULO I – INTRODUCCION

Capítulo 1 – Una Aproximación Conceptual

Art. 244. —Abandono del trabajo.

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.

⁸ Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú - Sala II Laboral Autos: "PERALTA RUBEN DARIO C/ PAGANO JORGE EDUARDO Y OTROS/ COBRO DE PESOS Y ENTREGA DE CERTIFICACION LABORAL" (Expte. N° 1254/SL). 20/09/2020. Sumario a cargo del Dr. Alfredo Juan Manuel Britos –Delta Editora- 06/04/2022

El abandono de trabajo por injuria del trabajador, también denominado comúnmente como Abandono-Injuria tiene lugar cuando mediando por parte del trabajador la violación voluntaria e injustificada de sus deberes de asistencia y prestación efectiva de trabajo (arts. 21, 62, 63, 84 y conchs. de la LCT), desoye la intimación fehaciente que, a lo fines de reintegrarse al trabajo le curse el empleador dentro de plazo que impongan las modalidades de cada caso. Siendo fundamental que el empleador constituya en mora al trabajador, mediante intimación a reintegrarse y su resultado dure infructuoso.-

Definición

Hay abandono de trabajo cuando ante un incumplimiento de la parte trabajadora de concurrir al trabajo de manera continuada o injustificada, ante la intimación de reintegrarse al trabajo por parte de la empleador bajo el expreso apercibimiento de tenerla por despedida por abandono de trabajo, el trabajador incumple esta intimación

Es un caso específico, es un tipo de injuria el abandono de trabajo que implica como así decirlo un tipo legal, en sentido de que tienen que darse ciertos requisitos para que el empleador pueda despedir con justa causa fúndanse en la figura del abandono de trabajo.-

El abandono de trabajo requiere insistencia continuada e injustificada al trabajo, en cambio si la inasistencia injustificada es discontinua, sería una causal de despido por justa causa, pero no por abandono de trabajo.-

Diferencias con la extinción por voluntad concurrente y recíproca de las partes.

Supuesto del art. 241 L.C.T. ter (Mutuo acuerdo tácito)

.

“...Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes, si ello resultase del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que traduzca inequívocamente el abandono de la relación.”

El caso del abandono por voluntad concurrente de las partes (o tácito) del art. 241 in fine tiene lugar cuando el trabajador no concurre a su lugar de trabajo por un lapso considerable de tiempo (meses) y por otro lado cuando la empleadora no intima a que se reintegre al trabajo.-

Debe ser un comportamiento concordante y concluyente de ambas partes. Es un mutuo acuerdo tácito-

Capítulo 2. La excepción al art. 58 L.C.T.

Ese acuerdo concluyente de ambas partes es inequívoco y permite apartarnos de la regla del art. 58 LCT que no admite presunciones de renuncia.

“Art. 58. —Renuncia al empleo. Exclusión de presunciones a su respecto. 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.”

El supuesto de abandono regulado por el art 244, a diferencia de lo que sucede con el supuesto del art. 241 LCT in fine es un caso de abandono unilateral (y no bilateral y recíproca) de parte del trabajador a prestar tareas que ante la fehaciente intimación a reincorporarse del empleador que lo constituyó en mora y éste continuo con su actitud renuente sin justificación alguna.-

Capítulo 3. Elementos

- A- **Elementos Materiales u Objetivo:** Los constituyen la ausencia del trabajador a su trabajo y la intimación por parte del empleador.

- B- **Elementos Inmateriales o Subjetivos:** Los elementos inmateriales son los referidos al animus (o intención) de parte de la trabajadora de no volver a prestar tareas para su empleador, habiendo mediado previamente los elementos materiales u objetivos antes referenciados, es decir la ausencia del trabajador a su trabajo y la razonable intimación del empleador a retomar tareas.-

No hay que confundir el abandono de trabajo con las simples inasistencias, dado que en este último caso estamos ante un “faltador crónico” que frecuentemente se ausenta del trabajo, pero no lo hace por intervalos cortos y discontinuos, lo cual se desarrollará más adelante.-

Capítulo 4 – Requisitos para el despido por Abandono de Trabajo

1º- Constituir en mora al trabajador (elemento OBJETIVO):

No se puede despedir directamente por abandono de trabajo sino que previamente se debe constituir en mora al trabajador. Si soy parte trabajadora sabremos que sin intimación previa el abandono de trabajo será improcedente.-

La constitución en mora debe ser hecha mediante intimación por modo fehaciente, pudiendo ser por carta Documento, Telegrama, Acta Notarial. Aunque lo usual es por Carta Documento puesto que el acta notarial no podremos realizarla por lógica si el trabajador no está asistiendo a su trabajo, mientras la Carta Documento en cambio va a su domicilio.-

En cuanto al contenido de la intimación este no puede ser un contenido cualquiera sino que debe ser específico, el cual debe ser el apercibimiento de reintegrarse al trabajo.-

En cuanto al plazo, la norma menciona plazo de manera general, por lo cual se aplica el criterio doctrinario y jurisprudencial que establece que en se debe aplicar un plazo específico para cada caso en particular.-

Sin embargo hay discrepancias doctrinales y jurisprudenciales al respecto, dado que no hay un criterio legal que lo establezca, ni tampoco la doctrina se ha puesto de acuerdo al respecto, dependiendo como se dijo de las características del caso en particular, y ello implica el grado de responsabilidad a cargo del dependiente ausente y los riesgos de su ausencia entre otros factores. Puede decirse que cuanta más responsabilidad tuviere el cargo del trabajador y más imprescindible sea en sus funciones, menor deberá ser el plazo para considerar que esta en ausencia de trabajo.-

Están aquellos que consideran aplicable el plazo previsto en el art. 57 de la LCT, y como este artículo refiere al plazo de dos (2) días hábiles para el caso de silencio del empleador ante el reclamo de la trabajadora, consideran aplicarlo análogamente a esta circunstancia.

“Art. 57. —Intimaciones. Presunción. Constituirá presunción en contra del empleador su silencio ante la intimación hecha por el trabajador de modo fehaciente, relativa al cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo sea al tiempo de su formalización, ejecución, suspensión, reanudación, extinción o cualquier otra circunstancia que haga que se creen, modifiquen o extingan derechos derivados del mismo. A tal efecto dicho silencio deberá subsistir durante un plazo razonable el que nunca será inferior a dos (2) días hábiles.”

No obstante aplicar análogamente el plazo del art. 57 LCT, no sería recomendable, dado que el supuesto del art. 244 de la LCT tiene por objeto evitar la ruptura unilateral de un vínculo laboral, ante el caso de que el trabajador no concurra a realizar sus labores, cuando eventualmente se pudiere ignorar la existencia de motivos justificados de dicha ausencia que aún no hayan podido acreditarse por la naturaleza del caso, como ser por ejemplo si el trabajador estuviere en terapia intensiva o en coma y no pudiere dar aviso al empleador de su ausencia. En un caso como el mencionado existirían motivos impeditivos para despedir por justa causa fundándose en abandono injurioso, cuando en realidad el trabajador no actúa de manera injuriosa por verse impedido de dar aviso a su empleador de su situación y por ende un plazo de dos (2) días no sería razonable.

Por tal motivo, y más allá de buscar preservar la continuidad del vínculo laboral, actuar con suma prudencia en cada caso particular a la hora de fijar plazos o en su caso despedir al trabajador, beneficia y protege al empleador, que aún actuando de buena fe, podría incurrir en un error grosero que convirtiere el despido con justa causa fundado en esta forma de abandono de trabajo en un despido directo sin causa, con todas las sabidas consecuencias legales que ello conlleva.-

El empleador debe asegurarse que la intimación llegue a la esfera de conocimiento del trabajador y le permita a este un oportuno acatamiento para juzgar la legitimidad de un término.-

Además, aplicar análogamente el plazo del art. 57 LCT iría contra lo normado en el art.244 del mismo cuerpo legal, toda vez que si bien ese último no establece plazo, si hace expresa mención a la razonabilidad del mismo: *“por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso.”* Por ende y como existen modalidades de las más diversas y ningún

caso es idéntico al otro, no puede establecerse un plazo unificado para intimar al trabajador a reincorporarse.-

2º- Voluntad inequívoca de abandonar la relación laboral (elemento SUBJETIVO):

La voluntad inequívoca de abandonar la relación laboral refiere específicamente al animus (o intención) de parte de la trabajadora de no volver a prestar tareas para su empleador.

Se debe analizar cada caso en particular sin abusar del “derecho a despedir por abandono de trabajo”. Si un trabajador falta un día, no es una situación para darlo por despedido por abandono.-

Además hay que distinguir que la inasistencia discontinua es causal de despido por justa causa (242 LCT), pero no por abandono. Todo aquel “faltador crónico”, que vive faltando a su trabajo, por más intimado que esté, le corresponde despido por justa causa. Para ser abandono debe ser continua la inasistencia injustificada al trabajo.-

En el caso del faltador crónico, estamos ante una justa causa y no ante un abandono de trabajo por tratarse de faltas discontinuas. En tal caso se debe ir de menos a más, primero apercibiendo al trabajador, luego pasar a suspenderlo, suspenderlo tal vez alguna vez más, y luego sí, darle un ultimátum y darlo ya por despedido. Pero nunca de manera intempestiva, se supone que si se obra de buena fe.-

El faltador discontinuo no tiene animus de abandono de trabajo, porque retorna siempre al trabajo, su animus es el de faltar pero no el de abandonar, siendo el problema acá que falta seguido, y no que se ausente de manera continua e injustificada.-

El empleador de buena fe cuando se trata de abandono de trabajo, lo que quiere es saber si el trabajador tiene animus de continuar o no con el vínculo.-

¿Cuántos días debe faltar un trabajador para darlo por despedido por abandono de trabajo, para que no sea un apercibimiento de sanciones sino de ausencia injustificada?

Como el abandono de trabajo implica inasistencia injustificada continua y no periódicas o discontinuas (en cuyo caso es despido por justa causa y no por abandono de trabajo) surge el interrogante sobre el tema del plazo.-

Eso es relativo, pero con 4 o 5 días puede ser suficiente. Como estamos ante ausencias injustificadas, aquí el contenido de la CD o intimación debe ser el trabajador aclare la situación laboral bajo apercibimiento de abandono de trabajo.-

TITULO II – ANALISIS DE LOS REQUISITOS EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL

Capítulo I - Características de la ausencia del trabajador al trabajo

1º- Ausencia debe ser Continuada y no discontinua, en cuyo último caso es despido por justa causa y no por abandono.-

2º- Que la ausencia sea Voluntaria. Pues le estamos atribuyendo un acto injurioso, y por ende debe ser puramente voluntario y no por ejemplo por fuerza mayor u otro motivo.-

Ej. Si al trabajador lo detienen y lo privan de la libertad, es un caso de fuerza mayor. Si yo lo despido ahí, estoy no solo actuando de mala fe como empleador sino que también pierdo el juicio.-

Lo mismo si está enfermo el trabajador o hay paro de transporte.-

Puede suceder en estos casos que el trabajador no pueda dar aviso de la situación de fuerza mayor o responder la intimación a reincorporarse. Es estos casos, está ausente la Voluntad como presupuesto o característica de la ausencia, por lo cual el despido por abandono sería improcedente en su caso lo cual surgiría probando la enfermedad, privación de la libertad, etc.-

3º- Ausencia Injustificada:

No siempre la ausencia puede estar justificada de manera documentada. Puede que el trabajador de manera informal comunique al empleador su ausencia, o bien que el empleador se entere por otro medio que su trabajador dependiente estaba imposibilitado de asistir. También se dan los casos de los certificados médicos que se entregan sin constancia de su recepción y el empleador de mala fe aprovecha la situación para darlo por despedido por abandono de trabajo.-

Al no existir un ánimo de abandonar el empleo no va a ser aplicable el apercibimiento de abandono de trabajo.-

Están los casos que Machado define como MOTIVOS NO VALIDOS de justificación de ausencia, como el caso del que dice que está cuidando una amiga que está en cama enferma o que no va a venir porque tiene un casamiento en Tierra del Fuego. En estos casos la falta no está justificada, pero no sería procedente un abandono de trabajo sino sanciones disciplinarias bajo apercibimiento de despido por justa causa.-

Capítulo II - Características del apercibimiento

En resumen para despedir por abandono necesitamos ausencia del trabajador, sin aviso e injustificada. Verificada esa situación se puede intimar fehacientemente al domicilio del trabajador (constituido y asentado en la empresa o si se mudo donde lo haya hecho) para que aclare su situación (si quiere o no seguir trabajando) bajo apercibimientos de abandono. El objetivo del apercibimiento en si es constituirlo en mora. La intimación debe ser remitida al domicilio declarado en su legajo personal (CLab.PazLetr. de Corrientes, 29-3-2000, “Aguirre, Norma S. c/Tipoiti SA, T.I.C.”, D. T. 2001-A-816).-

La intimación tiene que ser clara en el lenguaje más allá del lenguaje estrictamente jurídico, para que de buena fe el trabajador pueda interpretar lo que se le intima, pidiendo que en su caso justifique o de razón de sus inasistencias, por supuesto con un plazo, vencido el cual habrá despido por abandono de trabajo en este caso. Pensar que no conviene hacer clara la intimación para que no se presente el trabajador es contraproducente llegado el caso a juicio, porque será responsabilidad del empleador no haber sido claro y ello puede jugar en contra.-

Al momento del apercibimiento, el trabajador ya debe estar en situación de incumplimiento, es decir en ausencia continuada e injustificada. Por lo tanto no se puede enviar la intimación el primer día de ausencia. Así lo dice la jurisprudencia: “La constitución en mora debe ser posterior al incumplimiento”. El incumplimiento por lógica debe preceder a la intimación.-

Un caso por ejemplo fue cuando un trabajador presente certificado médico por 30 días y el empleador contó los 30 días desde el día que le extendieron el certificado y no desde el siguiente, y cuando llegó el día 31, que en realidad era el 30 y aún está vigente el certificado, procedió a intimarlo bajo apercibimiento de abandono. El STJ de Entre Ríos, en ese caso dijo que los plazos se cuentan desde las 00.00 hs del día siguiente por lo cual fue anticipado el

apercibimiento, y el trabajador no estaba en situación de incumplimiento por lo cual el despido por abandono no era válido por la fecha en que se hizo.-

Es decir que acá el error fue no haber esperado a que el trabajador este en situación de incumplimiento para efectuar el apercibimiento porque aún estaba con parte de enfermo.-

Capítulo 3 - Características del Plazo

Como ya se ha desarrollado en el presente, la ley dice que el apercibimiento debe ser por un plazo pero no dice por cual. Pero si la intimación dice “reintegrase de inmediato” puede ser cuestionada por parte de la parte trabajadora.-

El plazo debe ser razonable. Si intimo de manera inmediata, no le doy tiempo razonable para cumplir con esa intimación.-

El plazo razonable depende de cada caso en particular y hay dos posturas al respecto:

Postura 1º: Plazo razonable.- Lo cual está sujeto a criterios del juez. Puede ser de 2 días menos o más.-

Postura 2º: El plazo no puede ser menor al del art. 57 LCT que es de dos (2) días hábiles.-

Para la cátedra de Machado, Scopoletta y compañía el plazo no puede ser menor al del art. 57 LCT, es decir de 2 o más días.- 00.43

Siempre es recomendable intimar varias veces, asegurarse la buena fe del empleador, o fijar plazo mayor.-

Obviamente hay que respetar el plazo que se le dio al trabajador y no darlo por despedido antes. Siempre el plazo se cuenta desde recibida la Carta Documento o intimación. Incluso conviene esperar unos días más después de vencido por si el trabajador contestó dentro del plazo la Carta Documento y su contestación está en manos del correo y no llegó aún. En ese caso el profesional letrado cometería un error al enviar el despido si luego recibimos la respuesta, o un certificado médico, o consignación ante ministerio, etc. efectuado dentro del plazo otorgado al efecto. Por tanto siempre conviene esperar.-

Hay que tener cuidado por los días hábiles. Hay establecimientos que no trabajan ciertos días, y otro sí. Por eso siempre esperar un extra de tiempo.-

Capítulo 4 - Características de la Contestación del trabajador y del apercibimiento del empleador

Por su parte el trabajador debe invocar el motivo de ausencia fundado en justa causa, por ejemplo enfermedad.-

Si en cambio invoca como motivo que está de viaje por un casamiento, o alguna otra causa no justificada, esto no amerita causal de abandono, porque el trabajador contesto y expreso se supone ánimus de continuar el vínculo. En tal caso procederán sanciones como ser que no tenga goce de sueldo por esos días no trabajados, una suspensión, etc. lo que podrá dar lugar a una justa causa de despido pero no abandono de trabajo.-

Esto se aplicaría al caso del trabajador al que le dan vacaciones y cuando llega encuentra varias Cartas Documentos de intimaciones a presentarse a prestar tareas. En tal caso debemos contestar que el empleador sabio de las vacaciones de su dependiente y que por lo tanto no existe intención de extinguir vínculo laboral alguno siendo su apercibimiento por abandono improcedente. Con ello, más allá de lo que debamos probar demostramos intenciones de buena fe y continuidad del vinculo laboral y le cerramos la puerta al despido por abandono, siendo solo pasible en el peor de los casos se suspensión de goce de sueldo de esos días en cuestión, pero no fin de la relación laboral.-

Si el despido por abandono ya lo hizo el empleador mientras el trabajador estaba de vacaciones, el despido como tal ya existe, pero lo que se discutirá de aquí en más será la causal del mismo. Es decir que como abogado del trabajador, deberé tomar el despido por abandono como despido directo sin justa causa. El despido por abandono está viciado de nulidad-

CASO PRÁCTICO:

El Dr. Sebastián Coppoletta supo mencionar en las primeras clases de esta promoción de la presente especialización, allá por inicios del año 2020 que supo tener un caso particular como abogado de la parte trabajadora donde es perfectamente aplicable lo referente a la razonabilidad del plazo y a que el empleador debe asegurarse que la intimación llegue a la esfera de conocimiento del trabajador.

El caso en particular fue de un trabajador que había sacado licencia por vacaciones y se encontraba disfrutando de las mismas en el Caribe a bordo de un Crucero. Cuando se avecinaba el fin de las vacaciones, el empleador de mala fe, le comunica que lo autorizaba a continuar vacacionando luego de terminada su licencia vacacional, e incluso incentivándolo a continuar sus vacaciones restándole importancia a su reintegro al trabajo conforme correspondía. El trabajador acepto gustosamente la propuesta, pues no todos los días se vacaciona en el Caribe y mucho menos un buen patrón le sugiere continuar vacacionando unos días extras, mas allá de su licencia vacacional. Al regresar a su domicilio luego de disfrutar sus vacaciones, el trabajador encuentra en su domicilio numerosos avisos de visitas que resultaron ser de Cartas Documentos donde el empleador inicialmente lo intimaba a reincorporarse a su trabajo dado su ausencia injustificada, para luego en otra misiva darlo por despedido con justa causa por abandono de trabajo conforme art. 244 LCT.-

El caso no fue sencillo para la defensa de la trabajadora, dado que el empleador había planificado rigurosamente u maniobra fraudulenta y de mala fe, al punto que las comunicaciones con la trabajadora en sus vacaciones no fue por escrita bajo ninguna modalidad, siendo la misma mediante llamada telefónica de un número telefónico no asociado a la empresa ni al mismo empleador, asegurándose de esta manera que no existiere registro alguno de la conversación y la autorización a prolongar las vacaciones de la trabajadora para que el despido sea visto a simple vista con justa causa por abandono del trabajador.-

No obstante, el mencionado colega y docente de esta casa de estudios, fundó la defensa del trabajador en la ausencia de razonabilidad de las intimaciones y despido por parte del empleador. Por un lado el empleador tenía conocimiento que el trabajador estaba de vacaciones, y el hecho de no reincorporarse a trabajar en el día correspondiente y los subsiguientes debería haber provocado de su parte intentos por comunicarse con la trabajadora para averiguar el porque de su ausencia, tratando de comunicarse por todos los medios posibles, desde-mail, mensajes de textos, redes sociales, o llamadas telefónicas realizadas desde la misma empresa o personales, de lo cual nunca pudo demostrarse lo contrario. Resultó verdaderamente extraño para el juzgado interviniente que el empleador ante el caso de un trabajador que sale de vacaciones y no se reincorpora luego de las mismas, no intente comunicarse por todos los medios posibles procurando averiguar las causales de su ausencia y la continuación

del vínculo laboral. En dicho caso afortunadamente primo la sana crítica y el principio de razonabilidad aplicado al caso concreto y de ese resultado se fundamenta la parte final del art. 244 LCT que toda intimación al respecto debe realizarse “...por el plazo que impongan las modalidades que resulten en cada caso.”.-

OTROS SUPUESTOS:

- 1- Se dan cuando hay incumplimiento de la parte empleadora y al ser el contrato de trabajo de prestaciones reciprocas puede suceder que el trabajador retenga tareas ante el incumplimiento del pago de sueldos del empleador.-
- 2- Otro caso sería si el empleador no deja ingresar al trabajador a prestar tareas y quiere utilizar su ausencia para configurar un despido. En este caso el trabajador debe contestar diciendo que el va a prestar tareas pero no lo dejan ingresar.-

Lo importante es que el trabajador manifieste en el TCL que tiene animus de continuar el vínculo y expresar los motivos atribuibles al empleador que dieron lugar a la intimación o despido por abandono. Esto sentará las bases de la discusión en juicio donde las pruebas inclinarán la balanza para un lado u otro. Lo importante es que esa respuesta enerva la posibilidad de causal de despido por abandono de trabajo, y se discutirá a lo suma una justa causa pero ya el abandono quedó atrás.-

Si el empleador toma conocimiento después de haber despedido por causal abandono de las causas de la ausencia del trabajador, puede de buena fe retractarse y revertir esa situación.-

Capítulo 5 – Caso de no contestación de la intimación por parte del trabajador

el plazo se extinguió el contrato y se acaba todo. Sucede muchas veces que se intima bajo apercibimiento de abandono y la relación laboral sigue su curso, dado que el trabajador retoma a prestar tareas y todo sigue como si nada.-

La relación recién se extinguirá cuando habiendo vencido el plazo, se hace una nueva notificación conforme art. 243 de la LCT, en la que el empleador manifiesta que hace efectivo el apercibimiento cursado oportunamente y que expresamente diga que queda despedido por abandono de trabajo. Es decir similar a los dos TCL típicos del trabajador por la Ley 24.013, donde no basta para configurar el despido el telegrama intimatorio con copia a Afip, sino que además se requiere que vencidos los 30 días del plazo que la LNE otorga, el trabajador comunique el despido indirecto.-

Art. 243. —Comunicación. Invariabilidad de la causa de despido.

El despido por justa causa dispuesto por el empleador como la denuncia del contrato de trabajo fundada en justa causa que hiciera el trabajador, deberán comunicarse por escrito, con expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato. Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas.

NO APLICACIÓN DEL ART. 58 y 10 LCT A LA CAUSAL DE ABANDONO DE TRABAJO

Art. 58. —Renuncia al empleo. Exclusión de presunciones a su respecto.

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.

Este instituto del Abandono de Trabajo es una excepción al art. 58 LCT, en el sentido que acá sí se admiten presunciones en contra del trabajador por conductas que hagan presumir animus de ruptura de vínculo laboral

Artículo 10. — Conservación del contrato.

En caso de duda las situaciones deben resolverse en favor de la continuidad o subsistencia del contrato.

También es una excepción la causal de abandono al art. 10 de la LCT, por lo cual en caso de duda no subsiste la continuidad del contrato de trabajo.-

No obstante, más aun la parte empleadora debe obrar de buena fe al utilizar estas excepciones, puesto que puede suceder que el trabajador no recibió la notificación en su casa porque estaba de viaje o la recibió otra persona. Hay que ser cauteloso y asegurarse la correcta notificación y plazos más que cumplidos.-

Capítulo 6 – Situaciones que no implican presunción de abandono

Distintos supuestos

Si las ausencias son intermitentes

Si las ausencias estaban avisadas aunque no justificadas. Ejemplo. El trabajador tenía un acto escolar de su hija.-

Si no se cumple correctamente con la intimación, de manera clara, con el apercibimiento y el plazo.-

Si no se notifica el despido por abandono de trabajo por incumplir con la intimación una vez vencido el plazo.-

Si el plazo no fue razonable (no inferior a 2 días hábiles).-

Si el trabajador responde aunque no guste su respuesta, dado que ya no procederá causal de abandono de trabajo, y en su lugar podrían haber sanciones que luego podrían derivar en un despido por justa causa.-

En caso de huelga o retención de tareas por causas imputables al empleador.-

Cuando existe disidencia entre las comisiones médicas que asiste al trabajador con el médico de la empresa. Todas las discusiones sobre si corresponde o no dar el alta, si tiene una enfermedad determinada u otra, etc.-

Cuando hay mora en el pago de haberes.-

Cuando el empleador exige cumplir horas extras y el trabajador que no está obligado, no acepta llevarlas a cabo.-

Cuando el trabajador intima la correcta registración desde la real fecha de ingreso, o el pago de diferencias salariales. Y cuando intima deja de ir a trabajar. Esto es como una retención de tareas.-

Cuando el trabajador contesta la intimación así sea infundada, el sólo hecho de contestar anula la posibilidad de abandono como causal.-

Cuando no se le otorgaron las vacaciones dentro del plazo legal. Y hace derecho a gozarlas por sí mismo.-

Cuando incluso después del despido el trabajador comunica que tuvo una imposibilidad de responder esa intimación en tiempo oportuno. Siendo en este caso el empleador de buena fe quien debiera retractarse.-

En todos esos casos se aplicarán sanciones, suspensiones sin goce de sueldo, descuento de haberes de días no trabajados, etc. que a la larga puedan configurar un despido por justa causa.-

*Para el Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, es necesario constatar los hechos y que la situación de abandono se verifique. No hay animus de abandono ante los casos donde no se permitirle el ingreso del trabajador a su lugar de trabajo habitual.-

PRUEBA DE LA ASISTENCIA-INASISTENCIA

Hay 2 posturas. Clásica y Moderna

1º Clásica: Esta teoría clásica sostiene que quien invoca un hecho debe probarlo.- Si somos abogados del trabajador nos pueden exigir la carga de probar la concurrencia al trabajo.-

En este sentido no se le puede exigir a la parte empleadora que pruebe un hecho relativo a la inasistencia al trabajo, es más fácil para el trabajador probar la concurrencia o asistencia al trabajo.-

Por tanto en virtud de esta teoría si vamos por el trabajador a quien le impiden el ingreso al trabajo, le vamos a pedir que asista a dicho lugar con testigos, Secretaría de Trabajo o bien con un Escribano para que se labre un acta como prueba de que no le dejan ingresar.-

Esta postura apunta a lo más fácil de producir en materia probatoria.-

2º Moderna: Para esta postura debe aplicarse la teoría de la carga probatoria dinámica.

Para esta postura es fácil y sencillo que el empleador por su situación de tal como dueño de la empresa cuente con los medios para probar la inasistencia del trabajador.-

Es más fácil para el empleador probar la inasistencia, que para la trabajadora que está en su situación de parte débil, y con menos recursos incluido el económico probar haber asistido.-

Esta teoría beneficia si somos abogados del empleador, porque puede suceder que intente a un trabajador a concurrir al trabajo y no lo haga, entonces en tal caso deberemos como letrados del empleador tomar los elementos para acreditar que no se cumplió con la intimación cursada mediante planillas horarias, mecanismos de control de ingreso y egreso.-

NO SE ACONSEJA DEJAR LIBRADO AL AZAR EL TEMA DE LA CARGA PROBATORIA EN VIRTUD DE LOS DIVERSOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR DE UNA U OTRA POSTURA. POR LO TANTO SIEMPRE DEBE ASEGURARSE LA MAYOR CANTIDAD DE PRUEBAS, SE ESTE DEL LADO TRABAJADOR O EMPLEADOR.-

AVISO DE ENFERMEDAD:

Generalmente en cuanto a causal de abandono, se incurre en el error de que la enfermedad debe acreditarse, cuando en realidad basta con que la enfermedad se avise para que dicha causal sea improcedente.-

El aviso de la enfermedad se puede hacer por cualquier medio, sin necesidad de acreditar o individualizar con precisión el tipo de enfermedad o dolencia.-

Esta situación de dar aviso, sí puede generar algún incumplimiento contractual, como el descuento de haberes si luego no se acredita la enfermedad o no se presenta certificado médico, pero no da lugar a causal de abandono de trabajo.-

CONCLUSION

El presente posgrado de Especialización de Derecho Laboral, tuvo lugar en una situación de tiempo espacio sin precedentes como lo es la Pandemia de Covil-19. Con tan sólo una jornada de clases presenciales, nos vimos inmersos en un cambio de paradigmas totalmente abrupto, que nos adelantó en años la forma de vivir y la de ejercer la profesión, sin que el presente posgrado fuere en lo más mínimo la excepción.-

En la profesión el paso a la virtualidad, a la despapelización y a la dependencia total de la tecnología para su ejercicio, provocó un cambio que vino para quedarse. Asimismo, los embates de la pandemia y las medidas adoptadas no ajenas a polémicas, provocó que la sociedad en su conjunto y en el ambiente laboral en particular estén en el ojo de la tormenta.-

Muchas empresas -grandes, medianas o pequeñas por igual- como asimismo desde el más humilde empleador, se han visto sorprendidos por una situación global impredecible, de la cual sólo aquellos que lograron sobrevivir o se reinventaron pudieron salir ilesos. Tras esa situación, una cantidad mucho mayor de trabajadores asalariados, vieron en jaque sus puestos de trabajo y en muchos casos se fueron al abismo solos o incluso junto con sus empleadores.-

Los Mutuo Acuerdos conocidos como Expresos, establecidos en la primera parte del art. 241 L.C.T. fueron de un día para otro a moneda corriente y utilizada -coincidiendo o no- en una herramienta para mitigar las nefastas consecuencias que la situación económica derivada de la Pandemia referenciada y de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional provocaron a toda la sociedad en su conjunto.-

Con ello los mutuos acuerdos expresos y de tipo onerosos se hicieron frecuentes, ante trabajadores que bien comprendiendo la situación del empleador o bien observando que a largo plazo de continuar en sus puestos de trabajo podrían quedarse con las manos vacías, incluso ante un legítimo derecho provocado por un despido incausado mediando o no un litigio judicial de por medio. Del lado del empleador otorgó ante estos casos de fuerza mayor la posibilidad de “encubrir” un despido que si bien fuere incausado, tendría de fundamento una situación agobiante desde lo económico imprevista hasta para el más cauto y conocedor en esa área.-

Toda esta situación hizo que cada profesional se reinventara y a su vez se especializara en ciertos institutos que en otras circunstancias se utilizaban o con menor frecuencia o bien con otras perspectivas o finalidades, haciendo un cambio de paradigma en la manera de pensar el derecho laboral en su conjunto.-

La idea del presente trabajo fue la de disipar dudas, y llevar respuestas a su autor, pero pese a ello, son más las preguntas que surgen tras cada interrogante resulto, pues de que se trata un posgrado sino de enseñarnos a generar dudas a través de las certezas y a enfrentar los desafíos al que el día a día nuestra apasionante profesión no expone.-

BIBLIOGRAFIA

DE FERRARI, Francisco, Derecho del trabajo, 2º ed., Depalma, Buenos Aires 1969, tomo II

Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada – Segunda Edición actualizada Tomo III, Raúl Horacio Ojeda – Rubinzal Culzoni Editores año 2011.-

Manual de Derecho Laboral – Julio Armando Grisolia – Edición 2019. Revisada y Actualizada

Derecho del Trabajo – Extinción del Contrato de Trabajo – Año III – Número 8 Mario s. Fera – Héctor P. Recalde – Infojus año 2014

Ley de Contrato de Trabajo. Comentada y Concordada – Ley 20.744 y sus modificatorias y complementarias. 2º Edición Actualizada 2019, Carina V. Suarez

Tratado del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2da edición actualizada y ampliada / Julio Armando Grisolia.- 2a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2017.

Ley de Contrato de Trabajo comentada, concordada - 2a ed. - Suárez, Carina Vanesa Ciudad Autónoma de Buenos Aires : García Alonso, 2019.

Ley 20.744 – Ley de Contrato de Trabajo.