



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 10 de diciembre de 2019

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "**NECULMAN PAOLA ALEJANDRA C/ WALMART ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**" (**JNQLA3 EXP. 425910/2010**), venidos en apelación a esta **Sala III** integrada por los Dres. Marcelo Juan **MEDORI** y Fernando Marcelo **GHISINI**, con la presencia de la secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Medori, dijo:**

I.- Las partes interponen recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 24 de Julio de 2019 (fs. 279/286), expresando agravios la actora a fs. 290/292 y la parte demandada a fs. 294/295.

A.- Argumenta la accionante que el juez no realizo una valoración adecuada de la prueba obrante en autos al omitir considerar el aval otorgado al certificado médico del Dr. Hugo Rosen por el médico psiquiatra contratado por la demandada, Dr. Folis, donde sugiere el cambio de sector.

En segundo punto, considera que ha existido un exceso en la observación que el sentenciante dirige al certificado médico de fs. 173 de su médico tratante cuando modifica el primer diagnóstico, debido a que su conocimiento no es de un médico sino de un abogado, y en su caso indagar con la perito psicóloga sobre los alcances que podrían generar dicho cambio de diagnóstico.; que los informes médicos de la empleadora no constituyen juntas médicas sino meras opiniones que no tiene entidad para excluir la opinión del médico tratante; que ante la disidencia se debió recurrir a la vía judicial para que se dictaminara sobre la

procedencia o no de la licencia médica y no llegar a la medida extrema del despido.

Critica que se haya considerado el juicio como una aventura jurídica, que los testimonios no son contradictorios entre sí como mal pudo haber juzgado el Juez de grado; que los testigos de la parte demandada son parciales debido a que las Sras. Salazar y Valdés continúan siendo sus dependientes; que las declaraciones de Analía Ivana Videla y Lorena Yanet Salazar confirman los hechos que relatara que fueron perpetrados por la empleadora; que los síntomas descritos en los certificados del médico tratante responden sin dudas al stress laboral que padecía la actora y que fue aconsejado el cambio de sector.

Corrido el traslado de la expresión de agravios a fs. 296, la demandada contesta a fs. 301/303; solicita el rechazo del recurso, con costas.

B.- La demandada cuestiona lo resuelto en relación a la imposición de costas por su orden, señalando que el magistrado se apartó del principio general del art. 68 del CPCyC en forma infundada, a pesar del rechazo de la demanda y el resultado victorioso de su parte; solicita que los gastos causídicos se carguen a la vencida.

La actora contesta los agravios sosteniendo que debe rechazarse el planteo puesto que el sentenciante consideró que no se había acreditado el abandono de trabajo invocado por la demandada, que se torna aplicable la parte final del art. 17 de la L.921 y el art. 68 2° párrafo del CPCyC (fs. 279).

II.- Entrando al estudio del caso y cumpliendo los planteos con las pautas que emergen del art 265 del CPC y C, resulta que decisión en crisis desestima la pretensión de la actora en procura de una indemnización por despido sin causa, en tanto la trabajadora incumplió con su

deber de obrar de buena fe al no comparecer a prestar tareas encontrándose en condiciones de salud para hacerlo y luego de haber sido dada de alta, configurándose una conducta que hizo inviable la continuidad de la relación laboral.

Para fundar su decisión el magistrado, analiza los certificados médicos presentados por la actora emitidos por su psiquiatra tratante indicando que no resisten el test de razonabilidad por no existir prueba alguna que relacione la licencia con los episodios denunciados, no se acompañó historia clínica o certificado más detallado acerca de la imposibilidad del otorgamiento de alta médica, mientras que las declaraciones testimoniales resultan contradictorias ente sí; concluye en que la actora debió probar las circunstancias alegadas y transcriptas precedentemente de manera tal que permitieran valorar y determinar la proporcionalidad entre el reposo laboral por 30 días sucesivos y reiterados durante 6 meses y los hechos sucedidos, resultando irrelevante la pericia psicológica por informar sobre las condiciones psíquicas, estado actual y caracteres de la personalidad a la fecha de su realización, sin decir nada sobre las circunstancias pasadas.

En punto a las costas, con cita de los arts. 17 y 54 de la L.921 y 68 del CPCyC, las impone en el orden causado.

A.- Conforme el alcance del planteo recursivo de la actora, la cuestión a decidir se centra en determinar si al momento de los emplazamientos para prestar su fuerza de trabajo, se encontraba en condiciones de salud para hacerlo y deliberadamente no lo hizo.

1.- Comenzando con las críticas dirigidas a la falta de valoración de las condiciones de salud con sustento en lo informado el médico tratante y el aval que recibiera por el designado por la empleadora en el sentido de

la necesidad de que fuera cambiada del sector de cajas, y el aporte de los testimonios acerca de la incidencia estresante en cómo se desarrolló el vínculo laboral, vale citar en principio que tales circunstancias fueron recién enunciadas en el telegrama remitido a la demandada del día 23 de febrero de 2010 indicando que "el stress que padezco se debe al maltrato y abuso de autoridad de los supervisores, trabajar más horas de lo que dice el contrato para que Uds. queden satisfecho; rogar a los supervisores cuando necesito ir al baño para que una persona me cubra para poder ir y a veces no poder hacerlo; quedar en ridículo frente a los clientes cuando trato de hacer cumplir las reglas de la empresa y finalmente los supervisores acceden a la voluntad del cliente por ej. En la cajas que son únicamente para embarazadas acceder a que sea atendido igualmente otra persona; prometerme que me cambiarían del sector caja y nunca cumplieron; no tener un fin de semana libre para disfrutar en familia; trabajar todos los feriados; otorgar los descanso solamente de 20 minutos sin tiempo así suficiente para comer; que programen las vacaciones sin consultar y así no poder nunca salir en familia; que me discriminen tratando bien únicamente a sus amigos, descontarme los días que asisto a mis hijos cuando están enfermos, etc. por lo que intimo cese en esas actitudes y procesa al cambio de sector caja a otro que no haya que estar tanto en contacto con el público como ya lo había solicitado y aconsejado por el médico tratante" (fs. 14).

Tal fue la respuesta a la intimación del 22 de febrero de 2010 para que retome sus tareas, con la indicación que se había dispuesto alta laboral a partir del 01 de febrero de 2010 luego de realizado el examen el 28.01.2010 (fs. 5).

Sobre el particular, advierto que la actora no controvierte el análisis del juez de grado respecto a que a partir del mes de octubre de 2009, y a lo largo de los más de 6 meses que gozó de licencia por la enfermedad psiquiátrica invocada, nunca aportó una historia clínica ni un certificado médico más detallado de su afección (fs. 284 último párrafo), confirmándose así que nunca proporcionó a la empleadora constancias sobre su evolución ni resultados de tratamiento para desvirtuar lo dictaminado en el doble control que aquella dispusiera, limitándose la presentación del médico tratante a reconocer los certificados médicos dónde solo se consigna diagnóstico y los días de reposo (fs. 17/23), mientras que la prueba pericial producida omite referencia alguna acerca de las circunstancias pasadas (fs. 253/255).

Como señalara, oportunamente, la empleadora ejerció su facultad de control (art. 210 LCT) mediante dos psiquiatras, Folis y Dulbecco Euler.

Por el primero, en fecha 02 de diciembre de 2009, la evaluación convalida el certificado del médico tratante señalando el ALTA MEDICA POSTERIOR, con diagnóstico F 43.22 agregando que "No se objetiva alteraciones sensoperceptivas ni actividad delusoria. Angustiada, con labilidad emocional hipertimia displacentera, de tinte disfórico", y sugiriendo cambio de sector.

El segundo informe de evaluación médico laboral, del 28 de enero de 2010, describe que "*sus síntomas no son clínicamente significativos, sin comprometer su desenvolvimiento individual y socio familiar...*", y con diagnóstico: trastorno adaptativo en remisión F 43.2 concluyó en el alta laboral a partir del lunes 01 de febrero de 2010.

Mario E. Ackerman explica que el empleador necesita conocer la imposibilidad en la que se encuentra su

dependiente para cumplir con su débito laboral, y la causa de tal imposibilidad, tanto para poder ejercer el control de la enfermedad o accidente invocado -en su existencia y características-, como para adoptar medidas para que la falta de prestación del trabajador no se traduzca en un perjuicio para su actividad empresarial (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 737).

Y lo cierto es que, como bien analiza el juez de primera instancia, no surge del relato de la demanda que hubiera tratado de hacerlo y no estar imposibilitada para ello; por lo que, si bien la licencia por razones de salud es un derecho reconocido por la Ley Laboral, en su ejercicio deben observarse las reglas vigentes, las cuales tienen como finalidad, entre otras cosas, que la empresa pueda fiscalizar la existencia y entidad de la enfermedad invocada por la trabajadora.

Huelga aclarar que la actora no podía disponer por sí el goce de la licencia por enfermedad como pretende luego de haber comunicada el alta médica y siquiera dar cumplimiento a requisitos mínimos exigidos a tal fin, en tanto no se trataba de un trámite informal, sino una exigencia de su contrato laboral fácilmente realizable.

"El certificado médico es un instrumento que tiene el propósito de afirmar la veracidad de cierto hecho o la existencia de determinado estado. Es un relato escrito y simple de una deducción médica y sus complementos. Se resume en "la declaración, pura y simple, por escrito, de un hecho médico y sus consecuencias". Tiene el propósito de sintetizar, de una forma objetiva y simple, lo que resultó del examen hecho en un paciente, sugiriendo un estado de sanidad anterior o actual, para fines de licencia, de justificativa de faltas al servicio, entre otros".

"La utilidad y la seguridad del certificado están, necesariamente, relacionadas con la certeza de su veracidad. Su naturaleza institucional y su contenido de fe pública realmente son los pre-requisitos de verdad y exactitud que le son inherentes, de ahí la preocupación y el interés que el certificado despierta. Y más: "una declaración dudosa tiene, en el campo de las relaciones sociales el mismo valor de una declaración falsa, exactamente por no imprimir un contenido de certeza a su propio objeto" (CERTIFICADO MÉDICO concepto, propósito y límites - Genival Veloso de França - Médico. Presidente Honorário de la Soc. Brasileira de Derecho Médico-www.direitomedico.com.br/genival).

2.- Luego, y retomando el planteo de la trabajadora, así como en la causa no existen datos objetivos para ser corroborados respecto a una condición de salud que le impidiera a la actora desarrollar sus labores, de la prueba producida tampoco se advierte que ello se correspondieran con condiciones de trabajo que detentaba contemporáneas al goce de la licencia psiquiátrica.

Precisamente, con el testimonio de la Sra. Vales se acredita que la actora ya había sido destinada al sector óptica y dejado el de cajas: "simplemente me notificaron que había presentado un certificado de estrés y después ya no supe mas nada" explica la testigo; y agregó:

"Trabajamos bien juntas. No sé que haya sido nunca sancionada; yo al menos soy la jefa del sector y nunca la sancioné. No tengo idea de si ella tenía algún problema en la empresa. No sé por qué dejó de trabajar ahí; ... En mi sector no hay que pedir permiso para salir al baño, se avisa nomás. El personal tiene un descanso reglamentario para comer, según el CCT y la carga horaria: Ella creo que tajaba 6 hora diarias; no trabajaba más de esas horas. ... No vi a Neculman que manifestara para mi ningún problema de que se

sintiera mal ni con problemas ella. No vi que recibiera malos tratos. Antes de óptica ella estaba en línea de caja del hipermercado, o sea que era cajera del Hiper. Yo solicité una cajera fija y la mandaron a ella. Cuando ella tenía hijos enfermos avisaba y presentaba certificados y le daban la licencia, es la política de la empresa. Las vacaciones se daban según la cantidad de gente que haya en el sector; si uno las pedía las fechas con anticipación y se podían compatibilizar con el resto, no había problemas. Si ella salía para el baño estaba yo y si necesita más tiempo se llamaba a otro cajero, de línea de cajas. Ella tenía el tiempo normal para ir al baño. No era necesario que la remplazara nadie si iba y volvía. Ella trabajaba también en fines de semana y feriados, con 36 horas semanales trabajaba; el feriado para el empleado es siempre optativo y podía decidir si ir o no . El tiempo para comer era de 20 minutos o media hora, bien no lo recuerdo. El horario era siempre rotativo para ella, porque estaba siempre a contraturno con la otra cajera. En mis sector siempre trabajo 6 horas y nunca tuvo que quedarse más tiempo (fs. 197 y vta); a continuación en el mismo sentido de haberse desempeñado en el sector óptica, régimen y horarios, lo corrobora otra compañera de trabajo del contraturno, la Sra. Pozas (fs. 198 y vta).

Los concretos datos aportados por las declarantes sobre las condiciones laborales contemporáneas al momento en que la actora presenta el primer certificado médico en el mes de octubre de 2009, no resultan desvirtuados por el testimonio de la Sra. Videla, al describir circunstancia que se remontan al año 2007 -fecha hasta la que laboró en la empresa- aludiendo al desempeño en la línea de cajas y que no había sido cambiada de sector (fs. 156 y vta) mientras que la Sra. Salazar alude a episodios acaecidos 4 años antes, en ocasión del embarazo, y la demora en la

cobertura para ir al baño para aludir al maltrato laboral, sin referencia actual alguna luego del cambio al sector óptica acreditado (fs. 157).

Aún cuando puedan resultar contradictorios, en definitiva lo precisado dada por Vales y Pozas, avala el razonamiento lógico y los hechos contemporáneos al despido que asume el juez de primera instancia, y al respecto se ha sostenido: *"El examen de los testimonios supone la aplicación de: "Las reglas de la "sana crítica", aunque no definidas en la ley, suponen la existencia de principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de la prueba y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y, por otro lado, de las "máximas de la experiencia", es decir de los principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano y científicamente verificables, actuando ambos, respectivamente, como fundamentos de posibilidad y de realidad". (Palacio-Alvarado Velloso "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" Tomo 8 pág. 140-Rubinzal Culzoni Editores)".*

B.- En punto al cuestionamiento a la evaluación de los antecedentes médicos, resulta que la argumentación del juez de grado lejos de expedirse sobre la experticia psiquiátrica o psicológica, se sostienen en los deberes emergentes de la Ley de Contrato de Trabajo que incumbe a las partes en toda relación laboral, y que señala como incumplidas por la actora para justificar la extinción del vínculo, exigiendo un comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad (art. 62) y a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al

celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo” (art. 63).

Y así lo expresa al sostener que en el caso “no se trata de la validez o de la invalidez por insuficiencia o desproporcionalidad en los certificados otorgados por el médico personal conforme ya he analizado, ni siquiera que exista pugna entre los diagnósticos de diferentes profesionales. Antes bien, se trata de la buena fe”.

C.- No resultará ajeno al presente análisis, en pos de hacer primar el principio de conservación del contrato de trabajo que comparten las partes (art. 10 de la LCT), que la empleadora, luego de notificar la conclusión de la junta médica e intimación a reincorporarse en fecha 22/02/2010, esperó a que finalizara el plazo fijado en el certificado por reposo laboral por 30 días, presentado en fecha 13/01/2010 (fs. 20), y sin perjuicio de esto último, vuelve a requerir a que se presente a trabajar en dos oportunidades más, el 23/02/2010 y 15/03/2010, bajo apercibimiento (fs. 6 y 7), para recién 30 días después hacerlo efectivo (25 de marzo de 2010 - fs. 9).

Ello también con base en el principio de buena fe, el cual, entre otras cosas, obliga a ambas partes de la relación a tener en miras la subsistencia del vínculo y no su disolución (conf. Sala III, “Flores Marcos Javier c/ Méndez José Luis s/ Cobro de Haberes”, Exp. N° 502747/2014-Sent. 10-04-2018).

D.- En el marco descripto y la contextualización de la prueba descartan el yerro y la arbitrariedad que invoca la recurrente en su apelación, verificándose en el caso que eludió prestar las tareas a las que había sido intimada, ni cumplió con su deber de buena fe al omitir explicar clara y fundadamente su requerimiento de

licencia para desvirtuar el alta laboral posterior al control que concretara contemporáneamente su empleadora, derivando así la injuria laboral endilgada y su correlativo despido.

Por lo analizado habré de rechazar el recurso de la actora.

III.- Finalmente, abordando el cuestionamiento de la demandada por haberse impuesto las costas en el orden causado, vale recordar que el art. 17 de la Ley 921 establece que "el vencido será condenado al pago de las costas -total o parcialmente- aunque no se hubiesen pedido, pero los jueces podrán eximirlo de ellas cuando mediare razón fundada..." mientras que el art. 68 del CPCyC erige "La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado... el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento...".

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que el art. 68 del CPCyCN, norma idéntica a la misma de nuestro código local, consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota (Fallos 323:3115; 325:3467), de modo que quien pretenda exceptuarse de esa regla debe demostrar acabadamente las circunstancias que justificarían el apartamiento de ella (Fallos: 312:889; 329:2761).

El mismo tribunal, ha sostenido que las excepciones a este principio general deben estar fundadas en razones que refieran concretamente a las constancias del expediente y a las conclusiones del fallo que lo anteceden, *"de manera que puedan considerarse objetivamente expuestas las circunstancias evaluadas para no imponer las costas a la parte vencida (Fallos: 311:2775)... de lo manifestado se desprende que la sentencia recurrida contiene sólo una*

fundamentación aparente, de modo que se configura un supuesto de arbitrariedad que deriva en una indebida distribución de los gastos del proceso con el consecuente menoscabo de las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio (arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional)... por otra parte, la exención de costas a la vencida sin apoyarse en elementos fácticos y jurídicos suficientes puede redundar en un injustificado aumento de la litigiosidad, puesto que, indirectamente, se incentiva la promoción de pleitos sin sustento legal, en los que bastaría citar alguna doctrina o jurisprudencia discordante para no tener que soportar los gastos del proceso" (autos "Brugo c/ Esquenazi", 10/4/2012, LL diario del 27/4/2012, pág. 7).

Es decir, la eximición de costas al perdedor es de carácter excepcional y restrictiva, por lo que la dispensa a la regla general resulta viable sólo cuando medien razones fundadas y objetivas, lo que no se observa en el caso bajo estudio.

En consecuencia, estimo procedente hacer lugar al recurso deducido por la demandada, y que se carguen totalmente a la actora en su calidad de perdedora.

IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propondré al acuerdo hacer lugar a la apelación de la demandada, modificando las costas de primera instancia las que se imponen a la actora vencida, y confirmarse en lo restante la sentencia de grado en lo que fuera materia de agravios de la actora.

V.- Atento lo resuelto las costas devengadas ante este tribunal se imponen a la actora en su condición de vencida (arts. 17 L.921 y 68 del CPCyC), y regular los honorarios de los letrados intervinientes por la labor desarrollada en esta instancia en 25% de los que se

determinen por su labor en la instancia de grado y por la misma intervención profesional (conf. art. 15 Ley 1594).

El Dr. Ghisini, dijo:

Discrepo con la solución que propone el distinguido vocal preopinante y, por los motivos y fundamentos que seguidamente se plasman, considero que la sentencia deberá ser revocada.

Juzgo necesario, para facilitar la comprensión del voto, realizar una sucinta relación de los términos, motivos y fundamentos del fallo.

I.- La sentencia definitiva de primera instancia de fs. 279/286 rechazó íntegramente la demanda promovida por Paola Alejandra Neculman contra Walmart Argentina S.R.L. por cobro de indemnizaciones previstas por el artículos 232, 233 y 245 de la L.C.T., indemnización artículo 2 de la ley 25.323, indemnización artículo 80 de la L.C.T. Asimismo, impuso las costas del proceso en el orden causado y reguló los honorarios de los profesionales que intervinieron en el trámite.

Para decidir de este modo, hizo un repaso de las actuaciones, con particular acento en las cuestiones fácticas y calificaciones jurídicas efectuadas por los litigantes, con lo que estableció que los hechos debatidos se vinculaban con la determinación acerca del carácter fundado o infundado del distracto ejecutado por el empleador y en su caso el alcance de las indemnizaciones pretendidas.

Determinó que la controversia giraba en torno a decidir si la trabajadora hizo abandono de tareas tal como lo argumentaba el empleador o si se hallaba amparada por licencia médica.

Luego de discernir la carga probatoria en cabeza del empleador, estableció la dinámica de los hechos

asociados al impedimento de salud invocado por la dependiente y los controles efectuados por el supermercado empleador.

Consideró, luego de examinar el intercambio telegráfico, que una rígida hermenéutica de estricto apego normativo al artículo 244 de la L.C.T. indica que el despido parece inadecuado.

Sin embargo, consideró que en este particular caso, la decisión rescisoria se ajusta a derecho. Ello así por cuanto del análisis de los antecedentes médicos (minucioso y circunstanciado, cabe subrayarlo), circunstancias fácticas asociadas y evolución histórica de la ley de contrato de trabajo, en orden a la supresión del artículo 227 de su texto, ponderados a través de la prueba testimonial y pericial se concluye que el trabajador incurrió en una conducta contraria a la buena fe, que hizo inviable la continuidad de la relación laboral.

Con ello, juzgó legítima la causal de despido invocada por la parte demandada y rechazó la demanda interpuesta.

II.- El fallo es apelado por ambas partes.

La parte actora dedujo a fs. 290/292. Los agravios giran en torno al rechazo de la demanda, por cuanto a su juicio el despido carece de causa.

Cuestiona la valoración del material probatorio desarrollada en la anterior instancia y cita jurisprudencia que indica que frente a la discordancia de diagnósticos debe prevalecer el del trabajador.

Recalca que se ha desmerecido el diagnóstico y reposo laboral prescripto por el médico tratante dándole preminencia al dictamen del médico psiquiatra y al dictamen pericial, que traduce una discrepancia.

La parte demandada se agravia por la imposición de las costas en el orden causado, por cuanto en

su criterio debieron ser cargadas a la parte actora. Considera, por tanto, afectado su derecho de propiedad.

Sustanciados los recursos, la parte actora contestó a fs. 297, considerando que la ausencia de acreditación del abandono de trabajo amerita el apartamiento del principio general en materia de costas procesales. La parte demandada contestó a fs. 301/303 vta. Solicitó que se declare desierto el recurso, por ausencia de crítica concreta y razonada. Aduce que el recurso sólo traduce un disenso con lo resuelto, sin que se pongan de manifiesto errores de la resolución. Señala que la pericia psicológica es clara y contundente sobre la cuestión debatida.

III.- Trataré en primer lugar el recurso deducido por la parte actora, por cuanto la forma y sentido en que se lo resuelva incidirá sobre la necesidad de abordar el de la demandada.

Una lectura inicial de la presentación recursiva de la demandante permite establecer que los argumentos en ella contenidos, sintéticamente enunciados en el capítulo anterior, resultan inteligibles y por lo tanto traspasan el umbral mínimo de fundabilidad que se exige a los fines de ingresar al tratamiento sustancial de la apelación, sin perjuicio de la suerte que en definitiva corran, por lo que corresponde desestimar la petición de declaración de deserción formulada por la parte demandada.

Ingresando al tratamiento de la crítica que la parte actora formula en torno a la sentencia, corresponde analizar en primer lugar si se trasgredió la regla de la invariabilidad de la causa de despido y, antes aun, si resulta posible tratar tal cuestión en un marco en el cuál la parte actora cuestiona la ausencia de legitimidad del despido, mas sin enfatizar la vulneración del artículo 243 de la L.C.T.

Por consiguiente, comenzaré despejando este último interrogante para luego, de así corresponder, analizar en términos sustantivos los contornos del artículo 243 de la L.C.T.

Cuando un trabajador cuestiona la legitimidad de una extinción contractual decidida por el empleador con invocación de justa causa, mediante la interposición de una demanda judicial (y ulteriormente, tal como aquí ocurre, sostiene la ilegitimidad a través de la crítica de la sentencia que convalida la existencia de justa causa), activa simultáneamente las garantías procesales que emergen de la ley 921, del Código Procesal Civil y Comercial y por último de la Ley de Contrato de Trabajo.

Entre ellas, existe una regla tutelar que es propia y específica del Derecho del Trabajo, que se ha dado en conocer como de «invariabilidad de la causa de despido».

En este liminar examen, cuadra precisar que es una técnica que, por su ubicación en el ordenamiento jurídico, tiende a hacer efectiva la protección contra el despido arbitrario, manda contenida en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional.

De la lectura de ambas normas se colige que existe una ligazón directa, lo que denota su carácter de garantía sustantiva del trabajador dependiente. La proscripción de variación de la causa de despido integra, entonces, el entramado de disposiciones de orden público que sistematizan la forma de extinción del contrato de trabajo, esta vez bajo la modalidad de una garantía.

A partir de ello, cabe precisar que cuando se trata de cuestiones de orden público, constituye un deber de los magistrados velar por su imperatividad, seleccionando correctamente las reglas de aplicación al caso y empleándolas correctamente, aun con prescindencia de los argumentos

ensayados por el litigante en cuya protección está colocada la regla.

Es por ello que, en mi perspectiva, corresponde analizar cuál es el ámbito material de aplicación del artículo 243 de la L.C.T., con independencia que no conforma el esquema de demanda ni de la apelación la denuncia de su trasgresión.

De otro modo, si pudiera sobreponerse una interpretación formal del proceso que permita la desactivación del precepto por la ausencia de invocación formal, carecería de todo sentido la regla y el orden público mismo, que invariablemente cedería.

Dicho ello, cuadra anotar que la garantía establecida por el artículo 243 de la LCT, que apunta a que en el proceso judicial «no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas», ha sufrido una reforma en relación a la redacción original de la ley 20.744, por cuanto allí se establecía la inadmisibilidad de otros motivos de oposición que los consignados en la comunicación extintiva.

Sin embargo, lo que surge de las palabras del texto legal es suficientemente claro en relación al presente caso.

El abandono de trabajo constituye una causal objetiva y autónoma de extinción del contrato de trabajo, a tal punto que resulta la única forma extintiva con base en incumplimientos contractuales que encuentra una regulación autónoma, en el artículo 244 de la L.C.T.

De suyo, entonces, que si el empleador comunicó la extinción del contrato de trabajo en los referidos términos y así lo sostuvo al contestar demanda (v. fs. 124 vta./125 vta.), no puede admitirse en la instancia jurisdiccional la modificación de los términos del debate,

que quedó fijado con la comunicación extintiva y se limitaba a la acreditación de los presupuestos del artículo 244 de la L.C.T.

Estos y no otros diferentes eran y son los límites del proceso.

Podría señalarse, para graficar la situación, que tratándose de una situación extintiva en materia laboral, cuando la extinción ha sido decidida por el empleador, la regla del *iuria curia novit* se encuentra rigurosamente limitada o circunscripta a dar prevalencia a la pauta de inamovilidad aquí analizada, puesto que el magistrado no debe trocar una causal en otra diferente.

Ciertamente que esta situación presenta aristas complejas cuando nos hallamos frente a hechos que se encuadran en los términos del artículo 242 de la L.C.T., por cuanto resulta más difuso establecer el límite preciso entre una causal y otra.

Sin embargo, cuando acontece que el empleador sustentó la extinción pura y exclusivamente en los términos del artículo 244 de la L.C.T., no existe margen de apreciación para encuadrar la situación en los términos del artículo 242 de la L.C.T.

Esta trasmutación causal es pura desatención del artículo 243 de la L.C.T., por lo que no puede ni debe ser convalidada.

Tal conclusión permanece inamovible incluso si, tal como ocurre en el presente caso, la parte actora basó su demanda en contender la forma de extinción por la discrepancia entre médicos, lo que reitera en esta instancia.

Vale decir que, por imperio de la garantía de invariabilidad, la propia Ley de Contrato de Trabajo establece -con alcance imperativo y bilateral-, cuáles son las causales que podrán conformar el litigio y era la

empleadora quien se hallaba gravada con la correcta invocación y acreditación de los presupuestos legalmente fijados.

Es que, como se advierte, existe una suerte de anticipación del principio de congruencia, que empieza a regir en la antesala del proceso, esto es, en el plano de las comunicaciones postales que le preceden. En tal sentido, la regla de orden público -de protección, vale recordar-, opera incluso cuando la propia parte actora apoye su reclamo en una comprensión equivocada de la imputación de abandono de trabajo, puesto que de otro modo la imperatividad inherente a la naturaleza de la garantía cedería en forma absoluta.

De tal forma, lo único que corresponde analizar en el presente caso es si se configuran los presupuestos del artículo 244 de la L.C.T.

En tal orden, el magistrado de la anterior instancia abordó tal tópico, excluyendo la configuración de la causal autónoma, no obstante lo cuál debe revisarse en esta instancia tal solución, por cuanto los motivos y fundamentos que rodearon la calificación del hecho en los términos del artículo 244 de la L.C.T, no pudieron ser contrarrestados por quien -a la postre y por razones diferentes- resultó vencedora en la anterior instancia.

Con fundamento en la regla de la apelación implícita, entonces, debe analizarse si se configuró -o no- la causal extintiva por «abandono incumplimiento», en los términos del artículo 244 de la L.C.T.

El referido dispositivo legal hace descansar la objetividad de sus términos en un catálogo de recaudos que bien pueden clasificarse a los fines didácticos en formales y sustanciales.

Entre los primeros se ubican los aspectos que atienden a la constitución en mora por

medio fehaciente para que el trabajador se reintegre al trabajo, emplazamiento que además debe contar con un plazo acorde a las modalidades de cada caso y, a mérito del principio de buena fe, un apercibimiento concreto para la hipótesis de inobservancia (arts. 62, 63 y 244 L.C.T).

Estos aspectos formales constituyen verdaderas garantías colocadas en favor de la persona que trabaja, frente a la gravedad de las consecuencias que rodean a la figura del denominado «abandono incumplimiento», que no es otra que la extinción con justa causa del vínculo.

Sin embargo, los aspectos más relevantes que otorgan significación a la objetivación de esta hipótesis por fuera del artículo 242 de la L.C.T. se vinculan con los aspectos sustanciales allí contenidos.

En este orden, lo que define el sustrato material del abandono de trabajo es la existencia de una manifestación inequívoca del trabajador de no cumplir en lo sucesivo con su principal obligación contractual, que se corresponde con la colocación en favor del empleador de su fuerza de trabajo.

Es usual que el instituto extintivo funcione como una válvula de cierre frente a situaciones en que el trabajador se aparta injustificadamente de su principal débito contractual dando cuenta con su conducta de la proyección de tal abstención como modo definitivo de cesación de la relación. Suele ocurrir además que tal manifestación de la voluntad se plasme mediante el silencio frente al emplazamiento formal del empleador.

Sin embargo, ello no resulta condición necesaria.

Debe analizarse en cada caso en particular, si subyace verificada la situación de mora de la persona que trabaja, en la colocación a favor de su empleador de su energía de trabajo y -además de ello- si tal morosidad traduce razonablemente la voluntad de no cumplir en forma sucesiva y definitiva con los débitos inherentes a todo contrato de trabajo.

En este orden, la mora debe resultar injustificada y además denotar concluyentemente el ánimo de quebrar el deber de continuidad de la relación laboral (arts. 10 y 91, L.C.T.).

Conforme tales premisas, coincido sustancialmente con el análisis formulado por el *a quo*, por cuanto en su construcción intelectual estableció la ausencia de configuración del sustrato último en que se funda la norma, que no es otro que la mora del trabajador unida al desinterés en la prosecución del negocio jurídico laboral.

No obstante, discrepo con la relativización que formuló luego, en cuanto consideró que la decisión extintiva resultó ajustada a derecho en los términos del artículo 242 de la L.C.T., puesto que, como antes señalé tal proceder infringe abiertamente la garantía del artículo 243 de la L.C.T., variando los términos de la contienda.

Cabe advertir, incluso, que no conformó siquiera el esquema argumental del empleador la invocación y encuadramiento de la extinción contractual en los términos del artículo 242 de la L.C.T., por lo que la resolución inclusive pone en

tela de juicio el acatamiento del principio de congruencia (v. fs. 124 vta./125 vta.).

En conclusión, partiendo del análisis del mandato Constitucional de protección contra el despido arbitrario, la consideración de las garantías legales y convencionales enraizadas en la protección de la estabilidad (aun impropia), los hechos controvertidos y valorando el material probatorio obrante en autos, se advierte que la decisión de la anterior instancia no se encuentra razonablemente fundada y construida con apego a los principios, valores y reglas integrantes del orden público, por lo que debe ser revocada, declarando que el despido careció de justa causa (arts. 2 y 3 del Código Civil y Comercial; art. 1, 11, 12, 17 bis, 243 y conchs. de la L.C.T.).

Por tal razón, corresponde declarar indemostrados los presupuestos del artículo 244 de la L.C.T. y reputar como arbitrario al despido base de la contienda.

Para liquidar la indemnización por antigüedad, tomaré la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el accionante en el último año, que corresponde al mes de enero de 2010 (recibo de fs. 24/25).

Este importe es la resultante de integrar todos los conceptos remunerativos, detrayendo el feriado no trabajado que no tiene carácter habitual (\$16,48) e incorporando el ítem art. 1° Ac. Ene-2010 Asign. No remu. Come. Ello así por cuanto incumbe a los magistrados aplicar adecuadamente el derecho, lo que no podría hacerse en la extensión que el ordenamiento jurídico indica, si se prescinde de

considerar al salario como inescindible soporte para la realización de otros derechos expresamente tutelados por los instrumentos constitucionales y convencionales (v. Corte IDH, caso "Lagos del Campo Vs. Perú", sent. del 31-8-2017, entre otros).

Tal enfoque acarrea la necesidad de examinar la naturaleza de los conceptos antes enumerados, para testear su adecuación a los estándares provenientes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a los provenientes de la interpretación del artículo 1 del convenio 95 de la O.I.T. y al propio artículo 103 de la L.C.T.

La cuestión examinada se identifica con el encubrimiento de la remuneración bajo denominaciones extrañas a su esencia jurídica, o simplemente -por exclusión-, con la anteposición del adverbio "no".

Tal proceder de los sujetos colectivos que llevan adelante la negociación colectiva apareció con fuerza como un aspecto patológico precedido por el propio comportamiento estatal (Dec. 1273/02, 2641/02 y 905/03), provocando un proceso de *desalarización* de la remuneración.

Tales modalidades pueden hallarse motivadas, entre otros, por las recurrentes crisis económicas, que antepusieron la necesidad de paliar la pérdida del poder adquisitivo del salario y al mismo tiempo satisfacer las exigencias del sector empresario (fundadas o no) de atender a tales situaciones, sin que ello implicara un aumento en la base de tributación con destino a los diferentes subsistemas de la seguridad social.

Ello conllevó que la Corte Federal debiera ocuparse de la poda de diferentes aspectos de la composición salarial a través de subterfugios tales como la utilización desviada de la calificación de beneficios sociales del artículo 103 de la LCT (CSJN, causa "Perez", fallos, 332:2043, sent. del 1-9-2009), del establecimiento de asignaciones no remunerativas por D.N.U. (CSJN, causa "González", fallos, 333:699, sent. del 19-5-2010) y finalmente del establecimiento de asignaciones o aumentos salariales calificados como "no remunerativos" en el marco de la negociación colectiva (CSJN, causa "Díaz", fallos, 336:593, sent. de. 4-6-2013).

Las sentencias referidas tienen un importante valor por cuanto -al margen de provenir de la Corte Suprema- consolidan una práctica constitucional tendiente a jerarquizar y ordenar en forma adecuada los derechos y valores involucrados.

Corresponde además sopesar que nuestro Tribunal Superior de Justicia ha fijado similares directrices en la causa "Bustamante" (Acuerdo 4/2019, del 20-2-2018), entre muchas otras.

Con ello, considero que la actividad jurisdiccional debe enderezarse con exclusividad a escudriñar el correcto alcance de los diferentes conceptos calificados formalmente como no remunerativos y confrontarlos con las disposiciones convencionales y constitucionales en vigor (art. 1 del Convenio 95 de OIT; 14 bis y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Pues bien, el concepto examinado emerge del acuerdo colectivo del 21 de enero de 2010, de cuya propia estructura causal se constata que se trata de

una ventaja patrimonial en directa vinculación al trabajo prestado.

Quitando el rótulo formal, en cada caso, se concluye que se trata de conceptos integrantes de la remuneración; en tal orden y aunque resulte una obviedad, las partes colectivas no están habilitadas para modificar el concepto de «remuneración», que tiene su fuente en normas de naturaleza superior al ámbito de la unidad de negociación.

Por otra parte subrayo que la autoridad administrativa carece de potestades para modificar las reglas imperativas provenientes de la LCT y del propio convenio 95 de OIT, por lo que la resolución homologatoria dictada con sustancial apartamiento del párrafo segundo del artículo 4 de la ley 14.250 no tiene aptitud para trocar, por ello, la naturaleza del salario, ni para purgar el apartamiento de los contratantes colectivos de las reglas imperativas, que precisamente son tales en orden a su irrestricta vigencia.

Finalmente, incluiré también la incidencia del S.A.C. (\$287,71), ya que constituye un concepto de devengamiento periódico que el trabajador va integrando en su patrimonio mensualmente (arg. Arts. 121, 123 y concs. L.C.T.).

De tal modo, la base de cálculo es de \$ 3740,24.

De acuerdo a la antigüedad en el empleo y lo dispuesto por el artículo 245 de la L.C.T., corresponde multiplicar la variable remuneratoria por cinco períodos, con lo que se concluye que la indemnización por antigüedad asciende a **\$ 18.701,20.**

Por otra parte, también resultará admitida la indemnización sustitutiva de preaviso. De este modo, debe recurrirse a la pauta salarial del mes disponible más próximo al distracto para fijar la base de cálculo, de tal modo que se utilizará la de **\$ 3.452,53**, que corresponde y coincide a la indemnización sustitutiva de preaviso, conforme la antigüedad de la trabajadora al tiempo del distracto (arts. 231 y 232, L.C.T.), con mas la incidencia del S.A.C., de **\$287,71**.

Procede asimismo la integración del mes de despido (6 días), que de conformidad con la base anteriormente adoptada, asciende a **\$668,23**.

Finalmente, en relación a la indemnización prevista por el artículo 2 de la ley 25.323, corresponde señalar que en la presente causa, la parte demandada no acreditó la configuración de los presupuestos del artículo 244 de la L.C.T.

En este orden, la teleología de la regla está dirigida a reparar las consecuencias que genera la situación de contumacia del empleador que, debidamente emplazado, omite abonar las indemnizaciones.

Ciertamente que pueden existir causas que justifiquen su comportamiento y autoricen la morigeración o eximición del pago de la indemnización, más su configuración requiere una prudencial ponderación y una fundamentación por parte del magistrado, que resulten escrutables por las partes y que a su vez tengan arraigo coherente con las conclusiones relativas a la forma de producción del distracto.

Conforme lo anteriormente señalado, no existen en el caso causales que pudieran haber legitimado el proceder rupturista del empleador, de lo que se sigue que no existen elementos que permitan razonablemente morigerar la cuantía del agravamiento indemnizatorio.

Está acreditado que la trabajadora intimó a su empleadora para que abone las indemnizaciones por antigüedad, integración del mes de despido y preaviso (v. fs. 16, no desconocida en forma específica -v. fs. 127-), de tal modo que debe hacerse lugar al reclamo, que se calcula en el cincuenta por ciento de las indemnizaciones por antigüedad y sustitutiva de preaviso y asciende a **\$ 11.554,83**.

Finalmente, en relación al reclamo por haberes de febrero a mayo de 2010 e indemnización artículo 80 de la L.C.T., se advierte que si bien no medió pronunciamiento expreso en la anterior instancia, se trata de ítems autónomos sobre el que la parte actora no ha sostenido ningún planteo específico y concreto en esta instancia (art. 278, C.P.C.C.; art. 54, ley 921).

De este modo, si mi opinión concitara mayoría, el importe de condena ascenderá a **\$34.664,50**, con más los intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A., desde la fecha en que cada rubro es adeudado (26 de marzo de 2010, conforme fs. 9) y hasta su efectivo pago, imponiendo las costas del proceso en ambas instancias a la parte demandada con base en la objetiva condición de la derrota (art. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C).

Tal modo de resolución torna abstracto el tratamiento del recurso deducido por la parte demandada.

Se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la anterior instancia, regulándose los honorarios de los Dres. ... -apoderada- y ... -patrocinante- en ambos casos de la parte actora, en el 6,4% y 16% respectivamente, fijándose los de la parte demandada, Dres. ... -en su doble carácter- y ... -patrocinante -, en el 9,5 y 6% respectivamente.

En todos los casos los emolumentos serán calculados sobre el capital más los intereses devengados, o bien los mínimos legalmente establecidos, dejándose debidamente establecido que para su determinación se ha considerado el resultado, mérito, eficacia y extensión de las tareas profesionales desarrolladas (arts. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 20, 39 y 47 de la ley arancelaria).

Los honorarios de la perito interviniente, Lic. ... se mantienen en el 2,5%, sobre idéntica base, o en su defecto en 4 jus.

Se regulan los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido precedentemente y a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

Tal mi voto.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el **Dr. Jorge PASCUARELLI**, quien manifiesta:

En el caso la actora recurrente no se agravia por la violación del art. 243 LCT ni hace ninguna referencia a la variación de la causa del despido sino que los agravios se refieren a la

valoración de la prueba respecto a la existencia de stress laboral por la cual esa cuestión excede la competencia de esta Alzada (arts. 265, 271 y 277 del CPCyC).

Entonces, teniendo en cuenta los agravios formulados por la actora que se refieren únicamente a la valoración de los informes y certificados médicos así como las testimoniales concluyendo que los síntomas descriptos en los certificados del Dr. Rosen responden al stress laboral que padecía adhiero al voto del Dr. Medori.

Por todo ello, **la SALA III POR MAYORIA,**

RESUELVE:

1.- Confirmar en lo principal la sentencia dictada a fs. 279/286, modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen a la actora vencida, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (arts. 17 ley 921 y 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 25% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dr. Jorge Pasquarelli
Dra. Audelina Torrez - Secretaria