



**ACUERDO N° 5.** En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los doce (12) días del mes de marzo de dos mil veintiuno, en Acuerdo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales doctores **ROBERTO GERMÁN BUSAMIA y EVALDO DARÍO MOYA**, con la intervención del Sr. Secretario JOAQUÍN A. COSENTINO, procede a dictar sentencia definitiva en los autos caratulados "**GALLI, LORENA c/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUÉN S.A. s/ DESPIDO POR CAUSALES GENÉRICAS**" (Expediente JNQLA3 N° 470.129 - Año 2012), del registro de la Secretaría interviniente.

**ANTECEDENTES:** A fs. 316/340 el demandado -Banco Provincia del Neuquén S.A.- interpone recursos de casación de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 297/311vta., que revoca la decisión de Primera Instancia y, en su mérito, declara la nulidad del despido directo de la actora por entenderlo motivado en su estado de salud, y por lo tanto, discriminatorio, ordenando su reinstalación en el puesto y categoría laboral que ostentaba antes de su desvinculación, con más los daños y perjuicios.

A fs. 365/366vta., por Resolución Interlocutoria N° 115/20, este Cuerpo declara admisibles los remedios extraordinarios propuestos por el demandado.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Laboral resuelve plantear y votar las siguientes:

**CUESTIONES:** **a)** ¿Resultan procedentes los recursos interpuestos? **b)** En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? **c)** Costas.

**VOTACIÓN:** Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el doctor **ROBERTO GERMÁN BUSAMIA** dice:



I. Ante todo, considero necesario resumir los antecedentes relevantes de la causa, de cara a los concretos motivos que sustentan la impugnación extraordinaria propuesta.

1. Es así que a fs. 36/50 la actora inicia demanda contra su ex empleador -Banco Provincia del Neuquén S.A.- pretendiendo que se declare la nulidad de su despido por entenderlo discriminatorio en razón de su salud, con la consiguiente reincorporación a su puesto de trabajo y los daños y perjuicios que dice haber sufrido.

En subsidio, reclama el pago de los sueldos correspondientes al período de enfermedad en el marco del artículo 213 de la Ley de Contrato de Trabajo, hasta la finalización de la licencia, y el reajuste de la indemnización por antigüedad que le fuera abonada, al entenderla insuficiente.

Relata haber ingresado a trabajar en el año 2005 en la categoría de "auxiliar" cumpliendo inicialmente funciones en la sucursal de Centenario y, luego, en casa matriz y sucursal Rivadavia -ambas en la ciudad de Neuquén capital-.

Denuncia que el 30/08/10 sufre un accidente de trabajo que le ocasiona una lesión en el tórax y pie derecho al caérsele un fichero sobre su cuerpo. Que luego de la intervención de la Aseguradora de Riesgos del Trabajo contratada por la demandada (a continuación ART), transitar la instancia administrativa ante la comisión médica respectiva y realizar la rehabilitación recomendada, obtiene el alta médica, entendiendo el órgano que sus padecimientos son inculpables.

Manifiesta que luego del siniestro laboral continúa con sintomatología incapacitante, presentando reiterados certificados médicos. Que el 08/07/11 se le indica reposo por quince días por presentar lumbalgia extendiendo luego por 15 y 30 días más -respectivamente- la licencia.



Relata que el día 21/07/11 -un día antes de fenecer el primer certificado médico- recibe la notificación de despido dispuesto por la patronal sin alegación de causa alguna, poniéndose la indemnización a su disposición. Disconforme y entendiendo que su desvinculación fue discriminatoria en razón de su estado de salud, inicia la presente demanda laboral. Ofrece la prueba de su parte, practica liquidación y peticiona se haga lugar a la demanda entablada con costas.

**2.** A fs. 70/83, mediante letrado apoderado el Banco Provincia del Neuquén S.A. comparece y contesta la demanda interpuesta en su contra.

Niega los hechos en general y particular, desconociendo expresamente la existencia de motivación discriminatoria como causa del despido decidido.

Expone que en los antecedentes laborales de la actora figura una suspensión por cinco días en el año 2007 por falsear la denuncia de un siniestro laboral que fue reconocida por ella misma mediante nota presentada por su parte. También relata que la accionante cuenta con un llamado de atención por advertir el Comité de Prevención de Lavado de Dinero y Financiamiento de Terrorismo la utilización de su cuenta sueldo con fines no permitidos.

Agrega que la accionante posee otras inconductas a lo largo de la relación laboral, siendo constante su bajo rendimiento laboral y desgano, por lo cual, al no lograr su desempeño el mínimo necesario y sin alcanzar a justificar una justa causa de despido, se toma la decisión de desvincularla.

Ofrece prueba y peticiona se rechace la acción con costas.

**3.** A fs. 262/194 obra sentencia de primera instancia que admite parcialmente la demanda interpuesta.

Luego de valorar la prueba rendida que da cuenta de los antecedentes laborales de la trabajadora, y en lo que aquí



resulta materia de controversia, el Sr. Juez de grado considera improbadamente que el despido directo se haya motivado en el estado de salud de la accionante.

En ese sentido, el fallo refiere no advertir la presencia de indicios suficientes que permitan tener por configurada la causal discriminatoria que sustenta la actora.

Acto seguido y en la inteligencia de que el distracto operó encontrándose la trabajadora en uso de licencia por enfermedad, accede al planteo subsidiario del pago de salarios en el marco del artículo 213 de la Ley de Contrato de Trabajo hasta el vencimiento de la suspensión contractual comunicada en el primer certificado médico adjunto producido el 22/07/11, entendiéndolo subsumido en el pago efectuado por aplicación del artículo 233 de la LCT -que regula la integración del mes de despido-.

A continuación desestima toda acreencia más allá de la fecha de despido operado el 21/07/11 por entender que las patologías certificadas con posterioridad y hasta el 05/09/11 resultan ajenas a los fines previstos por el artículo 213 citado. Considera el Magistrado que por resultar posteriores a la desvinculación de la actora, le impiden el ejercicio de control que le otorga al empleador el artículo 210 de la Ley N° 20744.

Después, sobre la base de la pericial contable producida, considera errónea la mejor remuneración tenida en cuenta para el cálculo indemnizatorio realizado por la demandada; efectúa los cálculos; practica planilla de liquidación deduciendo lo efectivamente pagado por la empresa y condena al pago de la suma de \$13.021,91.- por diferencia indemnizatoria, más intereses.

**4.** La sentencia es apelada por la actora, conforme expresión de agravios de fs. 274/279, mereciendo la contestación del demandado de fs. 281/284.



5. A fs. 297/311vta. la Cámara de Apelaciones -Sala II- de esta ciudad resuelve revocar la sentencia de grado y admitir el planteo de la actora en el marco del artículo 1 de la Ley N° 23592 declarando la nulidad del despido del que fuera víctima y ordenando su reinstalación en el puesto de trabajo y categoría profesional que ostentaba con anterioridad a su desvinculación. Condena por \$700.000.-, en concepto de daños materiales ocasionados, y \$100.000.- por daño moral. Deduce lo abonado y condena por un total de \$757.723,29.- más intereses.

Considera el Tribunal de Alzada que la sola circunstancia de haber despedido a la trabajadora mientras se encontraba en uso de licencia por enfermedad constituye un indicio de discriminación. A partir de ahí, entiende que el demandado no ha invocado un real motivo del despido y tampoco ha demostrado el mal desempeño laboral que sustenta en la contestación de demanda.

6. La impugnación extraordinaria local fue introducida por el demandado en primer término por la vía contemplada por el artículo 18 de la Ley N° 1406. Luego, en el marco del artículo 15 del ritual casatorio, encausa su agravio por los carriles de los incisos "b", "c" y "d".

Por la vía nulificante, entiende que la sentencia impugnada resultaría arbitraria desde que no tendría sustento en las constancias de la causa y arribaría a una conclusión errada, puesto que entendería que el mero despido durante una licencia por enfermedad sería suficiente para presumir un acto discriminatorio.

Sostiene que el fallo habría vinculado el despido de la actora al accidente laboral, desconociendo -dice- que la licencia durante la cual se habría despedido a la accionante sería por un diagnóstico médico ajeno a la historia clínica que se asociaría al siniestro que habría sufrido.



A continuación, en el marco del carril de Inaplicabilidad de Ley previsto en el artículo 15 de la Ley N° 1406, denuncia arbitrariedad por absurdo probatorio, entendiendo que la sentencia en crisis ignoraría la prueba que acreditaría la motivación interna de la decisión rescisoria adoptada.

Manifiesta que el fallo impugnado interpretaría y aplicaría erróneamente los artículos 1 de la Ley N° 23592 y el artículo 213 de la Ley N° 20744, a la vez que contradiría precedentes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones local - que cita-.

Estima que la propia normativa laboral prevé el supuesto de despido durante períodos de licencias médicas disponiendo el pago de conceptos adicionales al que corresponde por despidos incausados, resultando arbitrario y excesivo interpretar que el mismo *per se* sería discriminatorio en los términos de la ley que regula los actos discriminatorios.

Por último, alega errónea aplicación de la doctrina legal sentada por la Corte Suprema de Justicia en la causa "Álvarez", entendiendo que la reinstalación ordenada violaría el derecho constitucional de contratar y ejercer industria lícita.

Finalmente, manifiesta formular reserva del caso federal.

7. Mediante Resolución Interlocutoria N° 115/20 se declaran admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley presentados por el demandado.

8. A fs. 368/375 dictamina el Sr. Fiscal General, propiciando la procedencia del recurso extraordinario postulado en primer término.

**II. 1.** Resumidos así los antecedentes que sustentan los remedios impetrados, resulta que el tema traído a decisión importa el análisis de la presencia de motivaciones



discriminatorias en el contrato de trabajo; en concreto, que la decisión que concluye el vínculo laboral haya tenido como causa originaria real el estado de salud de la actora, todo ello en el marco del artículo 1 de la Ley N° 23592.

Sobre el tópico, recientemente este Tribunal Superior de Justicia mediante Acuerdo N° 4/21 dictado en la causa "Corgatelli" ha tenido oportunidad de resolver una cuestión de aristas análogas. Por tal motivo he de seguir los lineamientos expuestos en aquella oportunidad, en tanto y en cuanto guardan estrecha similitud con el tema aquí debatido, que se sustenta en la presunta violación de idénticas garantías constitucionales.

Allí se dijo que en casos como el presente, se encuentra cuestionada la inteligencia del derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación consagrados en los artículos 14 bis, 16, 37, 43, 75, incisos 19 y 23, de la Constitución Nacional. A su vez, el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional dio rango constitucional a un conjunto de tratados internacionales sobre derechos humanos que también las asegura, tales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1 y 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2 y 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 24), además de los tratados destinados a la materia en campos específicos, verbigracia la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2) y Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

A su vez, también aquí llega firme a esta instancia extraordinaria el régimen legal escogido por el trabajador;



circunstancia que se ajusta al criterio sentado por nuestro Máximo Tribunal Nacional "... *pues nada hay de objetable a la aplicación de esta normativa -que reglamenta un principio constitucional de la magnitud del artículo 16 de la Constitución Nacional- al ámbito del derecho individual del trabajo ...*" (Fallos: 333:2306).

Sobre el punto, comparto lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, en orden a que "... *no resultaría aceptable sostener que, por la supuesta preeminencia de las leyes especiales, el régimen general de la ley 23.592 no pudiera aplicarse en el ámbito de las relaciones laborales, porque dicha postura -que pone de manifiesto, en sí misma, un acto de discriminación- importaría reconocer que el legislador actuó con marcada inconsistencia, pues, si así fuese, al establecer que ésta rige para todos los sujetos que resulten víctimas de un acto discriminatorio, con excepción de los ilícitos que se verifiquen en el ámbito laboral, habría discriminado a todos los trabajadores sólo por su condición de tales ...*" (cfr. JUBA, Acuerdo del 26/03/15, "Humaño, Jesús María c/ Tigre Argentina S.A. s/ Reinstalación (sumarísimo)", L. 117804).

Por otro lado, y tal como sostuve al expresar mi voto en "Corgatelli" (Acuerdo N° 4/21), no es menos cierto que frente a un presunto hecho con tilde discriminatorio, se presentan serios inconvenientes probatorios que habitualmente pesan sobre las presuntas víctimas, nada menos que en controversias que sostienen la afectación al principio de igualdad tal cual se adelantó, apreciándose sin mayor hesitación, que la tutela judicial efectiva de los derechos involucrados exhibe una gran dificultad en orden a la apreciación del presunto actuar desigual, puesto que la discriminación no suele manifestarse con claridad. De ahí que la prueba de "ese" hecho resulte con frecuencia compleja.





En este escenario, las modalidades con que han de ser instrumentadas las garantías, su interpretación y aplicación, deben ajustarse a las exigencias de protección efectiva que específicamente formule cada uno de los derechos humanos dentro del respeto de los postulados del debido proceso.

Para compensar estas dificultades, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consagrado un estándar probatorio conforme el cual, para la parte que invoca un acto discriminatorio, es suficiente con *"... la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación ..."* (Fallos: 334:1387 *in re* "Pellicori" y Fallos: 337:611 *in re* "Sisnero").

Esta labor ha de ser cumplida conforme las reglas de la sana crítica.

2. A partir de lo expuesto, y en tanto y en cuanto en el presente caso se encuentra cuestionado el pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones local por la vía de Inaplicabilidad de Ley como, asimismo, por la de Nulidad Extraordinario, por regla de orden lógico se impone analizar preliminarmente el remedio citado en último lugar.

Ello así y a poco de ahondar en la queja vertida por dicho carril, se evidencia que la impugnación formulada se encuentra en estrecha vinculación con los agravios esgrimidos por vía de Inaplicabilidad de Ley.

Luego, advirtiéndose que las quejas formuladas pueden hallar adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del último recurso nombrado, en virtud de lo prescripto por el artículo 19 de la Ley N° 1406, corresponde a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario (cfr. Acuerdos N° 3/18 "Rincón", N° 13/18 "Vilches" y N° 3/19 "Provincia del



Neuquén c/ Potasio”, del registro de la Secretaría interviniente).

3. Sentado lo expuesto, corresponde ingresar al estudio del recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por idéntica parte con sustento en la causal contenida en el artículo 15, inciso “c”, de la Ley Casatoria, dado que controvierte la base fáctica de la causa, sin cuya adecuada fijación resulta imposible dar una respuesta jurídica al caso.

Este Tribunal Superior de Justicia ha elaborado jurisprudencia pacífica relativa a qué debe entenderse por absurdo probatorio.

En esa dirección la causal en examen se configura cuando la judicatura de grado, al sentenciar, incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que trasgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdos N° 15/12 “Arce”, N° 38/18 “Indimet SRL” y N° 4/20 “Velásquez”, del registro de la Secretaría Civil).

Se ha definido al vicio casatorio en cuestión como *“... el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica, en violación de las normas jurídicas aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica ...”* (Acuerdo N° 19/98 “Cea”, del registro de la Secretaría Civil).

Pues bien, en el *sublite* la sentencia cuestionada propicia su análisis a partir de considerar que la sola circunstancia de producirse el despido de la trabajadora cuando se encontraba haciendo uso de una licencia por enfermedad, configura un indicio suficiente que amerita exigir de la contraria la debida acreditación de que la decisión



rupturista responde a una causa ajena al estado de salud de la actora.

En este punto, el recurrente cuestiona la decisión, entendiendo que la resolución impugnada asume una hipótesis contradiciendo lo dispuesto expresamente por la Ley de Contrato de Trabajo y, a partir de allí, invierte la carga de la prueba para luego ignorar que las aportadas por su parte acreditan que la real motivación de la decisión rupturista resultó el comportamiento laboral de la actora, y no su estado de salud.

4. Primeramente, señalo que advierto demostrada la constatación del vicio casatorio alegado y, por tal motivo, el recurso prosperará.

En efecto. Se aprecia de fs. 300vta. que la Cámara de Apelaciones comienza el análisis de la motivación discriminatoria alegada por la actora, tras considerar aportados indicios suficientes que permiten alcanzar el umbral de razonabilidad necesario para invertir la carga probatoria al demandado.

Allí sostuvo que *"... No se discute en esta instancia que la demandante fue despedida cuando se encontraba en uso de licencia por enfermedad ..."* agregando que *"... Esta circunstancia es, por si sola, un indicio de discriminación ..."*.

Después a fs. 301vta. y tras hacer un recuento de los padecimientos sufridos por la actora a partir del accidente laboral protagonizado el 30/08/10, expresa que *"... De lo dicho se sigue que la licencia por enfermedad en cuyo ínterin se despide a la trabajadora, no es un hecho aislado, sino que aparece como un proceso patológico que es causado o evidenciado por el accidente de trabajo (esta cuestión no interesa a los efectos de la apelación), y a partir de allí se prolonga en el tiempo ..."*.



A continuación, y en base a los antecedentes médicos de la trabajadora, encuentra presente indicios suficientes y razonables respecto a que el despido haya obedecido a su estado de salud conforme expresa a fs. 302 -tercer párrafo-. Desde allí, invierte la carga de la prueba y entiende improbadamente el mal desempeño de la actora, tal como afirma el accionado al contestar la demanda.

Pues bien, debo decir que -en el caso- el Tribunal de Alzada inicia su razonamiento a partir de una apreciación meramente dogmática, cual es, que el hecho del despido acontecido mientras se usufructúa una licencia por enfermedad importe por sí solo -tal como afirma a fs. 300vta. tercer párrafo-, un indicio de discriminación.

Inmediatamente, le otorga una entidad desmedida a ese argumento, ignorando el resto de las pruebas incorporadas en la causa, lo que importa una desmembración del material probatorio para luego culminar en un razonamiento concluyente que estimo incorrecto, sin detenerse en realizar una apreciación conjunta de las probanzas incorporadas que resultan conducentes al planteo, infringiendo de este modo las reglas de valoración de la sana crítica, lo que conlleva la constatación del vicio denunciado.

Es que, la sana crítica resulta la derivación de un razonamiento integrado en el cual se conectan los hechos y las pruebas aportadas para llegar al derecho aplicable, y tanto en ese sistema de ponderación como en el de la libre convicción, la ley reserva a la discreción judicial determinar el valor de la prueba, y aunque dicha actividad no es arbitraria debe ser el resultado de ciertas pautas metodológicas expresadas en términos de reglas de lógica y experiencia.

De esta manera, siendo que el caso persigue la declaración de nulidad del despido de la actora por entenderlo motivado en su estado de salud, y por ello discriminatorio, conforme lo establece el artículo 1 de la Ley N° 23592,



resulta imprescindible, conforme lo expuesto en el considerando precedente, efectuar la apreciación de los hechos acreditados a partir del estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Pellicori" (Fallos: 334:1387).

Siendo una operación intelectual, tal como afirma el prestigioso jurista francés Marciel Planiol, su construcción es peligrosa y propicia al error, por lo que debe ser elaborada con suma cautela (cfr. autor citado, "Traite Elementaire de Droit Civil", París, XII, 1911, p. 5).

En este escenario, encontrándose controvertidos los motivos esgrimidos en la demanda, resultaba carga de la accionante la acreditación de hechos de los que verosíblemente se siga la configuración del motivo debatido, en concreto, que la desvinculación decidida por la empresa demandada resultó motivada en su estado de salud.

Y aquí es donde, contrariamente a lo sostenido por la Cámara de Apelaciones, no advierto presente la debida acreditación de hechos que resulten idóneos para inducir la existencia de la motivación discriminatoria endilgada.

Dicho de otro modo, no advierto -en el caso- la presencia de indicios graves, precisos y concordantes de los que pueda presumirse que el despido de la actora haya encontrado como causa real y originaria su estado de salud.

Es que todo indicio, como hecho material, no acredita nada por sí mismo, salvo que se lo relacione a una regla de la experiencia, y a partir de allí se deduzca de aquél un argumento probatorio lógico. Ello significa, como sostiene la doctrina, "*... que en el concepto de prueba indiciaria no pueden escindirse el hecho de la operación lógica y del argumento probatorio; pero esa regla de experiencia constituye la razón de la presunción que el juez aplica al indicio, para determinar su valor probatorio, es decir, para deducir el hecho desconocido ...*" (Devis Echandía, Hernando, "Teoría



general de la prueba judicial”, Buenos Aires, Zavalía, 1981, T° II, p. 696).

El Dr. Hugo Alsina lo ha definido como “... *todo rastro, vestigio, huella, circunstancia y, en general, todo hecho conocido, mejor dicho debidamente comprobado, susceptible de llevarnos por vía de inferencia al conocimiento de otro hecho desconocido ...*” (autor citado, “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”, Buenos Aires, Astrea, 2ª edición, 1956, T° III, ps. 683/684).

Siguiendo la pauta antes referida en orden a la exigencia de indicios graves, precisos y concordantes, cuadra decir que la “gravedad” atañe a la existencia de un hecho indiciario trascendente; la “precisión” exige la prueba del indicio y, por último, la “concordancia” con otras conjeturas o medio probatorios (cfr. Fenochietto - Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y concordado”, Buenos Aires, Astrea, 1987, T° II, p. 569). Y aquí es donde advierto que el fallo presenta el vicio en análisis.

En efecto. El caso no presenta controversia entre las partes con relación a la fecha del accidente de trabajo padecido por la actora el 30/08/10; tampoco obra contradicción alguna sobre las lesiones -aunque inculpables- que presenta la trabajadora una vez transcurrida la etapa de rehabilitación indicada por la Comisión Médica interviniente hasta el alta médica allí indicada el 10/01/11, llegando firme a esta instancia extraordinaria que el día 08/07/11 presenta certificado médico con expresa indicación de licencia por 15 días, esto es, con vencimiento el día 22 siguiente.

Luego, no se discute que el día 21/07/11 la patronal decide culminar el vínculo laboral mediante misiva de esa fecha sin indicar causa alguna que motive su decisión.

Resulta pertinente destacar que desde el accidente de trabajo sufrido a finales de agosto del año 2010 y hasta la



fecha del despido acontecido en julio del año 2011, la trabajadora gozó de reiterados períodos de licencias por enfermedad pagos, todos por indicación de los galenos que constataron sus padecimientos. De ello dan cuenta las Juntas Médicas llevadas a cabo por la empleadora en fecha 12/01/11, 12/03/11 y 10/05/11 cuyos informes obran a fs. 4, 5 y 6, y el detalle de ausentismo por enfermedad de la Sra. Galli durante el año 2011 por un total de 190 días que informa el perito contador al producir su dictamen (fs. 194/218).

Por su parte, los certificados médicos glosados a fs. 2 y 3 que amplían los días de licencia por enfermedad por 15 y 30 días -respectivamente- fueron reconocidos en su firma y contenido por los especialistas -Dres. Bottazzi y Obligado- que suscriben esas indicaciones tal cual se extrae de las audiencias llevadas a cabo conforme actas de fs. 188 y 228.

En otro orden, y sobre los antecedentes de la relación laboral, la actora ha reconocido expresamente la nota de fs. 56 en la cual denuncia haber falseado los hechos en los que sustentó la denuncia de un siniestro laboral de fecha 06/03/07. También ha admitido la recepción de la nota de fs. 59 fechada el 27/06/11, donde consta un llamado de atención a su persona por indebida utilización de su cuenta sueldo por contrariar lo establecido en la Circular de Gerencia de Recursos Humanos N° 562/08, y sobre la cual no obra impugnación posterior alguna ni desconocimiento de la mencionada directiva del Banco demandado.

A partir de ahí, considerando íntegramente el material probatorio referido, no puede inducirse sin más, que la sola circunstancia de encontrarse la actora en uso de licencia por enfermedad a la fecha del distracto, pueda tener alguna vinculación con su despido, resultando una conjetura puramente dogmática, sin sustento probatorio lógico, llevándola a una conclusión incorrecta.



Hay que hacer notar que -en el caso- la enfermedad en sí misma, no opera como causal de discriminación sin otro elemento que pueda -aunque indiciariamente- acreditar que el empleador resiste el trabajo del personal deteriorado en su salud, y ello no puede advertirse del análisis probatorio correcto del proceso en base a los elementos aportados por ambas partes a la luz de las reglas de la sana crítica.

Es que "... la valoración de la prueba indiciaria requiere por parte del juez de un esfuerzo argumentativo tendiente a explicitar la fuerza probatoria que se adjudica a cada uno de ellos y la relación de causalidad con la conclusión ..." (Rojas, Jorge, "La prueba", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2016, p. 617).

Por el contrario, de las pruebas aportadas se extrae que el demandado respetó las ausencias de la actora desde el hecho súbito protagonizado en el año 2010 y hasta el alta médica dictaminada por la Comisión Médica el 10/01/11.

A su vez, surge de la causa que con posterioridad a ese evento dañoso el empleador concedió las reiteradas licencias por enfermedad inculpable -en el marco legal previsto por la Ley de Contrato de Trabajo- y abonó en debida forma los haberes que como consecuencia de esas patologías presentó la actora durante el 2011. De ello da cuenta el informe pericial producido a fs. 194/218.

En este contexto resulta relevante lo expuesto en la aludida prueba contable -en concreto, el relevamiento efectuado por el perito contador designado sobre el Sistema de Administración de RRHH del banco demandado-, del cual se extrae que el ex empleador posee dentro de la nómina de trabajadores y trabajadoras, un alto porcentaje de empleados y empleadas con períodos de licencia por enfermedad pagos, específicamente un total de 10.555 casos (ver respuesta -punto 3- de fs. 217).





Por consiguiente, -en el caso- no puede relacionarse sin más que el hecho de haber despedido a la actora mientras gozaba de licencia por enfermedad, apreciado con la precisión requerida para el tópico y conjuntamente con la demás pruebas incorporadas, permita inferir sin otro elemento la presencia de motivación discriminatoria, tal como sostiene el fallo.

De esta manera, encuentro que la deducción que propicia el análisis de la sentencia de la Cámara de Apelaciones y sobre la cual se construye la decisión final -en el *sub lite*- no expresa con claridad el nexo causal que pueda vincular inductivamente el estado de salud de la actora con la causa alegada. Y desde ahí, el fallo aparece como un desvío patente y notorio de las leyes de la lógica en la interpretación de los elementos de juicio de la causa.

En este orden de ideas, la sentencia hace mérito de los hechos con entidad desmedida y de manera parcial, sin ponderar la totalidad de los antecedentes laborales de la actora y las demás pruebas incorporadas en la causa; infiriendo la existencia de la motivación discriminatoria alegada a partir de la sola circunstancia de encontrarse a la fecha de la decisión rupturista gozando del plazo de licencia paga por enfermedad que regula la Ley de Contrato de Trabajo (cfr. artículos 209 y siguientes) sin brindar argumentos que permitan tener por acreditada la relación de causalidad entre ellos, lo que importa constatar la causal de absurdo probatorio -artículo 15 inciso "c" de la Ley N° 1406- invocada por el impugnante.

Desde esta perspectiva, y en tanto y en cuanto la actora no ha logrado acreditar hechos -que verosímelmente apreciados- permitan presumir que su despido guarde vinculación con su estado de salud, el extremo discriminatorio pretendido se desvanece, perdiendo relevancia -en el caso- la acreditación por parte de la patronal de alguna motivación ajena a esa causa.



5. Por lo expuesto, deviene innecesario el análisis de los restantes motivos casatorios aquí traídos.

Lo dicho lleva sin más a revocar la sentencia dictada a fs. 297/311vta. por la Cámara de Apelaciones.

**III.** En consecuencia, debe declararse procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada por la causal prevista en el inciso "c" del artículo 15 de la Ley N° 1406, casándose la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada.

**IV.** De conformidad con lo prescripto por el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, corresponde recomponer el litigio y dictar un nuevo pronunciamiento, considerando los agravios vertidos por la actora en su apelación de fs. 274/279.

Así entonces, se aprecia que el contenido de la primera queja se remite a cuestiones que ya han sido abordadas y debidamente analizadas más arriba en tanto y en cuanto se circunscriben a la existencia de motivación discriminatoria como causa real de su despido, con lo cual corresponde ingresar al tratamiento de los fundamentos que sustentan el resto de los agravios vinculados con el pago de haberes en el marco de lo normado por el artículo 213 de la Ley de Contrato de Trabajo y la imposición de las costas.

Sobre el primer tópico se aprecia del escrito inicial que la actora reclama el pago de los haberes correspondientes a 10 días de julio, el mes de agosto y 5 días de septiembre del año 2011, todo con sustento en los certificados médicos cuyos originales obran incorporados a fs. 2 y 3.

El fallo de primera instancia a fs. 264vta. y 265 - primer párrafo-, aborda la cuestión y descarta toda acreencia más allá del 22/07/11, fecha de vencimiento del primer certificado médico presentado, entendiendo que los otros dos diagnósticos expedidos por los galenos de la actora, por resultar posteriores al distracto -21/07/11-, impiden que el



empleador pueda ejercer la facultad de contralor que emana del artículo 210 de la Ley N° 20744. Acto seguido considera incluido en el rubro integración del mes de despido (artículo 233 de la citada ley), el día de licencia por enfermedad que restaba transcurrir de acuerdo al ya mencionado certificado que expiraba el 22/07/11.

A la vez, argumenta el rechazo del último período, esto es el que certifica el instrumento de fs. 3 fechado el 05/08/11, por un lapso de 30 días de licencia, al entender que la patología allí plasmada por el especialista -síndrome pateral femoral bilateral- resulta ajena a los fines de determinar los haberes que regula el artículo 213 antes aludido.

De esta manera, adelanto mi opinión en el sentido de admitir la queja postulada por la actora sobre este punto.

En efecto, el sistema regulado por la Ley de Contrato de Trabajo en la norma específica, importa la protección de la contingencia incapacitante -por enfermedad o accidente inculpable-, garantizando que la trabajadora o el trabajador perciban íntegramente el salario por el período que dure la licencia por enfermedad o hasta el alta médica. Es que "... la obligación de pago de salarios durante ese período no importa la continuidad del contrato, sino que la relación se extingue pero la obligación de abonar remuneraciones permanece ..."  
(Ojeda, Raúl, "Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2ª edición, 2011, T° III, p. 134).

Así pues, en el caso surgen acreditados tres períodos de licencias; el primero con vencimiento el 22/07/11 -sobre el cual no obra controversia- ampliado hasta el 05/08/11 y, finalmente, se incorpora un último período de reposo hasta el 05/09/11. Todo ello conforme constancias de fs. 2 y 3, cuya firma y contenido fue reconocido por los



médicos otorgantes en oportunidad de declarar a fs. 188 y 228, como mencioné en el considerando II -punto 4- del presente.

Después, el diagnóstico consignado en la última indicación médica -síndrome pateral femoral bilateral- se vincula al concepto de patología femororotuliana ([www.revistaartroscopia.com](http://www.revistaartroscopia.com) > volumen-2-numero-3), lo que guarda relación con los antecedentes físicos que presentaba la actora en la rodilla, conforme denuncia en el escrito de demanda, no desconocido por la demandada y constatados mediante Junta Médica llevada a cabo a pedido de la patronal (fs. 4 y 5), y que a la vez se relaciona con la lesión advertida mediante resonancia magnética nuclear de ambas rodillas obrante a fs. 165 y 168.

Con ello estimo desacertado el argumento expuesto en el fallo de primera instancia, que entiende a esta última patología "ajena", siendo también incorrecto el argumento consignado en orden a la imposibilidad de control que surge del artículo 210 de la Ley N° 20744, puesto que tal como surge de las Juntas Médicas llevadas a cabo, el cuadro clínico de la actora había sido revisado reiteradamente por los galenos de la empresa.

Lo expuesto importa la admisión del puntual agravio, con la consecuente revocación -en lo pertinente- de la sentencia de fs. 262/266 y, en su mérito, se impone condenar al demandado al pago de la suma de \$10.423,47.- (\$2.266,00.- en concepto de 10 días del mes de julio, \$7.024,47.- por el mes de agosto y \$1.133,00.- por 5 días de septiembre/11). Efectúo el cálculo a partir de la mejor remuneración mensual, normal y habitual de \$7.024,47.- considerada en la sentencia para la redeterminación de los rubros indemnizatorios, en tanto no ha merecido impugnación alguna de las partes.

La suma indicada debe adicionarse al monto establecido en la sentencia de primera instancia que llega firme a esta etapa extraordinaria de \$13.021,91.-, arribándose



a un total de condena de \$23.445,38.- (\$10.423,47.- + \$13.021,91.-) y con más los intereses determinados en aquella oportunidad que se calculan a razón de la tasa activa que fija el Banco Provincia del Neuquén S.A. desde la fecha del distracto operado el 21/07/11 y hasta su efectivo pago, en tanto no fueron materia de agravio.

Por último, el restante agravio que gira en torno a la imposición de las costas no habrá de correr la misma suerte.

Ello así, a partir del resultado aquí propuesto que implica la confirmación del rechazo de la pretensión que perseguía la declaración de nulidad del despido por entenderlo discriminatorio, con más los daños y perjuicios, admitiéndose solo de manera parcial la demanda. Es que *"... la pauta para determinar la ausencia de vencedor absoluto se encuentra en el resultado que obtienen las pretensiones u oposiciones. El triunfo y el fracaso proporcionan la entidad que debe seguir el decisorio ..."* (Gozaíni, Osvaldo, "Costas Procesales", Buenos Aires, EDIAR, Vol. 1, 2007, p. 289).

A partir de lo expuesto, y en la inteligencia de que la carga de una parte de las costas a la accionada no importa violación a las pautas que establece el artículo 68 y 71 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén y 17 de la Ley N° 921, entiendo adecuado mantener las costas impuestas en la sentencia de grado en un 70% a cargo de la actora y en un 30% a cargo de la demandada (artículos 68 y 71 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén y 17 de la Ley N° 921 y 12 de la Ley N° 1406).

**V.** Respecto de la tercera cuestión planteada, cabe referir que atento el resultado del pleito, se impone la necesidad de distinguir las generadas en las diferentes instancias.

De este modo estimo ajustado a derecho imponer las ocasionadas ante la Cámara de Apelaciones en igual proporción



que la antes indicada para la primera instancia, cargándolas en un 70% a la actora, y en un 30% al demandado.

Luego en relación a las generadas en esta etapa extraordinaria habrán de imponerse en su totalidad a la actora por resultar vencida (artículos 17 de la Ley N° 921, 68 y 71 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén y 12 de la Ley N° 1406).

**VI.** Por las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: **1)** Declarar la procedencia del recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 316/340 por el demandado -Banco Provincia del Neuquén S.A.- por haber incurrido la Alzada en la causal invocada -artículo 15, inciso "c", de la Ley N° 1046- y, en consecuencia, revocar íntegramente la decisión dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 297/311vta., por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2)** Recomponer el litigio mediante la admisión parcial del recurso de apelación deducido por la actora a fs. 274/279 y, en su mérito, revocar -en lo pertinente- la sentencia dictada en primera instancia a fs. 262/266 y admitir parcialmente la demanda interpuesta por la suma de \$10.423,47 en concepto de haberes adeudados en el marco del artículo 213 de la Ley de Contrato de Trabajo, que adicionada al monto allí fijado de \$13.021,91.-, arroja un total de condena de **\$23.445,38.-**, con más los intereses determinados en aquélla oportunidad que se calculan a razón de la tasa activa que fija el Banco Provincia del Neuquén S.A. desde la fecha del distracto operado el 21/07/11 y hasta su efectivo pago. **3)** Mantener la imposición de las costas determinadas en la primera instancia; imponer las generadas en la segunda instancia en un 70% a cargo de la actora y en un 30% a cargo del demandado, y en su totalidad a cargo de la actora vencida las ocasionadas en esta etapa extraordinaria (artículos 17 de la Ley N° 921, 68 y 71 del Código Procesal



Civil y Comercial de Neuquén y 12 de la Ley N° 1406). **4)** Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios efectuadas, debiendo adecuarse al nuevo pronunciamiento en la instancia de origen, y regulándolos en un 30% por la actuación ante la Alzada y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria (artículo 15, Ley N° 1594). **MI VOTO.**

El señor Vocal doctor **EVALDO DARÍO MOYA** dice: comparto los argumentos y solución propiciada por el doctor ROBERTO GERMÁN BUSAMIA, votando en idéntico sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, oída la Fiscalía General, **SE RESUELVE:** **1°) DECLARAR** la procedencia del recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto a fs. 316/340 por el demandado -Banco Provincia del Neuquén S.A.- por haber incurrido la Alzada en la causal invocada -artículo 15, inciso "c", de la Ley N° 1406- y, en consecuencia, **REVOCAR** íntegramente la decisión dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 297/311vta., por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2°) RECOMPONER** el litigio mediante la admisión parcial del recurso de apelación deducido por la actora a fs. 274/279 y, en su mérito, revocar -en lo pertinente- la sentencia dictada en primera instancia a fs. 262/266 y admitir parcialmente la demanda interpuesta por la suma de \$10.423,47 en concepto de haberes adeudados en el marco del artículo 213 de la Ley de Contrato de Trabajo, que adicionada al monto allí fijado de \$13.021,91.-, arroja un total de condena de **\$23.445,38.-**, con más los intereses determinados en aquélla oportunidad que se calculan a razón de la tasa activa que fija el Banco Provincia del Neuquén S.A. desde la fecha del distracto operado el 21/07/11 y hasta su efectivo pago. **3°) MANTENER** la imposición de las costas determinadas en la primera instancia; e **IMPONER** las generadas en la segunda instancia en un 70% a cargo de la actora y en un 30% a cargo del demandado, y en su totalidad a cargo de la



actora vencida las ocasionadas en esta etapa extraordinaria (artículos 17 de la Ley N° 921, 68 y 71 del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén y 12 de la Ley N° 1406). **4°) DEJAR SIN EFECTO** las regulaciones de honorarios efectuadas, debiendo adecuarse al nuevo pronunciamiento en la instancia de origen, y regulándolos en un 30% por la actuación ante la Alzada y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria (artículo 15, Ley N° 1594). **5°) DISPONER** la devolución del depósito efectuado conforme constancia de fs. 356 (artículo 11, Ley N° 1406). **6°) ORDENAR** registrar y notificar esta decisión y, oportunamente, remitir las actuaciones al Tribunal de origen.

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. EVALDO D. MOYA

Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO - Secretario