



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

ACUERDO N° 23. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecisiete (17) días del mes de septiembre de dos mil veinte, en Acuerdo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales doctores **EVALDO DARÍO MOYA y ALFREDO ELOSU LARUMBE**, con la intervención del señor Secretario, JOAQUÍN A. COSENTINO, procede a dictar sentencia definitiva en los autos caratulados "**PEDROZA, CECILIA GABRIELA C/ CASINO MAGIC NEUQUÉN S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES**" (Expediente JNQLA2 N° **468.913 - Año 2012**), del registro de la Secretaría interviniente.

ANTECEDENTES: A fs. 609/665vta. la demandada -CASINO MAGIC NEUQUÉN S.A.- interpone recursos de Nulidad Extraordinario e 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. 574/594, que revoca en su mayor extensión el decisorio de Primera Instancia y, en su mérito, admite parcialmente la demanda interpuesta en su contra.

A fs. 668/670vta. se dicta sentencia aclaratoria que eleva el monto de condena y varía los honorarios regulados.

Corrido el traslado de ley, la actora los contesta a fs. 673/677vta. Solicita que se desestimen los recursos deducidos, con costas.

A fs. 696/698, por Resolución Interlocutoria N° 31/20, este Cuerpo declara admisibles sendos remedios extraordinarios.

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 **EVALDO D. MOYA** dice:

I. Para ingresar al análisis que nos convoca, es conducente hacer una síntesis de los extremos relevantes de la causa de cara a los concretos motivos que sustentan las impugnaciones extraordinarias.

1. Es así que a fs. 71/101vta., por intermedio de apoderado, el accionante promueve demanda contra quien fuera su empleadora -CASINO MAGIC NEUQUÉN S.A.- persiguiendo el cobro de la suma de \$1.484.722,63.-, en concepto de las indemnizaciones derivadas del despido, las contempladas en los artículos 1 y 2 de la Ley N° 25323 y en el artículo 80 de la Ley N° 20744 (según Ley N° 25345). A la vez, reclama la indemnización del daño moral padecido por mobbing.

Relata haber ingresado a trabajar para la accionada el 13 de enero de 2004 como empleada permanente de prestación continua, desarrollando las tareas de gerente de recursos humanos a partir de enero del año 2008. Individualiza las labores llevadas adelante en la sede de la empresa conforme la jornada de trabajo que denuncia entre 10 y 11 horas diarias de labor.

Sostiene que durante el segundo semestre de 2009 y principios de 2010 continua desempeñándose en su cargo, a pesar de transitar un embarazo de alto riesgo con medicación durante toda la gestación y hasta el 18 de febrero del 2010 que finalmente da a luz a su hija menor en un parto que tuvo complicaciones, y por las cuales fue intervenida quirúrgicamente a los 10 días de acontecido.

Que una vez finalizada la licencia médica oportunamente otorgada, reingresa en el mes de mayo de 2010 a su puesto de trabajo con reducción horaria para realizar las curaciones que le fueron indicadas por su médico tratante con motivo de la intervención quirúrgica practicada y del período de lactancia en curso.

Manifiesta que por esa época se produjo la transferencia del establecimiento, arribando las nuevas autoridades en julio de ese año, lo que derivó -dice- en un cambio de actitud hacia su persona por parte de los nuevos directivos de la empresa, recibiendo presiones y exigencias que excedieron -a su entender- la prestación y jornada laboral pactadas, y que luego de su interpelación, vio agravada mediante tratos discriminatorios e intimidatorios por las nuevas autoridades.

Denuncia que, a partir de la violencia laboral vivida, comenzó terapia psicológica y psiquiátrica, sufriendo a partir del mes septiembre de ese año trastornos digestivos, asociados -dice- con stress por sobrecarga laboral al haberse visto disminuida laboralmente para ejercer una relación de jerarquías tal y como lo hizo durante toda la vida.

Que en oportunidad de iniciar la licencia psiquiátrica intentó presentar los certificados en la empresa, los que -agrega- no le fueron recepcionados, a la vez que le fue negado el diagnóstico.

A continuación, transcribe la junta médica llevada a cabo por los médicos de la empresa, quienes -a su juicio- habrían informado algo muy distinto a lo realmente acontecido ese día. Que el día 05/01/11 fue intimada por la apoderada de la empresa accionada a que se reintegre a sus tareas a partir del día 14/01/11, respondiendo -por su parte- que su estado de salud era delicado por lo que ponía a disposición de la patronal el certificado médico que le otorgaba una nueva

licencia hasta el 11/02/11, que nunca fue retirado por la demandada.

Finalmente, relata el resto del intercambio epistolar ocurrido entre las partes, en el cual es nuevamente requerida el 20/01/11 a reintegrarse a sus tareas laborales, y el 09/02/11 intimada bajo apercibimiento de adoptarse medidas disciplinarias, lo que ocurrió a partir del día 14/01/11 que comienzan a descontarle sus haberes, ignorando la empresa -dice- que se encontraba en período de licencia médica, por lo cual intima el pago total de su remuneración bajo apercibimiento de considerarse gravemente injuriada y despedida.

Ante la negativa de la empresa, el día 19/02/11 se considera despedida indirectamente sin causa. Luego, la demandada, en fecha 04/03/11, le comunica que tras haber sido intimada para que rectifique su postura rescisoria, sin obtener cambio alguno en su postura, entiende que su decisión importó el cese del vínculo por renuncia.

Finaliza su escrito de demanda practicando la liquidación que entiende le corresponde, plantea la inconstitucionalidad del artículo 245 de la Ley N° 20744, ofrece prueba y peticiona en consecuencia.

2. A fs. 180/220 contesta demanda también mediante la figura de letrado apoderado CASINO MAGIC NEUQUÉN S.A., negando los hechos en general y particular. Expone que la actora por motivos que su parte desconoce tomó la decisión de dejar de trabajar y optó por acudir a una serie de batería de cuestiones irreales vinculadas a su salud, refiriendo situaciones de hostigamiento que -dice- no existieron en la realidad.

Impugna la liquidación practicada en la demanda, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

3. La sentencia de primera instancia, obrante a fs. 527/537, resuelve el rechazo total de la demanda.

Para así decidir, y puntualmente sobre el tema vinculado a la apertura de esta instancia extraordinaria, la Sra. Jueza de grado entendió que la actora no pudo acreditar en el caso, ni justificar en debida forma, la causa de su ausencia laboral basada en cuestiones relativas a sus complicaciones en su estado de salud, entendiendo correcto el descuento de los haberes efectuado por la demandada, concluyendo apresurada la postura rupturista asumida por la trabajadora dependiente.

Concluye desestimando el resto de los rubros que fueron objeto de la pretensión de la demanda por daño moral e indemnización por mobbing.

4. La sentencia es apelada por la actora a 546/557vta., obrando a fs. 559/569 la contestación de los agravios por parte de la empresa demandada.

5. A fs. 574/594, y en lo que aquí incumbe, la Cámara de Apelaciones -Sala II- de esta ciudad resuelve admitir parcialmente el recurso ordinario de apelación propuesto por la parte actora, y modificar la decisión de primera instancia admitiendo la demanda en orden a la procedencia de la indemnización por despido incausado e integración de licencia por enfermedad inculpable, por la suma de \$359.549.- con más intereses y costas.

Entendió el Tribunal de Alzada que la cuestión a dilucidar se centró en una discrepancia entre el diagnóstico efectuado luego de la Junta Médica y el del médico que atendía en forma personal a la actora.

A partir de allí, consideró insuficiente que lo dictaminado por el médico de la empresa, al diferir de la opinión del facultativo de la trabajadora, alcance para intimarla a retomar sus tareas. Menos aún para proceder al

descuento de sus haberes por considerar injustificada sus inasistencias.

De este modo, entendió ajustada a derecho la decisión rupturista adoptada por parte de la accionante, y realizó los cálculos indemnizatorios correspondientes, que determinó en la suma de \$359.249.-.

A fs. 668/670vta. la Cámara de Apelaciones dicta sentencia aclaratoria de la anterior, haciendo lugar a la multa prevista en el artículo 80 de la Ley N° 20744, en orden a la falta de entrega oportuna del certificado de trabajo, servicios y remuneraciones que regula la norma, por la suma de \$51.549.-. A su vez, regula los honorarios profesionales del letrado de la parte actora, Dr. Assef, por haber sido omitidos.

6. La impugnación extraordinaria local fue introducida por la demandada, 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 el carril del inciso "b".

Por la vía nulificante, entiende que la sentencia impugnada resultaría nula por incongruente, desde que encuadraría el análisis y la resolución en un tema que no habría sido cuestionado en aquella instancia, en concreto, que hubiera discrepancia entre los certificados médicos presentados por la actora y el dictamen realizado por la Junta Médica convocada por la patronal, que habría evaluado a la Sra. Pedroza.

A su vez, denuncia que la liquidación practicada en el fallo atacado contendría rubros que no se condecirían con los pretendidos en la demanda, tal el caso del SAC para el cálculo de la indemnización por antigüedad prevista en el artículo 245 de la Ley N° 20744.

A continuación, en el marco del carril por Inaplicabilidad de Ley previsto en el artículo 15 de la Ley N° 1406, denuncia errónea interpretación y aplicación del artículo 209 de la Ley de Contrato de Trabajo, que regula expresamente la pérdida del derecho de percibir la remuneración por parte del trabajador, en caso de falta de aviso en tiempo y forma de su ausencia.

De manera subsidiaria, denuncia violación al artículo 245 de la Ley N° 20744, en cuanto al límite previsto por la norma y la inclusión del SAC en la base de cálculo de la indemnización que contempla.

Finalmente, manifiesta formular reserva del caso federal.

7. A fs. 687 el Sr. Vocal, Dr. Roberto Germán Busamia, se excusa de intervenir en las presentes en el marco del artículo 17, inciso 7, del Código Procesal Civil y Comercial de Neuquén, en concordancia con su similar artículo 30 de idéntico cuerpo normativo, en virtud de haber sido apoderado de la demandada, teniéndoselo por apartado del conocimiento de las presentes, conforme providencia de fs. 687vta. suscripta por el Sr. Presidente subrogante.

8. Mediante Resolución Interlocutoria N° 31/20 -fs. 696/698- se declaran admisibles los recursos por Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley presentados por la parte demandada.

9. A fs. 703/711 dictamina la Fiscalía General, propiciando se declare la improcedencia de los remedios extraordinarios deducidos.

II. Resumidos así los antecedentes que dan base a los recursos impetrados, corresponde ingresar al análisis de los agravios vertidos por la demandada imponiéndose despejar inicialmente la cuestión planteada en orden a la procedencia o improcedencia del remedio de Nulidad Extraordinario.

Ello así, puesto que la solicitud expresa y fundada de la declaración de nulidad precede lógicamente al recurso por Inaplicabilidad de Ley. El éxito del primero, por regla, hace inoficiosa la consideración del segundo, puesto que en caso de prosperar surgiría la ausencia de la condición "*sine qua non*" -validez del pronunciamiento- para la consideración y tratamiento del recurso por Inaplicabilidad de Ley (cfr. Acuerdos N° 04/03 "Franco", N° 1/13 "I.A.D.E.P." y N° 35/17 "Provincia del Neuquén c/ Zingoni", entre otros, del registro de la Secretaría Civil).

De este modo, corresponde considerar el recurso deducido por la demandada con invocación de las causales de omisión de cuestión esencial e incongruencia, motivos que se encuentran contemplados en el artículo 18 de la Ley N° 1406, al disponer que "*... El recurso de nulidad extraordinario procederá ... cuando se hubiere omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional, cuando la sentencia fuere incongruente, o no tuviere sustento suficiente en las constancias de autos ...*".

Abierta esta vía extraordinaria, cuadra examinar si tales vicios se configuran en la especie.

1. En esa dirección, resulta destacable que el análisis debe tener en cuenta como mínimo dos aspectos:

Por un lado, que la nulidad es el último remedio al que debe apelarse entre las múltiples soluciones que brinda el mundo jurídico. Y que, por ello, es pasible de un análisis riguroso a la luz de una interpretación restrictiva.

Y, por otro, la finalidad misma del recurso Extraordinario de Nulidad que consiste en resguardar las formas y solemnidades que constitucionalmente debe observar la judicatura en sus sentencias, de modo tal que ellas no sean deficientes o nulas por poseer algún vicio que así las torne

(cfr. Berizonce, Roberto O., "Recurso de Nulidad Extraordinario", en la obra Recursos Judiciales, dirigida por Gozáini, Buenos Aires, Editorial Ediar, 1991, p. 193).

2. De este modo y de manera preliminar, será necesario analizar si se evidencia la infracción al principio procesal de congruencia que el quejoso imputa al decisorio. Siendo dable recordar que tal principio está dirigido a delimitar las facultades resolutorias del órgano jurisdiccional en tanto exige una correlatividad entre lo pretendido y lo decidido en la sentencia.

Cuando ello no se observa, se configura la causal de incongruencia y, consecuentemente, se atenta contra el derecho de defensa en juicio consagrado en los artículos 18 de la Constitución Nacional, 27 y 58 de la Constitución de la Provincia del Neuquén.

Para determinar si el vicio bajo examen se verifica en la especie, habrá de constatarse lo pedido por las partes y lo decidido por el órgano jurisdiccional. En rigor, deberán cotejarse los agravios de la apelante, la contestación de la contraria y lo resuelto por la Cámara de Apelaciones, conforme el brocárdico "*tantum devolutum quantum appellatum*", según el cual el Juez -o Tribunal- de la apelación no tiene más poderes que los que caben dentro de los límites de los recursos deducidos.

3. Pues bien, en el caso, la queja del recurrente indica que la incongruencia del decisorio dictado por el Tribunal de Alzada resultaría de la confusión en el encuadre del caso allí presentado.

De este modo, denuncia el impugnante que el desatino del fallo de la Cámara de Apelaciones radica en encuadrar el análisis como una discrepancia entre el diagnóstico efectuado luego de la junta médica y el del profesional de la salud que

atendía en forma personal a la actora. A partir de allí, efectúa el desarrollo de los argumentos.

Examinadas las actuaciones, surge que:

a) La actora refiere que luego transitar un embarazo de riesgo que culminó en el nacimiento de su segunda hija y, en oportunidad de reincorporarse a sus labores en el mes de mayo del año 2010, ante el cambio en el directorio de la empresa con motivo de la renovación de autoridades, denuncia que se inicia una persecución hacia su persona. Que -por ello- comienza a vivenciar afectaciones en su salud física y psíquica, por las que a partir de septiembre de ese año comienza licencias por enfermedad inculpable.

Sostiene que, en el mes de diciembre siguiente, concurre a una junta médica programada por la demandada, que se llevó a cabo con la presencia de un médico clínico y un médico psiquiatra contratados por la patronal al efecto, quienes dictaminan que se encontraba en condiciones de retornar a sus tareas habituales.

Manifiesta que, el 5 de enero de 2011, recibe carta documento en la cual se la intima a reintegrarse a sus labores a partir del 14 de enero siguiente. Que rechaza tal misiva el 12 de ese mes, poniendo a disposición de la empresa, en el domicilio de un estudio jurídico, un certificado médico que le otorga licencia a partir de ese día y hasta el 11 de febrero siguiente.

Que el 20 de enero es intimada a reintegrarse, y el 9 de febrero nuevamente es requerida a retomar labores, bajo apercibimiento de adoptarse medidas disciplinarias. Destaca la actora que el presunto certificado médico puesto a disposición no fue retirado por la empresa, procediendo a descontar sus haberes desde el 14 de enero, ignorando -dice- la justificación de sus licencias.

Culmina sosteniendo que ante la negativa de la demandada en retirar el certificado que daría cuenta de su imposibilidad de reintegrarse; y el descuento realizado sobre sus haberes, se ha producido un gravamen irreparable y una injuria de entidad suficiente para considerarse despedida sin causa. Anoticia tal decisión rupturista el 19 de febrero del 2011, e intima el pago de las indemnizaciones que estima adeudadas.

Ante la inobservancia de sus reclamos por parte de la empresa, inicia la presente acción persiguiendo el cobro de lo que entiende le corresponde por derecho.

b) A su turno, la demandada luego de cumplimentar con la negativa que le impone el rito, sostiene que tras el cambio y reestructuración de la empresa, la actora continuó con todas las funciones gerenciales que ostentaba, siendo ratificada en designación de RRHH-Legales.

Manifiesta haber respetado el inicio de sus licencias médicas en junio del 2010 hasta la arbitraria decisión -dice- de colocarse en situación de despido indirecto.

c) En lo que aquí nos interesa, la sentencia dictada en la primera instancia expresa que "... las cuestiones a dilucidar son ... las circunstancias en que se produce la desvinculación de la actora ..." (cfr. fs. 530).

La sentenciante analiza el intercambio epistolar reconocido por ambos litigantes, destacando que allí surgen las posturas de las partes en tanto la actora refiere la imposibilidad de concurrir a trabajar en virtud de una particular situación de salud, y la demandada sostiene que se trata de faltas injustificadas y que la accionante es reticente en volver a trabajar.

Luego, la Sra. Jueza considera que la actora no ha acreditado ni justificado debidamente la causa de su ausencia basada en cuestiones relativas a las complicaciones de su

estado de salud, dado que no ha acompañado a la causa certificado médico que lo avale, ni ha acreditado comunicación alguna suficiente a su empleadora respecto del certificado médico aludido en su misiva del 12 de enero del 2011; entiende correcto el descuento de los haberes realizado por parte de la accionada a partir del día 14/01/11. Considera -además- apresurada la decisión de considerarse despedida.

En conclusión, tuvo por injustificadas sus ausencias a partir del 14 de enero de 2011.

d) La actora apela y concreta su agravio al enfatizar que se ha exigido el cumplimiento de un requisito que el artículo 209 de la Ley N° 20744 no estipula, cual es la adjunción de certificado médico que acredite la dolencia padecida. Destaca que la demandada ya conocía sus patologías, dado que venía haciendo uso de licencias médicas desde antes, agregando que los certificados que fueron puestos a disposición de la accionada mediante carta documento de fecha 12 de enero de 2011, solo prescribían la extensión de la licencia médica por idénticos diagnósticos.

Entiende arbitrario el razonamiento de la Magistrada de grado, en orden a considerar que las reiteradas intimaciones y posterior descuento de haberes realizado por la demandada, resultaron derivaciones del antes mencionado artículo 209 de la LCT, frente a la presunta reticencia de la actora en volver a trabajar y de justificar su ausencia mediante la presentación de constancias médicas que lo avalen.

e) Por su parte, la demandada contesta el memorial de agravios y solicita el rechazo del recurso de apelación.

f) A poco de ingresar en el análisis del decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones sobre el puntual agravio, se advierte que modifica parcialmente el fallo dictado en la instancia anterior, empero sobre una base fáctica diferente, tal como se aprecia del desarrollo realizado a partir de fs.

587. En concreto, el enfoque de fs. 587vta., segundo y tercer párrafo, sobre el cual sustenta la base argumentativa.

Allí se expresa que *"... De la lectura de los antecedentes acompañados y el intercambio telegráfico, entiendo que lo que sucedió no fue una falta de aviso o de justificación sino una discrepancia entre el diagnóstico efectuado luego de la Junta Médica y el del médico que atendía en forma personal a la actora ..."*.

Y también se señala que *"... En ese sentido, la insistencia de la empleadora en actuar como si la actora se encontrara en situación de retornar a trabajar se basa exclusivamente en el dictamen de la Junta Médica emitido por el médico de la empresa ..."*.

Pues bien, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal de Alzada, la controversia no se centra en la discordancia entre lo dictaminado por los médicos contratados por la empresa que llevaron a cabo la junta médica, y lo diagnosticado por los profesionales tratantes de la actora.

Antes bien, la cuestión debatida ha quedado determinada en la falta de justificación suficiente que avale la ausencia de la trabajadora dependiente, más allá de la finalización de los períodos de licencia reconocidos mediante sendos avales médicos presentados por los especialistas en psiquiatría y medicina clínica, cuyos vencimientos operaron los días 12 y 13 de enero de 2011 -respectivamente-, que aparejó luego el descuento de los haberes que realizó la empresa.

Es que, tal como se mencionó, al momento de presentar el recurso ordinario de apelación, la actora concentró su impugnación en la exigibilidad de acreditar mediante certificado médico su estado de salud invalidante para prestar tareas, con el posterior descuento sobre su remuneración de los días de trabajo presuntamente injustificados, que conformó

el incumplimiento que, con posterioridad, dio base al distracto.

Por consiguiente, el Tribunal de Alzada debía analizar si la carta documento remitida por la Sra. Pedroza el día 12 de enero de 2011 obrante a fs. 14, tuvo entidad suficiente para cumplimentar la carga que prevé el artículo 209 de la Ley N° 20744, y de este modo evaluar si el descuento de los días a partir del 14 de enero importó o no, un incumplimiento que avale la injuria alegada como base de ruptura del contrato de trabajo por parte de la trabajadora.

Cabe destacar aquí que ambas partes resultan contestes sobre los períodos de licencia por enfermedad inculpable que venía usufructuando la actora desde el mes de septiembre de 2010 por patologías psiquiátricas y clínicas y que justificaron sus ausencias desde esa fecha y hasta el 12 y 13 de enero de 2011 -respectivamente-. Después, la discusión entre las partes comienza a partir de la notificación enviada por la patronal para reintegrarse a su puesto de trabajo el 14 de enero de 2011, una vez finalizadas las prescripciones médicas antes indicadas.

Por tanto, el control médico llevado a cabo por la empresa, en el marco del artículo 210 de la Ley N° 20744, mediante la junta médica realizada el 20 de diciembre de 2010, versó sobre esas patologías.

Claramente, no puede discreparse sobre algo que se desconoce.

De este modo, se aprecia la falta de congruencia en la decisión de la Cámara de Apelaciones, en virtud de la no correspondencia entre lo que ha sido materia de agravio y lo resuelto, ya que, como se dijo, ha desbordado el límite establecido para su conocimiento, que está circunscripto por el recurso de apelación y su responde.

Es que, tal como surge de la carta documento de fs. 15 que dio inicio al intercambio epistolar, en fecha 5 de enero de 2011, la empresa le notifica a la trabajadora que deberá reintegrarse a sus labores el día 14 de enero siguiente.

Si bien el texto alude a los controles médicos efectuados en diciembre, que concluyeron en la inexistencia de contraindicaciones médicas o clínicas que le impidan a la actora cumplir su cometido laboral, claramente se expresa que encontrándose próximos a vencer los lapsos de licencias comunicados anteriormente, los días 12 y 13 de enero, deberá reincorporarse el 14, día siguiente a la fecha del último vencimiento.

Luego, la actora responde en fecha 12 de enero y tras denunciar -entre otras cosas- la aparente carencia de habilitación de uno de los doctores que conformó la junta médica, y las conclusiones allí plasmadas, pone a disposición en el Estudio Jurídico, domicilio y horario que menciona, un certificado médico que indicaría nuevos reposos hasta el 11 de febrero de ese año.

A partir de allí comienza el derrotero que culmina con la ruptura decidida por la accionante.

De este modo, resulta evidente que el Tribunal de Alzada al momento de realizar el análisis del motivo del distracto, ha actuado en exceso de la competencia que ejerce, al juzgar sobre circunstancias distintas de las planteadas por las partes, omitiendo decidir sobre cuestiones sometidas a su jurisdicción.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que *"... la jurisdicción de las cámaras está limitada por los términos en que quedó trabada la relación procesal y el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la*

prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 301:925; 304: 355; 308:552, entre muchos otros) ..." (CIV 69715/2004/1/RH1, "Bercum Carlos y otros c/ S.A. La Nación y otros s/ daños y perjuicios", sentencia del 04/09/2018).

Por lo expuesto, concluyo que el fallo recurrido, en orden al análisis efectuado con relación a las circunstancias que motivaron el despido indirecto en que se coloca la dependiente, evidencia el vicio de incongruencia al resolver omitiendo dar tratamiento a cuestiones esenciales propuestas por las partes, lo que motiva por sí, su nulidad (artículo 18, Ley N° 1406), pero solo parcialmente (cfr. Acuerdos N° 8/01 "Kees", N° 23/09 "Carrasco" y N° 3/20 "Marchena", entre otros, del registro de la Secretaría interviniente). Esto es, solo circunscripto al puntual agravio del recurso de apelación interpuesto por la actora, dejando subsistente el resto de la resolución.

Ello así, merced a que el acto jurisdiccional puede contener diversos aspectos en cuanto al objeto litigioso que, aun cuando se cierran en su debate en la sentencia total definitiva, constituyen parcialidades escindibles, con lo que su nulidad no acarrea necesariamente la del acto jurisdiccional todo (cfr. Acuerdos N° 180/96 "Kees", N° 8/99 "Arenas", N° 25/00 "Frías" y N° 3/20 "Marchena", del registro citado).

De consiguiente, el tratamiento del resto de las causales casatorias esgrimidas por Inaplicabilidad de Ley, deviene abstracto.

III. De conformidad con lo preceptuado por el artículo 21 del ordenamiento casatorio, habrá de recomponerse el litigio, para lo cual corresponde resolver respecto de la

apelación deducida por la actora contra el decisorio dictado en el Primera Instancia.

En esa dirección y a tenor de los agravios planteados por la actora en el recurso ordinario de apelación, vinculados con los motivos de la impugnación extraordinaria, he de analizar entonces si la notificación cursada el 12 de enero de 2011, que obra incorporada a fs. 14, ha cumplimentado la carga que deriva del artículo 209 del ordenamiento laboral sustantivo, en cuanto dispone que *"... El trabajador, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no la haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada ..."*.

La directriz que impone la norma se justifica plenamente puesto que recién a partir del conocimiento adecuado que tenga el empleador de la situación que aqueja al trabajador/a, puede ejercer sus derechos de control al estado de salud y cumplir con sus obligaciones de asistencia y pago de salarios respectivos, conforme lo estipula el artículo 209 de la Ley de Contrato de Trabajo. También se evidencia en las necesidades de organizar la producción y el funcionamiento de la empresa ante la ausencia del trabajador/a enfermo (cfr. Ojeda, Raúl, "Ley de Contrato de Trabajo", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2ª edición actualizada, t. III, p. 96).

Si bien la pauta legal no requiere la acreditación de la enfermedad o accidente mediante la adjunción de certificado médico que lo avale, ello por sí solo no puede derivar en la orfandad absoluta de especificaciones sobre las circunstancias

que rodean la inasistencia. Caso contrario se desvirtuaría el fin que se intenta resguardar al responsabilizar al operario/a con la notificación efectiva de su ausencia.

No debe confundirse tal exigencia con la innecesidad de brindar información exhaustiva sobre los padecimientos incapacitantes que pudiera presentar el trabajador/a, que se relaciona con el resguardo del derecho fundamental a la intimidad, puesto que, en cualquier caso, al empleador siempre le quedará la posibilidad de corroborar cualquier afectación mediante el ejercicio de la facultad de control que le otorga el artículo 210 de la Ley N° 20744.

Es que, el requerimiento del aviso efectivo se vincula estrechamente con los deberes de conducta exigibles a ambas partes dentro del contrato de trabajo establecidos y que derivan de los artículos 62 y 63 de la Ley N° 20.744.

Tal como señala reconocida doctrina que comparto "... *En el fondo, la fidelidad no sólo etimológicamente sino materialmente, es otra expresión de aquella buena fe que tanta importancia tiene en el contrato de trabajo y que por lo tanto engloba todo un conjunto de deberes recíprocos emanados del espíritu de colaboración y confianza que también en el terreno interindividual caracteriza a la relación de trabajo ...*" (Krotoschin, Ernesto, "Instituciones del derecho del trabajo", Buenos Aires, Depalma, 1947).

En definitiva, la exigencia de buena fe como calificativo del comportamiento de las partes, interviene como una pauta de valoración de la conducta jurídicamente relevante, cuando existen reglas jurídicas que cumplimentar.

A partir de allí, la ponderación del actuar esperado debe analizarse teniendo en consideración las circunstancias en las que se manifiesta cada supuesto y en cada hipótesis concreta, dado que "... *la aplicación de las conductas sociales debe ser adecuada a las circunstancias de modo,*

tiempo y lugar según las cuales deben ser resueltos los casos concretos ..." (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado práctico de derecho del trabajo", Buenos Aires, La Ley, 1989, t. II, p. 990). Ello se conecta íntimamente con el deber de diligencia que preveía el artículo 902 del viejo Código Civil, hoy artículo 1725 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esto es así puesto que "*... en lo que al trabajador/a se refiere, la intensidad de los deberes de conducta es acorde con el compromiso -mayor o menor- que aquél adquiere en mérito a la mayor exigencia que resulta esperar de quien ostenta una más alta jerarquía ..."* (Ackerman, Mario, "Tratado de Derecho de Trabajo", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2014, t. III p. 22).

En otras palabras, será mayor el compromiso de un trabajador/a que se encuentre en un cargo gerencial dentro de la empresa y cuente con una amplia antigüedad, puesto que mientras más importantes sean los servicios prestados, más debe ajustar su conducta a la buena fe y a la moral.

Cabe resaltar -sin que exista controversia al respecto- que la actora al momento de comenzar el intercambio epistolar que culminó con la resolución del contrato de trabajo, ocupaba el cargo de gerente de recursos humanos en la empresa demandada.

A su vez, tampoco existe controversia con relación a las licencias médicas por patologías psiquiátricas y clínicas que venía usufructuando la Sra. Pedroza desde el mes de septiembre del año 2010, y sobre la notificación efectuada por parte de la accionada para que, una vez finalizadas las licencias médicas los días 12 y 13 de enero del 2011, se reintegre a sus labores.

Después la actora responde tal notificación dando a conocer los nuevos reposos considerados por el médico que la

asiste, y poniendo a disposición del Casino Magic S.A. el certificado médico respectivo.

A partir de allí, el debido aviso que de manera adecuada y efectiva debía brindar la trabajadora sobre la continuidad de su estado incapacitante, luce insuficiente.

Es que, tal como sostuve con anterioridad, si bien nuestro ordenamiento no exige la acreditación de la enfermedad mediante la adjunción del certificado médico que la avale, en el caso, considerando que la trabajadora ocupaba un cargo de jerarquía relevante en la empresa, lo que supone la necesidad de su inmediata cobertura para el desarrollo empresarial, en virtud de las vastas tareas desarrolladas, de las cuales dan cuenta los testimonios producidos en la causa a fs. 287/310vta., y que venía haciendo uso de licencias por dos patologías diferentes desde meses atrás, la conducta adoptada no fue la adecuada.

Resulta destacable que en la carta documento del 12 de enero, la actora menciona la prescripción médica de "nuevos reposos", sin indicar a cuál de las dos patologías se refería, imposibilitando ejercer debidamente la facultad de control médico adecuado que el artículo 210 de la Ley N° 20744 le otorga a la empresa contratante, lo que también contraviene el deber de fidelidad y buena fe.

Tanto la obligación -que luego fue una carga- del dependiente de poner en conocimiento del empleador la circunstancia impeditiva, como el derecho del empleador a controlar la situación de incapacidad, son producto de una evolución jurisprudencial posterior a la Ley N° 11729, que habría de ser luego receptada por la Ley de Contrato de Trabajo en el Capítulo I, Título X.

El artículo 226 del texto originario de la LCT, si bien proclamaba la oportunidad del aviso, no indicaba un plazo ni se refería a la posibilidad de control por parte del dador

del empleo. Si bien establecía que su omisión importaba un acto de indisciplina, indicaba que el derecho a los salarios no caducaba si se acreditaba la existencia de enfermedad o accidente en forma inequívoca, bastando para ello un certificado médico que lo acredite.

El actual artículo 209 del ordenamiento laboral, luego de la reforma producida por la Ley N° 21297, aprobada mediante Decreto N° 390/76, vincula el deber de dar aviso por parte del trabajador con el derecho de control del empleador, lo que llevó luego a considerar que si bien no cabía exigir formalidad alguna en cuanto a la manera de practicar el aviso, dada su finalidad luce evidente que debe hacerse en tiempo oportuno y en forma tal que permita al empleador hacer las verificaciones pertinentes (cfr. Ackerman, Mario - Sforsisi, María Isabel, "Ley de Contrato de Trabajo", Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2016, t. III, p. 732).

De consiguiente, entendiendo que las ausencias a partir del vencimiento de la última licencia por enfermedad gozada, que operó el 13 de enero del 2011, no se encuentran justificadas, resultó ajustado a derecho el descuento efectuado por la patronal sobre los haberes de la trabajadora, en el marco de lo establecido por el artículo 209 de la Ley N° 20744, perdiendo virtualidad la injuria alegada como sustento del distracto decidido por la actora, sobre la base de esas deducciones que la accionante habría considerado como indebidas.

Todo lo expuesto lleva sin más a revocar en lo pertinente la sentencia dictada a fs. 574/594 por la Cámara de Apelaciones.

IV. Por lo expuesto, siendo que a fs. 668/670vta. obra sentencia aclaratoria dictada por el Tribunal de Alzada que no fue motivo de impugnación alguna por las partes, que admite la multa prevista en el artículo 80 de la Ley N° 20744

por la suma de \$51.549.- y modifica la regulación de los honorarios profesionales incorporándolos para el Dr. Joel Assef, por haber sido omitido en su oportunidad, procede declarar la nulidad parcial de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones; rechazar en su mayor extensión el recurso de apelación deducido por la accionante y, en su mérito, admitir parcialmente la demanda haciendo lugar a la misma por el importe mencionado de \$51.549.- con más los intereses establecidos a fs. 592vta./593.

V. Respecto de la tercera cuestión planteada, en relación con las costas, atento la nulidad parcial declarada y el resultado del pleito, habrán de imponerse en todas las instancias en un 90% a cargo de la actora y en un 10% a cargo de la demandada (artículos 17 de la Ley N° 921, 68, segundo párrafo, 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 de Nulidad Extraordinario impetrado a fs. 609/665vta. por la demandada -CASINO MAGIC NEUQUÉN S.A.- por haber incurrido en la causal de omisión de cuestión esencial e incongruencia contemplada en el artículo 18, 2° párrafo, de la Ley N° 1406 y, en consecuencia, nulificar parcialmente el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 574/594, por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2)** Recomponer el litigio mediante el rechazo en su mayor extensión del recurso de apelación deducido por la actora -Sra. Cecilia Gabriela Pedroza- a fs. 546/557vta. y, en su mérito, revocar la sentencia dictada en la primera instancia admitiéndola parcialmente por la suma de \$51.549.-, en concepto de la multa prevista por el artículo 80 de la Ley N° 20744, admitido mediante sentencia aclaratoria de fs. 696/698, con más los

intereses aludidos en los considerandos. **3)** Imponer las costas de todas las instancias en un 90% a cargo de la actora y en un 10% a la demandada (artículos 17 de la Ley N° 921, 68, segundo párrafo, del Código de Procedimiento 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 **ALFREDO ELOSU LARUMBE** dice: adhiero a los argumentos y solución propiciada por el doctor **EVALDO D. MOYA**, votando en idéntico sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, oída la Fiscalía General, **SE RESUELVE:** **1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extraordinario impetrado a fs. 609/665vta. por la demandada -CASINO MAGIC NEUQUÉN S.A.-, por haber incurrido en la causal de omisión de cuestión esencial e incongruencia contemplada en el artículo 18, 2° párrafo, de la Ley N° 1406 y, en consecuencia, **NULIFICAR PARCIALMENTE** el decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala II- de esta ciudad, obrante a fs. 574/594, por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2°) RECOMPONER** el litigio mediante el rechazo en su mayor extensión del recurso de apelación deducido por la actora - Sra. Cecilia Gabriela Pedroza- a fs. 546/557vta. y, en su mérito, **REVOCAR** la sentencia dictada en la primera instancia **ADMITIÉNDOLA PARCIALMENTE** por la suma de \$51.549.-, en concepto de la multa prevista por el artículo 80 de la Ley N° 20744 -admitida mediante sentencia aclaratoria de fs. 696/698-, con más los intereses determinados en los considerandos. **3°) IMPONER** las costas de todas las instancias en un 90% a cargo de la actora y en un 10% a la demandada (artículos 17 de la

Ley N° 921, 68, segundo párrafo, 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 regulando 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. 695 (artículo 11, Ley N° 1406). **6°)** Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse las actuaciones a origen.

Dr. EVALDO D. MOYA - Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE
Dr. JOAQUIN A. COSENTINO - Secretario