

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Departamento del mismo nombre de la Provincia del Neuquén, a los siete -07- días del mes de Julio del año dos mil veintitrés -2023- la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; integrada con el Dr. Pablo G. Furlotti y la Dra. Alejandra Barroso con la presencia de la Secretaria de Cámara, Dra. Norma Alicia Fuentes dicta sentencia en estos autos caratulados: **"BECHI GABRIEL EMANUEL C/ LOMA NEGRA C.I.A.S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** (Expte. JZA1S2 70976/2020) del Registro del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Juicios Ejecutivos N° 1 de la III Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Zapala, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de dicha localidad dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la **Dra. Alejandra Barroso**, dijo:

I.- A fs. 249/262 luce la sentencia definitiva de primera instancia de fecha 18 de Noviembre del 2022, mediante la cual la jueza interviniente hace lugar a la demanda promovida por el Sr. Gabriel Emanuel Bechi, condenando a Loma Negra C.I.A.S.A., a abonar las sumas de pesos que determina, en concepto de capital con más los intereses fijados en los considerandos desde que cada rubro es debido y hasta su efectivo pago.

Impone las costas y difiere la regulación de honorarios.

Este pronunciamiento es recurrido por la parte demandada por apoderada a fs. 270/275. Corrido el pertinente traslado de los agravios a la parte actora, lo contesta por apoderado a fs. 276/278.

II.- Agravios.

a.- La recurrente en primer lugar se agravia por la improcedente presunción en su contra que la jueza impone en la sentencia, valorando arbitrariamente los hechos y la prueba rendida. Señala que la sentenciante olvida que en julio y agosto de

2020 regían en la provincia las más estrictas medidas de confinamiento y restricción de circulación.

Indica que la magistrada omite esa grave situación de público y notorio conocimiento, y al contrario interpreta correcto el apercibimiento dispuesto en un plazo de 72 horas el que esa parte entiende irrisorio, y peor aún considera inexistente la respuesta brindada por la empleadora tan sólo 3 días después de vencido tan exiguo plazo.

Manifiesta asimismo que aplica erróneamente la presunción del art. 57 de la LCT.

Por otro lado entiende que yerra al no permitir un plazo razonable como explica la norma dentro del contexto de emergencia y aislamiento general; que en el contexto de la pandemia COVID-19 semejante interpretación constituye un exceso ritual manifiesto.

La sentencia considera que el actor ha tenido razones justificadas para colocarse en despido indirecto ante la supuesta falta de respuesta del empleador a la intimación cursada por telegrama del 29/07/2020 en la cual solicitaba se le abonen haberes y se le asignen tareas.

La magistrada considera válido el distracto indirecto comunicado mediante telegrama el 07/08/2020 por no haber recibido respuesta, pese a haber sido respondida el mismo día, por lo que aplicó la presunción en contra del empleador (art. 57 LCT).

Señala que la sentencia omite valorar el contexto público y notorio del brote de coronavirus declarado por la OMS el 11/03/2020, siendo que el gobierno nacional reconoció la emergencia pública mediante DNU 260/20, y en el territorio provincial se reconoció tal contexto mediante la Ley 3230.

Menciona que frente a tal emergencia sanitaria, se dispusieron medidas de restricción y tránsito, aislamientos obligatorios y restricción de circulación.

Señala que al omitir ponderar tal contexto e imponer una sanción de presunción en contra basada en el vencimiento del exiguo plazo de respuesta, la sentencia deviene arbitraria. Vulnera la

doctrina que impone flexibilizar las exigencias formales de toda norma durante la pandemia, precisamente por constituir un evento de fuerza mayor ajeno al control de las partes.

Expresa que en el caso, la sentenciante omitió considerar la falta de causalidad (la demora no es imputable al empleador).

Por lo expuesto, pide se interpreten los hechos sin presunción alguna en su contra, solicitando se revoque la sentencia. Por ello, señala que la decisión de considerarse el trabajador en situación de despido en forma indirecta "por silencio" de la quejosa, deviene infundada, por no haber existido tal silencio.

Luego manifiesta que igual de errónea, aunque no hace a la decisión de fondo, es la mención que se hace en la sentencia respecto a que la misiva del 07/08/2020 fue la primera que anotició al trabajador sobre el ingreso en situación de reserva de puesto. Ello fue así en tanto fue la primera notificación posterior al vencimiento del plazo de licencia paga, por cuanto se reconoce que "el Sr. Gabriel Emanuel Bechi, se encontraba ausente de sus tareas habituales desde el mes de julio de 2019".

b.- Como segunda cuestión, plantea que la jueza reconoce expresamente en la sentencia que el trabajador comenzó "un también extenso, período de licencia por enfermedad".

Indica que los exámenes posteriores a ausencias prolongadas tienen como propósito detectar las patologías eventualmente sobrevenidas durante la ausencia, como forma de registro ante eventuales contingencias sistémicas.

Que ante la larga ausencia del trabajador, su parte optó por ejercer esa facultad y hacer el pertinente control médico por ausencia prolongada que, según la norma "solo podrán realizarse en forma previa al reinicio de las actividades del trabajador". Sin embargo, el trabajador volvió a evadir su obligación, razón por la cual nunca pudo cumplirse el reingreso. Dice que esta situación se omitió valorar.

Expone que sin embargo la jueza interpreta que esa exigencia en forma implícita se traduce en la negativa a otorgar tareas. Por el



contrario, entiende que esa exigencia es el cumplimiento de una opción legal otorgada al empleador en resguardo de sus derechos.

Que, apoyada en tal yerro, la jueza encuadra los hechos en una supuesta discrepancia médica, y las vías para su dilucidación cuando nada tiene que ver con el caso.

Postula que nos encontramos frente a un trabajador que primeramente evadió el control médico de la enfermedad inculpable que alegó, y a posteriori evadió el control médico de reingreso por ausencia prolongada que en base a la normativa vigente, pretendió realizar el empleador.

Así, el incumplimiento del trabajador implicó el no devengamiento de su salario, razón por la cual la terminación del vínculo de su parte resultó infundada, pues la falta de pago estaba causada por una injustificada negativa del trabajador a someterse a los controles médicos pertinentes.

c.- En tercer lugar, expresa que la sentencia pone en evidencia lo expresado en la contestación de demanda, respecto a la práctica habitual del actor de negarse a recibir las intimaciones del empleador pese a estar dirigidas a su domicilio.

Refiere al informe de fs. 97 en cuanto las notificaciones eran diligenciadas en su domicilio, pero devueltas a su remitente por plazo vencido no reclamada. Luego en conducta contraria a sus propios actos, el actor las admite en tanto refiere a ellas en forma expresa e incluso adjunta copia de las mismas como bien se señala en la sentencia.

En una infundada interpretación, la jueza considera que habrían sido recibidas por una persona del empleador, contradiciendo el informe del Correo Argentino respecto a su recepción. Entiende que habrían sido devueltas a su remitente sin llegar a conocimiento del trabajador. Y por ello erróneamente entiende que el descuento de los salarios no se ajustó a derecho.

Expresa que las misivas de fechas 31/01/2020 y 20/02/2020 fueron notificadas al trabajador, no habiendo lugar para elucubraciones que sin sustento se formulan en la sentencia

respecto al nombre del receptor, por lo que la jueza decide en contradicción con la prueba rendida, ello sumado a que las misivas se dirigieron correctamente al domicilio del trabajador.

Expone que el trabajador evadió controles médicos en el año 2019. Luego se negó a recibir al Dr. Cárdenas para control médico y no asistió posteriormente a otra convocatoria del control ya a comienzos del año 2020.

Por lo expuesto, entiende evidente la contradicción entre la prueba producida y la conclusión de la sentencia, lo que la convierte en arbitraria.

Hace breves manifestaciones dogmáticas en relación a los derechos y obligaciones de los trabajadores y el abusivo ejercicio de prácticas a fin de obtener ventajas indebidas a costa de la parte empleadora.

d.- Finalmente, manifiesta que la conducta de su representada se ajustó a derecho, destaca a su vez la voluntad de no romper el vínculo laboral. Pide se la exima de la aplicación de la sanción del art. 2 de la ley 25323.

Reitera que el distracto se concretó en forma indirecta por el empleado, por no haber recibido respuesta, según dice. Sin embargo la respuesta existió, aunque la demora se justifica por causas ajenas al empleador.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se haga lugar al recurso interpuesto, con costas.

Formula reservas recursivas.

III.- Contestación de agravios.

La actora en su responde, con relación al primer agravio, entiende que la sentencia no resulta arbitraria ya que posee fundamentos serios jurídicos y basados en la prueba producida en la causa.

Agrega que la demandada recién en la oportunidad de producir agravios, agrega la situación de la pandemia por COVID 19, que tal situación le dificultó contestar en tiempo y forma un telegrama

realizado por el trabajador, nunca lo manifestó en la contestación de demanda ni siquiera lo alegó en sus alegatos finales, por lo que trata de introducir un agravio por la pandemia recién en esta oportunidad procesal en forma tardía por lo que pide se rechace, ya que debió alegarlo en la contestación de demanda.

Refiere a la numerosa prueba aportada por la demandada, que constan en los telegramas enviados por el trabajador, los que enuncia por fechas. Con lo cual, concluye que si un simple trabajador pudo ir hasta el correo a mandar cuantiosos telegramas al Correo Argentino Sucursal Zapala, entiende irracional que una empresa con cuantiosos empleados no pueda hacer lo mismo.

Agrega que el Correo Argentino se encontraba como una actividad de excepción, trabajando casi con normalidad solo que en ese período con horarios más acotados pero sin cerrar sus puertas, por lo que el agravio de la pandemia debe rechazarse por tardío ya que no lo alegó en su contestación de demanda para que la jueza analice la dificultad que presuntamente le ocasionó dicha situación, sino que es improcedente ya que el Correo Argentino funcionó como actividad excepcional como antes refirió.

En cuanto al plazo de 72 hs. que el trabajador intimó a su empleadora, destaca que desde el 28/07/2020 al 07/08/2020 existen 8 días hábiles y 10 días corridos, es decir que el trabajador le dio más de 72 horas para que conteste; no es que el trabajador a las 72 hs. exactas mandó el telegrama de despido indirecto por falta de contestación. La demandada contestó el mismo el día 07/08/2020 lo cual la jueza analiza y explica.

Conforme se sostiene en la sentencia, la respuesta de la demandada efectuada a los 8 días hábiles, es decir 192 hs. después, fue por la negativa y rechazando la totalidad del pedido del trabajador, por ende la injuria igual se constituyó. Cita lo dispuesto por el art. 57 LCT.

Respecto al segundo agravio, considera errónea la cita de la Resolución 43/97, modif. por Resolución 37/10 de la SRT, en tanto en autos resulta inaplicable por tratarse de enfermedad inculpable;

y tampoco fue alegado en la contestación de demanda por lo que considera tardío el planteo a más de improcedente.

Cita lo dispuesto en el art. 208 de la LCT, y el resultado de los diversos controles médicos efectuados por la empleadora, todo lo cual ha sido debidamente analizado por la magistrada de la anterior instancia.

Por último, con relación al tercer agravio, expresa que fue la empleadora quien se negaba a recibir los certificados médicos remitidos por el trabajador.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad y solicita se rechace el recurso interpuesto, con costas.

IV.- 1.- Adelanto que considero que las quejas traídas cumplen mínimamente con la exigencia legal del art. 265 del CPCC, con las salvedades que he de efectuar puntualmente.

He realizado la ponderación con un criterio favorable a la apertura del recurso, en miras de armonizar adecuadamente las prescripciones legales, la garantía de la defensa en juicio y el derecho al doble conforme (art. 8 ap. 2 inc. h) del Pacto de San José de Costa Rica), a la luz del principio de congruencia.

En este aspecto, entiendo que el derecho al recurso integra las garantías del debido proceso, conforme se establecen en el art. 8 de la CADH, las cuales son aplicables en todos los procesos sin importar la materia de que se trate, conforme jurisprudencia de la Corte IDH (OC N°18/03 del 17/9/2003, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124, entre otros).

Estas garantías procesales deben servir como pautas interpretativas de lo dispuesto en los códigos de procedimiento, entre ellos los arts. 265 y 266, en tanto estas normativas cumplen la función de reglamentación de esas garantías constitucionales.

En ese orden de ideas es que considero debe tenerse en cuenta esta dimensión constitucional del procedimiento civil con fundamento en las garantías del debido proceso (arts. 18 y 75 inc.

22 de la Constitución Nacional; arts. 27 y 58 de la Constitución de la Provincia de Neuquén).

También, puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir al apelante en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

2.- La sentenciante principia por determinar que la cuestión litigiosa radica en el distracto, y a partir de allí si el actor ha tenido razones justificadas para colocarse en situación de despido indirecto.

Considera el intercambio telegráfico en orden a la configuración del despido indirecto, conforme intimación cursada por el actor a la demandada mediante la cual intima por el plazo de 72 hs. para que se le abonen los haberes reclamados en su anterior comunicación más el faltante de los meses de junio y julio de 2020 así como también se le otorguen tareas, bajo apercibimiento de considerarse injuriado y despedido.

Pondera que ante el silencio de la demandada el actor se considera despedido en forma indirecta. La a quo analiza esta situación, sin perjuicio de lo cual concluye que, aún tardía la respuesta, de todas maneras contenía el rechazo de los reclamos de haberes del actor e implícitamente una negativa de tareas.

La magistrada arriba a la conclusión que en los meses de febrero y marzo no se abonó haberes completos y que en abril y mayo la liquidación no arrojó monto a favor del actor. Analiza si la conducta de la empleadora al proceder al descuento de los días de ausencia que aquella consideró no justificados en virtud de la negativa del Sr. Bechi a someterse al control médico, se ajustó o no a derecho, concluyendo por la negativa.

Ello en tanto las notificaciones intentadas en epistolares del 31/01/2020 y 20/02/2020 no ingresaron en la esfera de conocimiento del trabajador, por lo cual la a quo consideró que la conducta de la empleadora no se ajustó a derecho, de lo que devino procedente

el reclamo del actor en orden al pago de tales diferencias y haberes no cancelados.

Agregó, en orden a la restante causal invocada, que constituye injuria la conducta imputada a la empleadora por la negativa a otorgar tareas no obstante el alta comunicada por el trabajador, y que la fundamentación dada por la patronal conforme el control efectuado por el profesional designado por ésta última que opinaba en contrario al médico tratante del trabajador no dirimía la diferencia de criterios, debiendo haber ocurrido a la consulta de un profesional externo a las partes a través de la vía judicial, a fin de respetar el debido proceso y derecho de defensa de las partes.

Concluye conforme las consideraciones sintetizadas precedentemente que el dependiente ha tenido razones suficientes para considerarse injuriado y en situación de despido indirecto por exclusiva culpa de la empleadora en los términos del art. 246 de la LCT.

Declara la procedencia de los rubros reclamados conforme consigna, cuestión esta que no ha sido motivo de cuestionamiento por el apelante, con excepción de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323.

3.- Sentadas las posturas de las partes y, sintéticamente lo resuelto por la a quo, ingresaré al tratamiento de los agravios traídos.

a.- Primer agravio.

Expuestos someramente los extremos relevantes del caso conforme el recurso en análisis, he de recordar que las facultades decisorias de los tribunales de segunda instancia están limitadas al conocimiento de las cuestiones que: 1) hayan sido oportunamente propuestas a la decisión del inferior y 2) no hayan sido expresa o implícitamente excluidas por el apelante.

En relación a la primera de las limitaciones enunciadas, el art. 277 del Código Procesal Civil dispone que el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez

de primera instancia. No obstante deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de mérito; es decir que el ámbito de conocimiento de la Alzada se encuentra limitado, entonces, no por lo decidido en el origen, sino por las cuestiones articuladas por las partes y sometidas a la decisión de juez A quo.

En tal sentido jurisprudencialmente se ha expresado "Si bien el recurso abre la jurisdicción de alzada a los efectos de resolver sobre la justicia del pronunciamiento apelado, en manera alguna posibilita fallar sobre peticiones formuladas en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el A quo, pues el tribunal ad quem carece de legitimación para resolver sobre ningún capítulo que no hubiese sido sometido a decisión del juez de grado, o sea que no puede receptarse en segunda instancia un argumento que no figuró como defensa en la contestación a la demanda (art. 272 Cód. Procesal)" (Cám. Civ. y Com. La Plata Sala II, 9-5-95, -Metalpliegue S.A. c/ Narcizo, Hugo s/ Desalojo- Lex Doctor/LD Textos, versión 6.0).

"El sistema del Código Procesal consiste en que el apelante debe mencionar, mediante una crítica concreta y razonada, todas las partes del fallo que desee sea revisado por la Cámara, y la competencia de éste queda limitada a decidir lo que así le proponga el que se agravia, siempre que no pretenda introducir aspectos no sometidos al magistrado en la instancia anterior, salvo respecto de los intereses, daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia (CSJN, 6-5-70, ED, 32-123).-

Sentado lo anterior, luego de una detenida lectura de los escritos constitutivos de la litis (demanda/contestación) y del memorial de agravios, advierto que la demandada nada manifestó al contestar demanda respecto de las medidas de confinamiento y restricción a la circulación que regían en la provincia y en el país en los meses de julio y agosto de 2020 como consecuencia del brote de coronavirus que provocó la pandemia de COVID 19, ello a

los fines de justificar la respuesta tardía al trabajador, quien ante la ausencia de la misma se consideró incurso en situación de despido indirecto.

En virtud a lo indicado entiendo, en los términos del art. 277 del CPCC, que no resulta procedente el tratamiento de esta queja, en tanto la cuestión no ha sido sometida a decisión de la jueza de primera instancia, extremo este que impide su valoración por parte de este Tribunal.

Nuestro TSJ ha resuelto recientemente en estos aspectos que: "... la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en pacífica jurisprudencia 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 prescindir de tal limitación – resolviendo cuestiones que han quedado firmes – infringe el principio de congruencia, que se sustenta en los derechos de propiedad y defensa en juicio (cfr. Fallos: 230:478, 231:222, 248:577, 268:323, 301:925 y 338:552)."

Sin perjuicio de ello, advierto que la sentenciante no se limita a valorar la respuesta tardía y, en todo caso, el silencio de la demandada, por el contrario, sin perjuicio de este análisis, igualmente pondera la respuesta de la demandada, la cual, aunque tardía, rechazó el reclamo de pago de haberes del trabajador y el reingreso a sus tareas.

En estos términos, y a fin de dar una respuesta al apelante, considero que se ha analizado igualmente y sin perjuicio de la aplicación de la presunción, los hechos invocados para justificar el despido indirecto como así también la injuria invocada en los términos del art. 242 de la LCT.

c.- Segundo y tercer agravio.

Ingresaré al tratamiento de estos dos agravios en forma conjunta.

La sentenciante al analizar las injurias invocadas por el trabajador a efectos de considerarse en situación de despido

indirecto, tuvo por justificado el despido denunciado por el trabajador invocando la falta de pago de diferencias salariales y haberes teniendo en consideración que las ausencias injustificadas fueron invocadas por la empleadora con motivo de no haberse el trabajador sometido al control médico de la empleadora.

Consideró también justificado otro de los motivos invocados en cuanto a la negativa de otorgar tareas frente al alta médica comunicada por el trabajador, fundando tal negativa la empleadora en el resultado del control médico efectuado por el profesional designado por ésta.

a) Me referiré en primer lugar a la negativa de tareas.

Concluye la sentenciante que la cuestión (rechazo del alta y consecuente negativa de tareas) no puede dirimirse en favor del médico de la demandada, sino por otra vía, judicial o administrativa en todo caso, y a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa del trabajador, de lo cual la demandada apelante no se hace cargo en su escrito recursivo (art. 265 del CPCC), ya que, por el contrario manifiesta que esta cuestión no es pertinente para la resolución del caso.

Considero que, por el contrario, es necesario su análisis a los fines del tratamiento de la específica injuria invocada por el trabajador, que es la negativa de tareas, la cual, por sí sola y sin perjuicio de la falta de pago de los haberes, sería suficientemente grave como para justificar el despido.

Con relación al tema, he tenido oportunidad de expedirme en una causa que tuvo como demandada a la misma empresa Loma Negra, en autos "LAUCIERI DANIEL NICOLAS C/ LOMA NEGRA C.I.A.S.A. S/ DESPIDO" (Expte. JZA1S2 36769/2017), Ac. de fecha 01/08/2022, donde sostuve: "... la Sala Civil de Tribunal Superior de Justicia en el precedente, citado también por la sentenciante, "Armas" (Ac. 20/2014) expresó: "[...] En el caso, la cuestión medular a resolver -conforme a los agravios expuestos- se centra en la interpretación que corresponde realizar del Art. 210 de la Ley de Contrato de Trabajo, de cara a la garantía consagrada en el artículo 14 bis de la Constitución



Nacional y las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales incorporados a nuestro ordenamiento con idéntica jerarquía a través del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. La mentada norma de la Ley de Contrato de Trabajo, acerca del control de las inasistencias por enfermedad, dispone: "El trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador". La mayor parte de la doctrina coincide en entender que tal disposición tiene por finalidad, por un lado, que el empleador pueda conocer cabalmente la dolencia y grado de afección que padece su empleado y, por el otro, que aquél pueda organizar o reorganizar las tareas dentro de la empresa, para enfrentar del mejor modo la ausencia del dependiente. Otros autores, reconocen también como justificativos de ese control, la necesidad de conocer la veracidad de la causa invocada, naturaleza inculpable de la dolencia, el origen de la misma (a fin de que no se trate de un mismo infortunio ya cubierto o respecto del cual se hubiera agotado el periodo de licencia pago), el derecho a saber si se trata de una incapacidad temporaria o definitiva, o bien la obligación de tutela de la integridad psicofísica del trabajador que deriva del artículo 75 de la L.C.T. (Vázquez Vialard, Antonio; Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada; Rubinzal -Culzoni Editores; Tomo III; Pág. 101). Es preciso referir que luego de la reforma dispuesta por la Ley 21.297, se suprimió el control de las inasistencias por enfermedad por parte de los médicos oficiales -que determinaban el grado de incapacidad o condiciones de salud cuando se presentaban discrepancias con el empleador-, dejando un verdadero vacío legislativo en relación al artículo 210 de la Ley de Contrato de Trabajo, el cual trataremos de dilucidar aquí. El texto originario de la Ley 20.744, expresaba: "En caso de discrepancia entre el médico del trabajador y el del empleador, este deberá solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, quien dictaminará al respecto. Si el empleador no cumpliera con este requisito, se estará al certificado presentado por el

trabajador [...]”. Y ante el vacío legal generado por la Ley 21.297, la jurisprudencia se inclinó por exigir al empleador que ajuste su conducta a las disposiciones de los artículos 10 -conservación del contrato- y 63 -principio de buena fe- de la L.C.T. En tal contexto, se entendió que frente a las discrepancias entre los criterios médicos referidos a la enfermedad del trabajador, es la patronal quien debe arbitrar una prudente solución para determinar la verdadera situación del dependiente, requiriendo un nuevo control médico a través de un organismo imparcial o mediante la búsqueda de una decisión administrativa o judicial que dirima el conflicto (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala I, Farías, Carlos Ramón c/ Argenova S.A. s/ despido”, 17/05/2011)”).

La Cámara de Apelaciones de Neuquén también ha sostenido que: “En cuanto a las desavenencias entre el diagnóstico del profesional tratante y del médico de la empleadora, sostuvo el magistrado que no le correspondía a la empresa imponer su criterio, sino que a los fines de dirimir la cuestión y producir prueba en contrario, era pertinente iniciar una acción en sede administrativa o una acción sumarísima ante el Poder Judicial a esos efectos...”. (“A.J.A. C/GARBARINO S.A.I.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES”, JNQLA5 EXP 474.768/2013, Sala I, 12 de Febrero del 2019).

En similar sentido se ha expresado esta Alzada en un precedente que involucra, también, a la misma demandada ahora apelante. (conf. ALVAREZ INTRA HEBE LIS DANIELA C/ LOMA NEGRA C.I.A.S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES”, Expte. JZA1S1 N° 35.278, Año 2017, OAPyG de Zapala, Sala I, Acuerdo de fecha 21/8/2019).

En autos, el resultado del control realizado por la patronal en el marco del art. 210 de la LCT, como ya se refiriera, constituye la opinión de la empleadora, que discrepa con la opinión del médico del trabajador.

En este aspecto: “La demandada reconoce que las ausencias en las que incurrió el trabajador estaban justificadas por médicos pertenecientes a la obra social quienes entendían que el trabajador no se encontraba en condiciones de salud para reintegrarse por lo

que, y dado que no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el de control empresario -la ley 21.297 eliminó el sistema establecido en el texto original de la LCT- resulta razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador.” (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X • Pagano, Cristián c. Garbarino S.A.I.C.I. s/ diferencias de salarios • 30/11/2017 • La Ley Online • AR/JUR/99936/2017).

Con lo cual, frente a la intimación del trabajador a que se le asignen tareas (fs. 92), siendo la respuesta de la demandada (CD fs. 94) el rechazo al alta médica sumado al hecho de la exigencia de que el empleado acompañe otro certificado que contenga diagnóstico que le permita retomar sus labores habituales, considero, al igual que la a quo, que ello implica negativa de tareas.

Esta situación configura injuria suficiente para que el trabajador se coloque en situación de despido, teniendo especialmente en cuenta que en la misma misiva la demandada comunica o ratifica reserva de puesto.

Claramente la demandada ha intentado imponer el criterio de su médico frente al diagnóstico del médico tratante del trabajador, rechazando el alta médica comunicada y por lo tanto el reingreso intimado por el actor notificando en cambio reserva de puesto, con lo cual el actor no percibiría sus haberes pese a haber puesto a disposición de la empleadora su fuerza de trabajo.

Nótese que, conforme resulta de autos, el trabajador se sometió a los controles médicos, sin perjuicio de las constantes desavenencias entre las partes, por ejemplo en el mes de julio de 2019, y señalo especialmente también que en dos oportunidades la empleadora desconoce los certificados médicos, indicando que su médico ha concluido que se encuentra en condiciones de alta para tareas habituales y lo intima a retomar tareas bajo apercibimiento



de abandono. Esto mientras el trabajador presentaba certificados que indicaban reposo.

Cuando presenta el alta igualmente se presenta a control en el mes de mayo de 2020 y allí, por el contrario, el médico de la empleadora considera que no se encuentra en condiciones de reintegrarse al trabajo y rechaza el alta. Es decir, meses antes estaba en condiciones de regresar al trabajo, pero cuando se le otorga el alta no estaba en condiciones, según la demandada, en ambos casos los criterios médicos eran disímiles y la demandada pretendía dar prevalencia a la opinión de su médico.

En estos términos, pretende imponer al trabajador que se mantenga en reserva de puesto cuando en realidad no podía simplemente negar el alta médica otorgada por el médico tratante, sino que, eventualmente ante la discrepancia debió reincorporar al trabajador y someter a decisión judicial la impugnación del alta médica. La conducta de la demandada consistió, lisa y llanamente, en priorizar el diagnóstico de su médico por sobre el del médico tratante del trabajador, lo que constituyó en los hechos una negativa de tareas conforme bien lo pone de resalto la sentenciante.

Se ha expresado que: "... el art. 210 LCT establece que el trabajador está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador y opino que dicho control es al solo fin de establecer si las ausencias están justificadas, y no como requisito para producir el reingreso al puesto de trabajo". (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI • 30/09/2009 • Cantarutti, Natalia Carina c. Coto C.I.C.S.A. s/despido • TR LALEY AR/JUR/38862/2009) (entiendo que esta hipótesis puede tener alguna salvedad en caso de reingreso con tareas adecuadas y en función de su razonabilidad en tanto esta situación no perjudique al trabajador en el cobro de sus haberes, aunque no es el presente caso).

Cabe señalar sin embargo que este primer motivo de injuria (negativa de tareas) es suficiente por sí sólo, como dije, para

tener por justificada la decisión rescisoria, sin perjuicio de lo cual ingresaré seguidamente a analizar el restante motivo de injuria, esto es la falta de pago de haberes por ausencias injustificadas.

b) El actor también fundó su decisión rupturista en la falta de pago de haberes o diferencias correspondientes a los meses de febrero a junio del 2020, mientras se encontraba gozando de licencia por enfermedad en los términos del art. 208 de la LCT.

La demandada fundamenta la falta de pago de haberes alegando que el actor no se sometió a los controles médicos por ella dispuestos, considerando entonces que las ausencias estaban injustificadas.

En este aspecto, la doctrina expone que: "El fundamento de la facultad de control del empleador radica en la circunstancia de que la LCT le impone la obligación de seguir abonando las remuneraciones, y en la necesidad de conocer la magnitud de la dolencia, a fin de planificar los cambios adecuados -reemplazos, traslados, reorganización de los equipos de trabajo- para que la ausencia del trabajador no genere perjuicios en la continuidad del proceso productivo o los servicios...". (Grisolía, Julio Armando; Derecho del Trabajo..., Tomo I, Ed. Abeledo Perrot, pág. 900).

La facultad de control está destinada a establecer la existencia, carácter y duración de la dolencia, pero no puede suplir al profesional elegido por el trabajador ni el tratamiento indicado (op. Cit. pág. 899).

Es decir que el control no puede suplir la atención médica del trabajador, quien tiene derecho de elegir su propio médico y seguir sus prescripciones terapéuticas.

En este sentido: "... el derecho de control está justificado no sólo porque resulta razonable otorgar al empleador la facultad de verificar la existencia de dolencia del trabajador, su carácter incapacitante y su presumible duración, en tanto la ley le impone la obligación de continuar abonando los salarios no obstante la ausencia del trabajador, sino también porque, de acuerdo con las



facultades de organización que le corresponden (art. 64, LCT) debe estar de inmediato en condiciones de planificar lo necesario para que la ausencia del trabajador no redunde en perjuicio de la continuidad y eficacia de la producción o el servicio..." (Etala, Carlos Alberto; Contrato de Trabajo..., T 2, Ed. Astrea, pág. 162).

Conforme surge de autos y de la sentencia en crisis, el actor gozó de licencia por enfermedad hasta el mes de diciembre de 2019 cuando la demandada, con fundamento en no haber permitido el control médico, lo intima a reintegrarse bajo apercibimiento de abandono, apercibimiento que no hace efectivo.

Invoca asimismo la remisión de dos misivas, una con fecha 31/1/20 en la que intima a presentarse a control y otra con fecha del 20/2/20 en la cual desconoce el certificado con fundamento en no haber podido ejercer sus facultades de control, rechazándose la dolencia y comunicando que procederá a descontar los días de ausencia. Estas comunicaciones son negadas por el actor y la sentenciante considera no recibidas valorando a tales fines el informe de fs. 110vta., ponderación que es cuestionada por el apelante.

La jueza valora que dichas misivas fueron recibidas por la misma persona (Jorge González) que recibe los telegramas enviados por el actor al domicilio de la demandada y concluye entonces que fueron devueltas a su remitente, sin que conste en realidad informe alguno del Correo en orden a las circunstancias de esta situación, es decir si llegó o no a la esfera de conocimiento del actor, si hubo omisión de retirarlas, etc.

En consecuencia, considera que no se comunicó debidamente la cita a control médico, sin perjuicio de lo cual se efectivizaron los descuentos de los haberes, lo cual no se ajustó a derecho.

Es decir que no surge de la prueba, como invoca el recurrente en su escrito recursivo, que esta situación fue debido a que fue devuelta al remitente por no haber sido reclamada por el actor ni que se dejara un aviso de visita o que se negara a recibir

específicamente estas misivas, o que hubiera impedido de alguna manera que el medio empleado resultara efectivo en estos dos casos.

Por su parte el apelante, en el Punto III de su recurso realiza una crítica general, refiriéndose a la conducta evasiva del actor y consignando lo sucedido con respecto a otras misivas, sin concretar en forma precisa la crítica con relación a las CD en cuestión.

En estos términos, considero que existe entonces orfandad probatoria, no habiendo la demandada requerido oportunamente, en todo caso, un informe ampliatorio del correo.

Consecuentemente, la crítica esbozada en esta instancia resulta insuficiente para pretender una distinta valoración, sea que se comparta o no la misma; asimismo, en dicha apreciación he de tener en cuenta lo dispuesto por el art. 9 de la LCT y el art. 14 bis de la CN.

Por lo expuesto, corresponde rechazar la procedencia de estas quejas.

d.- Cuarto agravio.

Por último, en subsidio, la demandada plantea escuetamente se la exima de la aplicación de la sanción del art. 2 de la ley 25.323.

Atento la forma en que propongo se resuelvan los restantes agravios, no encuentro motivo para apartarme de lo decidido en orden a esta cuestión.

En lo que se refiere al incremento establecido en el art. 2 de la Ley 25.323, el mismo convierte en más onerosa la obligación no satisfecha en tiempo propio, obligando al trabajador a promover las acciones en defensa de sus derechos, a fin de percibir el pago que le corresponde.

Uno de los requisitos para su procedencia es la intimación fehaciente reclamando las indemnizaciones laborales efectuada por el trabajador por el término de dos días hábiles (art. 57 de la LCT), (conf. "PACHECO CARLOS ARGENTINO C/ PETROBRAS ENERGÍA S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", Expte. N° 45 - año 2014, Acuerdo



14/15, sentencia de fecha 3/3/15 del TSJ local), y que se ha cumplimentado en autos conforme surge de la sentencia en crisis, sin que ello haya sido motivo de cuestionamiento concreto.

Tampoco opuso la demandada ninguna defensa ni argumentación al contestar demanda respecto de esta cuestión.

Con respecto a la morigeración o eximición de este incremento, destaco que la norma ha tenido en miras sancionar la litigiosidad innecesaria por ausencia de un debate causal consistente que amerite la intervención judicial en plan de efectuar la ponderación o calificación que emerge del párrafo segundo del artículo 242 de la LCT.

En este sentido, esta Cámara de Apelaciones, Sala I, con diferente integración, se ha expedido al respecto en el voto de la Dra. Calaccio al que adhiriera la suscripta en estos términos: "...Por supuesto, para que proceda la defensa de "no culpa" no es suficiente con que se invoque una causa seria. También es menester que se prueben los hechos invocados, o al menos que se despliegue la diligencia procesal para hacerlo. La indolencia u orfandad probatoria extrema impide considerar que ha habido motivos razonables para someter la cuestión a la valoración judicial."

"En definitiva, la dispensa total sólo resultaría procedente en aquellos supuestos en que la resolución del pleito favorable al actor ha derivado de la ponderación de que los hechos invocados y probados no califican como injuria al no ser incompatibles con la prosecución del contrato. Dicho en otras palabras, en los casos de despido causado con vicio de proporción."

"Y, por consiguiente, no procede ningún tipo de contemplación basada en la conducta no culposa del empleador cuando: a) el despido es inmotivado (entiéndase: ni siquiera se expone una causa, o es verbal); b) el despido se funda en un motivo inconsistente con los tipos doctrinarios de injuria; c) el despido se funda en una causa que en abstracto puede considerarse justa, pero nada se prueba para demostrar su concurrencia fáctica en el caso."

"Quedaría, según la delimitación que antecede, un único supuesto de remanente dudoso y que en mi opinión califica dentro de la segunda categoría, que es el de los casos en que el vicio de proporción es manifiesto. Allí hay invocación de causa y prueba sobre los hechos, pero ninguna posibilidad a priori de que los jueces, según la sociología jurisprudencial, la consideren incompatible con la prosecución del contrato'. [Teoría y práctica del artículo 2 de la Ley 25.323 -Revista de Derecho Laboral, tomo 2009 - Contratación y registración laboral. L Machado, José Daniel]...". ("FLORES MAXIMILIANO ARIEL C/ QUETRIHUE S.A. S/DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", Expte. Nro.: 33354, Año: 2012, voto de la Dra. Calaccio, sentencia del 20 de octubre de 2014, OAPyG de San Martín de los Andes).

En el presente caso, y conforme el marco teórico precedente, no existen circunstancias que ameriten la eximición o si quiera morigeración, en tanto se han tenido por acreditados los justos motivos del despido indirecto, habiendo obligado la demandada a litigar al actor para obtener el cobro de las sumas correspondientes al despido y otros rubros.

IV.- Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, difiriéndose la regulación de honorarios de esta instancia para el momento procesal oportuno (art. 15 y 20 ley 1594, mod. por ley 2933). **Mi voto.-**

El **Dr. Pablo G. Furlotti**, dijo:

Coincido con los argumento y solución propiciada por la Sra. Vocal que abre el Acuerdo en el voto que antecede, motivo por el cual adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.-

Destaco que si bien la forma en la que aquí se decide no es en un todo coincidente con lo resuelto en el precedente "Montero" (Ac. de fecha 15 de junio 2023, del registro de la OAPyG de San Martín de los Andes), cierto es que lo allí sostenido no resulta aplicable

al caso debido a que las circunstancias fácticas debatidas en dicha causa son disimiles a las de estos obrados.- **Así voto.-**

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y, en consecuencia, confirmar el auto dictado con fecha 18/11/2022 en todo aquello que ha sido motivo de agravios.

II.- Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 68 CPCC y art. 54 de la ley 921).

III.- Diferir la regulación de honorarios de Alzada para el momento en que se encuentren establecidos y determinados los emolumentos en la instancia de origen

IV.- Protocolícese digitalmente, notifíquese electrónicamente. Oportunamente remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti
Dra. Norma Alicia Fuentes - Secretaria de Cámara