



NEUQUEN, 2 de mayo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"WEIT ENRIQUE C/ CONSORCIO EDIFICIO LOZANO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"**, (JNQLA1 EXP N° 500228/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Sandra **ANDRADE** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 201/206 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

Los letrados de la parte actora apelan los honorarios regulados a su favor por bajos.

a) La parte demandada solicita replanteo de prueba ante la Alzada, señalando que ambos litigantes peticionaron la producción de un peritaje médico que dilucide la divergencia de los dictámenes médicos acompañados a autos, habiendo sido desestimada dicha prueba por considerarla innecesaria en atención a la documental aportada.

Dice que la producción de dicha prueba era fundamental a efectos de determinar si el despido de autos fue realizado, o no, conforme a derecho. Por ello, solicita la producción de esta prueba ante la Alzada, con invocación de la manda del art. 260 inc. 2 del CPCyC, y con cita de jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Luego expresa los agravios que le causa el fallo de grado.

Sostiene que el a quo ha afirmado, sin fundamento alguno, que las tareas realizadas por el actor eran livianas,



como las reconocidas por el médico tratante, cuando ello no es así.

Señala que del escrito de demanda, como de las testimoniales rendidas en autos surge que las tareas realizadas por el accionante no eran livianas, teniendo en cuenta la patología sufrida por aquél.

Insiste en que la producción de la pericia médica hubiera aportado los datos científicos de por qué el actor no podía seguir cumpliendo las labores que desarrollaba con anterioridad al episodio cerebrovascular.

Se queja de que el juez de grado realice una serie de aseveraciones respecto del dictamen médico aportado por su parte, sin el menor sustento científico, fundado en la dialéctica del informe. Reitera que de haberse producido la pericia, todos los elementos que el a quo califica como imprecisos u oscuros hubieran sido dilucidados.

Pone de manifiesto que en la misma sentencia recurrida se dice que resultaba indispensable para dirimir la controversia contar con una tercera opinión médica, entendiendo que resulta absurdo y arbitrario, señalar que una pericia resultaba insoslayable, cuando el juzgado rechazó su producción por innecesaria.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 213/214 vta.

Dice que el a quo expone claramente que, más allá de los términos en que estaba emitido el informe médico de la demandada, la cuestión de fondo está centrada en como debió resolver el empleador la controversia generada entre el certificado médico expedido por la médica tratante del trabajador, otorgando el alta, y la opinión del profesional de la demandada, que contradijo el primero. Y, continúa su argumentación el accionante, ante esta disyuntiva, en aras de



la continuidad de la relación laboral, sostiene el juez de grado que el empleador debió extremar los recaudos, requiriendo una tercera opinión médica, pero con carácter previo a decidir el despido del trabajador.

Agrega que la sentencia recurrida también considera insuficientes los términos del informe del médico de la empleadora, toda vez que no presentaron la contundencia necesaria, teniendo en cuenta que el actor contaba con el certificado médico de su facultativa, que certificaba el alta y su reingreso para prestar las mismas tareas que venía efectuando.

Señala que la prueba pericial médica que se pretende producir en segunda instancia resulta inconducente en función de como quedó trabada la litis.

II.- Resumidas las posturas de las partes de autos, he de comenzar el análisis por la solicitud de replanteo de prueba.

Ambas partes ofrecieron oportunamente prueba pericial médica, la que fue desestimada por el juez actuante por innecesaria en atención a la documental acompañada y el objeto de la litis (fs. 122 vta./123).

La jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones ha sido constante en orden a que la apertura a prueba en la Alzada: "...es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva..." (PS. 1986 -II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrá cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un



error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN- Q0002).

En el mismo sentido se ha sostenido que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, es excepcional y se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I) -cfr. Sala II, "Betanzo y otros c/ IPVU", P.S. 1999-III, n° 132-.

En autos ninguno de los litigantes cuestionó la denegatoria de la prueba pericial médica.

De todos modos no se advierte que la decisión del a quo sea errada, toda vez que el debate de autos se centra en el despido con causa del trabajador, con fundamento en su incapacidad física que no le permitía, a criterio de la empleadora, continuar con el desarrollo de las tareas que venía cumpliendo con anterioridad a su enfermedad.

Tal como lo pone de manifiesto el juez de grado en su fallo, y será desarrollado al analizar los agravios de la demandada, la existencia de una tercera opinión médica era necesaria antes de adoptar la decisión rupturista, y no con posterioridad a ella, de lo que resulta que la producción en segunda instancia de la prueba pericial médica pretendida por la recurrente no es procedente, en tanto no tiene influencia para la resolución de la litis.

De lo dicho se sigue que no se hace lugar al pedido de replanteo de la prueba pericial médica.



III.- Ingresando ahora al tratamiento de los agravios de la parte demandada, entiendo que ellos no logran conmovir los fundamentos del fallo de grado.

No se encuentra controvertido en autos la existencia de la relación laboral habida entre las partes, ni que el actor sufrió un accidente cerebrovascular, enfermedad que no guarda relación con el trabajo, tratándose de una enfermedad inculpable.

En fecha 29 de noviembre de 2012, encontrándose vigente el período de reserva del puesto de trabajo previsto por el art. 211 de la LCT, la médica tratante del trabajador le otorga el alta laboral, señalando el certificado pertinente que obra en la documentación reservada en Secretaría que tengo a la vista, que el actor "puede reintegrarse a su tarea laboral habitual (tareas que realizaba con anterioridad a ACV)".

Ante la presentación de este certificado, la empleadora requiere que el trabajador se someta al examen del médico de la patronal, el que emite su opinión en dictamen obrante también en la documentación reservada en Secretaría. En dicho informe el médico de la empleadora concluye en que los estudios que indica muestran patología aterosclerótica importante en territorio carotideo y arteria cerebral media izquierda, sosteniendo que en el caso de actor están dadas las principales causas que determinan o favorecen los accidentes cerebrales, y como consideración especial precisa que en el concreto caso del trabajador de autos "se debe tener muy en cuenta el riesgo del obrero sino de personas en relación a su tarea, directa o indirectamente. Las características descriptas de la imprevisibilidad del ACV y sus consecuencias, determina ser una afección inculpable y de aptitud riesgosa por sus consecuencias a terceros, lo que lleva a considerar una incapacidad para todo tipo de tareas".



Con fundamento en este último dictamen médico, la demandada "da por disuelta la relación laboral" invocando la norma del art. 210 de la LCT, a partir del vencimiento del año de reserva del puesto de trabajo.

El encuadramiento legal del despido fue incorrecto, ya que en todo caso y dado los términos del informe del médico de la empleadora, corresponde hubiera sido hecho de conformidad con la previsión del art. 212, cuarto párrafo de la LCT; por lo que, de todos modos, le correspondía al trabajador percibir la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT.

No obstante ello, la litis se planteó en otro ámbito, en tanto la discusión se centró en que informe debe prevalecer, en caso de contradicción: si el del médico tratante o el del médico de la empleadora.

Y ante esta disyuntiva no existe otra alternativa, que zanjar la discrepancia en sede administrativa o judicial.

Juan Carlos Fernández Madrid señala que ante la discrepancia entre médicos no se puede otorgar preminencia a una de las certificaciones sobre la otra y debería poder acudir a una solución en la órbita administrativa por vía del requerimiento de una junta médica oficial, solicitada por el empleador, o una decisión judicial que dirima la cuestión (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 2.103/2.104).

Por su parte Mario E. Ackerman señala que frente a opiniones médicas discordantes sobre el estado de salud del trabajador debe apelarse a la vía judicial, que será donde se evaluarán las certificaciones de cada uno de los profesionales, ya que lo contrario importaría convertir al médico de la empresa en árbitro único de la situación de



discrepancia en la que, además, es parte; y , en todo caso, de reconocerse primacía a alguno de los dictámenes, debería darse preferencia al del trabajador, básicamente por la ponderación de los intereses en conflicto (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 751/752).

Esta Sala II también ya se ha expedido sobre el tema en autos "Bustos Molina c/ Fittipaldi" (expte. n° 447.328/2011, P.S. 2014-IV, n° 101), señalando que *"Comparto el voto minoritario del Dr. Oscar Massei, expedido en autos "Campos c/ Municipalidad de Plaza Huincul" (Acuerdo n° 50/2013 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias del Tribunal Superior de Justicia), cuando señaló en torno a la divergencia entre la opinión del médico tratante y la del médico de la empleadora que "La jurisprudencia laboral es más rica que la administrativa en estos aspectos y ha expresado varios criterios que vienen al caso citar, por la similitud de las cuestiones planteadas.*

"En una oportunidad, ante la ausencia de un método arbitral o jurisdiccional que resuelva las discrepancias entre los médicos, se inclinó por hacer prevalecer la opinión del médico de cabecera del trabajador, por ser el profesional a cargo del tratamiento, y por ello, quien mejor conoce el estado y aptitud del trabajador. (CNTrab, Sala VIII, 22/8/08 "Farías, Héctor c/ Coto CICSA s/despido").

"Otros criterios judiciales han postulado que ante la discrepancia de los criterios médicos sobre la capacidad del trabajador para reintegrarse a las tareas, el empleador debería acudir a una junta médica oficial, o designar una junta médica con la participación de los profesionales de ambas partes o buscar una solución judicial que dirima el conflicto, como medidas destinadas a mantener el



vínculo laboral (CNTrab, sala II, 15/12/08, "Romero, Analía c/ Colorit S.A.", voto del Dr. Pirolo; CNTrab, sala VII, 17/09/03, "Barbé, José c/Metrovías S.A.").

"...al tomar decisiones cuyo fundamento tendrá como base una de las opiniones médicas (por ejemplo, suspender el pago de los salarios por enfermedad al considerar que la ausencia no está justificada, tal lo acontecido) deberá demostrar, en el eventual juicio posterior, que el criterio médico elegido era el correcto, mediante la producción de la prueba pertinente, por la sencilla razón que el acto administrativo que dicte deberá contar con la debida motivación.

"En otras palabras, no puede elegir un certificado en desmedro del otro, sólo porque así lo establece el médico auditor por ella designado, porque ello convierte al acto administrativo, en arbitrario, por ser dictado en base a mera voluntad de la Administración municipal.

"Es, por tal motivo, que la empleadora debe, en todos los casos, obrar con prudencia ante situaciones dudosas o complejas, en orden a la buena fe que debe prevalecer en la relación de empleo público y siempre teniendo en miras el caso concreto...

"Y aún así, ante situaciones como la presente, en que surge patente la contradicción entre el certificado del médico tratante y el control del médico del municipio, deberá realizar una tercera consulta ante un especialista en la materia o proponer la formación de una junta médica con la participación de profesionales de ambas partes para resolver la controversia".

"Más allá de que el precedente referido refiere a la órbita del empleo público, las reglas que la opinión del Dr. Massei precisa son plenamente aplicables al sub lite; no



siendo óbice para esta consideración el hecho que se trate de una opinión en minoría, ya que la disidencia de la mayoría refiere solamente a la no aplicación de los principios del empleo privado al ámbito público”.

Trasladando estos conceptos al caso de autos, si la médico tratante sostuvo que el trabajador estaba en condiciones de retomar sus tareas habituales, en tanto que el médico de la empleadora consideró que la enfermedad lo incapacitaba totalmente para trabajar, la demandada no podía hacer prevalecer la opinión de su médico por la de la otra profesional y así poner fin a la relación laboral; sino que estaba obligada a requerir una tercera opinión.

Y ello, antes de comunicar el despido, toda vez que conforme lo ha resuelto la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, *“aparece como exorbitante de las facultades del empleador haber dado primacía a lo informado por su servicio médico -en oposición a lo diagnosticado por el médico del empleado-...si el trabajador acredita con su certificado médico que debía abstenerse de prestar servicios y la empleadora con el informe de su médico arriba a conclusión contraria, resulta a todas luces arbitrario que sea una de las partes -en el caso, el empleador- de esa controversia la que pretenda primar sobre la otra y disponer la ruptura del contrato de trabajo aduciendo que se produjo una nueva conducta del trabajador”* (Sala V, 2/12/1981, DT 1982, pág. 427).

Reitero lo que adelanté al tratar el pedido de replanteo de prueba, y tal como lo sostiene el magistrado de grado, era necesario dirimir la controversia entre la opinión de la médica tratante y la del médico de la empleadora con carácter previo a resolver el contrato de trabajo. Al no haberlo hecho, y haber otorgado prevalencia a la opinión del médico de la empleadora, el despido devino injustificado, conforme lo resuelve el fallo recurrido.



IV.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

De la lectura del fallo de primera instancia, y en atención a los términos de la queja, surge que el 7,5% que establece el juez de grado como retribución de la labor profesional de los letrados patrocinantes de la parte actora es para cada uno de ellos.

Lo dicho se advierte en tanto se utiliza la palabra "respectivamente", y además porque el 40% que corresponde al abogado apoderado, en virtud de la manda del art. 10 de la ley 1.594, ha sido calculado sobre una base del 15%, y no del 7,5%.

En consecuencia se aclara la sentencia recurrida en el sentido que los honorarios de los Dres. ... y ... equivalen al 7,5% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo no hacer lugar al pedido de replanteo de prueba en la Alzada y rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el resolutorio de grado, el que se aclara en el sentido que los honorarios regulados a los Dres. F. P. y E. L. equivalen al 7,5% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC)

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia y por igual concepto, para los Dres. ... y ..., y en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en primera instancia para la totalidad de los letrados patrocinantes de la parte actora, para el Dr. ..., todo de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.



El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Rechazar el pedido de replanteo de prueba en la Alzada y rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, confirmando el resolutorio de grado, el que se aclara en el sentido que los honorarios regulados a los Dres. ... y ... equivalen al 7,5% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada en el 30% de la suma que resulte para cada uno de ellos por su actuación en la primera instancia y por igual concepto, para los Dres. ... y ..., y en el 30% de la suma que resulte por igual concepto y por su actuación en primera instancia para la totalidad de los letrados patrocinantes de la parte actora, para el Dr. ... (art. 15 de la ley 1.594).-

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

**Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI
Dra. SANDRA ANDRADE - Secretaria**