NEUQUEN, 12 de Febrero del año 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"A. J. A. C/ GARBARINO S.A.I.C.I. S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA5 EXP 474768/2013)** venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI,** con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.-** La demandada apela la sentencia dictada en la primer instancia.

Señala que los controles establecidos por el empleador han estado dentro de los parámetros normales y habituales, teniendo en consideración las divergencias de opiniones entre el médico particular de la actora y el colaborador de la empresa.

Indica que no puede considerarse que citar a un empleado a que se realice los controles de rutina o de revisión sea una actitud abusiva ni persecutoria.

Abunda que de las declaraciones testimoniales no surge que haya existido una persecución hacia la actora mediante las citaciones a controles médicos.

Denuncia falta de congruencia en la sentencia, puesto que no se enfocó en analizar la causa de distracto esgrimida por la actora, relativa a la diferencia de diagnóstico entre el profesional particular y los integrantes de la junta médica empresarial.

Como segundo agravio, dice que las comisiones especiales solo se abonaban a los empleados que alcanzaban determinada productividad y rendimiento mensual, por lo que

este rubro fue correctamente liquidado en cada uno de los meses que en que se alcanzaron los objetivos asignados.

En tercer lugar, cuestiona el análisis que realiza la sentenciante en punto a la indemnización por despido por causa de maternidad.

En este punto, señala que la magistrada tomó solo algunos pasajes aislados de las declaraciones testimoniales y omitió considerar otras.

Añade que no es aplicable la presunción establecida por el art. 178 LCT, atento la fecha de parto y la del despido indirecto.

Refiere que fue la propia actora quien se colocó en situación de despido indirecto y las causas por las que asume tal posición no han tenido ninguna relación con su maternidad.

Concluye que al momento de considerarse despedida, la actora convivía con otras situaciones personales mas allá de su maternidad, lo que en su conjunto podría haber influido en su estado psicológico y anímico.

Corrido el traslado de ley, la contraria contesta el recurso y solicita su rechazo, con costas.

**2.-** Resumidos de este modo los agravios traídos por la empleadora, comenzaré por la queja relativa a la valoración que realizó la magistrada con respecto a la facultad de control prevista en el art. 210 LCT.

Y desde ya adelanto, que comparto su apreciación en punto a que la demandada no desplegó una conducta acorde a las pautas de los arts. 62 y 63 LCT, es decir, omitió arbitrar una prudente solución para determinar la verdadera situación del dependiente.

Ha señalado al respecto, el Tribunal Superior: "… 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 cumpliese 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, Farias, Carlos Ramón c/Argenova S.A. s/despido", 17/05/2011)" (Ac. 20/14, "Armas").

Al respecto, esta Sala ha señalado: "*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. Este razonamiento tampoco ha sido rebatido.*

*Sobre este punto, hemos dicho recientemente, con cita de un fallo de la Sala IV de la Cámara Nacional del Trabajo: "...sabido es que, a partir de la reforma a la ley de contrato de trabajo de 1976 —por medio de la ley 21.297— no existe en nuestra legislación solución alguna respecto de aquellos supuestos en que existe controversia entre el médico del empleador y el del trabajador. En este sentido ha dicho la jurisprudencia que "al derogar la ley 21.297 el texto del art. 277 originario de la LCT ha quedado sin prever el modo de resolver contiendas como las de autos y que, frente a ello* ***las partes del contrato no pueden decidir sobre el modo en que corresponde proceder sin antes acudir a una junta médica oficial o a la búsqueda de una decisión administrativa o judicial que dirima el conflicto****" (CNAT Sala VIII, 30/06/1986, "Lombardini, Miguel c/Microómnibus Cuarenta y Cinco SA"; Sala I 11/09/1987 "Medina, Ofelia c/Club Gimnasia y Esgrima de Bs. As"; Sala II, sentencia 94877 del 27/03/2007 in re "Cereda Valeria Verónica c/ESSO Petrolera Argentina SRL"; SI 59892 del 06/10/2010 en autos "Empresa Tandilense SA c/Reyes, Gabriel Reynaldo", etc.)."*

*"Que, desde tal perspectiva, no puede sostenerse que la Justicia Nacional del Trabajo carece de aptitud jurisdiccional en estas actuaciones y que es el empleador el que debe ejercer sus facultades y asumir los efectos que causen, ya que no puede soslayarse que la ley de contrato de trabajo intenta, a lo largo de su articulado, no sólo favorecer el contrato por tiempo indeterminado —art. 90 y 91 LCT— sino también mantener la vigencia del contrato a pesar de*

*diversas contingencias que pueden ocurrir a lo largo del vínculo (para ello no sólo admite cambios de condiciones —con los límites del art. 66 LCT— sino también del sujeto empleador —arts. 225/228— entre otros) y de hecho, el art. 10 es muy claro al establecer que en caso de duda las situaciones deben resolverse a favor de la continuidad o subsistencia del contrato. Además, se exige a las partes en todo momento del contrato, que actúen conforme las exigencias de buena fe y colaboración y solidaridad previstas en el art. 62 y en el 63 LCT. En este contexto,* ***antes de tomar la decisión extrema de extinguir el contrato de trabajo, frente a una situación en que existe discrepancia acerca de la capacidad de la trabajadora para reintegrarse a su puesto de labor en jornadas completas, resulta lógico que la empresa agote los medios que tiene a su alcance para mantener la continuidad del vínculo****...” (CNTrab., SalaIV, 30/05/2012, “Zara Argentina S.A. c. Riva Lanzani, María Florencia s/ acción declarativa”, IMP2012-10, 264, AR/JUR/29778/2012).* (Citado por esta Sala en "NEUQUEN PETRO OESTE”, EXP Nº 509077/2016, “CASO DIEGO”, JNQLA4 EXP 414668/2010).

En el caso, pese a que la trabajadora se puso a disposición para ser evaluada por un profesional de la salud mental, con el objeto de tener una tercer opinión que dirima la diferencia entre el profesional de la empresa y el particular (ver misiva de hojas 31), la accionada volvió a citarla nuevamente a idéntico centro médico (ver hojas 39/41), dando preeminencia a la opinión del equipo evaluador contratado por ella e intimándola para que se reintegre a prestar labores bajo apercibimiento de considerar disuelto el vínculo laboral (hoja 41).

Además, aun cuando la demanda aseguró que “entre los tres especialistas a quienes se contrató para llevar adelante

los controles médicos, había un médico psiquiatra, o sea un profesional especializado para evaluar la presunta afección psíquica que la actora decía padecer", no acreditó este extremo, dado que no adjuntó los informes médicos y posteriormente se la tuvo por desistida de la prueba informativa respectiva (hoja 185).

Ante esa falencia, ni siquiera puede tenerse por acreditado el resultado del control médico al que fue sometido la Sra. A..

Por ende, la aplicación de los lineamientos antes señalados al caso de autos, lleva a desestimar los cuestionamientos del apelante sobre esta cuestión.

No se aprecia tampoco incongruencia en el decisorio dictado, toda vez que los temas tratados han sido introducidos por la accionante en su demanda. Y aun cuando la Sra. Jueza analizó en forma conjunta distintas causales invocadas, a fin de comprender el contexto en el cual se produjo la desvinculación, lo cierto es que: *"…Cuando son varias las causales invocadas en la notificación del auto de despido, la acreditación de alguna de ellas, que tenga bastante entidad como injuria, es suficiente para justificar la medida y admitir el reclamo indemnizatorio pertinente." (C.N.A.T., Sala VII, 1998/08/06- Galeano Zamudio L c/Treutel, Jorge N y otro – DT 1998-B, 2442.* (Sala II, "Zannini", Expte.355796/7, "Volante", Expte. Nº 447481/2011).

**3.-** En cuanto a las comisiones impagas, el agravio de la demandada no considera el argumento expuesto por la magistrada referido a la regla de la equivalencia prevista en el art. 208 LCT para determinar la remuneración del trabajador enfermo cuya retribución está integrada por comisiones, por lo que tampoco habrá de prosperar.

Cabe recordar que *“el salario es una prestación de naturaleza alimentaria que recibe un especial tratamiento legal en razón de que, en la generalidad de los casos, constituye el único medio con que la mayoría de los ciudadanos cuenta para la atención de las necesidades personales y familiares.*

*De modo que en virtud de tal carácter, el principio “ningún salario sin trabajo” cede en aquellos supuestos que derivan de disposiciones expresas de la ley –licencias por enfermedad, vacaciones, etc.- o de la conducta del empleador –como no recibir prestación o al exigirla en condiciones no equitativas-…*

*Es que, siendo que el pago es el acto de cumplimiento normal de la prestación salarial y que por su carácter fundamental cumple una función alimentaria, debe ser abonado a intervalos breves y regulares que la propia ley establece. Por lo que, el incumplimiento de la obligación salarial constituye injuria que autoriza al trabajador a considerarse despedido…”* (TSJ, Ac. 20/14, “Armas”, ya citado).

**4.-** Resta analizar el agravio relativo a la procedencia de la indemnización agravada por causa de maternidad.

En este punto, el recurrente cuestiona la valoración de la prueba testimonial.

Con respecto a los testimonios de A., N. y T., si bien es cierto lo que plantea el apelante en punto a que cada una tuvo una experiencia individual en la empresa que no resulta idéntica a la de la actora, de sus manifestaciones puede extraerse con certeza, atento su concordancia y precisión, que la actora debió soportar un cambio de actitud por parte de sus superiores una vez reintegrada al trabajo

luego de su licencia por embarazo. Que a su regreso las condiciones fueron diferentes, pasó de ser la mano derecha del gerente a que casi no le hablen, siendo constantemente corregida por intermedio de otra persona, recibiendo un trato diferente al momento de pedir un franco o coordinar un horario. La empresa dejó de pagarle las comisiones y los testigos describen la situación como tensa, a punto tal que debió recurrir a asistencia psicológica, teniendo incluso manifestaciones físicas como brotes y alergia (hojas 136/137vta., 138/140vta., 156/157).

Si bien los testigos ofrecidos por la demandada, todos dependientes y con cargos jerárquicos en la empresa, señalaron que el trato de los superiores hacia la actora “a simple vista era bueno”, sus dichos no coinciden con el resto de los testimonios, ni con los certificados expedidos por el profesional tratante, quien en esta causa ratifica el diagnóstico y malestar descripto (hoja 144yvta.).

Considero que la crítica formulada en el remedio bajo examen no logra poner en crisis los motivos expuestos por la sentenciante en este punto.

En cuanto a las causales alegadas por la trabajadora en sus misivas, se observa que aquélla venía denunciando una actitud discriminatoria motivada por el embarazo y reciente maternidad (hoja 30), reiterando la acusación por trato discriminatorio y persecución en la comunicación que pone fin al vínculo (hoja 32).

Luego, entiendo que la magistrada no omitió considerar que en el caso no regía la presunción establecida en el art. 178 LCT, sino que por el contrario, estimó suficientemente probado que el despido obedeció a razones de

maternidad, sin que resulte necesario acudir a las presunciones legales.

Es que los arts. 177 y 178, LCT tienen por objeto evitar la discriminación de la trabajadora con motivo de su estado de gestación o su nueva situación familiar e “implican la concreción del principio general de protección a la familia a la que alude el art. 14 bis de la CN y de no discriminación que se infiere tanto en el art. 16 de la Carta Magna como en los arts. 17 y 81, LCT y de la ley 23.592. Por otra parte, no puede desconocerse que los Pactos Internacionales establecen también la protección a la maternidad y la condena a las prácticas discriminatorias en razón del estado de familia". (CNTrab., sala IV, 24/4/1998 "Fernández, Marcela Noemí c. Bas SA", Carpetas DT, 4298).

Consecuentemente, el remedio de la demanda debe ser desestimado, con costas.

En punto a la apelación arancelaria, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores realizadas y las etapas cumplidas, la regulación efectuada a favor del letrado de la actora se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), por lo que corresponde su desestimación. **MI VOTO.**

El Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1**. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado, en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

**2**. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del C.P.C. y C.).

**3**. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

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

**Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**