NEUQUEN, 19 de septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"VRCIC JUAN MANUEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (**JNQLA3 EXP** N° **505510/2015**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** 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. 189/192 vta., que hace lugar parcialmente a la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia, en primer lugar, por considerar que la sentencia apelada realiza una incorrecta apreciación sobre la finalización de la relación laboral.

Dice que el juez de grado ha omitido valorar la prueba que evidencia que la conducta de la demandada se ha ajustado a derecho, tornando en infundada la situación de despido indirecto en que se colocó el actor.

Sigue diciendo que surge del intercambio epistolar que la demandada citó en diversas oportunidades al actor a control médico, en uso de las facultades previstas por el art. 210 de la LCT. Agrega que el demandante concurrió a la entrevista médica pero no se sometió al control del galeno, no presentándose en la segunda entrevista a la cual fue citado.

Entiende que esta conducta del trabajador viola lo dispuesto en los arts. 10 y 63 de la LCT.

Afirma que la conducta reticente del actor fue acreditada mediante prueba testimonial, cuya valoración fue omitida por el sentenciante de primera instancia.

Incluso, argumenta la recurrente, los testimonios dan cuenta de una actitud rupturista por parte del actor, ya desde antes de la presentación del certificado médico.

Cita jurisprudencia.

En segundo lugar, se queja de que el juez de grado ha rechazado, en el auto de apertura a prueba, algunos medios probatorios, pero en la sentencia le atribuye a la demandada orfandad probatoria.

Solicita que, en su caso, se habilite la producción de prueba en segunda instancia.

Señala concretamente que el magistrado de primera instancia rechazó la producción de la prueba informativa al Ministerio de Trabajo de la Nación, como así también la prueba informativa al Correo Argentino.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado del memorial a fs. 201/vta.

Señala que el actor se consideró despedido por falta de pago de los haberes del mes de marzo de 2015, los que fueron negados por la empleadora por entender que las inasistencias no estaban justificadas.

Agrega que esta falta de justificación de las inasistencias se basa en la supuesta conducta reticente que ha tenido el trabajador con el médico psiquiatra de la patronal, cuyo informe obra a fs. 66/67.

Dice que este informe fue desestimado como prueba, ordenándose su devolución, por haber sido acompañado en copia, a pesar de la intimación cursada a la parte oferente para que presentara el original.

Manifiesta que la actitud del actor en la entrevista fue de colaboración, y nunca de reticencia. Destaca que el médico de la empresa ha declarado que apenas conoce al actor, no obstante desempeñarse en tal función desde hace treinta años, y que se excusó de intervenir en el caso del demandante por no ser de su especialidad.

En lo concerniente a la segunda citación, sostiene que recibió la misma el día 9 de abril de 2015, nueve días después de la fecha fijada para su realización.

Respecto del segundo agravio entiende que si la demandada hubiera estado disconforme con la providencia de prueba, podría haberlo manifestado con un pedido de revocatoria, pero nada hizo.

II.- Ingresando en el análisis del recurso de apelación de autos, debo expedirme, en primer lugar, sobre el replanteo de prueba en esta instancia.

Esta Cámara de Apelaciones tiene dicho que el replanteo de prueba es de carácter excepcional y su interpretación debe ser restrictiva, teniendo solamente cabida en caso de que la decisión que denegó la prueba en primera instancia se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente (cfr. "Masso c/ Frávega", expte. n° 43.903/2010, 10/9/2015, entre otros).

Si bien la parte individualiza cuales han sido los medios probatorios denegados en la primera instancia (informativa al Ministerio de Trabajo de la Nación y al

Correo Argentino), no explica cuál ha sido el error del juez de grado al prescindir del diligenciamiento de estas pruebas y, menos aún, cuál es el perjuicio o agravio concreto que esa denegatoria le ha ocasionado a la parte oferente, cuál ha sido el extremo que la parte se vió impedida de acreditar por la negativa a la producción del medio probatorio y cómo ello influye en el resultado final de la causa.

Lo dicho determina que esta Alzada se encuentre impedida de analizar el pedido de apertura a prueba en segunda instancia, dado su falta de fundamentación.

En consecuencia se rechaza el replanteo de prueba.

III.- Abordando ahora el restante agravio de la demandada, entiendo que no le asiste razón, ya que el juez de grado ha valorado correctamente el material probatorio.

No se encuentra controvertido en esta instancia que el actor presentó certificado médico con prescripción de reposo laboral, y que fue citado a contralor médico en los términos del art. 210 de la LCT, y que habiendo concurrido a esta citación, se le imputa falta de colaboración (conducta reticente) que impide el contralor; y que citado a una nueva entrevista médica, el demandante no concurre.

Estos hechos, como dije, han quedado firmes.

A partir de esta situación, la empleadora entiende que las ausencias no están justificadas y retiene el pago de salarios, por lo que, previa intimación de pago, el trabajador se coloca en situación de despido indirecto por falta de pago de sus haberes.

Estos hechos tampoco se encuentran controvertidos.

Si bien, como lo señala el a quo, la falta de pago de salarios constituye una injuria que, por su gravedad, impide la continuidad de la relación laboral, habiendo esgrimido la demandada una causa de justificación para el no pago de la remuneración al trabajador, corresponde analizar si esta causal de justificación ha sido acreditada y es válida a tal fin.

El art. 210 de la LCT establece que el trabajador que se ausenta de su trabajo invocando un accidente o una enfermedad inculpables –tal el caso de autos– está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por el empleador.

Julio Armando Grisolía explica que el empleador puede decidir que se efectúe o no el control, pero en caso de realizarlo, el trabajador tiene la obligación de dejarse revisar; y si el trabajador se opone, puede justificar una sanción y la pérdida de la remuneración del día de la inasistencia (cfr. aut. cit., "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. AbeledoPerrot, 2008, T. I, pág. 899).

Sin embargo, Mario E. Ackerman entiende, con relación a la pérdida de salarios, que no parece que ese sea el criterio correcto, *"ya que ello implicaría un supuesto de caducidad no previsto expresamente por la ley, extremo vedado por el artículo 259 de la LCT que, incluso, implicaría una multa, igualmente prohibida por el artículo 131 del mismo ordenamiento.*

"En rigor, a diferencia del aviso, que constituye una carga para el trabajador, el deber de someterse al control por el facultativo designado por el empleador es una obligación del dependiente, cuyo

incumplimiento podría configurar una injuria laboral y justificar así la reacción del empleador. Pero ésta, que podría llegar incluso a la denuncia de la relación laboral –en el supuesto que concurran las condiciones exigidas por el artículo 242 de la LCT–, no podría superar la valla del artículo 131, de suerte que si el trabajador cumplió con la carga del art. 209, su negativa a aceptar la verificación por el empleador no podría traducirse, automáticamente, en la pérdida de los salarios de incapacidad.

"Es más, no debe olvidarse que, aún en el supuesto de que el trabajador no colaborara con su empleador facilitando el control por éste, y, como consecuencia, el principal reaccionar aplicándole una suspensión disciplinaria, tampoco ello acarrearía la pérdida de los salarios de incapacidad, expresamente garantizados en tal situación por el párrafo final del art. 208 de la LCT" (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. II, pág. 750/751).

Por su parte Juan Carlos Fernández Madrid considera que el sometimiento al control dispuesto por el empleador es condición sine qua non del derecho del trabajador a percibir salarios, ya que ello responde a las pautas exigibles de acuerdo con el principio de buena fe (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada", Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 1.738/1.739).

Como puede advertirse la cuestión no es clara respecto a si la reticencia o negativa a someterse al control médico dispuesto por la empleadora habilita, sin más, a retener el pago de los salarios.

Pero, no obstante ello, y dado que la discusión no se planteó en estos términos en la primera instancia, entiendo que, aun colocándonos en la posición del Dr. Fernández Madrid (y sin que ello importe emitir opinión sobre cual postura es la correcta), no se encuentra acreditada la reticencia o negativa al control médico por parte del trabajador de autos.

Habiendo presentado el trabajador los certificados extendidos por su médico tratante, con diagnóstico y prescripción de reposo laboral (fs. 15/17, documental reconocida por la demandada y por el médico firmante), dando aviso de su enfermedad que le impide la prestación de tareas, en principio, se encuentra acreditada la existencia de la dolencia que lo incapacita en forma temporal para trabajar.

Si el empleador quiere desvirtuar o contradecir la existencia de la enfermedad y/o extensión del tratamiento, debe producir prueba que acredite la opinión del médico de la patronal y por qué ésta debe prevalecer por sobre la del médico tratante.

Luego, si bien es cierto que la demandada citó al trabajador para el control médico, también lo es que la accionada ha reconocido que el actor concurrió a la entrevista con el médico designado por la empleadora.

Pero lo que no se encuentra probado es que haya existido reticencia o negativa del trabajador para someterse al control médico dispuesto por el empleador.

El informe elaborado por el médico designado por la demandada fue invalidado como prueba en autos, ya que a fs. 91 se hace saber a la parte que no podrá valerse de la

prueba documental de fs. 66/76, por aplicación del art. 21 de la ley 921; y encontrándose glosado el informe referido a fs. 66/67, el mismo no puede ser tenido en cuenta para la resolución del caso.

No encontrándose acreditada la reticencia o la negativa del trabajador para someterse al reconocimiento médico carece de fundamento la notificación de fs. 55, ya que parte de un incumplimiento inexistente o, cuanto menos no acreditado, por parte del actor.

Antes bien, la concurrencia del actor a la entrevista médica a la cual fue citado, hace presumir el cumplimiento de su obligación de someterse al contralor médico dispuesto por el empleador, que prescribe el art. 210 de la LCT.

Por su parte, ninguno de los testigos que declararon en autos estuvo presente en el momento del contralor médico. Uno solo de ellos dice que el actor no se prestó al reconocimiento médico, pero agrega que esto lo sabe porque se lo dijo el médico interviniente.

En definitiva, mientras el actor acreditó la existencia de la enfermedad y la prescripción de reposo laboral, la demandada no ha podido desvirtuar lo sostenido por el médico tratante, ni probar la causa que justificaría el no pago de los haberes al accionante, por lo que la situación de despido indirecto en que se colocó el trabajador se encuentra justificada, conforme lo ha resuelto el juez de primera instancia.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, 1) no hacer lugar al replanteo de prueba ante la Alzada; 2)

rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar la sentencia recurrida.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que intervinieron en la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ... en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 189/192 vta. en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

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 que intervinieron en la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ... en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos, por igual concepto y por su labor en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria