--- En la ciudad de Trelew, a los días de agosto del año dos mil once, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la presidencia del Dr. Raúl Adrián Vergara y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Aldo Luis De Cunto y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“R., D. c/ P. B. S.A. s/ diferencia de haberes e indem. de ley” (Expte. N º 232 - año 2011)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 148.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo:----------

--- 1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 132, que fuera concedido a fs. 133, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 123/128 que hizo lugar parcialmente a la demanda entablada por D. R. y condenó a P. B. S.A. al pago dentro del plazo de diez días de la suma de $15.420, 99.-, con más sus intereses, en concepto de haberes adeudados, sueldo anual complementario, vacaciones proporcionales, indemnizaciones sustitutiva por falta de preaviso con más la integración mes de despido y por antigüedad, e incremento previsto por el Art. 2 de la ley 25.323, y asimismo desestimó las diferencias salariales reclamadas, con imposición de costas a la sociedad vencida por la demanda que prospera y a la actora por la porción del reclamo que fue desestimado. ----------

--- La expresión de agravios luce a fs. 134/137 y vta., el traslado conferido a fs. 138 no fue evacuado por su contraria, y la apelante luego de efectuar una reseña de antecedentes se agravia por entender que hubo un equívoco tratamiento por el Señor Juez a quo a la cuestión planteada por su parte ante la discrepancia habida entre lo afirmado por el médico auditor y su médico, para lo cual transcribe el razonamiento expuesto a fs. 126/vta., último y primer párrafo, respectivamente. Sostiene que con posterioridad a la reforma introducida al Art. 210 de la LCT ese cuerpo legal no cuenta con medios materiales para dilucidar la discrepancia que pudiere existir. Con cita de doctrina expresa que compete al Juez laboral la decisión al respecto dilucidando el eventual diferendo. Agrega que abundante jurisprudencia confirma la opinión vertida en cuanto a que la reforma del Art. 210 de la LCT elimina la necesidad de acudir a una Junta Médica en caso de discrepancias por la burocracia que implica y la abundancia de ausencias laborales injustificadas, cuando a la postre, mas en un caso como el que aquí se ventila, la falta de correspondencia con la enfermedad alegada y la realidad de los hechos, surge palmaria del propio certificado emitido por el médico de la actora. Efectúa cita de fallos acerca de discrepancias entre los certificados presentados por la trabajadora y el control médico de la empleadora, y estima que se puede concluir que tomada la definición por el empleador del despido por abandono de trabajo, invocando la causal de falsedad en el certificado médico, será cuestión sujeta al análisis de los

Jueces, sobre la base de las pruebas aportadas, confirmar o no que tal extremo era conducente a la causal de despido endilgada. Se agravia también de que el juzgador señalara que la demandada debe acreditar la existencia del hecho en que fundó la decisión resolutoria. Expresa que el a quo recoge lo afirmado en el agravio anterior, contradiciendo sus propias afirmaciones acerca de que el despido adolecía de un error formal y de fondo que se lo sintetizó en la falta de consulta a un tercero “Junta Médica”. Agrega que, sin embargo, en contradicción de sus propias afirmaciones luego introduce para concluir haciendo lugar a la demanda, una cuestión nueva, cual es que su parte no logró demostrar que efectivamente le asistía razón de adoptar tamaña decisión. Entiende que no fue tenida en cuenta la prueba aportada como para corroborar, que con una simple mirada a la empleada, el médico certificante pudiera derivar válidamente que adolecía de una enfermedad de carácter profesional lo que ha resultado confirmado, tanto por artículos médicos aportados como con la declaración testimonial del Dr. S., que se contrapone con la falta de prueba aportada por la actora. Con ese alcance también formula queja del razonamiento expuesto en el fallo a fs. 126 vta., segundo párrafo, por entender que insiste en su razonamiento anterior de que con prescindencia de la prueba aportada, que ahora pareciera valorar, menciona, para deshacerse del justificativo de la causal de despido aducida, el esquema jurídico de la ley laboral, hoy reformado como ya se explicitara. Peticiona se revoque la sentencia recurrida en todas sus partes, con costas.----------

--- 2. Formula crítica la apelante ya que el juzgador señaló que a la demandada le corresponde la carga de la prueba del hecho invocado que sirviera de sustento a la decisión resolutoria, para lo cual entiende que con ello contradice sus propias afirmaciones al introducir luego una cuestión nueva cual es que su parte no logró demostrar que efectivamente le asistía razón de adoptar tamaña decisión (despido con causa).----------

--- Al respecto, ese agravio carece de una crítica concreta y adecuada que demuestre cual es el error del fallo pues tal manifestación no presenta un desarrollo argumental que permita cerciorarse sobre la pertinencia de lo aseverado.----------

--- Sin perjuicio de ello corresponde señalar que ante el despido directo dispuesto por la empleadora el fallo de la anterior instancia precisó a fs. 124 vta. que ***es la demandada quien debe acreditar en debida forma la existencia del hecho en que fundó la decisión resolutoria; a más de ello y probado el motivo, se deberá valorar si la injuria resulta de tal magnitud como para justificar la aplicación de la máxima sanción que el ordenamiento legal vigente permite adoptar***. Como también que ***quien adopta la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo invocando una causa que por su gravedad impide continuar con las prestaciones propias de una relación laboral tiene el deber de demostrar, planteado el conflicto en sede***

judicial, que efectivamente le asistía razón de adoptar tamaña decisión.----------

--- Y ese aspecto del decisorio resultó acertado pues la justificación de la causal de despido, sea directo decidido por la empleadora, sea indirecto dispuesto por el trabajador, corresponde a quien produce la extinción del vínculo, conforme al Art. 381 del C. P. C. C. de aplicación en virtud de la remisión dispuesta por el Art. 73 de la Ley XIV N º 1 (esta Cámara, en su composición de Sala única, c. 11.702, S. D. L. 115/95; y c.12.172, S. D. L. 02/97, entre otros pronunciamientos).----------

--- Dicho de otro modo, quien alega un hecho como justa causa de despido, debe probarlo. Con arreglo a lo dispuesto por el Art. 377 del Cód. Procesal incumbe a quien lo invoca la prueba del hecho contemporáneo que diera lugar al despido (Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 2001, 2da. Ed. act., T. II, par. 15.6.4., pág. 1726). ----------

--- A su vez, también es evidente que la sanción de despido debe adoptarse cuando la injuria es de tal gravedad que no consiente la prosecución de la relación (Art. 242, primer párrafo, de la L. C. T.). ----------

--- Con ese alcance, resulta con toda claridad que los agravios se centran esencialmente en la cuestión vinculada a la discrepancia entre certificados médicos, pues la recurrente sostiene que el Art. 210 de la L. C. T. no cuenta con medios materiales para dilucidar la discrepancia que pudiere existir entre el médico tratante y el auditor. Asimismo, con cita de doctrina y fallos fija su postura en el sentido de que planteada la discusión judicial le corresponde al juez resolver en base a la prueba producida, para luego concluir que le asistía razón a su parte con la prueba aportada documental (artículos médicos) y declaración testimonial del Dr. S.. ----------

--- En tal sentido, se afirma que si existiera discrepancia entre los médicos del empleador y del trabajador no puede otorgarse preeminencia a una de las certificaciones sobre la otra (Etala, Carlos Alberto, “Contrato de trabajo”, Astrea, 1998, Pág. 453).----------

--- En esta hipótesis no se puede otorgar preeminencias a una de las certificaciones sobre la otra y debería poder acudirse 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. En esta materia hay un vacío legislativo pues esta última vía, será tardía y por tanto ineficaz y la primera es discutible que esté al alcance de los particulares (Fernández Madrid, obra y tomo citado, par. 18.12., Págs. 1964/1965). ------

--- Desde esta perspectiva, no le asiste razón al recurrente cuando pretende otorgarle al testimonio del Dr. S. una relevancia que no tiene ya que en definitiva su declaración ratifica la postura que adoptara ese médico de contralor al no aceptar el certificado expedido por el Dr. O. G. (ver mensaje del Dr. J. S. enviado por correo electrónico del 19/05/09, documental reservada de fs. 41; y respuesta a la 17ª pregunta, interrogatorio de fs. 85/86 y acta de fs. 89).----------

--- En tales condiciones, si el análisis parte por considerar que ante la discrepancia habida no cabe otorgar preeminencia a la postura médica adoptada por ese auditor su declaración resultó una prueba inocua. Así, si los elementos de convicción traídos al proceso no aportaron datos positivos, la conclusión es que se trató de probanzas inocuas, las que fracasan en su finalidad de "crear el convencimiento del juez sobre la existencia de hechos de importancia para el proceso" (Chiovenda, "Principios …", T. II, n ° 59, Pág. 280, Ed. Reus, 1941).----------

--- Por ello, descarto que esa prueba testimonial resulte relevante para dilucidar la cuestión, lo que así aprecio conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 390 y 460 del C. P. C. C.). ----------

--- En lo que hace a que no fue analizada la prueba documental aportada consistente en artículos médicos sobre el síndrome de Burnout y el de fatiga crónica (documental reservada, fs. 93/94, 95/96, 97/101), lo cierto es que no es tarea del juez evaluar informes científicos.----------

--- En efecto, por tratarse de conocimientos técnicos es una especialidad ajena al conocimiento judicial, por lo que en todo caso debió ofrecerse prueba pericial médica a fin de que el juzgador proceda a tasar la peritación conforme lo dispone el Art. 481 del C. P. C. C. ----------

--- Por tales razones, dichos artículos médicos carecen de toda relevancia probatoria, máxime si se considera que a su respecto el Dr. O. G. expidió certificado médico fechado el 18/05/09 aconsejando reposo precisamente por cuanto la actora presentaba un cuadro compatible con el "Sind. Fatiga Crónica./ Asoc. Sínd. De Burnout." (ver copia de fs. 13, documental reservada).----------

--- Y aun cuando se sostiene que la discrepancia debe dirimirse por decisión judicial (Etala, ob. cit., Pág. 453; en igual sentido, Vazquez Vialard, "Derecho del trabajo y seguridad social", Astrea, 1979, Pág. 344), por otro lado se considera que de haber discrepancias entre los dictámenes médicos (del trabajador y del empleador), hay que recurrir necesariamente a una junta médica imparcial, de ser posible de carácter oficial (Altamira Gigena, en Vazquez Vialard, Director, "Tratado de derecho del trabajo", Astrea, 1983, T. 4, Pág. 891; en igual sentido, Manino, Juan Humberto, "Certificados de enfermedad. Discrepancias y juntas médicas", T y SS, 1987-503).----------

--- No omito en este análisis que se señala que producida la discrepancia debe ser actividad del trabajador dirimir la cuestión ya que la suspensión de la relación laboral se genera en él y no en el empleador, y hasta médicamente la solución propuesta resulta más viable, ya que la persistencia de la enfermedad aducida obtendrá su corroboración por la actividad del médico oficial (Manino, comentario citado, Págs. 509 y 510).----------

--- Pero no comparto este último criterio referido a la actividad a desplegar por el

trabajador pues en definitiva lo que corresponde determinar es cual de las partes tenía la carga de producir prueba a fin de zanjar la discrepancia habida.----------

--- En ese direccionamiento, ante la presentación por la trabajadora del certificado médico que aconsejaba reposo era carga probatoria del empleador acreditar que se encontraba en condiciones de cumplir sus tareas pues ese dato fáctico es el que sirvió de sustento para estimar que el certificado médico presentado no acreditaba la dolencia, intimarla a reintegrarse al puesto de trabajo bajo apercibimiento de considerar su conducta como abandono de trabajo, para finalmente reiterar el rechazo de ese certificado médico y despedirla (cartas documentos del 19/05/09 y 26/05/09, fs. 5/vta. y 7/vta. de la documental reservada). ----------

--- Se trata del presupuesto de hecho de la norma invocada como fundamento de su defensa, y como tal se encontraba a su cargo acreditarlo (Art. 381, segundo párrafo, del C. P. C. C., de aplicación en virtud del Art. 44 de la Ley XIV N º 1).----------

--- Cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el Art. 377 del C. P. C. C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, “Código Procesal ...”, Astrea, 1983, T. 2, Págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente).----------

--- En consecuencia, ante la discrepancia existente entre los dictámenes médicos de la trabajadora y de la empresa era carga de esta última aportar los elementos probatorios que corroboraran su postura, por lo que la deficiencia probatoria incurrida pesa sobre la demandada.----------

--- Por esa razón, se comparta o no la necesidad de efectuar una Junta Médica pues lo dirimente es la prueba que aporte la patronal, el sentenciante con cita de jurisprudencia señaló a fs. 126/vta. que ***el sentido común sumado a las pautas orientativas brindadas por distintos Tribunales de nuestro país indican que ante la discrepancia de lo constatado por el médico tratante y el médico auditor, la demandada debía arbitrar los medios para sortear la cuestión con una junta médica para saber con certeza si la empleada soportaba la patología observada por el Dr. G. o no***. ... ***la situación se resolvió de manera incorrecta dentro del esquema jurídico, con ello quiero decir que ante la duda o discrepancia se debió acudir a una junta médica donde todas las partes pudieran opinar dentro del marco científico para luego adoptar una decisión en el ámbito laboral***.----------

--- A ello cabe agregar que el despido se considera como último remedio (*ultima ratio*) al que no puede recurrirse sino en casos de verdadera necesidad, ya que de lo contrario

se juzga como arbitrario (Etala, ob. cit., Pág. 529), máxime cuando en caso de duda la situación debe resolverse en favor de la continuidad del contrato (Art. 10 de la L. C. T.).-

--- En ese direccionamiento, aun cuando referida a la obligación de reasignar tareas pero aplicable al caso ante el despido directo dispuesto por la patronal, se sostiene que no resulta ajustada a derecho la actitud de la demandada de despedir al actor, si consideramos para ello, la existencia de certificados médicos contradictorios pues, tal como lo ha sostenido en anteriores pronunciamientos, no se puede dar preeminencia a ninguno de ellos, más aún cuando por ello se pone en juego la continuidad del contrato de trabajo (C. Trab. Córdoba, sala 11ª, unipersonal, 27/7/09, “González, Sergio M. v. Caños Córdoba S. R. L. s/ ordinario-despido, Expte. 55145/37”, citado por García Leandra J., “La obligación de reasignar tareas y una correcta interpretación del Art. 212, LCT”, en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social”, junio 2011, N º 11, Pág. 966, y nota n º 103).----------

--- Por lo demás, existe la postura que da preeminencia al certificado médico del trabajador ya que ese profesional se encuentra en mejores condiciones de emitir su opinión por tener a su cargo el tratamiento.----------

--- Así, se sostiene que en caso de discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el del control empresario es 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 (CN Trab., sala 8ª, 22/8/08, “Farías, Héctor F. v. Coto C. I. C. S. A.”, Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2008-B, 1833).----------

--- A ello debe agregarse que ese criterio resulta actualmente validado por aplicación del principio *in dubio pro operario* en materia de apreciación de la prueba (Art. 9 de la L. C. T., texto según ley 26.428, Art. 1º).----------

--- En ese aspecto, con referencia al último de los fallos citados, se indica que ante la duda suscitada por la opinión contraria de dos profesionales, presunción mediante (de que el profesional del trabajador, a cargo del tratamiento, es quien mejor conoce el estado y aptitud del trabajador), el tribunal benefició la prueba que favorecía al trabajador. Es decir que al existir planteos tendientes a preservar la salud del trabajador, por imperativo del principio protectorio y del *in dubio pro operario*, ante la duda debe favorecerse la versión que beneficia al trabajador (Serrano Alou, Sebastián, “El principio *in dubio pro operario* y la apreciación de la prueba”, en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, 2009-A, 987/988).----------

--- Por tales razones se rechazan los agravios.----------

--- 3. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la demandada apelante vencida conforme al criterio objetivo de la derrota (Art. 69 del C. P. C. C.).-------

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios profesionales de la Dra. M. P. S., en su carácter de letrada patrocinante de la parte demandada, en el 1,75% del monto de condena, y en caso de no alcanzar dicho importe al mínimo establecido por la ley arancelaria en la suma de ocho Jus (arts. 5, 6, 7, cuarto párrafo, 8, 13 y 46 de la Ley XIII N º 4, modificada por la Ley XIII N º 15), con más el I.V.A. pertinente.----------

--- Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.----------

--- A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Lucero dijo: ----------

--- La parte demandada ha interpuesto recurso de apelación (fs. 132) en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos (fs. 123/128) por el cual se hiciera lugar parcialmente a la demanda entablada en su contra por la Sra. D. R., condenándola a que, en el plazo que indica, abone a la mencionada actora la suma de $ 15.420,99 con más los intereses que indica en el considerando respectivo e imponiendo las costas del siguiente modo: por la porción de la demanda desestimada –diferencia de haberes reclamadas- a la parte actora; y, por la porción admitida –haberes adeudados, S. A. C., vacaciones proporcionales, preaviso, integración de despido e indemnización por antigüedad y agravamiento indemnizatorio del Art. 2° de la ley 25.323- a la parte demandada recurrente.----------

--- Es escrito de sostenimiento del recurso luce agregado a fs. 134/137 vta.----------

--- Ordenado su traslado a la parte contraria (fs. 138) éste no fue evacuado.----------

--- I.- La reseña de los agravios vertidos por la parte demandada apelante ha sido realizado con suficiencia y claridad por el magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, por lo que a ella me atendré a fin de evitar repeticiones estériles.----------

--- Si resultará útil identificar cuál es el núcleo del cuestionamiento que es formulado por la recurrente, el cual puede fácilmente individualizarse en el siguiente interrogante que es susceptible de elucidar: ¿cuál es el proceder que ha de seguirse ante supuestos como el planteado en el caso de marras, en el que se presenta discrepancias entre el certificado emitido por el médico tratante del dependiente, presentado por éste para justificar su inasistencia por razones de salud, respecto del informe médico que, en contrario, emitiera el galeno enviado para su control por la patronal, quien aconsejara no justificarlas “hasta que se presenten mayores pruebas clínicas”?.----------

--- Tal interrogante nace de la dificultad que se deriva de la inexistencia de un mecanismo eficaz y oportuno para dirimir el conflicto que de tal manera se produce. Rememoro que en el texto original de esta norma (que por entonces se encontraba numerada como Art. 227 de la L. C. T. en su versión original de la Ley 20.744) estaba previsto que *“…en caso de discrepancia entre el médico del trabajador y el del empleador, éste deberá solicitar a la autoridad de aplicación la designación de un médico oficial, quien dictaminará al respecto…”*. Y, si bien cabe apuntar que esta norma no preveía los efectos de ese “dictamen” del médico oficial ni las alternativas con que

contaban las partes para impugnar el mismo, el procedimiento propuesto por la ley importaba someter la cuestión a una suerte de arbitraje administrativo. La reforma dispuesta por ley 21.297 eliminó este párrafo en la norma (actual Art. 210 de la L. C. T.), sin prever ningún modo de resolver la cuestión. Esto es, en la actualidad no existen organismos oficiales a donde las partes puedan recurrir para dirimir la cuestión. El Ministerio de Trabajo de la Nación no tiene habilitada una dependencia a tal efecto – actualmente ya no existe el Departamento de Reconocimientos Médicos del Ministerio de Trabajo que tenía como funciones, entre otras, la de "determinar el grado de incapacidad o condiciones de salud cuando haya discrepancia con el empleador" según lo disponía el Dcto. 825/74-. Y, la Secretaría de Trabajo de la provincia, al menos en mi conocimiento, tampoco tiene previsto el funcionamiento de un órgano u oficina destinada a cumplir con tal función----------

--- Ante tal situación, el juzgador "a quo" estimó respecto al punto, en lo principal y allende que también desestimara otra de las causas invocadas por la patronal en su comunicación del despido (no haber presentado el informe de tareas desempeñadas que por escrito se le requiriera que presentara el 18-05-2009 a la Sra. Rubín)(vide: C. D. N ° 059108245 de fecha 26-05-2009 –fs. 7-; lo siguiente: *"…más allá de los antecedentes con los que R. pueda haber contado, o el poco o mucho apego al trabajo que tuviera,* ***lo cierto es que si existía la discrepancia la manera de zanjarla era poniendo la cuestión en manos de un tercero****, para de esa forma adoptar un criterio imparcial que permitiera saber con certeza si la razón estaba del lado del Dr. G. en el diagnóstico de la patología detectada, o por el contrario le asistía al Dr. S., médico auditor que se oponía a los dicho por el galeno tratante…"*(Sic)(Vide: considerando de fs. 125 vta. "in fine")(el énfasis me pertenece).----

--- He destacado en "negritas" la porción que entiendo resulta dirimente en el razonamiento esgrimido por el juzgador de grado, toda vez que pone en el tapete de su análisis cual es su posición respecto de cómo debería procederse ante tal situación derivada de las discrepancias existentes entre dos opiniones profesionales médicas encontradas.----------

--- Ahora bien, el interrogante relativo a quién debe correr con el peso de realizar la actividad que fuere necesaria y tendente a lograr despejar la incertidumbre generada por tal discrepancia, y que fue nominada por el Sr. Juez a quo como la "tercera opinión profesional", a mi juicio, mereció una respuesta jurisdiccional en la anterior instancia correcta. Ello así, por cuanto el juzgador del anterior grado se atuvo estrictamente a la regla genérica atribuida por la Ley sustantiva y, agrego de mi cuño, al régimen normativo que prevé sobre quien pesa la carga procesal de probar y que se encuentra contenido en el 2do. párrafo del Art. 381 del C. P. C. C. (según numeración de Ley XIII N ° 5), el cual rige en la especie por vía de la supletoriedad dispuesta por el Art. 44 de

la Ley XIV N ° 1 –antes ley 69-.----------
------- Y asevero que se cumplió con la carga sustancial del Régimen de la Ley de Contrato de Trabajo, por cuanto la presentación del certificado médico es una carga que el trabajador tiene cuando no avisa oportunamente y, en consecuencia, para tener derecho a cobrar sus salarios debe acreditar inequívocamente la enfermedad a través de aquél. A su vez, el empleador tiene la carga de controlar la dolencia denunciada oportunamente y, eventualmente, justificada mediante el respectivo certificado médico, por su dependiente. O bien, dicho de otro modo, si el empleador no efectúa el control del Art. 210 de la L. C. T., no solo debe los salarios correspondientes sino que tampoco podrá alegar injuria alguna vinculada a tal inasistencia por enfermedad, porque se entiende que el incumplimiento de esa especie de carga lleva a admitir que consideró justificada la ausencia por enfermedad.----------

--- Y, desde la perspectiva que provee la norma adjetiva que rige el caso cabe recordar que la no justificación de la inasistencia por la enfermedad denunciada y no aceptada luego de ejercer el control médico –que importa a la postre el presupuesto de hecho de la norma que invocara en sustento de su defensa la patronal (Art. 242 de la L. C. T.)- debe ser probada por quien la postula, esto es, en la especie la sociedad demandada (Conf. Arts. 381, 2do. Párr. del C. P. C. C.; y, 44 de la Ley XIV N ° 1).----------
----

--- En esta inteligencia de la cuestión bajo análisis se ha dicho que cuando existe discrepancia entre el diagnóstico del médico del trabajador y el profesional que efectúa el control en representación del empleador no cabe otorgar preeminencia a una opinión o certificado médico sobre otro. El obrar prudente del empleador le impone cuanto menos la realización de una tercera consulta y si continuara la discrepancia, zanjarla administrativa o judicialmente (Conf. CNAT, sala VIII, 31-10-93, “Monzón c/Piso Uno S.A.”, T. y S.S., 1993-243; id., CNAT, Sala III, 8-2-2000, “Remón, María c/ Eurosat S.A.”, en Manual de jurisprudencia de derecho laboral y la seguridad social, Ed. LexisNexis, año 2004, Pág. 259; ídem, Trib. Trab., de Morón, T. y S.S., 1988-756; ídem, CNAT, Sala VI, 16-6-82, T. y S.S. 1982-1216).----------

--- Por otra parte, esta tesitura es compatible con el deber de diligencia e iniciativa que le exige al empleador el Art. 79 de la L. C. T., que le impone que ante la discrepancia existente se encuentre a su cargo arbitrar –por encontrarse además, en mejores condiciones fácticas para hacerlo- una prudente solución para determinar la real situación de su subordinada. Y, solo a título de ejemplo, indico como otro posible modo de obrar que en el marco de su deber de diligencia e iniciativa podía asumir la empleadora, la de conformar una junta médica integrada por el médico tratante de la trabajadora, el médico de la patronal y un tercer profesional designado de común acuerdo, o bien, integrada con un profesional de un organismo público que asegure su imparcialidad para que dirima tal discrepancia. Y, si aún así no se pudiera disipar la controversia médica queda siempre la instancia judicial para que dirima la cuestión (Ver:

Elías, Jorge “Aviso y control de enfermedad”, en Rev. de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal Culzoni, “Las suspensiones en el contrato de trabajo”, T. 2003-1, Págs. 395 y Sgtes.).--

--- Empero, tengo para mí, y ello es lo que sella la suerte del agravio, la empleadora no puede derechamente, a partir de esta discrepancia de opiniones médicas, considerar la conducta de su empleada –quien se atuvo al diagnóstico de su médico tratante- como una falta grave que justifique la extinción del contrato, por lo que considero que efectivamente resulta injustificado el despido directo dispuesto con motivo del desconocimiento patronal del estado de enfermedad alegado por la trabajadora actora en estos autos (Conf. CNAT, Sala II, 15-12-2008, “Romero, Analía c/ Colorit S.A. s/ Despido”, jurisp. Cit. por Fernández Madrid, Juan C., en “Ley de Contrato de Trabajo, comentada y anotada”, Ed. La Ley,, año 2010, T. III, Pág. 1742).----------

--- Desde esta perspectiva o marco de razonamiento viene como consecuencia necesaria que la valoración del testimonio prestado en estos actuados por el médico de la patronal, Dr. S. muy poco puede aportar para resolver el conflicto trabado, puesto que precisamente no dirime la discrepancia de opiniones médicas que, con su primer dictamen, la generara. Y, en tal sentido bien lo ponderó en tal sentido el Sr. Juez a quo precisando que ello no implicaba que le diere prevalencia al diagnóstico del Dr. G. (Vide: 2do. apartado del considerando de fs. 126 vta.)(Conf. Arts. 390 y 460 del C. P. C. C. y Art. 44 de la Ley XIV N ° 1).----------

--- A todo evento, comparto el criterio del magistrado que me precede en la votación, Dr. Vergara, en cuanto que en el supuesto planteado en el caso bajo análisis es de aplicación lo dispuesto por el Art. 9 de la L. C. T. –según Ley 26.428-, el cual acentúa, si se quiere, la vigencia del principio de interpretación más favorable a la posición esgrimida por la trabajadora actora en autos.----------

--- Por lo expuesto, entonces, concluiré en que corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto y, por ende, confirmar el fallo apelado en todo lo que fuera materia de agravio, con costas de segunda instancia a cargo de la parte demandada recurrente vencida en ella (Conf. Art. 57 de la Ley XIV N ° 1 –antes ley 69-).----------

--- Los honorarios de los profesionales intervinientes, apreciando sus tareas cumplidas por ante esta alzada según su extensión, calidad y eficacia, estimo adecuado regularlos del siguiente modo, a saber: al Dra., M. P. S., letrada patrocinante de la demandada apelante, en la suma equivalente al 1,75%, siempre y cuando dicha suma no sea inferior al mínimo arancelario fijado por el Art. 7 de la Ley XIII N ° 15, con más el I. V. A. pertinente (Conf. Arts. 5 y 13 de la Ley XIII N ° 4; leyes 23.349 y 23.871).----------

--- Culmino de tal manera mi intervención en la presente cuestión pronunciándome en ella por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--- Visto el acuerdo antes alcanzado, corresponde: a) confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; b) imponer las costas de segunda instancia a la demandada vencida; y c) regular los honorarios de la Dra. M. P. S., por sus tareas de Alzada, en el 1,75% del monto de condena, y en caso de no alcanzar dicho importe al mínimo establecido por la ley arancelaria en la suma de ocho Jus, con más el I. V. A. pertinente.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. Lucero dijo: ----------

--- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, por responder el mismo fielmente al acuerdo antes logrado.----------

--- ASI LO VOTO.----------

--- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal por haberse logrado la mayoría (Art. 8º Ley V N º 17), pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

--- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew;

RESUELVE:----------

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; ----------

--- IMPONER las costas de segunda instancia a la demandada vencida;----------

--- REGULAR los honorarios de la Dra. M. P. S., por sus tareas de Alzada, en el 1,75% del monto de condena, y en caso de no alcanzar dicho importe al mínimo establecido por la ley arancelaria en la suma de ocho Jus, con más el I. V. A. pertinente.-

--- Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

REGISTRADA BAJO EL N °_025 DEL AÑO 2011 – SDL – CONSTE.-

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA

VILMA NOEMÍ BIRRI
SECRETARIA DE CAMARA