En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de agosto del año dos mil veintitrés, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Guillermo Daniel HANSEN y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y Dr. Julián Emil JALIL para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., G. M. C/ A. S.A. S/ Cobro de pesos el indem. de ley" (Expte. N° 100- Año 2023)** venidos del Juzgado laboral Nº 2 (Expte. N° 10071 /2020) en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1.- Antecedentes del caso. En las presentes actuaciones en fecha 14/03/23 se ha dictado sentencia definitiva.

El día 21/03/23 apela la parte actora, recurso concedido en fecha 27/03/23, siendo a su vez decretada su deserción en fecha 13/04/23 con motivo de no haber sido presentada la correspondiente expresión de agravios.

El día 21/03/23 apela la parte demandada, recurso que fue concedido en fecha 27/03/23.

2.- La sentencia. En su parte dispositiva la sentencia resolvió: "1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia, condenar a A. S.A., CUIT X. a abonar a la señora G. M. G., DNI X. dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de PESOS OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SESENTA Y SIETE CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS ($886.567,93), con más los intereses y con capitalización desde la fecha de la notificación de la demanda (arts. 770 inc. b y 7 del C.C.y C.), de acuerdo a lo expresado en el Considerando 8. 2º) Imponer las costas en un

20% a cargo de la actora y en un 80% a cargo de la demandada (art. 72 del CPCC). 3°) Regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora, Dres. V. F. y S. F., en conjunto y proporción de ley, en el 18%; los de la representación letrada de la parte demandada, Dr. J. G., en el 16%; y los del perito contador L. E. M., en el 5%; porcentuales que serán calculados sobre el monto del proceso, capital más intereses, con más el IVA pertinente, teniendo presente el mínimo legal de 20 y 8 JUS. Para ello, he tenido en cuenta la extensión, calidad e importancia de los trabajos desarrollados, así como las etapas cumplidas (arts. 6, 6 bis, 7, 8, 9, 39, 60 y concs. Ley XIII N°4 y Ley XIII N°15)".

3.- Los agravios de la parte demandada. La parte demandada se agravia con base en los siguientes tópicos.

En *primer término*, comienza la quejosa afirmando de manera previa a enarbolar su argumento: "Al tomarse en cuenta solo lo afirmado por la parte actora, solo las testimoniales ofrecidas por la misma, y sin importar los principios que enmarcan la cuestión del auto despido, se cae en la cuenta que existiría una convicción de que siempre debe "ganar" la parte actora de un proceso laboral, convirtiendo entonces el proceso laboral, el juicio, en un simple trámite para obtener un texto declarativo de lo requerido en una demanda. Que, justamente este escrito persigue que ese Tribunal advierta tal situación encarrilando la *litis* por la vía del Derecho como corresponde, dado que el fallo de la instancia de origen es un paradigma de la arbitrariedad, de la sola voluntad del magistrado, ajeno a las circunstancias probadas".

Continúa sosteniendo que no se encuentra demostrado que haya existido conducta reprochable en la empleadora que justifique el despido indirecto, *v.gr.*: "la actora no demostró que hubiere existido alguna inconducta de la patronal que le causara injuria, mucho menos como para que reaccione

desproporcionadamente y menos que el auto despido hubiere sido oportuno".

Argumenta en este orden que la parte patronal no despidió a la actora aun cuando "no concurrió a trabajar en enero, febrero, marzo, abril y mayo de 2020, sin justificativos, ni médicos de ninguna índole".

Afirma que la sentencia valora negativamente el silencio de la demandada durante dichos meses, cuando el mismo temperamento por parte del trabajador, debería haber conducido a la jurisdicción a considerar que nos hallamos ante el supuesto del art. 241 de la LCT.

Asimismo, sostiene que la parte actora no dio el aviso correspondiente a la Clínica cita en la calle Rosales y que tampoco concurrió munida del certificado otorgado por el médico tratante al control médico del Dr. W. cito en la calle S. X. S., tal como era protocolo interno de la empresa, lo cual se encontraría probado en las testimoniales surgiendo también del texto de la correspondencia epistolar. En este sentido se plantea su disconformidad con la conducta de la actora, quien lejos de seguir el proceso habitual "directamente presentó los certificados médicos y del psicólogo Dr. D. A. en la Delegación local de la Subsecretaría de Trabajo".

Destaca asimismo que no se encuentra probado que la parte actora haya dado aviso de sus dolencias durante la primera jornada.

En otro orden de ideas, cuestiona la validez de los certificados otorgados por un psicólogo, con base en los art. 209, 210 y concordantes de la LCT y conforme la Ley N° 17.132.

Sin perjuicio de ello, continúa relatando que, a partir de los certificados aportados la patronal procuró ejercer el contralor correspondiente citando a la trabajadora al consultorio del Dr. G., médico psiquiatra, destacando que se encontraría demostrado en autos la inasistencia de la actora.

Argumenta que conforme el dictamen del Cuerpo Médico Forense, la dolencia de la actora supone un cuadro que tras los treinta días iniciales debe ser tratado por un psiquiatra, lo cual no aconteció.

Así las cosas, hace un repaso de su conducta como empleadora destacando que notificó fehacientemente a la actora que debía concurrir al contralor con el Dr. G. el día 20/12/19, convocándola nuevamente para el día 16/01/20, habiendo sido infructuosas ambas citaciones. De los hechos relatado deriva que la trabajadora había perdido el derecho a percibir remuneraciones al tiempo que podía ser pasible de sanciones, todo lo cual fue ignorado por la *a quo*.

Destaca que no existe prueba que acredite que la actora haya dado inicio a tratamiento alguno.

Y en definitiva, concluye que la empleadora debió haber solicitado la conformación de una Junta Médica, lo que estima es según su criterio un error, porque ello procede solo cuando existe divergencia entre las opiniones médicas, lo que en el caso de marras no se da, visto que no se pudo ejercer el contralor empresario mediante la actividad del Dr. G.

En *segundo término*, se agravia de que la sentencia emplaza a la trabajadora en la categoría ayudante de cocina, con base en dos testimonios, sobre los cinco efectivamente prestados, y sin tener en cuenta que por las características propias de un establecimiento geriátrico, la función de quien cocina es muy delicada debiendo contar con capacitación específica. Según lo relata sería imposible, a raíz de ser incompatible con elementales principios de higiene y responsabilidad, delegar en la persona que hace limpieza y tareas muy simples, la tarea de cocinar para cerca de 90 adultos mayores.

Reitera que su categoría era peón de cocina al momento de su ingreso, siendo en la etapa en donde prestó tareas en Comodoro Rivadavia, las propias de una mucama.

Reafirma que los cinco testigos mencionaron que la actora hacía limpieza, la que conforme normativa convencional del sector, al no tener asignación especial se corresponde con la de peón general.

Por *último*, plantea la existencia de errores en la liquidación.

En este sentido objeta que le pueda corresponder a la actora la percepción de salarios desde febrero hasta mayo, en razón de no haber prestado servicios, encontrándose las inasistencias injustificadas.

En el mismo sentido, plantea que los meses de diciembre y enero tampoco pueden ser materia de indemnización dado que la actora no dio aviso, que los certificados no fueron presentados y que no asistió al contralor médico de la parte empresarial.

Finalmente destaca que las vacaciones con SAC 2019, el SAC segundo semestre 2019, y el incremento solidario de $ 7000 se encuentran abonados en el recibo de enero de 2020.

Objeta que la sentencia ordena indemnizar por la integración del mes de despido, cuando el mes de mayo ya había sido incluido en la liquidación efectuada por el contador. Esta indebida duplicación afecto el cálculo del SAC proporcional del primer semestre de 2020, reflejándose en la indemnización decreto 39/2019 y en el incremento del art. 2° de la Ley 25.323.

4.- Suficiencia de los agravios. Los agravios vertidos por las apelantes, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que son considerados como causa eficiente de dichos agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada

de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

5.- Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

6.- El tratamiento de los agravios de la parte demandada.

6.1.- La legalidad del despido indirecto. La quejosa principia una exposición plagada de argumentos retóricos, afirmando que la jurisdicción de grado, en el caso examinado, dictó una sentencia hallándose imbuida de la convicción de que siempre debe ganar la parte actora de un proceso laboral coinvirtiendo el juicio en un simple trámite para obtener un texto declarativo de lo requerido en una demanda, siendo el fallo un paradigma de la arbitrariedad.

La doctrina de la arbitrariedad, comenzó siendo una elaboración pretoriana, concebida por los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como un medio para ampliar su competencia de cara al tratamiento de aquellos remedios extraordinarios que careciendo de requisitos materiales –inexistencia en sentido estricto de cuestión federal simple, cuestión federal compleja ya sea directa o indirecta, o gravedad institucional-, adoleciesen de vicios o errores palmarios y manifiestos que descalificasen a la sentencia como acto jurisdiccional. Tales déficits, privan al acto de fundamento legal, en tanto puede predicarse que el mismo se apoya solo en la voluntad del Juez no constituyendo una sentencia en los términos de la Constitución (CSJN *in re* "Rey c. Rocha", Fallos: 112:384).

Estas consideraciones con el paso de los años se generalizaron en la jurisprudencia de los tribunales inferiores, pasando a predicarse de una sentencia que es arbitraria cuando es "tan grosera que aparezca como algo inconcebible dentro de una racional administración de justicia" (CSJN CS, Fallos: 330:4797; 333:1657); cuando no esté debidamente fundada en argumentos consistentes y racionalmente sostenibles tanto en lo fáctico como en lo jurídico comprometiendo las garantías de la defensa en juicio y de tutela judicial efectiva de las partes (Fallos: 327: 5456; 329: 3673;

330:106018); cuando el vicio de la sentencia es intolerable (Fallos: 328:3399); cuando verifique la omisión de cuestiones planteadas como pretensiones o defensas, omisión de pruebas decisivas, falta de consideración del texto legal, ausencia de fundamentación, o fundamentación dogmática o aparente, carencia de derivación razonada del derecho vigente a los hechos de la causa, omisión de precedentes obligatorios (Por ejemplo: apartamiento de la doctrina legal del STJ).

La doctrina de la arbitrariedad exige la acreditación de una situación "absurda", un error de proporciones, palmario, fundamental, un desvío notorio de las leyes de la lógica que vicien el razonamiento dando lugar a un quebrantamiento manifiesto y patente de las reglas que gobiernan la actividad jurisdiccional, todo lo cual autorizaría la revisión de lo decidido por el Magistrado *a quo*.

Es necesaria la prueba incontrastable del referido "absurdo", a través de una correcta y concreta fundamentación, no bastando con la mera alegación o invocación de tales circunstancias de excepción.

La recurrente no ha acreditado, siquiera ha llegado a postular de manera sólida y consistente, que el pronunciamiento puesto en crisis sea arbitrario, debiendo ser puesto especialmente de relieve que la retórica descalificatoria de la pluma del letrado que articula el remedio, lejos de horadar la honradez del juzgador de grado –humano y falible como todos los operadores judiciales sean estos jueces, defensores, fiscales y abogados, de cara a una disciplina social como lo es el derecho-, solo revela insolvencias en orden a la precisión, justeza y legitimidad del propio planteo incoado, razón por la cual, pacientemente, se invita al matriculado a la reflexión.

Ya en el texto de la queja, la recurrente sostiene que el despido indirecto carece de causa dado que la parte empresaria no obró de manera tal que la trabajadora pudiese llegar a considerarse injuriada.

Debo destacar que no corresponde abocarse a las meras discrepancias subjetivas articuladas por la demandada apelante en tanto solo constituyan cuestionamientos ayunos de fundamento normativo, encontrándose facultados los jueces a ceñirse a aquellos planteos que sean conducentes para la solución de la controversia (CSJN 274:113).

Es en este sentido no deben ser atendidas las consideraciones atinentes al silencio de una y otra parte desde fines de febrero, hasta mayo. Ello así si se tiene en cuenta que ante el reclamo de la trabajadora el temperamento de la patronal fue el de controvertir negándose a abonar los salarios, lo cual, en el ámbito del derecho del trabajo con la carga tuitiva en favor de la parte más débil de la relación, pone en cabeza del principal, extremar los medios para disipar la indefinición, corroborando mediante los mecanismos que la ley provee, la existencia de dolencia en la reclamante.

En lo verdaderamente medular, la sentencia puso de relieve que "Si el empleador descree de la veracidad de la situación puede ejercer el derecho de control previsto en el art. 209 LCT, y si el empleador no estaba satisfecho con un certificado emitido por un psicólogo, que superaba la exigencia de simple aviso impuesta al trabajador por la LCT, no puede desconocer un estado de situación que le fue comunicado oportunamente", agregando: "Sin perjuicio de ello, tampoco la accionada solicitó la formación de Junta Médica ante un órgano neutral, como la Secretaría de Trabajo, que pudiera expedirse sobre si la Sra. G. padeció las patologías plasmadas en los certificados por ella aportados".

A fin de fundar su temperamento la sentencia puso de relieve especialmente: "En cuanto a esta revisión médica, discrepan las partes respecto a su realización. Así, afirma la accionante que concurrió a la misma y el doctor le dijo que no tenía nada y que volviera a trabajar, en tanto la demanda alega

que G. no concurrió. No existen constancias escritas en autos del Dr. G. que dieran cuenta de una u otra versión para esclarecer esta circunstancia".

Ante esta discrepancia de la que no existe prueba en el expediente, la recurrente se limita a reafirmar su derecho asentándose en los efectos del mero envío de la comunicación postal.

Sin embargo, la parte empresaria debió articular como lo indica la sentencia, medios tendientes a ejercer sus funciones de contralor
emplazando a la trabajadora ante el órgano imparcial y neutral, lo cual no ha acontecido, sellando la suerte del agravio en cuestión, visto que tal como lo pone de relieve el Señor Juez de grado "…en sub examine se encuentra en juego el principio de preservación del salario receptado por las normas tanto nacionales y supra constitucionales; Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana de Derechos Humanos Condiciones justas equitativas y satisfactorias de trabajo, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros", máxime, teniendo especialmente presente que el distracto se produjo en momento en el cual toda la comunidad se encontraba afectada por los estragos de la pandemia que es de público y notorio conocimiento.

Tales extremos no han sido enervados con eficacia por la recurrente, razón por la cual el agravio será desestimado.

6.2.- La categoría profesional. Se encuentra controvertida la categoría profesional de la trabajadora en los presentes autos.

La sentencia con base en testimoniales, reconoce la categoría más favorable en el escalafón, dentro del espectro de las debatidas, *v.gr.*, ayudante de cocina, lo cual fue cuestionado en la pieza tratada, por cuanto los testimonios no son uniformes.

Oídos las audiencias celebradas es lo cierto que la testigo F. manifiesta que la actora realizaba tareas de mucama, cocinera, limpieza y lavadero, y que la testigo P. afirma que trabajó como cocinera, mucama y asistente.

Por el contrario, tanto la testigo A. como la testigo S., afirman que la actora solo se desempeñó como mucama y en tareas de maestranza, mientras que la testigo A. añade que calentaban la comida los domingos.

La demanda cumple con la carga de indicar qué funciones cumplía, de manera sintética, categórica y expresa, en el sentido que manifiesta que "estaba cocinando en la cocina" (fs.43 línea 29), además de cumplir con sus tareas de mucama.

Por su parte, el CCT 122/75 en el art. 6 discrimina las categorías del personal de cocina en el apartado "C" del cuadro, v.gr., en orden decreciente de importancia en el escalafón: "a) Primer cocinero y/o repostero y/o fiambrero; b) Segundo cocinero y/o repostero y/o fiambrero; c) Cocinero/a de Establecimientos Geriátricos; d) Encargado/a de Office, cafeteros y Jefe de despacho de cocina; e) Ayudante de cocina y cacerolero; f) Peones de cocina en general".

Complementariamente el art. 7 describe las funciones profesionales de cada categoría.

Los acápites 28 y 29 de dicho artículo se refieren al personal de cocina de la siguiente manera: "28) Personal de cocina: comprende al cocinero, cocinerorepostero y fiambrero, que conforme al volumen de las tareas podrán realizar una, dos o las tres funciones. El segundo cocinero, es el colaborador inmediato del anterior. Se entiende que solo se considera la existencia del primero y segundo cocinero cuando se desempeñan en los mismos horarios, caso contrario ambos serán considerados como primer cocinero. El cafetero, el encargado de office y el jefe de despacho de comidas son colaboradores directos del segundo o del primer cocinero cuando haya

uno solo. El ayudante de cocina colabora con los anteriores, con capacidad suficiente para reemplazarlos. El cacerolero es el encargado de limpieza de cacerolas, vajillas e implementos de cocina en general. El peón de cocina cumple las tareas simples, como transporte de material y alimentos. 29) Cocinera de Establecimiento Geriátrico: es el trabajador que se desempeña en los establecimientos geriátricos o en las secciones destinadas al alojamiento permanente o exclusivo de ancianos de cualquier establecimiento asistencial, cuyas tareas consisten en preparar y cocinar las comidas de los gerontes, tendrá la remuneración del segundo cocinero".

La quejosa plantea que la sentencia solo atendió las testimoniales propuestas por la parte actora, sin visualizar que la misma testigo A. al añadir que calentaban la comida los días domingos, aduna funciones compatibles con las propias del ayudante de cocina que colabora con el primer y segundo cocinero, con el cafetero, el encargado de office y el jefe de despacho de comidas.

En el mismo orden argumental la queja objeta que no se ha probado en autos que la parte actora tuviese capacidad para desempeñarse en el escalafón de ayudante de cocina, sin advertir que, en tal escalafón, reviste el cacerolero, quien se dedica a la limpieza de los elementos de cocina en general.

Por último, he de destacar que sobre el final del interrogatorio, la testigo A., dio cuenta que no siempre trabajó en los mismos horarios que la parte actora, de lo que debe ser colegido que los dichos de las testigos F., P. y A. pudieron acontecer sin que ella los perciba, en momentos en los que no coincidía su jornada laboral con la de la Señora G.

Con base en lo expuesto, el agravio será rechazado y la categoría laboral reconocida en la sentencia será confirmada.

6.3.- La liquidación. Tal como lo destaca la demandada, la sentencia pone de relieve que dada la antigüedad de la parte actora en su empleo y visto que no contaba con cargas de familia, la obligación de abonar salarios por enfermedad inculpable es de tres meses.

De conformidad con lo expuesto y siendo que la primera licencia médica tiene por término de inicio el día 02 de diciembre de 2019, los meses a ser liquidados conforme a derecho fueron, diciembre de 2019, enero de 2020 y febrero de 2020, careciendo el pago de los emolumentos correspondientes a marzo, abril y mayo de 2020 de fundamento normativo.

Ello en modo alguno viene a justificar conforme a derecho la conducta de la parte demandada, la cual no ejerció sus atribuciones de contralor conforme el ordenamiento laboral lo establece, y que en el último de los casos, tampoco precisó la situación laboral de la reclamante proporcionando la certidumbre que a todo evento podría traer aparejada la decisión de notificar que tras el periodo de enfermedad inculpable se pasa a estar en reserva del puesto.

Se impone reiterar que esto es razón suficiente para fundar en derecho el despido indirecto y las indemnizaciones reclamadas, no obstante que deben ser deducidos, tal como se lo propicia en este voto, los salarios correspondientes a los meses de marzo abril y mayo de 2020,

correspondiendo que sea efectuado el cálculo correspondiente, por las partes o en su defecto por el perito contador designado en autos, en la etapa de ejecución de sentencia.

7.- Conclusión. En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación incoado, en tanto cuestionó la liquidación por la cual procedió la demanda, debiendo ser modificada parcialmente la sentencia de grado deduciéndose de la condena los importes correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2020, debiendo ser la liquidación

correspondiente efectuada conforme este criterio por las partes o el perito contador designado en autos, en la etapa de ejecución de sentencia. La sentencia será confirmada en lo demás que decide.

8.- Readecuación de costas. Sin perjuicio detratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de primera instancia, lo resuelto no altera lo dispuesto de manera medular en la sentencia de grado, por lo que no corresponde modificar ésta última en lo que concierne la regulación de honorarios profesionales y a la imposición de costas.

9.- La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Novoa, Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento parcial del recurso, considero que corresponde la imposición de costas a la demandada, siendo que la queja no prospera en lo que hace a la sustancia principal del reclamo, sino en cuestiones adjetivas,

tales como lo son las atinentes a la extensión de la indemnización por un déficit en la liquidación (Conf. art. 57 Ley XIV N°1).

10.- La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde fijar los honorarios del letrado de la parte demandada Abogado J. G. en el 27% y de los letrados de la parte actora Abogados L. F. y V. F., en conjunto, en el 30%; en todos los casos sobre la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes – Sentencia – Agravios

En el voto precedente el Sr. Juez Dr. Julián E. Jalil ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la recurrente, por lo que no resulta necesario abundar acerca de dichos aspectos. En consecuencia, en los

apartados siguientes abordaré directamente las cuestiones planteadas por la parte demandada como fundamento del recurso que le ha sido concedido.

2 – <u>Tratamiento de los agravios de la demandada</u>

2.1 – <u>Arbitrariedad de la sentencia – Valoración de la prueba – El despido indirecto</u>

A-) Comienza expresando la quejosa que *"…el fallo de la instancia de origen es un paradigma de la arbitrariedad…"*.

Se ha acotado en torno de este punto –y lo he dicho reiteradamente ante planteos similares— que la *"arbitrariedad"* o absurdo que autorizan a revisar la valoración de la prueba cumplida por el Tribunal de grado es el error grave y manifiesto, con quebrantamiento de las reglas que la gobiernan; tal vicio grave se configura cuando la apreciación no es coherente y lleva al juzgador a conclusiones claramente insostenibles o abiertamente contradictorias entre sí (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1973, II, p. 554; 1974; I, p.978; 1975, p. 348; 1976, I, p. 263; 1976, II, p. 473; 1976, III, p. 77 y 225; 1977, II, p. 288, 591, 686, 698 y 1102; 1977, III, p. 807, 907, 1075; 1978, I, p. 32, 82 y 720; 1978, III, p. 649; 1985, I, p. 609 y 660; DJBA, 130, p. 297).

En concordancia con lo hasta aquí expuesto la jurisprudencia ha plasmado de modo uniforme –con respecto a este tema—que *sólo el error palmario y fundamental, con desvío notorio de las leyes de la lógica o el razonamiento viciado de modo tal que lleve a proposiciones que se oponen recíprocamente o que son incongruentes, constituye "arbitrariedad" o "absurdo" o cuando el tribunal sienta conclusiones en abierta contradicción con las constancias fehacientes de la causa.* Siendo también *"arbitrario" lo que escapa a las leyes lógicas formales y las transgrede, o lo que es impensable e inconcebible y no puede ser de ninguna manera, por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio, o cuando se declara como prueba aquélla que es rechazada expresamente por la ley o cuando se llama prueba o*

se da categoría probatoria a lo que por su naturaleza no lo es, o se tiene por tal a una constancia inexistente, o que no se refiere al hecho en discusión, o que demuestra lo contrario a lo afirmado en la sentencia y ha excluido de la valoración elementos probatorios esenciales. Constituyendo uno de los supuestos típicos de *"arbitrariedad" la prescindencia de pruebas que pudieran ser esenciales o decisivas, alejando toda posibilidad de llegar a la verdad material* (ver MORELLO, A.M., *"Códigos…".*,T. III, págs..725/726 y jurisp. cit.).

Del detenido análisis realizado de la sentencia en tratamiento advierto que no se evidencian en ella ninguna de las condiciones a las que acabo de referirme como para considerarla *"arbitraria"* y, por otra parte, dejo sentado que tampoco demuestra la quejosa el sustento de su imputación con respecto al pronunciamiento en cuestión. De lo hasta aquí expuesto surge con evidencia que no puede compartirse la postura de la queja en cuanto considera que la decisión es *arbitraria* dado que tal afirmación está impregnada de una lógica parcialidad exhibida por quien se considera insatisfecho con motivo de haberse sentenciado en su contra.

B-) Critica la recurrente la forma en la que el Magistrado a quo ha valorado las probanzas producidas en autos, lo cual constituye claramente una disconformidad con la decisión final y no una cabal acreditación de que las pruebas no hayan sido convenientemente evaluadas o que se hayan dejado de considerar pruebas realmente conducentes para la solución de la cuestión debatida.

Sin perjuicio de lo expuesto, he dicho ya ante planteos similares que los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre las cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac.

33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros). Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

Es que no existe imposición de merituar todas y cada una de las pruebas arrimadas pues se halla dentro de las facultades legalmente regladas –como ya lo referí— la de preferir uno sobre otros sin siquiera hacer mención de estos últimos, cuando no resulten relevantes para la dilucidación de la cuestión litigiosa.

Respecto a la crítica de la apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal. Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por la mencionada norma del ritual.

He de concluir dejando sentado que del análisis realizado de la sentencia en crisis no surge que haya existido una incorrecta valoración de las pruebas por parte del sentenciante y de allí que la queja no sea admisible en este punto.

C-) Con respecto a la valoración de la prueba Testimonial, he dicho ya reiteradamente al considerar agravios similares, que debemos tener presente que es menester la crítica del testimonio. Y la teoría crítica del testimonio reconoce que, para la exacta valoración del dicho de los testigos, el juez debe

tomar en consideración ciertos factores de cuya concurrencia depende la credibilidad de los mismos, tales como: idoneidad, moralidad, afectividad, verosimilitud, concordancia, exposición, razón del dicho, etc. (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, IV, p. 144; 1962, I, p. 532; 1964, III, p. 539; DJBA, 122, p.149). Deben así tomarse en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar del hecho sobre el que deponen los testigos, pues las mismas son fundamentales para valorar sus testimonios, ya que permiten establecer si se trata de un testigo presencial o de referencia, si su testimonio importa sólo una opinión o en realidad es la relación de un hecho percibido directamente por sus sentidos; si hay o no complacencia en su declaración, etc.

Desde luego que el juzgador puede desechar a los testigos que considere sospechosos, interesados o falaces conforme con los principios de la sana crítica, aun cuando no hayan sido objetados por la parte contraria (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, I, p. 666; Cám. 2ª, Sala III, La Plata, LL 107-388). Tienen así los jueces de la instancia ordinaria la facultad de seleccionar los elementos probatorios –entre ellos a los testigos que los lleve a la convicción de certeza— descartando los que estimen superfluos (conf. SCBA, D.J.B.A., 114, p. 354; ED 79-447).

La valoración del testimonio de un testigo constituye, por lo tanto, una facultad privativa del juez, el cual de acuerdo con el conjunto de principios que sustentan su criterio de evaluación, admitirá o descartará con mayor rigidez las declaraciones que a su entender no sean la excepción de la verdad que trata de iluminar (conf. Cám.Apel.C.C.Morón, J.A. 1975, 28, p. 403; LL 1975-A, p. 843, sum. 749).

Por otra parte, adelanto que la crítica de la recurrente no logra destruir la valoración sobre la declaración de los testigos referidos por la sentencia en crisis. En este aspecto, la demandada sólo introduce en su expresión de agravios criterios eminentemente subjetivos de disconformidad sobre la

eficacia que debió otorgarse a dichos testimonios, lo que, a mi entender, no es suficiente para volcar la decisión final a su favor.

Todo lo hasta aquí expuesto lo es sin perjuicio que en definitiva –permítaseme la reiteración— es el juzgador quien se encuentra facultado para tomar en cuenta la idoneidad del testigo al apreciar el mérito de las declaraciones, en el momento de dictar sentencia. Queda en claro, entonces, que al juez corresponde en ocasión de pronunciar la sentencia de mérito, la apreciación según las reglas de la sana crítica de las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones.

Sabemos que la valoración, apreciación o crítica del testimonio constituye una operación mental cuya finalidad es conocer el valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se ha sostenido, con acierto, que la prueba testimonial es quizás la más compleja de evaluar para el juzgador, debido a su esencia netamente humana (y por tal falible), las múltiples circunstancias y motivos que pueden llevar a corroborar o disminuir su fuerza probatoria y la cantidad de condicionantes que operan sobre la fuente (conf. DOMINGUEZ, O. – MORELLI, S., *"La inexistencia del testigo perfecto"*, LLBA 2008 (febrero), pág. 39; Cám.Civ.Com. Córdoba, 7ª., 24/10/96, LLC 1997-227). Por ello, su análisis debe recaer –al mismo tiempo— sobre la persona del testigo, el objeto de la declaración y las condiciones de formación del testimonio; y ello sin perder de vista, además, el cumplimiento de los requisitos de forma necesarios para que el testimonio tenga valor (conf. SCJMendoza, Sala 2ª., 10/12/92, AP 16/1074; Cám.Civ.Com.Trab. Presidencia R.S.Peña, 04/12/97, LL 1998-D-893).

No basta con prevenir para que el testigo no engañe al juez, sino que es necesario que el testigo no se haya engañado a sí mismo. Por consiguiente, además de las precauciones necesarias para asegurar la probidad del testigo, habrá que sistematizar algunos principios sobre las causas probables de error en la formación del testimonio y sus modos de determinación (conf.

ALSINA, *"Tratado…"*, T. III, pág. 641). En tal faena, el arsenal del magistrado estará dotado de varios elementos. El esencial es la sana crítica.

Las leyes procesales establecen que el juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y los motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones (conf. art. 460 CPCC).

Hay que tener en cuenta que ni la circunstancia de que un testigo afirme un hecho bajo juramento ni la seguridad en cuanto a sus declaraciones, ni las manifestaciones al responder por las generales de la ley obstan al ejercicio por el juzgador de la potestad de apreciarlas según las referidas reglas (conf. FALCON, E.M., *"Tratado…"*, T. II, pág. 371; Cám.Fed.Mendoza, Sala A, 20/09/07, AP 1/1040757).

Por otra parte, el análisis que estoy refiriendo debe efectuarlo el magistrado al margen de que las partes hubieran, o no, objetado el testimonio, en tanto que no puede alegarse que ante la falta de cuestionamiento a la idoneidad de los testigos sus dichos quedan consentidos (conf. CSJN, Fallos 281:182; SCBA, 13/06/89, Juba, sum. B.14447).

Tampoco podría afirmarse que el Sr. Juez actuante realizó un análisis sesgado y parcial de los hechos y de la prueba producida en autos. Y ello es así porque ***"seleccionar los medios de prueba computables y atribuirles la jerarquía pertinente es, en principio, facultad privativa de los Tribunales del Trabajo"*** (conf. SCBA, 05/06/79, LL Online: AR/JUR/88/1979) y porque el Juez ***"…está autorizado a preferir unas pruebas sobre otras, sin que el criterio subjetivo de las partes pueda neutralizar esa atribución"*** (conf. SCBA, 04/03/75, LL Online: AR/JUR/140/1975).

Ratificando lo aquí expuesto es que se ha sostenido que ***"en el procedimiento laboral rige un sistema propio en la apreciación de la prueba…y las facultades que…se conceden a los tribunales del fuero no tienen más límites que la "conciencia" del juez, esto es, su prudencia jurídica. Va implícita***

entonces la facultad de seleccionar las pruebas y atribuirles la jerarquía que en cada caso corresponde sin que se encuentren obligados a referirse indispensablemente a todos los medios probatorios que se propongan a su consideración" (SCBA, 01/06/91, LL Online: AR/JUR/106/1991).

La crítica que intenta la agraviada es adecuadamente respondida en este punto. Sólo agregaré y remarcaré que *"es facultad privativa de los tribunales del trabajo apreciar tanto el mérito como la habilidad de los testigos"* (conf. SCBA, 12/04/89, LL Online: AR/JUR/1236/1989) y que *"en virtud del principio de inmediación los jueces laborales ejercen facultades privativas tanto respecto al mérito como a la habilidad de la prueba de testigos"* (conf. SCBA, 28/03/89, LL Online: AR/JUR/234/1989).

Es de advertir que no debe confundirse "admisibilidad" con "atendibilidad" del testigo. La circunstancia de que la prueba de testigos sea admisible no supone forzosamente que las declaraciones sean idóneas para demostrar el hecho controvertido conducente. La crítica de su credibilidad determina la atendibilidad que merece la narración (conf. Cám.Civ.Com.Trab.Minas.Catamarca, 2ª., 06/02/98, LLNOA 2000-580).

Son varios los factores que gravitan a la hora de determinar el grado de credibilidad que tienen los dichos de un testigo. En la apreciación de esta prueba lo relevante es el grado de credibilidad de los dichos, en orden a las circunstancias personales del testigo, razón de ser de su conocimiento, interés en el asunto y coherencia; requisitos que de no concurrir, total o parcialmente, autorizan a alegar acerca de la idoneidad del declarante (conf. QUADRI, G.H., *"La prueba en el proceso civil y comercial"*, T. II, pág. 1195).

De lo hasta aquí analizado surge que la valoración de la prueba testimonial realizada por el a quo no merece ningún reproche de mi parte.

En el desarrollo de la tarea tendiente a dar una adecuada respuesta a las quejas de la recurrente, debo decir –y anticipo mi opinión— que de la atenta lectura y análisis que he realizado de la sentencia apelada, no surge con

nitidez y solidez la acreditación de la existencia de causales que conduzcan a su revocación por esta Alzada en razón de la fundamentación recursiva de la demandada.

La prueba testimonial goza de plena eficacia cuando tiene una suficiente razón del dicho y aparece como verosímil.

Del análisis y valoración realizada, es inevitable concluir que no puede considerarse a los testimonios producidos en autos como una prueba clara, relevante, conducente, terminante y precisa que nos permita tener por acreditadas de modo claro e indudable la postura esgrimida por la demandada en este proceso.

Tengo en claro también que la parte recurrente ha tenido una actitud omisa en lo que a la actividad probatoria se refiere y de allí que no haya logrado formar la convicción en favor de su postura, arribándose a una sentencia que le fue desfavorable.

Es que la carga procesal funciona a doble faz: el litigante tiene la facultad de contestar, de no probar y de no alegar; riesgo consistente en que, si no lo hace oportunamente, se falla en el juicio sin escuchar sus defensas, sin recibir sus pruebas o sin saber sus conclusiones.

La carga de la prueba es una *circunstancia de riesgo*, donde quien no prueba los hechos que debe acreditar, pierde el pleito, si de ellos depende la suerte de la litis. Es una noción procesal que contiene la regla del juicio por la cual se le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente, establecer a cuál de las partes le interesa demostrar tales hechos, para evitarse consecuencias desfavorables (conf. CNCom., Sala B, 30/12/88, La Ley 1989-D, pág. 106, con nota de EISNER, I., *"Carga de la afirmación y de la prueba en el juicio civil"*).

Reitero que no se advierte ninguna anormalidad en la valoración de las pruebas por parte del sentenciante, lo que debilita aun más su queja, correspondiendo su rechazo.

D-) En lo que aquí interesa, la sentencia en crisis ha sido muy clara al decir: *"…tampoco la accionada solicitó la formación de Junta Médica ante un órgano neutral, como la Secretaría de Trabajo, que pudiera expedirse sobre si la Sra. G. padeció las patologías plasmadas en los certificados por ella aportados. Luego la actora comunica nueva licencia psicológica poniendo a disposición el certificado de la Licenciada Pérez con reposo hasta el 31/01/2020 e intima el pago del salario del mes de diciembre/19 (por telegrama de fecha 09/01/2020), reiterando la intimación al pago del salario adeudado por misiva del 31/01/2020…; …Finalmente, la trabajadora remite pieza postal en los siguiente términos: "…Hago saber a esa empresa … por ello me considero despedida…"; …La correcta recepción de los certificados médicos que fueran entregados por intermedio de la Secretaría de Trabajo a A. S.A. tornan justificadas las ausencias de la actora a su lugar de trabajo…; … En el presente caso, la trabajadora cumplió con su obligación legal, notificar que se encuentra enferma, indicando la patología que bien puede ser psicológica, así como también el tiempo estimado de reposo, y someterse al control médico del empleador. La Ley de Contrato de Trabajo en ninguna parte impone al trabajador la obligación de acompañar certificado médico, sino la de dar aviso al empleador sobre la imposibilidad de concurrencia (art. 209 LCT). Si el empleador descree de la veracidad de la situación puede ejercer el derecho de control previsto en el art. 209 LCT, y si el empleador no estaba satisfecho con un certificado emitido por un psicólogo, que superaba la exigencia de simple aviso impuesta al trabajador por la LCT, no puede desconocer un estado de situación que le fue comunicado oportunamente. Habiendo dado oportuno aviso la trabajadora de su dolencia, correspondía el pago de los salarios correspondientes al período de licencia médica pues la enfermedad de la*

trabajadora que impidió la prestación del servicio no afecta su derecho a percibir su remuneración de acuerdo a lo establecido por el art. 208 LCT…".

Ante los hechos ocurridos en el caso, a la luz de lo sentenciado y del tenor del agravio, la cuestión nodal a discernir está dirigida a determinar los alcances del control médico al que la norma del art. 210 LCT somete al trabajador. He tenido oportunidad de resolver una cuestión de tintes parecidos a este caso al votar in re: *"T., M. de los A. c/ E. M. S.A. s/ Cobro de Pesos"*, 20/09/2016, N° 53/16 SDL).

El "control" que en formato de atribución le confiere el art. 210 LCT al empleador, supone la posibilidad de que éste despliegue los medios idóneos para constatar que la dolencia denunciada por el trabajador se corresponda con su cuadro físico y sintomática, de forma tal de tener por cierto o al menos probable en alto grado, que su estado de salud se encuentra mermado en los términos que afirma; aventando así comportamientos simulatorios o conductas reprobables.

Versando el art. 208 LCT sobre enfermedades o accidentes ajenos al ámbito laboral, desaparece la obligación estatuida sobre el empleador como custodio de la integridad psicofísica del trabajador (art. 75 LCT), quedando estrictamente en manos de este último la salvaguarda de su salud en expresión máxima del principio de reserva (art. 19 CN); y, por ende, dentro de su esfera íntima la selección y elección de los medios y formas que mejor estime corresponder para el adecuado tratamiento de su estadio, tendientes al apropiado recupero de su anterior capacidad.

En tal inteligencia, el "control" establecido por el art. 210 LCT, constituye un mero avizoramiento de la situación, el que no puede trasvasar la simple visación del cuadro denunciado; en tanto lo contrario, implicaría condonar la ingerencia y participación del empleador en el direccionamiento y decisión en una cuestión íntima y discrecional del trabajador, cual es el gobierno de su salud, avasallándose abiertamente la dignidad más elemental

que debe observarse respecto de toda persona humana. En esta dirección ha dicho nuestro Máximo Tribunal Nacional que *"…El derecho a la intimidad, consagrado en forma genérica por el art. 19 de la Constitución Nacional, protege un ámbito de autonomía individual constituido por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones y hechos y que teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad… El derecho a la privacidad comprende no sólo a la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona…"* (conf. CSJN, Fallos, 322:2139).

La discrepancia entre el diagnóstico del Médico/Profesional que atiende al trabajador y el Médico/Profesional del empleador, para ser atenida como tal y surtir efectos entre las partes, debe versar sobre la inexistencia misma del cuadro denunciado, es decir, la materialización de una conducta simulatoria, ardidosa o dolosa del trabajador, que alega una situación que no es real; pues los diferentes pareceres respecto de una sintomatología determinada, no deja de ser una cuestión científica propia en el ámbito de los profesionales del arte de curar, y que habitualmente acontece; de donde sigue que ese contrapunto posicional, representa una disparidad de opiniones dentro de parámetros científicamente discutibles, y en donde necesariamente debe prevalecer lo signado por el profesional del trabajador, en tanto lo contrario implica despojar a este último del cuidado de su propia integralidad corporal, desplazando esa tutela hacia el empleador, a la sazón, tercero ajeno a la situación (conf. Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, LLOnline AR/JUR/59207/2012).

Dice Mario ACKERMAN que siendo el trabajador el único interesado en ganar el salario de incapacidad, el aviso de la misma es la condición o presupuesto del derecho a la remuneración (conf. *"Incapacidad Temporaria y Contrato de Trabajo"*, pág. 253). La contrapartida de ello representa la facultad del empleador de efectuar el control del ausentismo (art. 210 LCT), cuyo fundamento radica no sólo en la necesidad de éste de adoptar las medidas que eviten un perjuicio a su explotación empresaria, sino en poder arribar al conocimiento de las causas y manifestaciones de la invalidez, para determinar su previsible prolongación y sus consecuencias sobre el trabajador en relación a la continuidad de la vinculación o para la adopción de las medidas necesarias en tutela de la integridad psicofísica de aquél (art. 75 LCT). Resulta violento sino inequitativo otorgar mayor primacía a una certificación médica por encima de la otra, por cuanto las mismas representan en sí el legítimo ejercicio de los derechos de ambas partes integrantes de la relación sustantiva laboral. A pesar de ello no resulta reprochable admitir los argumentos de aquellos autores que han interpretado que de reconocerse primacía a alguno de los dictámenes debería darse preferencia al del trabajador, básicamente por la confrontación de los intereses en juego: la salud del dependiente y su derecho a la prestación alimentaria que constituye el salario de incapacidad temporaria, frente a las consecuencias exclusivamente patrimoniales que ello puede acarrear al dador de trabajo (conf, ACKERMAN, M., ob. cit., pág. 269). El referido autor cita a RAMIREZ GRONDA quien sostiene que al atribuirse a la empresa una parte del riesgo que supone la enfermedad o accidente inculpable aparece también como facultad suya la de enterarse de la existencia del infortunio y verificar su magnitud, el reconocimiento de esta facultad reclama examinar con cuidado las diversas posibilidades que sugiere el asunto, a objeto de que, so color de proteger los derechos del principal, no se llegue a reducir o anular el beneficio que se instituye a favor

del trabajador que ha caído víctima del infortunio (conf. Cám.6ª.Apel.Trabajo, Mendoza, in re *"Duci, S.E. c/ Consolidar Comercializadora S.A. s/ Despido"*, N° 18.119; Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, cit.).

La prevalencia del criterio médico del profesional del trabajador encuentra sustento no sólo en el respeto a la dignidad de la persona de este último; sino también en resultar el mecanismo que mejor garantiza el beneficio que la ley le concede; por cuanto admitir la supremacía del facultativo de la patronal, importaría conferirle a dicha parte no solo la potestad de otorgamiento de la licencia sino también la posibilidad de interrumpirla. Por lo demás, del conjuro de los arts. 208 y 209 LCT, claramente surge que el dependiente para acceder a la licencia paga por enfermedad o accidentes inculpables debe dar aviso a su empleador por medio fehaciente que certifique la situación incapacitante, en lo que constituye un acto jurídico autosuficiente que no requiere consentimiento o validación alguna de la patronal para tornarse operativo; de donde sigue que fue explícita la voluntad del legislador de limitar al empleador a un mero control mediante el art. 210 LCT; en definitiva, única obligación del trabajador (conf. voto Dr. Dardo A. Fernández, Cám.1ª.Apel.Trab.San Rafael, 09/11/2012, cit.).

En esta misma dirección se ha decidido que si bien no existe un método arbitral o jurisdiccional que resuelva discrepancias entre el médico de cabecera del trabajador y el del control empresario, en principio, es razonable privilegiar la opinión del primero de ellos, ya que es el profesional a cargo del tratamiento y, por ello, el mejor conocedor del estado y aptitud del trabajador (conf CNTrab., Sala V, 31/05/2011, DT 2011 (octubre), 2682; CNTrab., Sala VIII, 22/08/2008, LLOnline AR/JUR/9629/2008).

El argumento para dar prioridad al dictamen del médico del trabajador se basa en que éste es quien tiene a su cargo el tratamiento médico del

dependiente y consecuentemente es quien sabe con mayor precisión en qué estado se encuentra el trabajador, pues el médico de la empresa sólo puede controlar el diagnóstico dado por el mismo (confirmándolo o cuestionándolo), más no puede dar indicaciones al trabajador respecto del tratamiento que debe seguir (conf. CNT., Sala X, 18/04/2011, *"González, C.A. c/ Dota S.A."*; CNT., Sala VIII, 22/08/2008, LLOnline AR/JUR/9629/2008; GASQUET, P.A., *"La problemática de los certificados médicos en el ámbito de las relaciones laborales"*, DJ 07/08/2013, 1).

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, también es válida la opción de recurrir a una tercera consulta médica para desempatar las opiniones, pero el empleador debe tomar la precaución de requerir la asistencia de un profesional despojado de subjetividad a favor de alguna de las partes en conflicto, tal como suele ocurrir con la opinión de los médicos de las empresas de medicina laboral, quienes (a veces) con el objetivo de conservar al cliente procuran atemperar su opinión profesional si la misma puede no ser conteste con la intención esbozada por el empleador. Por ello, es aconsejable que esa tercera opinión esté despojada de todo tipo de prejuicios o intereses sectoriales (conf. GASQUET, P.A., ob. cit.).

La jurisprudencia avala esta posibilidad y es por ello que se ha resuelto lo siguiente: *"Con un criterio de colaboración y solidaridad, constituye un obrar prudente del empleador realizar al menos una tercera consulta, ante la discrepancia de los dictámenes médicos relativos a la salud del trabajador"* (CNTrab., Sala X, 12/07/2006, in re: *"Casaccio, G.C. c/ Transp. Autom. Plaza S.A."*; cit. GASQUET, ob. cit.). Surge de autos que la empleadora no recurrió a ninguno de estos procedimientos.

Corresponde destacar que, frente a una problemática como la que aquí se planteara entre las partes, debe priorizarse el cumplimiento de un principio rector que nos dice que si bien el empleador debe ejercer sus facultades de control, también es su deber evitar en lo posible originar un perjuicio para

alguna de las partes, en su intención de hacer cesar un estado de incertidumbre y de allí que antes de tomar la decisión extrema de extinguir el vínculo, resulta lógico y conforme a la Ley de Contrato de Trabajo, que agote los medios que tiene a su alcance para mantener su continuidad (conf. CNTrab., Sala IV, 30/05/2012, LLOnline AR/JUR/29778/2012).

De las constancias de autos y de las conclusiones de la sentencia en crisis surge que la conducta de la demandada se ha conducido por los carriles que le trazara su profesional en medicina y ello hace que tuviera por justificadas solamente las ausencias que el mismo le indicara o justificara una vez que examinara personalmente a la actora. De lo cual es razonable deducir que su comportamiento para con la accionante es porque ha considerado que las certificaciones presentadas por ella y que otorgaran sus profesionales personales, no fueron aptos para acreditar enfermedad, patología, ni imposibilidad para trabajar y entiendo que ello no se ajusta a derecho. Y el desajuste se debe a que la empleadora –como el profesional médico que la asesora— no puede abrir juicio de valor en relación a la aptitud del facultativo que extendió la certificación, por cuanto ello importaría erigirlos en una instancia superior revisora de la idoneidad de dicho galeno, careciendo de las facultades para tal proceder y es por ello que el cuestionamiento de la aptitud de los certificados presentados por la actora –que surge evidente de la conducta asumida por la patronal— aparece infundado y huérfano de atención.

La actitud que describo exhibida por la empleadora surge no solo de estas actuaciones sino de los propios dichos del apelante cuando, en su fundamentación recursiva, expresa: *"…Sin perjuicio de la valoración del certificado del psicólogo…"*, haciendo referencia a la valoración del certificado por parte de la empleadora. Y ello no es admisible dado que, como ya lo he expuesto aquí, la empleadora no está habilitada para plantear inicialmente una discusión científica sobre la posible dolencia o enfermedad de la

dependiente que se plasma en el certificado y/o su real y verdadero alcance (ello es una cuestión científica a dirimir oportunamente entre los profesionales de la especialidad transitando los caminos pertinentes). Tampoco corresponde que se expida sobre si dicho instrumento es válido o no. El camino que la ley le habilita al empleador es el contralor de la dolencia o enfermedad y no el cuestionamiento de la validez o certeza del certificado que presente el/la dependiente.

De lo analizado se advierte un ejercicio abusivo por parte de la demandada, del control médico previsto por el art. 210 LCT, en tanto excedió los límites de la mera visación, para directamente pretender disponer del estado de salud de la actora al detener y no respetar el goce de la licencia laboral que se le otorgara por los mismos; y, por ende, el emplazamiento requiriéndole que retome sus tareas encontrándose de licencia, carece de virtualidad legal suficiente para sustentar la requisitoria, como también lo ha sido la retención de sus haberes oportunamente reclamados por la dependiente y no abonados por la requerida.

Dentro de este cuadro de situación, el hecho que el empleador ejerza el derecho de control previsto por el art. 210 de la LCT y que no se encontrara satisfecho con los informes elaborados por el profesional que asistiera a la dependiente, no implica lisa y llanamente que pueda suspender el pago de los haberes de la trabajadora, resultando prudente en ese supuesto eximir de prestar tareas a la dependiente y continuar con el pago de su remuneración, empero comunicarle fehacientemente que el mismo está condicionado al resultado del dictamen médico emitido por otro profesional imparcial, pues en el supuesto que el mismo no justifique la dolencia de la trabajadora, sus ausencias serán calificadas como injustificadas y se le dará por decaído el derecho a percibir los haberes por dicho lapso, procediendo al inmediato descuento como ausencias injustificadas. Este procedimiento tampoco fue

empleado por la demandada y de allí que sea reprochable su conducta, tal como se decidiera por la sentencia en crisis.

La fundamentación que hasta aquí he desarrollado me conduce al rechazo del agravio bajo análisis.

2.2 – <u>La categoría laboral de la accionante</u>

La sentencia en crisis hizo referencia a las declaraciones prestadas en autos por las testigos F. y P. y ha dicho sobre las mismas que *"… se desprende que la actora realizaba tareas variadas, no exclusivamente de maestranza. Refieren que la vieron trabajar de "mucama, cocinera y asistente en el cuidado de los pacientes" (P.) y de "mucama, cocinera, limpieza y lavadero" (F.). Debe recordarse que la valoración de la prueba testimonial, constituye una facultad propia y privativa de los jueces de grado, quienes pueden inclinarse hacia aquellas declaraciones que les merecen mayor credibilidad para iluminar los hechos de que se trate (art. 34, 73 de la ley XIV Nº 1, 460 del CPCC). Además, las declaraciones valoradas lucen categóricas y sinceras, por lo que otorgo fuerza convictiva, desprendiéndose de tales testimonios que el accionante realizaba habitualmente tareas de mozo. En consecuencia, sin perjuicio de la vastedad de tareas desplegada por la actora, y en aplicación del principio contenido en el art. 9 2ª. Parte de la LCT, concluyo que la categoría que le corresponde a la Sra. G. es la de "ayudante de cocina" del CCT 122/75, y declaro a su favor las diferencias salariales resultantes…"*.

La crítica de la apelante se circunscribe a la "valoración de la prueba testimonial" realizada por el Sr. Juez a quo. Muestra su disconformidad con la misma y pretende modificar este punto del fallo haciendo jugar una valoración distinta de dicha prueba producida en autos. Obviamente, apela a una valoración personal y conforme su conveniencia, lo cual lejos está de constituir un agravio atendible.

En atención a los términos expresados en la queja y a los efectos de dar respuesta a la misma, debo necesariamente reproducir parte de lo que he

expuesto precedentemente al considerar la "valoración de la prueba testimonial" realizada por el a quo en su decisión final.

Dije antes aquí que las leyes procesales establecen que el juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y los motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones (conf. art. 460 CPCC).

Hay que tener en cuenta que ni la circunstancia de que un testigo afirme un hecho bajo juramento ni la seguridad en cuanto a sus declaraciones, ni las manifestaciones al responder por las generales de la ley obstan al ejercicio por el juzgador de la potestad de apreciarlas según las referidas reglas (conf. FALCON, E.M., *"Tratado…"*, T. II, pág. 371; Cám.Fed.Mendoza, Sala A, 20/09/07, AP 1/1040757).

Considero que no podría afirmarse que el Sr. Juez actuante realizó un análisis sesgado y parcial de los hechos y de la prueba producida en autos. Y ello es así porque *"seleccionar los medios de prueba computables y atribuirles la jerarquía pertinente es, en principio, facultad privativa de los Tribunales del Trabajo"* (conf. SCBA, 05/06/79, LL Online: AR/JUR/88/1979) y porque el Juez *"…está autorizado a preferir unas pruebas sobre otras, sin que el criterio subjetivo de las partes pueda neutralizar esa atribución"* (conf. SCBA, 04/03/75, LL Online: AR/JUR/140/1975).

Ratificando lo aquí expuesto es que se ha sostenido que *"en el procedimiento laboral rige un sistema propio en la apreciación de la prueba…y las facultades que…se conceden a los tribunales del fuero no tienen más límites que la "conciencia" del juez, esto es, su prudencia jurídica. Va implícita entonces la facultad de seleccionar las pruebas y atribuirles la jerarquía que en cada caso corresponde sin que se encuentren obligados a referirse indispensablemente a todos los medios probatorios que se propongan a su consideración"* (SCBA, 01/06/91, LL Online: AR/JUR/106/1991).

La crítica que intenta la agraviada es adecuadamente respondida en este punto. Sólo agregaré y remarcaré que *"es facultad privativa de los tribunales del trabajo apreciar tanto el mérito como la habilidad de los testigos"* (conf. SCBA, 12/04/89, LL Online: AR/JUR/1236/1989) y que *"en virtud del principio de inmediación los jueces laborales ejercen facultades privativas tanto respecto al mérito como a la habilidad de la prueba de testigos"* (conf. SCBA, 28/03/89, LL Online: AR/JUR/234/1989).

De lo hasta aquí analizado surge que la valoración de la prueba testimonial realizada por el a quo no merece ningún reproche de mi parte y de allí que no corresponda revocar su decisión con respecto a la "categoría" laboral de la reclamante. Por otra parte, no existen elementos ciertos, sólidos y conducentes que conduzcan razonablemente a la revocación que pretende la demandada. Es que la prueba testimonial goza de plena eficacia cuando tiene una suficiente razón del dicho y aparece como verosímil, conforme lo ha considerado el Magistrado a quo.

Reiterando que no se advierte ninguna anormalidad en la valoración de los testimonios producidos en autos, lo que debilita aún más la queja, cabe concluir que corresponde su rechazo.

2.3 – <u>La liquidación – Errores</u>

Se hace referencia en la queja al art. 208 LCT y que, conforme al mismo, corresponde abonar a la accionante los salarios durante tres meses en caso de enfermedad, en atención a su antigüedad y no tener cargas de familia. Refiere que los tres meses de salarios que se le deben abonar corresponden a Diciembre de 2019 y Enero y Febrero de 2020 y que el Juez condenó a pagar también los correspondientes a los meses de Marzo, Abril y Mayo de 2020, lo cual no corresponde dado que no existen certificados médicos que justifiquen su pago.

Le asiste razón a la queja y de allí que corresponda revocar parcialmente la sentencia en crisis y disponer que los salarios correspondientes a los meses de Marzo, Abril y Mayo de 2020 deben ser descontados del cálculo de la liquidación final por la condena dictada en autos. Esta liquidación será practicada oportunamente por las partes o por el Perito Contador aquí interviniente.

3 – <u>Conclusión</u>

En atención a lo precedentemente expuesto y fundamentado, corresponde concluir que: **a)** debe ser **revocada parcialmente** la sentencia en crisis en cuanto ha dispuesto el pago a la actora de los haberes correspondientes a los meses de Marzo, Abril y Mayo de 2020, los cuales no deberán incluirse en la liquidación final a pagar por la parte demandada; **b) disponer** que en la etapa procesal oportuna las partes o el Perito Contador actuante en autos practique la liquidación total que le corresponde abonar a la parte demandada, descontando los haberes correspondientes a los meses de Marzo, Abril y Mayo de 2020 y **c) confirmar** la sentencia apelada en lo demás que ha sido materia de agravios. Así lo voto.

4 – <u>Readecuación de costas y honorarios</u>

El alcance de la revocación parcial de la sentencia propuesto precedentemente no amerita realizar la adecuación de costas y honorarios que dispone el art. 282 del ritual.

5 – <u>Costas de la Alzada</u>

Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada (art. 69 CPCC), correspondiendo regular los honorarios de los profesionales intervinientes en los porcentuales propuestos en su voto que antecede por el Sr. Juez Dr. Julián E. Jalil, en razón de ajustarse ellos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y modificat.), sin

perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 de la misma y más el IVA de corresponder.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación y en consecuencia **REVOCAR PARCIALMENTE** el decisorio apelado
2. **ORDENAR** que sean deducidos de la condena los importes correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2020, debiendo ser la liquidación correspondiente efectuada por las partes o en su defecto por el perito contador designado en autos, en la etapa de ejecución de sentencia.
3. **NO READECUAR** costas ni honorarios
4. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte demandada (Conf. art. 57 Ley XIV N°1);
5. **REGULAR** los honorarios del letrado de la parte demandada Abogado J. G. en el 27% y de los letrados de la parte actora Abogados L. F. y V. F., en conjunto, en el 30%; en todos los casos sobre la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria);
6. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Guillermo D. HANSEN no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de agosto de 2023.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación y en consecuencia **REVOCAR PARCIALMENTE** el decisorio apelado
2. **ORDENAR** que sean deducidos de la condena los importes correspondientes a los meses de marzo, abril y mayo de 2020, debiendo ser la liquidación correspondiente efectuada por las partes o en su defecto por el perito contador designado en autos, en la etapa de ejecución de sentencia.
3. **NO READECUAR** costas ni honorarios
4. **IMPONER LAS COSTAS** a la parte demandada (Conf. art. 57 Ley XIV N°1);

5. **REGULAR** los honorarios del letrado de la parte demandada Abogado J. G. en el 27% y de los letrados de la parte actora Abogados L. F. y V. F., en conjunto, en el 30%; en todos los casos sobre la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria);
6. **REGISTRESE,** notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /23 SDL.