--- En la ciudad de Trelew, a los 19 días de mayo del año dos mil ocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, bajo 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: **“V., H. E. c/ A. S.A. s/ cobro de pesos - laboral” (**Expte. N° 22.643 - año 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 370.----------

--- **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 demandada a fs. 360, que fuera concedido a fs. 361, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 353/356 que hizo lugar a la demanda instaurada por H. E. V. y condenó a A. S.A. al pago dentro del plazo de cinco días de la suma de $29.074,32.-, con más sus intereses, en concepto de integración mes de despido, diferencias indemnización por antigüedad, e incrementos previstos por los arts. 2 de la ley 25.323 y 16 de la ley 25.561, con imposición de costas a la vencida.---------- El informe previsto por el art. 62 de la ley 69 luce a fs. 362/363 y el traslado conferido a fs. 364 fue evacuado por su contraria a fs. 365/367 y vta.----------

--- Sostiene la apelante que se encuentra probada la circunstancia que provocara la desvinculación de la actora según las previsiones del art. 212 inc. 2° LCT. Los testigos señalaron que la totalidad de las tareas en planta se realizaban en posición de pie por orden y disposición de la empresa, quien así lo disponía dentro de sus facultades de dirección. En consecuencia, no había tareas que pudiera realizar la Sra. Vera ya que no podía mantenerse de pie, dado que caminaba con dificultad y prácticamente no apoyaba la pierna. El testigo R. señaló que la actora sólo hubiera podido realizar tareas sedentarias en posición sentada, tareas inexistentes en la empresa. Aún de existir tareas que pudieran

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

realizarse sentado, éstas necesariamente implicaban el trabajo en ambiente frío y el sentarse y pararse forzando constantemente la rodilla lesionada de la actora. Los informes médicos y de seguridad e higiene habían demostrado que el hecho de que una tarea pueda realizarse sentado no implicaba que la misma se ajustara a las limitaciones físicas y funcionales de la actora. La terapista ocupacional de la ART señaló la inexistencia de tareas que pudiera realizar la actora en la planta. No existían puestos de trabajo disponibles para ofrecerle. No puede pretenderse que se invente un puesto de trabajo inexistente o que se aleje a un trabajador de su puesto de trabajo habitual para colocar al actor. Cita jurisprudencia. El legislador previó en el art. 212 un mecanismo para que las empresas pudieran desvincular a aquellos trabajadores para cuyas capacidades disminuidas no tuviera puesto de trabajo adecuado. Peticiona se revoque la sentencia recurrida, con costas.----------

--- A su turno, entiende la actora que la solidez de los argumentos fácticos y jurídicos vertidos en la resolución que impugna la contraria no logran ser conmovidos por sus agravios. Señala que a pesar del testimonio de M. quedó cabalmente acreditado que en la planta había tareas que efectivamente se realizan o pueden realizarse en posición sentado, como indican los testigos C., M. y L. Respecto del testimonio de L., corresponde consignar que contestó afirmando que la tarea de coser en el lavadero puede hacerse en esa posición si se destinara a una persona para realizarla, y también como tareas que se realizan en posición sentada las de archivo. Destaca que esa testigo manifestó que la máquina de coser se utiliza todos los días y que a veces no alcanza el tiempo para hacer tanta cosa y que tendría que haber alguien más para coser y arreglar toda la ropa del turno. Los informes médicos y de seguridad e higiene nunca fueron ofrecidos como prueba. En cuanto a que no existían puestos de trabajo disponibles cita doctrina en el sentido que debe existir una real imposibilidad de reubicación que no resulta de una mera inconveniencia económica. Respecto de la prueba de la imposibilidad de reasignar tareas refiere que el empleador es el que debe probar en forma objetiva y concreta, debe acreditar los impedimentos y la real imposibilidad de reubicación dentro de la empresa. Solicita se confirme la resolución apelada, con costas.----------

---

--- 2. La lectura del escrito de contestación de demanda permite señalar que las manifestaciones vertidas por la recurrente al segundo párrafo de fs. 362 vta. de su expresión de agravios (“… aún de existir tareas que pudieran realizarse sentado … estas necesariamente implicaban el trabajo en ambiente frío y el sentarse y pararse forzando constantemente la rodilla lesionada de la actora”) no fueron cuestiones de hecho propuestas al Sr. Juez de la primera instancia, por lo que la prohibición impuesta por el art. 277 del C.P.C.C. impide ingresar a su análisis.---------- --

--- Por las mismas razones, tampoco corresponde el tratamiento del argumento recién traído a esta instancia y que luce en el párrafo siguiente en el sentido “de que una tarea pueda realizarse sentado no implica que la misma se ajustara a las limitaciones físicas y funcionales de la actora”.----------
---

--- Señala F. que los poderes del tribunal de apelación tienen como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 277 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, págs. 165/166).----------
---

--- En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (conf. Azpelicueta-Tessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177).----------

--- Incluso, quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; idem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357).----------

--- Por ello, en virtud de las limitaciones impuestas por los arts. 271 y 277 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69, no puede el tribunal apartarse de las pretensiones y oposiciones y las cuestiones introducidas por las partes y sometidas a decisión del juez de la anterior instancia.----------

---Tales razones determinan que el agravio vertido en ese aspecto resulte inaudible en esta instancia y ello conduce a la deserción parcial del recurso en esta porción de la queja.----------

--- Sólo a mayor abundamiento señalaré que la afirmación vertida al tercer párrafo de fs. 362 vta. carece de sustento probatorio ya que se alude a informes que no fueron ofrecidos como prueba (ver contestación de demanda, **Prueba**, fs. 101 y vta.).----------

--- 3. Con tales alcances, cabe precisar que la postura de la demandada (ver fs. 100) se sustentó en “que la actora no se encontraba en condiciones mínimas de acceder siquiera a la planta de la Empresa”, y en la “imposibilidad de que existieran tareas acordes a la nueva capacidad laborativa de la actora”.----------

--- Sobre la primera cuestión precisó el juzgador a fs. 354 y vta. ***que estará en cabeza de la demandada no ya para este caso sino para otros, mejorar su acceso a planta, de otra manera deberá responsabilizarse de las resultas de no permitir el acceso a planta de personal con alguna disminución física en sus piernas***.-----

--- Dicho razonamiento no fue objeto de crítica alguna por lo que adquirió firmeza ese aspecto del decisorio.----------

--- En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay

agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa y Berizonce, “Códigos Procesales …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, págs. 360, punto e, y 370, respectivamente, y cita de fallos).----------

--- Así, si no se formulan los agravios concretos y razonados sobre cada uno de los puntos considerados por el juez de primera instancia, quedan consentidos aquellos sobre los cuales no se cumplimentó esa carga (C.S.J.N. agosto-29-969, “Gobierno Nacional c/ Ekmekdjian, Toros y otro”, L.L. 137-538).----------

--- Sin perjuicio de ello, participo del criterio del sentenciante pues el art. 212 de la L.C.T. permite que el empleador abone al trabajador la indemnización reducida prevista en el art. 247 en caso de que no pudiera dar cumplimiento a la reincorporación “por causa que no le fuera imputable”.----------

--- Desde esa perspectiva, la patronal asume la exclusiva responsabilidad por las dificultades existentes para el acceso a la planta toda vez que las características constructivas de la misma no son eximente que contemple la normativa sino la imposibilidad del empleador de otorgar tareas adecuadas.----------

--- A su vez, bien señaló el fallo en crisis que ***corría la parte demandada con la carga procesal de acreditar la causal de despido invocada (art. 377 C.P.C.C.)***, y también que esa parte ***debe acreditar en forma fehaciente -objetiva y concreta- que para un trabajador que padece de una incapacidad parcial y permanente que le impide desarrollar su tareas habituales, no existe dentro de la estructura empresaria otras tareas acordes con su aptitud laborativa***.----------

--- Siguió así el criterio por el cual se encuentra a cargo de la empleadora probar que no tiene tareas adecuadas a la aptitud física y psíquica de la trabajadora (CNTrab., sala I, julio 27-1993, “Rosales, Angélica del R. c/

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

Alpargatas S.A.”, DT. 1994-A, 359; idem, sala II, 29/07/1994, “Trotta, Oscar c/ Ind. del Papel”, DT. 1994-B, 2133).----------

--- En ese marco, sostiene la quejosa que no había tareas que pudiera realizar la Sra. V. ya que la misma no podía mantenerse de pie, dado que caminaba con dificultad y prácticamente no apoyaba la pierna.----------

--- Tal manifestación sólo denota el particular punto de vista de la quejosa al desarrollar en forma paralela un análisis propio para arribar a una personal conclusión, sin hacerse cargo del razonamiento del juzgador que luce al tercer párrafo de fs. 354.----------

--- Y si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa, y Berizonce, obra y tomo citado, pág. 371, y cita de fallos).----------

--- Y fue fundamento que vertebró el decisorio ***que pese a las manifestaciones de los testigos respecto a la marcha claudicante de la actora, parece lógico pensar que podía desarrollar tareas que le requirieran poco movimiento, es decir podía perfectamente cumplir tareas sentada, ya sea al comando de una máquina de costura, empaquetando, archivando y/o adaptando sus anteriores funciones a su capacidad***. ----------

--- Y lo que ahora está en tela de juicio es el razonamiento del juez, que es el objeto del recurso de apelación (CNCiv., sala “B”, mayo 15-979, “Cufre, Héctor N. y otro c. Bravo, Julio J.”, L.L. 1979-C, 76), por lo que resulta estéril el escrito de agravios cuando no despliega una crítica concreta respecto del razonamiento que resultó dirimente en la sentencia.----------

---

--- La ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “P. H., J. c. P. P. M. S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------

--

--- Y aun obviando tal circunstancia procesal cabe destacar que conforme a las circunstancias comprobadas de la causa no le asiste razón a la recurrente cuando afirma que no había tareas que pudiera realizar la trabajadora.----------

---

--- Nótese que la testigo M. se limitó a contestar que “No hay puesto de trabajo” (respuesta a la 3a. pregunta, fs. 237) sin brindar ninguna explicación circunstanciada que permita abonar tan enfática afirmación, por lo que bien señaló la Sra. Juez de la anterior instancia que ***resulta más una declaración de principios, que algo que pueda haber percibido por sus sentidos***, máxime si se considera que también la sola negativa formulada respecto a que la labor de costura pueda considerarse un puesto de trabajo (“No”, respuesta a la 6a. pregunta, fs. 237 vta.), resulta manifiestamente insuficiente pues ninguna razón expuso a tan categórica negativa.----------

---

--- Por lo demás, sus dichos se contraponen abiertamente con la declaración de Luna en cuanto a la existencia de puesto de trabajo en posición sentado pues ese testigo manifestó que “*Si cosiendo porque habiendo otra persona la cose (por la ropa) se sienta y cose bien, y sino en las oficinas en archivo*”. También que el trabajo de costura demandaba un trabajo continuo de “unas 4 o 5 horas por día”, ello por cuanto la máquina de coser se utiliza “Todos los días y hay veces que no te alcanza el tiempo para hacer tanta cosa y arreglar la ropa, la ropa se deja prácticamente para último, porque sino no haces tiempo. *Tendría que haber alguien más para que cosiera y para que arregle toda la ropa, del*

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

turno (respuesta a la 7a. pregunta, 2a. repregunta, y 5a. pregunta, respectivamente, fs. 262 y 261 vta.) (la cursiva me pertenece).----------

--- Y respecto a la necesidad de contar con otra persona, cabe observar que la testigo compartía las tareas con la actora hasta que se accidentara, pues manifestó L. que “ayudaba en el lavadero que era donde estaba la actora y después quedó en el lavadero en reemplazo de la misma” (respuesta por las generales de la ley, fs. 261). Circunstancia que fue corroborada por otros testigos al señalar que en el lavadero “normalmente sabían ser dos, por ahí se veía otra chica que la ayudaba a entregar ropa” (Cayupichun, respuesta a la 2a. pregunta, fs. 264 vta.); “dos personas por turno. Había veces que había tres pero era un operario que entraba a ayudar para la entrega de la ropa” (Morales, respuesta a la 5a. pregunta, fs. 327 vta.).----------

--- Y la existencia de otro puesto de trabajo en posición de sentado, además de Luna que aludió al lavadero y al archivo, también fue corroborada por otros testimonios, a saber: a) “Si, coser la ropa, en lo que sería el depósito donde se arman cajitas … Ese sector se llama insumo” (Cayupichun, respuesta a la 3a. pregunta, fs. 264 vta.); y b) “se hace prolijado y de ultima hasta el prolijado se puede hacer sentado. O sea hay trabajo en la oficina que se realiza sentado(s). Coser, por ejemplo” (M., respuesta a la 8a. pregunta, fs. 327 vta.).----------

En síntesis, había otra tareas para realizar sentado en los sectores de lavadero, insumo, y archivo, tal como lo señalara el juzgador.----------

--- Y el Dr. R., médico de la empresa durante por lo menos 20 años, manifestó que la hoy actora “<u>podía desempeñar algún tipo de tarea sedentaria en posición sentada</u>” (por las generales de la ley y respuesta a la 4a. pregunta, fs. 306 y vta.) (el subrayado me pertenece), por lo que carece de sustento la afirmación de la empleadora en cuanto a que no había tareas que pudiera realizar.----------

--- Menos aún que “la totalidad de las tareas en planta se realizaban en posición de pie” como pretendiera sostener al último párrafo de fs. 362.----------

---

--- Es más, esa cuestión no fue planteada en la anterior instancia (ver contestación de demanda, **Hechos**, fs. 99 vta./100 vta.), por lo que resulta inaudible (art. 271 y 277 del C.P.C.C.).----------

---

--- Por lo demás, no fue acreditada tal circunstancia, a lo que cabe agregar que tampoco pueden probarse hechos no invocados.----------

---

--- Así, no podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos (art. 364 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 76 de la ley 69).----------

---

--- Vale decir que los hechos llamados a establecerse en objeto de la prueba deben haber sido introducidos por las partes en el proceso, a través de sus escritos constitutivos de demanda, reconvención, excepciones y sus contestaciones, y excepcionalmente, al alegarse hechos nuevos en primera y segunda instancia, pues para el ordenamiento procesal que nos rige el hecho no afirmado no existe (Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo-Perrot, 1996, par. 2.a) I., pág. 40) (el subrayado me pertenece).---------

---

--- En tales condiciones, desde que corresponde al juez apreciar según las reglas de la sana crítica las circunstancias que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones (art. 456 del C.P.C.C.), después del examen de cada uno y del conjunto de los testimonios habidos (Devis Echandía, “Teoría General de la Prueba Judicial”, Víctor P. de Zavalía Editor, 5a. edición, 1970, T. II, pág. 273), a partir de considerar que la trabajadora estaba en condiciones de desempeñar tareas en posición sentada de acuerdo a la manifestación efectuada por el médico de la empresa Dr. R. y descartado el testimonio de M. por su falta de precisión, apreció que las declaraciones brindadas por L., C., y M. permiten tener por acreditado que en la empresa existían tareas en posición de sentado que pudieron otorgarse a la trabajadora acorde con su actual aptitud física, lo que así pondero conforme a las reglas de la sana crítica (arts. 386 y 456 del C.P.C.C., remisión del art. 45 de la ley 69).----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

--- Y toda vez que si bien el empleador no está obligado a crear un puesto inexistente en el plantel de la empresa para dar satisfacción al minorado, tendrá que demostrar que no existía ninguna posibilidad de dar tareas económicamente productivas al minusválido (Vazquez Vialard, Director, “Tratado de derecho del trabajo”, Astrea, 1984, T. 5, par. 277, pág. 534), estimo que en la presente causa la demandada no dio satisfacción a esa carga probatoria.----------

--- Por otra parte, la existencia de otros puestos de trabajo en posición de sentado revela que se trató de una simple conveniencia empresaria la decisión de no continuar con el vínculo laboral.----------

--- A ese respecto, sabido es que la mera falta de justificación económica dentro de la empresa no es por sí sola motivo suficiente para negar el cambio de tareas. Dicha causa no imputable debe ser pues, más grave que la simple inconveniencia. Ha de consistir típicamente en la inexistencia de tareas razonablemente útiles que el trabajador pueda desempeñar en la empresa, sin perjuicio para su salud (Fernández Madrid, Director, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 2da. ed. act., 2001, T. II, pág. 1968).----------

--- Es criterio de esta sala “B”, c. 22.364, S.D.L. 65/2007.----------

--- Por tales razones, se desestiman los agravios vertidos.----------

--- 4. En consecuencia, propicio al Acuerdo confirmar la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de Alzada a la apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).

--- Asimismo, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, entiendo que resulta prudente regular los honorarios de los Dres. F. A. y D. G. L., en su carácter de letrados apoderados de las partes actora y demandada, en las sumas porcentuales equivalentes al 6% y 4,75%, respectivamente, del monto del

proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 6, 14, y 47 de la ley 2.200), con más el I.V.A. correspondiente.----

--- Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA AFIRMATIVA.—

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó: ----------

--- Dada la claridad de la reseña que efectuara el colega preopinante respecto de la sentencia de origen de fs. 353/356, de los agravios que contra la misma expusiera la demandada en su memorial de fs. 362/363 y de la contestación de la actora de fs. 365/367 vta., me remitiré a ella en homenaje a la brevedad.----------

--- I.- Comienzo entonces por tratar las quejas de la accionada apelante.----------

--- 1) En primer lugar comparto lo manifestado por el Dr. Vergara en relación al argumento traído en la expresión de agravios respecto a que aún en el caso de existir tareas que pudieran realizarse sentado en la empresa, al desempeñarse en un ambiente frío e importar una continua alternancia entre las acciones de sentarse y pararse, igualmente iban a forzar constantemente la rodilla lesionada de la actora (ver fs. 362 vta., 2do. párrafo). Es que en la contestación de demanda, la ahora apelante arguyó que la actora no se encontraba en condiciones mínimas de acceder a la planta de la empresa (ver fs. 100, anteúltimo párrafo) y que la labor de costura es absolutamente incidental, discontinua e imposible de prever, no siendo una labor habitual y permanente (ver fs. 100 vta., 2do. a 5 to. párrafos).----------

--- Como se aprecia, nada dijo la accionada respecto al agravamiento de la lesión de la accionante por la temperatura en el ambiente laboral, por lo que mal pudo ser considerado dicha circunstancia fáctica por la juzgadora. Deseo remarcar que lo que introduce la recurrente en esta instancia es un hecho -o circunstancia fáctica como acabo de manifestar- no invocado en la primera instancia, y no un nuevo argumento jurídico que se desprenda de los hechos relatados o acreditados en la sede originaria.----------

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

--- Efectúo esta aclaración por cuanto, a fin de precisar el concepto de capítulo no propuesto del art. 277 del CPCC, se ha entendido que la alusión de la norma guarda relación con los elementos de la pretensión y oposición (sujeto, objeto y causa), por lo que el tribunal de apelación se encuentra impedido de estimar agravios que importen el reemplazo de los sujetos activo y pasivo, la transformación del objeto de la pretensión o la alteración de la causa (conf. Azpelicueta-Tessone: “La Alzada. Poderes y deberes”, Lib. Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 177/178). Ahora bien, la cuestión ronda en derredor de la “causa petendi”, habiéndose entendido que el factor decisivo para que una cuestión pueda ser tratada y resuelta en apelación no es que haya sido examinada por las partes y resuelta por el primer juez, sino que pueda ser examinada y resuelta por hallarse comprendida en la demanda; la prohibición de nuevas demandas en apelación no implica el rechazo de nuevas razones si éstas se encuentran dentro de los límites de la demanda propuesta al primer juez (conf. Nevares: “Los tribunales de alzada frente a la apelación procesal”, JA, 1946-II-123). Y la Suprema Corte Nacional declaró que aunque la emplazada, al contestar la demanda, no fundara su defensa en la razón que luego invocó al expresar agravios, la Cámara puede válidamente considerar tal interpretación contractual si no se ha intentado introducir la invocación de otros hechos, sino solamente una distinta interpretación de los que fueran reconocidos por las partes (conf. CSJN, ED, 54-265; cit. en Azpelicueta-Tessone, op. cit., pág. 182).----------

--- Está claro que al hacer referencia a la temperatura del ambiente laboral, a lo que no se refirió en la instancia de origen, la apelante no está dando una interpretación novedosa sobre un hecho alegado y acreditado en primera instancia, sino que está introduciendo una circunstancia fáctica no invocada en su momento. Y lo mismo cabe expresar respecto a lo que también se sostiene recién en esta sede en cuanto a que la circunstancia de que una tarea pueda realizarse sentado no implica que la misma se ajustare a las limitaciones de la actora por la necesidad de pararse y sentarse en forma continua (ver fs. 362 vta., 3er. párrafo), ya que se trata de una circunstancia no alegada en la instancia anterior.----------

--- En consecuencia, tal como lo propusiera el dr. Vergara, procede declarar la deserción parcial del recurso en lo que a estos agravios se refiere.----------

--- 2) La sentenciante de grado argumentó, entre otras razones, para desechar los planteos defensivos de la demandada (ver fs. 100 “in fine/vta.), que corresponde que la demandada mejore su acceso a la planta, incluso para otros casos, por lo que la dificultad para ingresar al establecimiento que pudiera sufrir la actora no resulta un razón defensiva válida (ver sentencia a fs. 354 “in fine”/vta. 1er. párrafo). Y como bien lo consideró el vocal prevotante, ningún agravio vertió la demandada contra dicho argumento. Al respecto, sabido es, que la parte del fallo no impugnado o criticado insuficientemente, quedará consentida como sanción al recurrente, pues la demanda de impugnación viene a determinar los agravios y capítulos que se someten a la Cámara (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 942).--

--- Sin perjuicio de lo anterior, habré de considerar el agravio de la apelante, en cuanto aduce que acreditó que no existían puestos de trabajo disponibles para ofrecerle a la accionante, para lo cual cita declaraciones testimoniales (ver fs. 362, último párrafo/vta., 1er. párrafo), así como que no puede inventarle un puesto de trabajo ni alejar a otro trabajador para colocar a la actora en su lugar (ver fs. 362 vta., últimos párrafos).----------

--- Es doctrina y jurisprudencia extendida la que pone a cargo del empleador la acreditación de la carencia ocupacional (conf. Tosto, Gabriel A., en Rodríguez Mancini-Barilaro: “Ley de Contrato de Trabajo Comentada”, Ed. La Ley, 2007, Tº IV, pág. 44). Al respecto se ha considerado que cuando el empleador despide con la invocación de no poder otorgar tareas acordes con la capacidad residual del trabajador, no sólo debe acreditar la inexistencia de vacantes en las mismas, sino además la imposibilidad de efectuar una rotación que permita al empleado una ocupación compatible con su estado (conf. CNAT, Sala III, 21/09/90, DT, 1991-B-1647). En el mismo sentido se interpretó que a los fines de la aplicación del art. 212, párr. 2do. de la ley de contrato de trabajo, no basta con acreditar que no existe ninguna vacante en la empresa demandada, sino que el

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

empleador debe demostrar la imposibilidad de asignar al trabajador tarea alguna compatible con su capacidad residual con arreglo a la actividad empresarial (conf. SCBA, 16/02/88, LL, 1988-C-408 (39.184-S).----------
---

--- En los términos antedichos, cabe analizar la prueba testimonial, con la cual, según la apelante, ha demostrado la mentada carencia ocupacional. La Sra. Jueza “a quo” hizo mérito de que solamente la declaración de la testigo M. -personal de la demandada- abona la inexistencia de puestos de trabajo para una persona, como la actora, con inestabilidad en la rodilla y en la marcha (ver sentencia a fs. 354, 4to. párrafo). En efecto dicha testigo (ver fs. 237/238), expresó que no hay puesto de trabajo para V. en Alpesca (ver respuesta tercera), señalando que la tarea fundamental en el lavadero es el lavado de ropa y que también se da la costura de alguna prenda si es necesario, pero no considera como puesto de trabajo esta última labor (ver respuestas quinta y sexta). Sin embargo tales dichos se contraponen con lo manifestado por los demás testigos. Así, el testigo R. (ver fs. 306/307), más allá de señalar la imposibilidad de acceso a la planta (ver respuesta tercera) -lo que fuera descartado como justificación por la sentenciante de grado con argumentos no atacados por la apelante-, destacó que obviando dicha cuestión del acceso, la actora podía desempeñar algún tipo de tarea sedentaria en posición sentada (ver respuesta cuarta). Por su parte la testigo L. (ver fs. 261/262 vta.), expresa que la tarea de costura se puede desempeñar sentado (respuesta séptima), considera que esa tarea puede insumir unas 4 o 5 horas por día (respuesta a segunda repregunta), y explicó que tendría que haber alguien más para coser la ropa (ver respuesta quinta), siendo destacable que tales tareas se desempeñan en el lavadero donde trabajaba con la actora (ver respuesta a generales de la ley y primera), por lo que existía la posibilidad de otorgar a Vera tareas en el propio sector donde se desempeñaba. C. (ver fs. 264/265 vta.), corrobora el lugar de trabajo de V. (respuesta primera) y que la costura es una tarea que se puede realizar sentado (respuesta tercera). Finalmente, M. (ver fs. 327/vta.) ratifica que la actora trabajaba en el lavadero (ver respuesta tercera), lavando y cosiendo ropa (ver respuesta cuarta), dice que generalmente había dos o tres

personas en ese sector (ver respuesta quinta), que quien opera la máquina de coser lo hace sentado (ver respuesta séptima), y que existen tareas en la empresa que se pueden desempeñar sentado como el prolijado o trabajos de oficina (ver respuesta octava).----------

--- Examinadas las declaraciones testificales a la luz del principio de la sana crítica, cabe concluir que la mayoría de los testigos coinciden en la existencia de puestos de trabajo que la actora podía desempeñar en posición sentada, incluso sin necesidad de trasladarla de sector, por lo que lejos de acreditarse por parte de la demandada la carencia ocupacional que se exige de acuerdo al art. 212 de la LCT, la prueba producida reveló la existencia de un puesto de trabajo acorde a las condiciones físicas de la demandante. Es decir que la demandada no necesitaba “inventar” ningún puesto de trabajo para la actora, como lo expresa en su memorial (ver fs. 362 vta., anteúltimo párrafo). En ese orden de ideas se ha considerado que de establecerse que el trabajador está capacitado, aunque sólo fuera parcialmente, para realizar tareas económicamente útiles en la organización, la negativa a reincorporarlo sería injuriosa y como tal lo habilitaría para considerarse en situación de despido indirecto conf. CNAT, Sala V, 10/12/70, DT, XXXI-195; SCBA, 12/05/81, LT, XXIX-659).----------

--- En definitiva, por las razones esgrimidas, concluyo, coincidiendo con el Dr. Vergara, en que corresponde desestimar los agravios de la accionada recurrente.-

--- II.- En virtud de todo lo razonado, acordaré entonces en que procede propiciar la confirmación de la sentencia apelada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas en la Alzada a la quejosa perdidosa (conf. art. 68 del CPCC).----------

--- En cuanto a la regulación de honorarios en esta sede, dado el resultado del pleito, extensión y entidad de los trabajos realizados en esta instancia de apelación, deviene razonable fijar los mismos a los Dres. F. A. y D. G. L., como letrados apoderados de la actora y demandada, en un 6% y 4,75% respectivamente, porcentajes a calcular sobre el monto total de condena que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa ejecutoria de la sentencia, con

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA

más el IVA correspondiente (conf. arts. 6, 14 y 47 de la ley 2200, leyes 23349 y 23871).----------

---

--- A la luz de todo lo expuesto, a la primera cuestión voto 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 apelante vencida; y c) regular los honorarios de los Dres. F. A. y D. G. L., por sus tareas de Alzada, en las sumas porcentuales equivalentes al 6% y 4,75%, respectivamente, del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.----------

--- Así lo voto.----------

-

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------

---

--- En atención al acuerdo arribado, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del mismo.----------

---

--- 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. 9 de la ley 1130, textos de la ley 4550), 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**:----------

Provincia del Chubut
PODER JUDICIAL

--- CONFIRMAR la sentencia venida en apelación en todo cuanto fuera materia de agravios; ---------- IMPONER las costas de segunda instancia a la apelante vencida; ---------- REGULAR los honorarios de los Dres. F. A. y D. G. L., por sus tareas de Alzada, en las sumas porcentuales equivalentes al 6% y 4,75%, respectivamente, del monto del proceso que resulte de la liquidación a practicarse en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. correspondiente.----------

-

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

Fdo: RAUL ADRIAN VERGARA – ALDO LUIS DE CUNTO

REGISTRADA BAJO EL N° 33 DE 2008 – SDL.- Conste.-

CECILIA INES CORNEO
SECRETARIA DE CAMARA