--- En la ciudad de Trelew, a los 23 días de setiembre del año dos mil ocho, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Carlos A. Velázquez y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Marcelo López Mesa, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“B. , L. A. c/ A. S.A. s/ cobro de pesos – laboral”** (Expte. n° 22.874 - año: 2008) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿se ajusta a derecho la sentencia apelada? y, SEGUNDA: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 243.----------

------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. López Mesa expresó: ----------

--- *A fs. 216/218vta. la Sra. Juez a quo dictó sentencia en autos haciendo lugar a la demanda y, en consecuencia, “condenando a A. S.A. a abonar a L. A. B. , previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SESENTA Y CUATRO CON 15/100 ($ 45.564,15), con más los intereses determinados en el considerando II). Costas a cargo de la demandada a cuyos efectos fijo los honorarios correspondientes a los trabajos efectuados por el Dr. C. P. en el 14,25%, los efectuados por la Dra. F. , en el 4,75% y los correspondientes a la representación y dirección letrada de la demandada, en forma conjunta, en el 17%, todos del monto de condena (capital más intereses) que en definitiva resulte en la etapa procesal de ejecución de sentencia, con más el I.V..A. en caso de corresponder. Tengo en cuenta para así decidir lo normado por leyes 2.200 y 4.335 (arts. 6, 7, 8, 9, 39 y conc.), el mérito e importancia de la labor desarrollada, así como el monto del asunto”*.----------

---------- Que contra dicha sentencia el demandado interpone recurso de apelación a fs. 221, el que es concedido a fs. 222 y fundado a fs. 223/227.----------

---------- Se agravia el accionado de que se impusiera a su parte la carga de la prueba de la inexistencia de tareas livianas que asignarle al actor. Cuestiona a la sentencia apelada por autocontradictoria, y expresa que ni siquiera se sabe a ciencia cierta en autos cuáles serían las tareas livianas que el actor podría desempeñar, puesto que con la grave incapacidad que porta no

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

podría realizar las de sereno, ni las de chofer de camiones, etc., ni ninguna de las que la empresa tiene disponibles. Dice que el actor no probó que existiera en la empresa una ocupación que darle al actor, de acuerdo a su capacidad, por lo que lo se estaría exigiendo a la empresa es la creación de un puesto nuevo, lo que no surge ni de la legislación ni de la jurisprudencia. Apunta que no existió una negativa de su parte de asignar tareas livianas a la actora, sino la imposibilidad de hacerlo, al no contar con ellas. Su segundo agravio se relaciona con el apartamiento de la sentencia de las constancias de la causa, cuestionando el apartamiento del decisorio de la pericia médica de fs. 181. Y su tercer agravio atañe a la naturaleza y monto de la reparación dispuesta en la sentencia apelada.----------
-

--- Que corrido traslado de los agravios a la actora a fs. 228, es contestada la vista a fs. 229/234, solicitándose la confirmación del decisorio apelado, con costas.---------- Ingresando al tratamiento de los agravios de la accionada, habré de mantener el orden seguido por el apelante en su exposición. Consecuentemente, en lo tocante al primer agravio, relativo a autocontradicción de la sentencia apelada, desafortunadamente es cierto lo expresado por el apelante. El primer párrafo de los considerandos de la sentencia de grado dice textualmente: “I) Atento los términos en los que quedara trabada la litis corría la parte actora con la carga procesal de acreditar la causal de despido invocada, esto es que la empresa teniéndolas haya negado la dación de tareas acordes con la capacidad del demandante. (arts. 377 C.P.C.C. 211, 212, 242, 246 L.C.T.)” (cfr. fs. 216vta./217). Dicho párrafo es absolutamente incompatible con todos los demás que lo siguen y que cargan a la accionada con el deber de probar la inexistencia de tareas livianas que ofrecerle al actor.----------
---

--- Tal contradicción pudo deberse a un error de tipeo o de copiado, dado que ese párrafo es incompatible con el resto de los considerandos del fallo, de donde evidentemente no se trata de una contradicción de pensamiento sino que ella sucedió en el proceso de volcado al papel de ese pensamiento.----------
---

--- Pese a esta contradicción, ella no acuerda razón al apelante en su primer agravio, pues lo que debe analizarse es si está bien o no imponer a su parte la carga de la prueba de la inexistencia de tareas livianas, cuando de aplicarse el art. 212 LCT se trata.----------

---------- Felizmente existe un precedente reciente de esta Sala, posterior a mi ingreso a la misma, con lo que dicho precedente representa el criterio de toda la Sala en su nueva integración. En la sentencia de fecha 3/7/08, dictada en la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, registrada bajo el Nº 45 de 2.008 – SDL, en el primer voto del Dr. Ferrari, en una cuestión equiparable a la que aquí resolvemos, se dijo que “No ofrece ninguna deuda que, mediando controversia acerca de la imposibilidad del empleador de acordarle tareas compatibles con dicha situación, por causas no imputables al mismo, competía a este último la carga de probarlo para así liberarse de la indemnización agravada que prevé el párrafo siguiente del mismo artículo 212 L.C.T. En efecto, la jurisprudencia y la doctrina actuales son pacíficas al sostener que la imposibilidad de otorgar tareas compatibles con el estado físico del trabajador discapacitado pesa sobre el empleador que alega ese artículo de defensa, quien debe demostrar en juicio de manera objetiva y concreta e indubitable que en su establecimiento no existen tales tareas atendiendo al estado de reducción física del dependiente (conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII • 08/02/2001 • Ceccherini, Norberto N. c. Línea 213 S. A. de Transporte • DT 2001-A, 1000; id. CNTrab., sala VI • 03/07/1991 • Badin Nebel, Juan c. Empresa Ferrocarriles Argentinos • DT 1991-B, 1662; id. CNTrab., sala I, • 27/07/1993 • Rosales, Angélica c. Alpargatas S.A. • DT 1994-A, 359; id. CNTrab., sala II • 13/12/1994 • Marín, B. C. Vinisa S.A. • DT 1995-A, 401; id. CNTrab. Sala II • 29/07/1994 • Trotta, O. C.Ind, del Papel L.L. S.A. • DT 1994-B, 2133; id. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires • 16/02/1988 • Chesani, Sirio c. Fuerte Barragán, S. A. • LA LEY 1988-C, 408; entre muchos otros)” (cfr. voto del Dr. Ferrari en la causa citada).----------

-- Siguió diciendo el Dr. Ferrari allí que “Este mismo criterio ha sido aplicado reiteradamente por las Cámaras de nuestra Provincia en supuestos similares (Conf. C.A.N.E., Sala “B”, Expte. 21.383 – S.D.L. 34/06; id. C.A.N.E. Sala

“B”, Expte. 19290 – S.D.L. 15/04; id. CA.S. Sala “A”, Expte. 13787 –S.D.L. 83/03; id. C.A.S., Sala “B”, Expte. 10976 - S.D.L. 28/99; id. C.A.S., Sala “A”, Expte. 12391 – S.D.L. 38/01; entre otros). En idéntico sentido, Vázquez Vialard sostiene que es el empleador quien tendrá que demostrar que **no existía ninguna posibilidad de dar tareas económicamente productivas al minusválido** (autor cit., “Tratado...”, t. 5, pág. 534 – Astrea, 1984), postura compartida asimismo, entre otros, por Fernández Madrid (“Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, T. II, par. 18.16, pág. 1968 - La Ley, 2001). Ello es así en virtud de la reglas generales en la materia (art. 377, C.P.C.C., aplicable al fuero por remisión de los arts. 45 y 76, Ley N° 69) y también conforme al principio de la carga dinámica en materia probatoria, pues la patronal es quien está en mejores condiciones de demostrar esa hipotética circunstancia impeditiva, referida específicamente a la estructura, organización y plantel de personal de su establecimiento” (cfr. voto del Dr. Ferrari en la causa citada).----------

Luego recordó el Dr. Ferrari que “...la circunstancia de que el trabajador se restablezca y retorne a sus tareas es, en principio, un hecho normal y determina que renazcan plenamente los efectos del contrato de trabajo (conf. MEILIJ, G., "Contrato de Trabajo", t. II, pag. 343, Depalma, 1981). Precisamente ello motiva el principio de conservación del empleo o “reserva del puesto” establecido en el art. 211 L.C.T. En consecuencia, si la patronal decidió cubrir *in absentiam* el puesto de la actora debido a que su dolencia la incapacitaba transitoriamente para prestar servicios, dicha cobertura temporaria no puede erigirse en una excusa actual para dispensarla de la obligación de reservarle el puesto. Luego, si en verdad dicho puesto de trabajo exige que las tareas deban ser llevadas a cabo en posición de pie, no menos cierto es que el citado art. 212 L.C.T. contempla expresamente este supuesto en su primer párrafo, al establecer que el empleador deberá entonces “...asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración”.---------- Y sostuvo seguidamente que “Por otra parte, la prueba de esta imposibilidad debe apoyarse en elementos sólidos y convincentes, con un adecuado informe técnico que exhiba el esquema de tareas de la empresa y la real disponibilidad o no de un puesto de trabajo adecuado a la situación del trabajador que solicita

reintegro a sus labores” (cfr,. voto del Dr Ferrari en la causa citada).---------- --- Posteriormente en mi voto, sostuve similar criterio al del colega de primer voto, expresando que “el segundo párrafo del art. 212 LCT menta como causal de reducción de la acreencia del trabajador a que el empleador no pudiera dar cumplimiento a su obligación de reincoporar al obrero “por causa que no le fuera imputable”. ---------- Y párrafos debaje postulé que “para que sea procedente concederle el privilegio del pago de la “media indemnización” prevista en el segundo párrafo del art. 212 LCT, el empleador debe demostrar que se dan los presupuestos para ello. Como es lógico, en este caso rige la regla general de que es el beneficiario de un privilegio o excepción, quien corre con la carga de la prueba del cumplimiento de los requisitos y presupuestos del beneficio. Y, respecto de este beneficio en particular, prestigiosa doctrina ha expuesto que “En la doctrina y en la jurisprudencia se ha aceptado en forma extensiva, que en razón de que la consecuencia de dicho modo de culminación contractual determina el abono de una indemnización atenuada o reducida, la carga de acreditación de tal carencia ocupacional le corresponde a quien la invoca, es decir al empleador” (cfr. Gabriel TOSTO, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada”, Edit. La Ley, Buenos Aires, 2007, T. IV, p. 44).---------- Sostuve luego que siendo ello así, el demandado debió demostrar en autos dos extremos: 1) la imposibilidad de desempeño de la actora, con su capacidad menguada, en algún puesto de trabajo de su empresa; y 2) dadas las características del caso de autos, que esa imposibilidad no obedecía a un decisión suya sino a una imposibilidad objetiva. **¿Pero cómo debe ser esa prueba?** Correctamente se ha apuntado que “la demostración de la empresa debe ser eficaz para desplazar la regla de conservación del contrato. En general se ha considerado conducente los elementos de conocimiento tales como organigrama de funcionamiento, con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas, que justifiquen su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar razonablemente su imposibilidad de asignar tareas acordes a la nueva capacidad del trabajador” (cfr. Gabriel TOSTO, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, “Ley

de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", cit, T. IV, p. 45)" (cfr. mi voto en la causa "D. c/ A." ya citada).----------

--- Dije luego que "...es dable recordar asimismo que conforme prestigiosa jurisprudencia a los fines de la aplicación del art. 212 párrafo segundo de la L.C.T. no basta con acreditar que no existe ninguna vacante en la empresa demandada sino que el empleador debe demostrar la imposibilidad de asignar al trabajador tarea alguna compatible con su capacidad residual con arreglo a la actividad empresarial (SCBA, 16/2/88, "C., S. c/ F. B. S.A. s/ Indemnización art. 212, Ley de contrato de trabajo", DJBA 134- 165, AyS 1988-I, 99 y LL 1988-C- 408; ídem, 1/10/03, "B., V. c/ M. G. SA s/ Cobro de indemnización, etc", en Juba sum. B11595). Se ha resuelto también que la aplicación del art. 212 LCT requiere la demostración de la realización del mínimo intento de procurar ocupación que sea realmente revelador de un inimputable impedimento, por ausencia de labores compatibles con la capacidad residual del trabajador (SCBA, 1/10/03, "B., V. c/ M. G. SA s/ Cobro de indemnización, etc", en Juba sum. B11595)".---------- Y luego dejé sentado que si bien la norma no impone la creación de nuevos puestos de trabajo o la reestructuración de los existentes, lo cierto es que a los efectos de la operatividad de la reducción indemnizatoria, al principal que decide la ruptura del vínculo laboral por imposibilidad de otorgar labores compatibles al trabajador minusválido, no le basta con demostrar que no se produjeron nuevos ingresos, sino que es preciso acreditar la imposibilidad de cumplir con el imperativo legal por inexistencia de tareas adecuadas que pudieran asignársele con arreglo a su capacidad residual (SCBA, 1/10/03, "Bonnano, Vicente c/ Martín Güemes SA s/ Cobro de indemnización, etc", en Juba sum. B11595).----------

--- Señalé párrafos infra que de la correlación de los tres primeros párrafos del art. 212 LCT surge que el principio general es el que sienta el primer párrafo, que consagra la obligación del patrono de asignar al trabajador otras tareas acordes a su capacidad disminuida. Y surge también de una lectura atenta de la norma que los párrafos siguientes, segundo y tercero, son excepciones a este principio general: 1) Si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta

obligación por causa que no le fuera imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el Artículo 247 de esta ley; y 2) Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el Artículo 245 de esta ley. Probado que el principal no ha hecho todo lo que estaría a su alcance para que la trabajadora vuelva a desempeñarse bajo sus órdenes y que la imposibilidad de trabajar sentada obedece a una determinación empresaria y no a una imposibilidad fáctica o productiva, resulta de aplicación al caso el supuesto previsto en el tercer párrafo del art. 212 LCT, en vez del contemplado en el párrafo segundo".----------

--- Creo que con lo hasta aquí expuesto queda claro que en la tesitura de esta Sala, quien debía probar no tener un puesto de menor compromiso físico para el actor era la demandada de autos. El intento de la parte apelante de desvirtuar lo decidido por la juez de grado, fundándose en la contradicción en que incurriera la misma, resulta inane para conmover la carga de la prueba que sobre ella pesaba en este punto.---------- El mismo criterio seguido en esta temática en la decisión unánime de esta Sala en el caso "D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral", registrada bajo el Nº 45 de 2.008 – SDL, corresponde aplicar aquí, magüer las consideraciones que desliza el recurrente sobre la carga de la prueba en relación con el art. 212 LCT, las que no tienen el peso ni convictividad para conmover los importantes fundamentos dados por esta Sala en apoyo de la decisión referida, cuya matriz corresponde repetir aquí.----------

--- Es así que la carga de la prueba de la inexistencia de otro puesto de trabajo de menor compromiso físico que darle al trabajador lesionado estaba a cargo de la demandada; la doctrina legal de esta Cámara es al respecto indiscutible, razón por la cual corresponde confirmar este punto de la decisión de grado, magüer la contradicción en que incurriera la a quo, al ser la misma irrelevante en esta cuestión, toda vez que salvo la primera afirmación de los considerandos, el resto del fallo se encolumna en la dirección señalada por la doctrina legal de esta Sala.------ Ello así, corresponde analizar seguidamente si el demandado ha

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

satisfecho la carga probatoria que se hallaba a su cargo; lo haré a la luz de la colecta probatoria habida en autos.---------- El apelante afirma que ni siquiera se sabe a ciencia cierta en autos cuáles serían las tareas livianas que el actor podría desempeñar, puesto que con la grave incapacidad que porta no podría realizar las de sereno, ni las de chofer de camiones, etc., ni ninguna de las que la empresa tiene disponibles. Dice luego que el actor no probó que existiera en la empresa una ocupación que darle al actor, de acuerdo a su capacidad, por lo que lo se estaría exigiendo a la empresa es la creación de un puesto nuevo, lo que no surge ni de la legislación ni de la jurisprudencia. Apunta que no existió una negativa de su parte de asignar tareas livianas a la actora, sino la imposibilidad de hacerlo, al no contar con ellas. --- -------- Creo que estas son manifestaciones de parte, que no han sido refirmadas por prueba en igual sentido. Iré despacio con su tratamiento. No se exige a la accionada que cree un puesto nuevo, pero no es cierto que tuviera que hacerlo pues está acreditada en la causa la asignación de un puesto de sereno al Sr. O. (cfr. fs. 146/vta.). con posterioridad al despido del aquí actor. Ello demuestra que no era necesario crear un nuevo puesto para disponer de tareas de menor compromiso físico a las de chofer de camiones. Ello así, la accionada cargaba con la prueba de que el actor no estaba en condiciones de prestar estas tareas, pues la descripción que hace su parte de las ocupaciones del sereno, casi serían suficiente para pagarle un plus. Sin embargo, ese tipo de manifestaciones de la demandada sobre la incapacidad de la actora para actuar como sereno no son más que eso: manifestaciones de parte no probadas en la causa.---------- Lo cierto en esta causa es que la pericia médica de fs. 181/vta confirmó la existencia de una capacidad residual en el actor, estableciendo que con ciertas pautas podría volver a desempeñarse en tareas más livianas a las que antes realizaba, cambiando de postura cada determinado lapso y no pudiendo estar demasiado tiempo caminando. Como vimos el puesto de sereno fue dado a otra persona luego del despido del actor, con lo que cabe concluir que podría él haberse desempeñado en él. La demandada, si pretendía eximirse de responsabilidad por el despido y obtener la franquicia de la “media indemnización” debió prodigarse en la acreditación de la imposibilidad del actor de prestar tareas que

tuviera su empleador disponibles. No lo ha hecho en forma correcta.----------

--- Ello, pues, en primer lugar, la empresa demandada ni siquiera denunció su organización empresaria, por lo que la carencia de otros puestos de trabajos compatibles con la capacidad residual del actor no ha sido probada en autos, extremo que resulta imputable a la accionada, puesto que fue ella la que fue declarada negligente en la producción de la prueba pericial de seguridad e higiene (cfr. fs. 194) debido a su inactividad y falta de impulso. En cuanto a la prueba testimonial producida en la causa, tampoco ella acredita los dichos de la demandada. Pruebas al canto.----------

--- --- Analizaré los dichos del testigo R. en el agravio siguiente, pero aquí dejaré sentada su absoluta falta de convictividad. La simpleza de las declaraciones del testigo, sus afirmaciones dogmáticas, su falta de razón de sus dichos, hacen pensar que no es objetivo en su declaración. A un testigo médico a quien se le pregunta específicamente por su opinión facultativa no puede admitírsele una respuesta como la que él diera a la séptima pregunta, que bordea la ignorancia crasa, lo que es poco creíble o la subjetividad más absoluta.---------- Los demás testimonios nada suman a la colecta probatoria. Los testigos A. (fs 140) y E. (fs. 143), no han sido preguntados sobre si conocían la existencia de tareas livianas en la empresa; el testigo P. (fs 147), si bien es escueto dice que existía una labor de sereno, siendo irrelevante el resto de su testimonio. Los testigos A. (fs. 145) y O. (fs. 146), directamente contradicen los dichos de la demandada en su contestación de demanda, al admitir ambos la existencia de otras tareas aparte de la recolección y conducción de camiones y, peor aún, admitir el Sr. O. que él desempeña labores de sereno desde tiempo después al cese de funciones del actor para la demandada.---------- Todo ello, sumado a la inexistencia de otra prueba acreditante en autos, hace que deba concluirse que el accionado no ha dado cumplimiento a la pesada carga probatoria que tenía sobre sí, conforme lo expuesto supra y los precedentes de esta Sala.----------

---------- En tal situación, es dable concluir que –a falta de prueba en contrario- debe hacerse efectiva la consecuencia del incumplimiento de la carga probatoria que sobre la accionada

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

pesaba, y a mérito de ella corresponde tener por injustificada la negativa de la demandada a otorgar las tareas acordes con la capacidad residual de la actora, motivo por el cual cabe considerar que el actor ha actuado correctamente al sentirse injuriado y considerarse despedido sin causa, ante lo cual la demanda correctamente prosperó generando al actor un crédito resarcitorio por las indemnizaciones derivadas de la ruptura del vínculo y los agravamientos indemnizatorios establecidos por el art. 2 de la ley 25.323 y ley 25.972. También, al no haber sido idóneamente cuestionada por el recurrente, debe confirmarse lo relativo al pago del sac correspondiente al año 2004 y liquidación final (sac y vacac. prop).---------- En tal situación, he de proponer al acuerdo el rechazo del presente agravio.------

--- En cuanto al segundo agravio, relativo al cuestionamiento del alegado apartamiento de la sentencia de las constancias de la causa, el apartamiento del decisorio de la pericia médica de fs. 181 y del testimonio del testigo R. (fs. 142), seguirá similar suerte que el anterior.---------- Adelanto que he analizado con particular detenimiento tanto la pericia médica como el testimonio de fs. 142 y no hallo en la sentencia apelada ninguno de los vicios que denuncia el apelante. En cuanto al testigo R. (fs. 142), médico laboral de la demandada, debo decir sin ambages que el mismo carece de toda precisión en su declaración. A dos de las preguntas que se le formularon manifestó directamente no tener conocimiento (cuarta y quinta pregunta). El resto de sus respuestas tiene la levedad de un mirlo, no moviendo en absoluto a aceptar la postura de la demandada que ofreciera su testimonio. Y, peor aún, a la séptima pregunta: *(“Para que diga si en su opinión facultativa existen tareas de tipo liviano en A.”),* contestó que **“El chofer, es chofer, no tiene tareas alternativas. El fue contratado para desempeñarse como chofer. Ingresó con las condiciones inherentes a un chofer. No existen tareas livianas. La empresa se dedica a la recolección de residuos”** (cfr. fs. 142 in fine y 142vta.).---------- El testimonio pasa de la ignorancia supina a la apodicticidad más absoluta, depende de qué afirmaciones se trate. La afirmación de que no existen tareas livianas no está abonada por nada, ningún dato, ninguna circunstancia, la apoya. Ello así, debe juzgarse una manifestación

del testigo carente de toda convictividad y ha hecho bien la juez de grado en no tomarla en cuenta, pues su valor convictivo es cero. El testigo no es un juez ni un perito y no tiene por función extraer conclusiones sino aportar datos, para que quienes deben juzgar las extraigan. Al ser su aporte de datos nulo, su testimonio adquiere igual carácter.----------

--- A tenor de tan esclarecido testimonio es llamativo el énfasis que pone el apelante en defenderlo, cuando tengo para mí que el testigo hace dudar con sus dichos o de su conocimiento médico-legal o de su objetividad y veracidad. En cualquier caso su testimonio es irrelevante y no lleva agua alguna para el molino de la accionada, debiendo juzgárselo nulo como aporte probatorio. Ergo, el segundo agravio de la accionada en este aspecto es inatendible y así debe declarárselo.----------

---------- En cuanto al apartamiento de la pericia médica, no advierto en qué circunstancia se basa el apelante. Que el perito médico indique que “la reasignación de tareas debe ser orientada por los médicos especialistas en medicina y seguridad laboral con que debe contar la empresa según legislación” (cfr. fs. fs. 181vta. in fine), no significa que la opinión del médico de la empresa sea irrevisable, que ella pueda apoyarse en cualquier conjetura, ni que éste tenga el derecho de sellar la suerte de un trabajador sin decir por qué. Ni los jueces tienen ese derecho, menos aún un médico de parte. La apodicticidad de los propios dichos no es un derecho que tenga el médico de una empresa demandada. Por tanto está bien la prescindencia de la opinión del testigo de fs. 142 y no veo violación alguna a los derechos de la apelante en ese aspecto, con lo que el agravio luce insuficiente e inacogible, por lo que propongo al Acuerdo su rechazo.----------

--- En relación al tercer agravio del apelante, atinente a la naturaleza y monto de la reparación dispuesta en la sentencia apelada, agravio en que el accionado cuestiona que se imponga a su parte la obligación de indemnizar rubros tales como los que establece el art. 245 LCT, así como la multa dispuesta por la ley 25561.---------- Indica el apelante que no procede la indemnización de dichos rubros a cargo de su parte, puesto que lo que corresponde es la aplicación del art. 212 LCT a lo sumo.----------

---------- No lleva razón el apelante en sus dichos.

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

En la sentencia de fecha 3/7/08, dictada en la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, registrada bajo el Nº 45 de 2.008 – SDL, y sustancialmente equiparable a la presente, en el primer voto del Dr. Ferrari se decidió que “...al no demostrarse la real imposibilidad de reinserción, cabe inferir entonces que no existió voluntad patronal de otorgar tareas livianas, por lo que en tal caso la situación no se diferencia de un despido incausado y deben abonarse entonces la indemnización del art. 245 L.C.T., la sustitutiva de preaviso, la integración y los restantes rubros indemnizatorios que correspondan según las leyes complementarias (Leyes 25.323, 25.561 y concordantes)”.---------- A su turno, en mi voto dictado en dicha causa citada indiqué que cuando “...a la luz del análisis de la prueba colectada en esta causa, ... surge no la imposibilidad de reinserción de la actora sino que no existió voluntad patronal de otorgar tareas livianas, supuesto que no cabe diferenciar de un despido incausado, debiendo entonces abonar el demandado al actor la indemnización prevista por el art. 245 LCT, al que remite el art. 212 LCT tercer párrafo y no la excepcional y reducida que prevé –para supuestos diferentes del de autos- el art. 212 LCT segundo párrafo”.----------
---

--- El mismo principio corresponde aplicar aquí, dado que no sólo la accionada no ha demostrado la inexistencia de tareas livianas que conceder al actor, sino que se ha demostrado que con posterioridad a su distracto se ha asignado al Sr. A. V. O. la labor de sereno (cfr. 146/vta.), la que no existe prueba alguna en la causa que la califique de labor pesada, como afirma la accionada. En tal situación carece de asidero el cuestionamiento que intenta del apelante sobre la cuantía de la indemnización establecida a favor del actor en la sentencia de grado. -

--- Por lo anteriormente expuesto, el agravio debe rechazarse al no darse el supuesto de hecho que permita el encuadramiento que pretende el recurrente y no ser el agravio acogible, dada la corrección de la sentencia apelada en las conclusiones a las que arriba y en los fundamentos que brinda, procediendo su confirmación como propone el colega de primer voto.----------
---

--- Por las razones expuestas, considero que la sentencia apelada merece ser

confirmada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravios, con costas al apelante vencido.---------- Me expido consecuentemente en esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A TAL CUESTIÓN PRIMERA** el Dr. Velázquez expuso: ---------- Suficientemente reseñados ya por el colega preopinante los antecedentes del caso y los agravios expresados por la apelante, a la tal síntesis me remito en homenaje a la brevedad. Concuerda mi opinión con la del ponente y para fundarla individualmente según lo requiere la manda del art. 169 de la Const. Prov., bastará formular las siguientes consideraciones.---------- I.- El evidente “lapsus” en que incurriera la Señora Magistrada de origen en un párrafo de su decisorio no es bastante para desinterpretar el concepto que sobre la carga de la prueba más abajo expusiera, concepto ese concordante con el que en varios precedentes enunciara este tribunal, tanto en su actual composición -causa citada por el magistrado antes sufragante-, cuanto en la que anteriormente tuviera: pesa sobre la empleadora demandada el “onus probandi” de la no disponibilidad por ella de tareas acordes a la capacidad conservada por el trabajador, por ser ese el supuesto fáctico de aplicación de la norma fundante de su defensa, esto es la excepción al deber de otorgar tales labores (arts. 212 párrs. 1° y 2° L.C.T. y 377 C.P.C.C.; esta sala, c. 20.514 S.D.L. 43/05, voto del Dr. Manino, y c. 22.676 S.D.L. 34/08, voto del Dr. Ferrari, en ambos casos acompañados por quien habla).-

--- Y no se sostenga que rendir tal probanza era imposible por versar sobre el hecho negativo de la inexistencia de tareas de las denominadas “livianas”, toda vez que, cual muchas veces se hemos declarado (c. 18.668 S.D.L. 21/03, c. 19.090 S.D.L. 55/03, c. 20.164 S.D.L. 11/05, entre otras varias), no hay razón que justifique eximir de la prueba respectiva a la parte que invoca tal hecho negativo cuando pretende deducir de él en su favor un efecto jurídico (confr.: Chiovenda, “Instituciones...”, trad. de Gómez Orbaneja, ed. Rev. de Der. Priv. 1956, III-96; Alsina, “Tratado...”, 2da. ed., III-251, nº 12; Palacio, “Derecho procesal civil”, Abeledo-Perrot 1975, IV-370/372, nº 410). Esa prueba del hecho negativo no es imposible, toda vez que siempre encierra el mismo alguna afirmación y es entonces la probanza susceptible de ser aportada a través de la

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

demostración de la existencia del hecho positivo que excluiría al negativo invocado (confr.: Alsina, opus y loc. cit.; Devis Echandía, “Teoría general de la prueba judicial”, 5ta. ed., I-507; Morello y otros, “Códigos Procesales...”, 2da. ed.,V-A-34; Palacio, ob. y lug. ind.).---------- II.- El antedicho extremo fáctico ha de acreditarse de modo objetivo y concreto, para lo que, cual señalara el preopinante, suelen ser probanzas idóneas aportar el organigrama de la empresa, roles del personal que desempeña funciones que pudieren estar a cargo del minusválido y dictámenes periciales reveladores de la dimensión de los esfuerzos necesarios para llenarlas. En la especie la demandada ni siquiera expuso cuál era su organigrama, ni enunció cómo se hallaban cubiertos los diversos puestos de labor y, para colmo, fue tenida por desistida de la producción de la prueba pericial de seguridad e higiene (fs. 194).---------- Por otro lado, queda en claro la existencia de un puesto de sereno, pues lo alegó la propia empleadora en su responde a la demanda y ello sin formular aclaración alguna acerca de una fecha de creación del cargo pretensamente posterior a la rescisión del contrato laboral del actor (fs. 100 vta., párr. 1° “in fine”). Al margen de consideración debe quedar aquí entonces esa circunstancia de la creación del cargo de sereno ulterior a los hechos de la causa, así la consideráramos, por hipótesis, demostrada.---------- Es que en nuestro ordenamiento procesal vigente, firmemente adscrito al sistema dispositivo, la incorporación al proceso de los datos relevantes para el debate le corresponde cumplirla a las partes a través de la actividad alegatoria, mas desarrollada ésta en las específicas oportunidades que la ley prevé al efecto (arts. 46 inc. 4 y 52 de la ley 69 y 330 inc. 4°, 331, 356 inc. 3º C.P.C.C.). El hecho no invocado oportunamente no puede ser materia de acreditación, pues existe una identificación normal entre el objeto de la alegación y el de la prueba, de forma que son únicamente los datos fácticos alegados los que deben comprobarse (confr.: Guasp, “Derecho procesal civil”, 3era. ed., I-328, nº 5). En rigor, no pueden siquiera “producirse pruebas sino sobre los hechos que hayan sido articulados por las partes en los escritos respectivos”, conforme con meridiana claridad establece el art. 364 cód. cit., de donde se sigue que aquellos hechos no aseverados en los escritos postulatorios

han de considerarlos inexistentes los jueces aunque efectivamente estuvieren comprobados (confr.: Sup. Trib. Jus. Chubut, S.D. 2/96, Pág. Webb del P. J. Chubut, Jurisp. “on line”, sum. 4.058; C. N. Civ., sala “C”, L. L. 141-671, 25.493 S; ídem, sala “E”, L. L. 1985-A-304; este tribunal, c. 18.197 S.D.L. 43/02, c. 19.700 S.D.L. 55/04, entre muchas otras; Morello y otros, opus cit., V-A-10/11; Carnelutti, “La prueba civil”, trad. de Alcalá Zamora y Castillo, 2da. ed., Depalma 1982, págs. 7/9, n° 3; Devis Echandía, ob. ind., I-188/190, n° 44; Kielmanovich, “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Abeledo-Perrot 1996, pág. 40). Constreñida por el principio de congruencia, mal pudo considerar la Señora Jueza del otro grado ese hecho no alegado (arts. 34 inc. 4° y 163 inc. 6° C.P.C.C.) y también le esta vedado el hacerlo a esta alzada (art. 277 ídem).---------- Por lo demás, las declaraciones testimoniales de C. A. y A. V. O. acreditaron la data del traslado del establecimiento de la demandada a un inmueble distinto de aquel en que primitivamente estaba ubicado (fs. 145 y 146, resps. a las pregs. 6ta. y 7ma.), pero no que recién en ese momento fuera creado el puesto laboral de sereno.---------- Tocante a la pretendida falta de aptitud del actor para ocupar tal cargo que la recurrente enfatiza, señalaré que no es verosímil que recorrer el perímetro de un predio de ocho mil metros cuadrados de superficie -menos de una manzana- insuma aproximadamente un hora; en verdad, no se advierten razones para que el trabajador no pudiera hacerlo en el lapso de quince minutos en que, según el informe pericial médico, les es dada la bipedestación (fs. 181 vta.).---------- Atinente a la respuesta que el declarante doctor en medicina V. E. R. diera al requerírsele su opinión facultativa sobre la existencia de tareas livianas que pudieran ser desempeñadas por el actor (fs. 141 preg. 7ma. y respuesta a fs. 142/vta.), señalaré dos motivos que la privan de valor convictivo.---------- De un lado, el desconocimiento del dicente sobre el instituto del art. 212 L.C.T., que obliga al empresario, como regla, a otorgar al trabajador parcialmente incapacitado labores acordes a su estado aunque sean distintas a aquellas para las que fue contratado.----------

Del otro, que el declarante no dio razón de sus dichos acerca de la inexistencia en la empresa de tareas que pudiera realizar el actor, apropiadas a su minusvalía

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

física. Sobreabundante casi es enfatizar la importancia que para la apreciación de esta especie de prueba reviste la razón de los dichos, en tanto es ella la que informa acerca de las circunstancias de lugar, tiempo y modo de adquisición por el declarante del conocimiento de los hechos sobre los que depone, elemento esencial entonces para la adecuada crítica del testimonio (art. 445 “in fine” C.P.C.C., su doc.; este cuerpo, c. 21.157 S.D.L. 20/06, c. 22.374 S.D.L. 7/08). Ello se acrecienta todavía en el caso de un testigo técnico -como lo es un médico a propósito del grado de incapacidad de un paciente-, que no solamente relata hechos que percibió, sino que, además, en razón de la ciencia que posee, extrae de aquéllos deducciones técnicas que han de ser apreciadas no sólo conforme a las reglas generales de la sana crítica, sino también de acuerdo a las específicas que vienen dispuestas para la pericia judicial (art. 443 últ. párr. cód. cit., su doc.; confr.: Palacio, ob. ind., IV-567, nº 467, “b”; confr.: Carnelutti, opus cit., págs. 121 y sgts., nros. 26/30; Prieto Castro, “Derecho procesal civil”, Ed. Rev. Der. Priv. 1964, I-456; Devis Echandía, ob. ind., II-71/75, nº 206; esta alzada, c. 12.104 S.D.L. 1/97, c. 14.635 S.D.L. 20/99, etc.), entre ellas las de los arts. 472 párr. 1° “in fine” y 477 C.P.C.C. que obligan a exponer los principios científicos fundantes de la opinión vertida.---------- III.- No veo asidero a la crítica de la apelante relativa a la indemnización concedida por la “a quo”. Los párrafos 3° y 4° del art. 212 L.C.T. parten de un supuesto común: incapacidad definitiva parcial del trabajador y no otorgamiento de tareas acordes a ella por parte del empleador. La diferencia reside en la actitud de este último. Si no hay voluntad de otorgar tareas “livianas”, la situación no se diferencia de un despido incausado y debe abonar una indemnización igual a la establecida en el art. 245 ley cit., así sea que la denuncia del contrato la realice el trabajador pues a dicho precepto remite igualmente el art. 246 ídem. Si, por el contrario, no tiene el empresario posibilidad de darlas por carecer de ellas, corresponde una indemnización idéntica a la prevista en el art. 247 del mismo ordenamiento, porque tal supuesto es asimilable a la falta de trabajo inimputable (confr.: C.N. Trab., sala III, 11/9/92, cit. en “Manuales de Jurisprudencia La ley - Ley de Contrato de Trabajo”, 2da. Ed., pág. 401, sum. 17).---------- Si en la especie concluimos que tareas adecuadas a la capacidad conservada por el dependiente no faltaban y la

empleadora se las negó, es evidente que la indemnización a que aquél es acreedor debe ser equivalente a la reglada en el art. 245 L.C.T.----------
---------- IV.- Tales son las razones, coincidentes con las expresadas por el Señor Magistrado prevotante, por las que entiendo que la sentencia apelada merece ser confirmada en todo cuanto fuera materia de recurso y agravio, con costas de segunda instancia a la apelante vencida en ella (art. 59 de la ley 69).---------- Me pronuncio entonces en esta cuestión por la AFIRMATIVA.---------- **A LA SEGUNDA CUESTION**, el Dr. López Mesa dijo: ----------
Que de ser compartida la propuesta hecha en la cuestión anterior por el suscripto, corresponderá adoptar la siguiente decisión: I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de apelación. II) Imponer las costas en la Alzada a la parte recurrente. III) Fijar los honorarios de los letrados actuantes en esta instancia como sigue: 1) para el Dr. J. G. , letrado apoderado de la demandada, en el 25% de los honorarios que se le determinen por las labores de grado; 2) para el Dr. I. C. P. , en el 32 % de los honorarios que se le determinen por las labores de grado, de acuerdo al coeficiente fijado en la sentencia de primera instancia.----------
------- Así lo voto.----------
---------- **A DICHA CUESTIÓN FINAL** el Dr. Velázquez respondió: ----------
---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. López Mesa, reflejo fiel de la decisión del cuerpo formada al expedirnos sobre la precedente cuestión.----------
---------- Concuerdo igualmente con el colega en punto a los honorarios que propiciara regular por las labores profesionales de alzada, pues los hallo proporcionados a la extensión, calidad y eficacia de las mismas (arts. 6, 7, 9, 14, 19, 47 del dec.-ley 2.200).----------
---------- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por excusación del Sr. Juez de Cámara Dr. Carlos Dante Ferrari haber coincidencia de opinión (art. 8 de la ley 1130, Textos ley 4550).----------
---------- Trelew, 23 de Setiembre de 2.008.----------

PAULO EDUARDO KÖNIG
SECRETARIO DE CAMARA

--- En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; pronuncia la siguiente:----------

---

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

--

--- I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de apelación. --- II) IMPONER las costas en la Alzada a la parte recurrente.----------

---------- III) FIJAR los honorarios de los letrados actuantes en esta instancia como sigue: 1) para el Dr. J. G. , letrado apoderado de la demandada, en el 25% de los honorarios que se le determinen por las labores de grado; 2) para el Dr. I. C. P. , en el 32 % de los honorarios que se le determinen por las labores de grado, de acuerdo al coeficiente fijado en la sentencia de primera instancia.------

--- Regístrese, notifíquese y, firme la presente, devuélvase.----------

---

Fdo: CARLOS A. VELÁZQUEZ – MARCELO J. LOPEZ MESA

REGISTRADA BAJO EL Nº 60 DE 2008 – SDL.- CONSTE.-