--- En la ciudad de Trelew, a los días de marzo del año dos mil diez, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Marcelo J. López Mesa y la presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. y Carlos A. Velázquez y Carlos Dante Ferrari, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“A., E. F. c/ C. W. S.A. s/ Indemnización”** (Expte. nº 47- año: 2010) venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 197.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** dijo el Dr. Ferrari: ----------

--- I. La sentencia de primera instancia (fs. 177/179 vta.) desestimó la demanda entablada en todas sus partes, con costas al actor. El motivo del rechazo fincó en que la empresa demostró la inexistencia de un puesto de trabajo acorde a la incapacidad parcial del trabajador al tiempo en que se decidiera su despido, de conformidad con lo previsto en el art. 212, 2do. párrafo de la LCT.----------

--- II. El fallo es apelado por la parte perdidosa a tenor de la pieza glosada a fs. 186/190 vta., respondida por la contraparte a fs. 192/194.----------

--- El recurrente plantea tres motivos de agravio: 1) indebida valoración de la prueba pericial; 2) indebida valoración de la prueba testimonial; 3) monto de los honorarios regulados. Al responder a esta pieza, la contraparte acusa la deserción del recurso por insuficiencia crítica.----------

--- III. A título preliminar diré que, en mi opinión, el planteo de la demandada enderezado a que se declare desierto el recurso incoado no tiene posibilidad de prosperar. Para ello, habría sido menester que la pieza no hubiera cuestionado los aspectos sustanciales que han dado fundamento al fallo, o bien que, aun habiéndolos objetado, no contuviera una crítica concreta y razonada en mínimo grado de aptitud técnica, según las pautas del ordenamiento adjetivo (arts. 265, 266, C.P.C.C.; su doctrina).----------

--- Considero que nada de ello sucede en la especie. La parte apelante ha dirigido sus objeciones a los puntos centrales que dan base al decisorio, y la exposición de argumentos efectuada a este propósito aquilata, a primera lectura –más allá de la suerte que en definitiva puedan correr los planteos efectuados– una carga crítica que brinda adecuado sustento a la carga procesal exigible para la procedencia formal del recurso.----------

--- Por lo expresado, opino que el pedido de la demandada debe desestimarse, de manera que abordaré ahora los planteos ya descriptos en el mismo orden en que fueran enunciados.----------

--- IV. En este cometido, estimo necesario reseñar que, según se desprende de la demanda y contestación, no es un hecho controvertido que el actor sufrió una lumbalgia que lo incapacitó en forma temporaria para realizar tareas, por lo cual se le acordó una

licencia en los términos del art. 208, ss. y conc. de la LCT. También ha quedado en claro que en el curso de esta licencia existieron intercambios epistolares entre las partes, debiendo destacarse entre ellas la cursada por la patronal el 02/05/2007, en la que le comunica al trabajador que “continúa en relación de dependencia con al empresa pero que, en vistas de su alta con tareas livianas, la Compañía se encuentra evaluando la existencia de tareas acordes a su nueva capacidad laborativa. En consecuencia, y hasta tanto se obtengan los informes correspondientes y se determine la existencia o no de puesto de trabajo acorde (...) seguirá percibiendo los salarios de enfermedad. Se le indica que será notificado de los resultados obtenidos” (ver legajo reservado en caja de seguridad, fs. 110). A dicha comunicación le siguió la del 01/06/2007 en la que la demandada le comunicó al actor que prescindía de sus servicios a partir de esa fecha “por no contar con tareas acordes a su nueva capacidad laborativa, conforme surge de los informes médicos y técnicos analizados, los que ponemos a su disposición para su visado” (ver mismo legajo, fs. 109).----------

--- Las circunstancias precedentes invitan de inmediato a algunas reflexiones.----------

--- Para comenzar, sabido es que el empleador debe garantizar a su dependiente ocupación efectiva, deber patronal expresamente establecido en el art. 78 de la LCT. Tratándose de trabajadores afectados por una dolencia inculpable, si bien se suspenden ciertos efectos del contrato de trabajo, el mismo continúa vigente y las partes mantienen su obligación recíproca de colaboración y solidaridad, basada en los principios de la buena fe (conf. Sardegna, M.A., “Ley de contrato de trabajo” , p. 610 – Ed. Universidad, 1999). En este marco operan las distintas alternativas previstas en la ley, dependiendo de la incapacidad laboral resultante. Cuando se trata, como en el caso, de una disminución parcial y definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración (art. 212, primer párrafo, LCT). Sólo en caso de que esta opción no fuere posible, le estará permitido al empleador dar por concluida la relación, abonándole al trabajador una indemnización igual a la prevista en el artículo 247 (at. 212, 2do. párrafo, LCT).----------

--- Claro está que la prueba relativa al carácter definitivo de la dolencia, esto es, que la misma es de carácter irreversible y permanente, así como a la inexistencia de tareas acordes a dicha minusvalía, son hechos cuya prueba –en caso de hallarse controvertidos– pesa sobre la parte patronal (ver, en sentido análogo, Carlos Alberto Etala "Contrato de Trabajo", 2ª. Edición actualizada y ampliada, Ed. Astrea, 1999, pág 485).----------

--- Dicho esto, considero que en la especie la demandada no dio debido cumplimiento a dicha carga probatoria.----------

--- En primer lugar, no encuentro en el material aportado al proceso ninguna certificación médica que determine en forma clara y concreta cuál era el grado de

incapacidad del demandante, en términos de la capacidad obrera total, a la fecha en que la patronal dispuso la ruptura del vínculo. Observo en el legajo acompañado un certificado extendido por el médico tratante, Dr. V., en el cual, respondiendo a la requisitoria de la empresa demandada, le manifestó que el señor A. se encontraba “bajo un cuadro de lumbalgia a repetir” y que “debería realizar tareas que no demanden esfuerzos para su columna lumbar, portería, depósito, telefonía o acordes” (leg. cit., fs. 121). Considero desde ya que dicha certificación no constituye un instrumento apto para acreditar el carácter definitivo de la disminución laboral, ni mucho menos su grado o porcentaje. Al propio tiempo, cabe recordar que la patronal dispone de la facultad de someter al trabajador a los controles médicos necesarios para determinar la existencia o inexistencia del impedimento y la entidad del mismo, para lo cual el médico de la empresa es su representante específico y puede solicitar que se practiquen todos los exámenes necesarios a tal efecto (conf. CNTrab., Sala I, 29/08/80 – sent. 41.138). Sin embargo, a despecho de estas circunstancias, el responsable de higiene y seguridad laboral de la demandada, basándose únicamente en aquel certificado médico, informó que la empresa se veía imposibilitada de reubicar al trabajador en tareas acordes a su incapacidad (ver informe de fs. 122, legajo ya citado).----------

--- Hecho este relato preliminar de los antecedentes obrantes en la causa, pasaré a tratar ahora los motivos de agravio expuestos por la parte apelante.----------

--- V. En cuanto a la valoración de la prueba pericial, debo decir desde ya que no comparto la visión rigurosa y restrictiva efectuada por el *a quo* acerca de la eficacia del dictamen pericial y sus explicaciones complementarias.----------

--- Por el contrario, considero que el dictamen abastece las exigencias procesales, tópico sobre el que me extenderé más adelante. Mas lo primero que debo señalar al respecto que, habiendo propuesto la demandada la prueba pericial y los puntos respectivos, estaba sin duda a su cargo y en su propio interés diligenciar, supervisar y participar de la producción este medio probatorio, a cuyo efecto incluso había propuesto un consultor técnico de parte (ver fs. 19 vta.), tal como lo establecen los arts 458 *in fine* y. 471 del C.P.C.C., quien no participó de la misma, de manera que mal pudo su parte cuestionar luego que, a la hora de realizarse la práctica, no se haya tenido en consideración la disminución laborativa del trabajador (fs. 156/157), impugnación que, a la vista de lo actuado, se aprecia tardía y contraria a las exigencias de la buena fe procesal.----------

--- Por otra parte, el dictamen pericial contiene, en 21 fojas, un detallado cuadro de los diversos puestos y tareas en el establecimiento demandado, sus características, grados de esfuerzo según tablas científicas y demás detalles y conclusiones, dando así satisfacción a las exigencias previstas en los arts. 472 y 477 del C.P.C.C., habiendo sido complementado además con la respuesta al pedido de explicaciones de la demandad en pieza adicional (fs. 162). La eficacia de este dictamen resulta superior y preferible como elemento de convicción respecto de los testimonios rendidos, por

cuanto el perito brinda su opinión en base a fundamentos técnicos y científicos (arts. 457, 472, 477, C.P.C.C.; su doctrina), mientras que los testigos, en cambio, lo hacen en base a apreciaciones subjetivas, basadas en percepciones que dependen del coeficiente individual de captación y retención personal (conf: Gorphe, Francisco - "Crítica al testimonio", 1era. ed., pág. 209 – Madrid, 1962; esta sala, Exptes. 15.467, S.D.C. 62/99; 16.532, S.D.C. 49/00, 18.380, S.D.C. 11/03; 22.922, S.D.C. 25/09; entre otros).----------

--- Si el sentenciante de grado considera que este aporte es “de relativo por no decir nulo valor” probatorio –concepto que, como ya lo anticipé, no comparto– ello no podría atribuirse a su contenido técnico, sino en todo caso a la ausencia de un parámetro de valoración que correspondía a la ciencia médica y no fue aportado al proceso por la parte interesada, esto es, por la demandada.----------

--- La prueba más evidente de este déficit en la carga probatoria la brinda la audiencia confesional de la demandada. En efecto, de las respuestas vertidas por el representante de la empresa se desprende con prístina claridad que la patronal procedió a decidir la inexistencia de tareas acordes con la minusvalía laboral del actor tomando como base el certificado del médico personal de A., es decir, sin conocer “qué tareas realmente podía hacer y qué no podía hacer en base a la enfermedad que le había prescripto” (textual, resp. a la 1era. posición, fs. 86). Confiesa asimismo el absolvente que el médico de la empresa se fundó únicamente en dicho certificado y –he aquí lo más insólito– expresa que sobre dicha base “se concluyó que no existía tareas acordes a la enfermedad que presentaba el actor a su limitación” (sic – resp. a la 2da. posición, misma foja). Por si ello fuera poco, ratifica luego que “en ningún momento hemos hablado de porcentaje de incapacidad y tampoco fue analizado desde ese punto de vista el poder asignarle o no tarea” (textual – resp. a la 5ta. posición). Para finalizar, confiesa asimismo el absolvente que darle tareas al actor en administración “significa desplazar el personal que ya poseo además el personal que poseo está formado en las tares que se desarrollan en administración” (resp. a la 6ta. posic., misma foja).----------

--- VI. Las comprobaciones precedentes permiten, a mi criterio, pronunciarme sobre el mérito de la pretensión entablada sin necesidad de examinar el restante material probatorio, ya que las reglas de la sana crítica permiten formar convicción sin necesidad de valorar todas las pruebas producidas, sino únicamente las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa (conf. art. 386,C.P.C.C.), por lo que no estimo necesario abordar el agravio relativo a la apreciación de los testimonios prestados en la causa. Recuérdese que la confesión es la *probatio probatissima* y con franqueza, no encuentro en las declaraciones recibidas en la causa ningún elemento persuasivo que permita contrarrestar la eficacia probatoria de este medio. Por lo demás, aun si por hipótesis surgiera algún estado de duda acerca de la existencia o inexistencia de un puesto acorde a la capacidad disminuida del trabajador, dicha duda debería zanjarse, en definitiva, a favor y no en contra del actor, tal como lo establece el art. 9, segundo

párrafo, de la L.C.T. (texto seg. Ley 26.428).----------

--- VII. De las consideraciones precedentes queda demostrado que la parte demandada obró en forma apresurada e ilegítima al decidir el despido del actor, por cuanto ha confesado en forma expresa (art. 423, C.P.C.C.) que decidió la inexistencia de tareas acordes a la incapacidad del actor sin conocer en verdad si la misma era definitiva o permanente, cual era su carga, ni determinar su grado o porcentaje, cual era su potestad como empleadora (art. 210, LCT; su doctrina). Admitió asimismo que lo hizo no por una auténtica imposibilidad –no demostrada en autos– sino en función de su propia conveniencia, pues no quería efectuar desplazamientos de personal en sectores potencialmente aptos, es decir, que no requieren tareas de esfuerzo, como la administración. A la falta de prueba de la alegada imposibilidad de asignar labores compatibles con la actual aptitud física del actor, se agrega que su parte no demostró que los citados puestos de trabajo no estuvieran vacantes y/o que no se pudieran efectuar rotaciones de tareas, déficit probatorio que por cierto ha de operar en sentido favorable a las pretensiones actorales, dando pábulo de tal modo a los reclamos indemnizatorios por despido incausado (conf. art. 212, 3er. párrafo; arts. 245 y conc., L.C.T.----------

--- Estas comprobaciones bastan, a mi juicio, para demostrar la ilegitimidad del despido dispuesto, ya que no se conforman con las exigencias de la ley de contrato de trabajo, lo cual trae aparejada la responsabilidad indemnizatoria consiguiente (art. 212, 3er. párrafo, L.C.T.).----------

--- En situaciones análogas, la jurisprudencia, en criterio que comparto, ha sostenido que “La indemnización prevista por el tercer párrafo del Art. 212 LCT constituye una sanción para el empleador que deliberadamente omite el cumplimiento de sus obligaciones, que en lo específico se traduce en dar ocupación a su dependiente en tareas compatibles a su nueva aptitud psicofísica. La existencia de tareas de tal índole es un hecho cuya prueba corresponde al empleador, si éste intenta por esa vía eximirse de pagar la indemnización completa del Art. 245 LCT.” (del voto del Dr. Maza, por la mayoría, en los autos "Arias, Ramón Santos c/ Buenos Ayres Refrescos SAT s/ accidente - acción civil", CNTrab. SD 94.699 del 26/12/06 - elDial - AL22F8).----------

--- Citaré por último, dada su notable coincidencia conclusiva con las consideraciones anteriormente expuestas, un fallo de la Cámara Nacional del Trabajo que se asienta sobre pautas de apreciación concordantes con la opinión ya expresada: "El despido dispuesto por la empleadora sobre la base de un único informe médico, el cual no determinaba el carácter irreversible de la imposibilidad de prestar las tareas habituales, resultó injustificado y por ello el actor resulta acreedor a las reparaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T. En atención al principio de conservación del contrato recogido por el art. 10 de la L.C.T., la empleadora debió requerir otras opiniones médicas y determinar de modo fehaciente y concluyente que el estado de salud del demandante era de carácter permanente. A la empleadora incumbía la carga

de acreditar no sólo la inexistencia de vacantes en tareas acordes a la capacidad del trabajador sino además la imposibilidad de efectuar una rotación que permita al empleado una ocupación compatible con su estado de salud (en sentido análogo SD. Nº 60450 del 21.9.90 en autos "J., A. E. c/H. S.A.", del registro de esta Sala pub. DT 1991-B- 1647 - S. 88008 CAUSA 18179/2005 - "Cardozo Lucio Ezequiel c/South Convention Center SA s/despido" - CNTrab - Sala III - 15/08/2006 - elDial - AA3840).---------- VIII. La decisión de revocar el fallo a fin de acoger las pretensiones incoadas que resulten procedentes conduce a la necesidad de abordar, en virtud del principio de apelación implícita, aplicado reiteradamente por esta Sala en casos análogos (conf. Palacio, L., “Derecho Procesal Civil”, t. V, pág. 465 y ss. – Ab. Perrot, 1975 – id. Ibáñez Frocham, M., “Tratado de los recursos en el proceso civil”, pág. 170 – Fedye, 1969 – Exptes. 17339,19953, 22523 de esta Cámara, entre muchos otros), el tratamiento de los capítulos defensivos opuestos por la demandada referentes a: 1) la base remuneratoria para el cálculo de las indemnizaciones; 2) la alegada improcedencia de la indemnización reclamada con sustento en el art. 4 de la ley 25.972; 3) subsidiariamente, la limitación del rubro precedente sólo sobre la indemnización del art. 245 LCT (conf. contestación de demanda, fs. 18/vta.).---------- IX. Acerca de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, la objeción está referida a que, según la demandada, no deben computarse al efecto los montos correspondientes a asignaciones familiares y ayuda escolar.---------- Considero que le asiste razón a la demandada en este aspecto. Las asignaciones familiares son conceptos no percibidos por el trabajador sino que están destinados a sus concretos beneficiarios –integrantes del grupo familiar–, y el art. 245 L.C.T. establece "mejor remuneración mensual normal y habitual percibida por el trabajador en el año anterior al despido" (en el mismo sentido, C. Ap. Tucumán - Sala 5 - sentencia N° 80 - "Rivero, H. D. c/ Fagiano S.A. s/ Cobro de Pesos" – 17/04/1996 - elDial - BB40B4; id. Corte Suprema de Justicia de Tucumán - Sentencia N° 853 - 02/12/1996 - "SCHMIT ARTURO ADAN c/ COLEGIO TULIO GARCIA FERNANDEZ s/ INDEMNIZACIONES (CASACION)" elDial - BB2A4C; id. Trib. Sup. Justicia de Córdoba - Sala Laboral - 01/07/2008 - Sent. N° 108 - "Martínez Graciela c/ Ana Bianucci y Otra -Demanda Laboral- Recurso de Casación" - elDial - AA4C89). Por consiguiente, para el cálculo indemnizatorio no deberán tomarse dichas asignaciones.---------- X. Acerca de la inaplicabilidad al caso del art. 4 de la ley 25.972, esta Sala ya ha expresado en varios precedentes que el cese de la prórroga legal introducida por el art. 4° de la Ley 25.972 ha operado oficialmente con el dictado del Decreto Nacional 1224/2007 (B.O. del 11/09/2007 - ADLA 2007 - E, 4695) que, en base a la última información surgida de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) elaborada por el INDEC, determinó que la tasa de desocupación se encontraba por debajo del porcentaje referido en el considerando precedente, declarando cumplida a partir de

entonces la condición prevista en el artículo 4º de la Ley Nº 25.972.----------
--- Así las cosas, siendo que el despido del actor tuvo lugar en junio de 2007, a mi juicio no se presenta ningún atisbo de duda acerca de la inaplicabilidad del citado decreto a la especie, ni tampoco puede tenerse por cumplida la condición legal del art. 4, ley 25.972 con anterioridad a su dictado. En este sentido comparto la línea jurisprudencial que predica que es procedente el incremento indemnizatorio previsto en el artículo 16 de la ley 25.561 respecto del despido operado cuando no había sido dictado el decreto 1224/07 que declaró el cese del referido incremento, pues pese a que la tasa de desocupación publicada en ese momento era inferior al nivel establecido en el artículo 4° de la ley 25.972 (Adla, LXII-A, 44; LXV-A, 41) —en el caso, el 10 %—, resultaba necesario el dictado de un acto expreso que declarara cumplida la condición prevista (conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII • 30/06/2008 • Núñez, Ariel Alberto c. Donto S.A. • La Ley Online; ver asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II • 22/07/2008 • Paredes, Rodrigo c. Bankboston National Asociation • La Ley Online; id. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VII • 30/06/2008 • Huanca, María Rosa c. Rincón del Abasto S.A. y otro • IMP 2008-19 (Octubre), 1697; entre otros – conf. mi voto en Expte. 95/2008 – S.D.L. 74/08; id. mi voto en Expte. 104/09 – S.D.L. 20/09; entre otros).----------
--- Por lo demás, en la medida en que la armonización de las normas citadas pudiera dar lugar a interpretaciones equívocas o dudosas, sabido es que en tales casos debe prevalecer la regla sentada por el art. 9 párr. 2°, L.C.T., esto es, ha de estarse al sentido de la disposición más favorable a los intereses del trabajador, que en el caso se vuelca por en la vigencia temporal del régimen establecido en las leyes 25.561 y 25.972 en cuanto dispuso la suspensión de los despidos sin causa justificada y el agravamiento indemnizatorio en caso de transgredirse dichas reglas.----------
--- XI. Respecto a la limitación de el adicional del 50% única y exclusivamente a la indemnización del art. 245 LCT, en efecto, tal como lo adujo la parte demandada, esta Sala ha resuelto en casos análogos que el cálculo del incremento resarcitorio del art. 16 de la ley 25.561 sólo debe alcanzar a la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 L.C.T., por así haberlo dispuesto los arts. 4, párr. 2° de la ley 25.972 y 1° del dec. 1.433/05, normas que con ello se separaron del anterior modelo (Esta sala, Expte. nº 546 - Año 2009 - “P., P. L. c/ A. S.A. s/ cobro de haberes e indemnización de ley” - 21/10/2009” - elDial - AA5A56).----------

Conclusiones: ----------

Como corolario de todo lo expresado con anterioridad, opino que corresponderá revocar el fallo apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda entablada, condenando a C. W. (ARGENTINA) S.A. a abonar al actor, en el plazo de DIEZ (10) días, las indemnizaciones de ley por despido incausado (arts. 123,156, 232, 233 y 245 y conc. de la L.C.T; art. 4°, ley 25.972) conforme a la liquidación que se practicará al efecto en la etapa de ejecución de sentencia.---------- En cuanto a las

costas de primera instancia, en vista del progreso mayoritario de los reclamos acumulados, considero que deben imponerse en un 90% a la parte demandada y en el 10% por cuenta del actor (art. 71, --C.P.C.C.; art. 73, Ley XIV N° 1 – ex Ley N° 69). Propongo adecuar los honorarios correspondientes a la instancia de origen atendiendo a la calidad, extensión, eficacia de las tareas profesionales cumplidas y a los resultados respectivamente obtenidos, en los siguientes porcentajes: a) para el Dr. G. G., en el 21%; b) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 14%; c) para el perito Ingeniero F. R. V., en el 2,5% (arts. 5, 6, 8, 18, 38, 46, 60 y conc., Ley XII N° 4 - antes Dec. Ley 2.200).---------- Por otra parte, dado el progreso total de la apelación incoada, resulta adecuada cargar las costas de alzada en su integridad a la demandada (art. 57, Ley XIV N° 1). En cuanto a las retribuciones por las tareas letradas, por aplicación de las mismas pautas de valoración ya expresadas precedentemente, propongo fijarlas en los siguientes porcentajes: a) para el Dr. G. G., en el 7,35%; b) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 3,5% (arts. 5, 13, 46 y conc., Ley XII N° 4).---------- Voto entonces a esta cuestión por la NEGATIVA.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- Que las cuestiones fácticas han sido suficientemente referidas por el distinguido colega de primer voto, motivo por el cual no abundaré en ellas, dando por reproducidos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Ferrari. Me concretaré, para el sustento individual de mi voto, a analizar los aspectos relevantes traídos a revisión de esta Sala.----------

--- En primer lugar, corresponde analizar la pretensión de la demandada de que se declare la deserción del recurso de su contraria; a ese respecto, cabe anticipar que el planteo no habré de merecer acogida.----------

--- Es que, no se dan en el caso los presupuestos para la declaración de tal deserción, como que no es predicable del escrito de sostenimiento del recurso que el mismo no haya controvertido los argumentos dirimentes del fallo atacado o, que habiéndolo hecho, la crítica no resultara concreta y razonada, con la solvencia técnica suficiente para superar la valla del art. 265 C.P.C.yC.. ----------

--- Analizado el ataque y la sentencia en crisis, se comprueba que éste supera los requisitos técnicos del art. 265 CPCyC, con lo que la solicitud de deserción de la demandada debe rechazarse.----------

--- Además de ello, aún si el ataque no fuera del todo logrado –que sí lo es en aceptable medida-, igualmente el pedido de deserción no puede prosperar, ya que para la declaración de su deserción, la insuficiencia del intento recursivo debe ser palmaria, no debiendo quedar dudas sobre que el ataque recursivo no alcanza a llenar el mínimo indispensable para su admisibilidad.----------

--- Es que, en la duda, resulta de aplicación el criterio inveterado de nuestros tribunales de mayor prestigio de que en ese caso corresponde considerar como expresión de agravios el escrito que no reuniría estrictamente los requisitos procesales. El criterio amplio que preside la materia tiende, así, a asegurar a las partes en litigio una mayor oportunidad para defender sus derechos y afianzar con ello la garantía consagrada por el art. 18 CN (C. Nac. Civ., sala H, 2/7/01, “Consorcio Monteagudo 150 v. Belluschi, Oscar y otros”, JA 2002-IV-síntesis; esta Sala, conforme mi voto, en sentencia del 23/12/08 in re “D. R. S.R.L. c/ C. D. S. M. A. S.A. s/ cumplimiento de contrato” (Expte. Nº 22.942 - año: 2008).----------

--- El intento de obtener la deserción del recurso de la actora, por parte de su contraria, no reúne los requisitos de admisión, por lo que habrá de ser desestimado, procediendo seguidamente el análisis de los agravios del recurrente.----------

--- En este sendero, corresponde recordar que el actor de autos sufrió una lumbalgia que lo incapacitó en forma temporaria para realizar tareas, ante lo cual le fue otorgada licencia en los términos del art. 208 y cctes. LCT; durante el goce de esa licencia hubo un intercambio epistolar entre las partes. En una de tales misivas, de fecha 2/5/07 se le comunicó al operario que continuaba “*en relación de dependencia con la empresa pero que, en vistas de su alta con tareas livianas, la Compañía se encuentra evaluando la existencia de tareas acordes a su nueva capacidad laborativa. En consecuencia, y hasta tanto se obtengan los informes correspondientes y se determine la existencia o no del puesto de trabajo acorde (...) seguirá percibiendo los salarios de enfermedad....*" (cfr. fs. 110 del legajo reservado). ----------

--- Dicha misiva fue seguida por otra del 1/6/07 en la que la empleadora comunicaba al empleado que prescindía de sus servicios a partir de tal fecha "*por no contar con tareas acordes a su nueva capacidad laborativa, conforme surge de los informes médicos y técnicos analizados, los que ponemos a su disposición para su visado*" (cfr. fs. 109 del legajo reservado).----------

--- Los hechos de la causa ameritan algunos desarrollos conceptuales. Tales desarrollos se vinculan con la doctrina legal vigente en esta Provincia en esta materia.--

--- Dicha doctrina luce a pleno en mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008, donde dejé sentado 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 reincorporar al obrero “por causa que no le fuera imputable”.----------

--- La reducción de la indemnización corriente por despido es un beneficio o privilegio acordado al empleador, en casos de ruptura objetiva e inculpable del vínculo laboral y tiene una serie de requisitos para configurarse y exige de parte del empleador beneficiado una serie de probanzas o acreditaciones.----------

--- Lo concreto es que, en primer lugar, debe tratarse de una indisponibilidad del puesto de trabajo, que sea objetiva y verificable y que no obedezca a una decisión empresarial,

subjetiva y opinable, cualquiera sea la motivación, si no es ella la imposibilidad de otorgar la ocupación acorde a la nueva capacidad (cfr. mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

--- Una decisión empresarial, tenga los fundamentos que se quiera no significa una imposibilidad objetiva y no imputable al demandado, sino por el contrario, una decisión que puede estar dentro del legítimo poder de decisión de la empresa, pero de la que debe ésta hacerse cargo. Puede ser legítimo que el empleador diga por ejemplo: enlentece el proceso productivo que se trabaje sentado en mi empresa y por eso no permitiremos que se realice el trabajo de este modo. Pero debe quedar claro que se trata de una decisión empresarial que no puede pretender revertirse sobre la operaria, para eximirse el empleador del pago de la mitad de la indemnización que le correspondía abonarle a ésta por su cese de servicios (cfr. mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008.----------

--- De tal modo, si la decisión de prescindir del operario menoscabado en su capacidad laborativa obedece a una decisión empresarial y no a imposibilidades fácticas, no se justifica la reducción de la indemnización a abonarse al obrero, puesto que tal reducción se vincula no a una circunstancia objetiva de no tener un puesto de trabajo disponible, sino a una determinación empresarial, que no puede pretender cargarse sobre las espaldas del trabajador, disminuyéndole a éste su indemnización, cuando no se da el presupuesto que la norma aplicable (art. 212 segundo párrafo LCT) establece como eje de la solución pretendida por la accionada: que el empleador no pudiera cumplir con la obligación de reincorporar al obrero por causa que no le fuera imputable (cfr. mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

--- Para que sea procedente concederle al empleador el privilegio del pago de la “media indemnización” prevista en el segundo párrafo del art. 212 LCT, éste 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 (cfr. mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

--- 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).----------

--- Siendo ello así, para gozar del beneficio del art. 212 segundo párrafo LCT, el empleador demandado debe demostrar dos extremos: ----------

--- 1) la imposibilidad de desempeño del actor, con su capacidad menguada, en algún puesto de trabajo de su empresa; y----------

--- 2) que esa imposibilidad no obedecía a un decisión suya sino a una imposibilidad objetiva. Anticipo que la prueba de ambos extremos no ha sido producida en autos.------

--- Pero, además, ¿cómo debía ser esa prueba? 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).----------

--- En este punto, 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, “Chesani, Sirio c/ Fuerte Barragán 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, “Bonnano, Vicente c/ Martín Güemes SA s/ Cobro de indemnización, etc”, en Juba sum. B11595; y mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

--- 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, “Bonnano, Vicente c/ Martín Güemes SA s/ Cobro de indemnización, etc”, en Juba sum. B11595).----------

--- Y 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; mi voto de la causa “Delgadillo Rocha, Salome c/ Alpesca S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

--- Ninguno de los extremos señalados supra en los numerales 1) y 2) han sido probados cabalmente, con la precisión y firmeza que la correcta interpretación del art. 212 LCT exigía al demandado.----------

--- 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.----------

--- El demandado debía probar que ha hecho todo lo que estaba a su alcance para que el trabajador vuelva a desempeñarse bajo sus órdenes y que la imposibilidad de darle empleo obedecía no a una determinación empresaria sino a una imposibilidad fáctica o productiva.----------

--- El principio general es que todo privilegio o ventaja concedida en derecho, trae aparejada una carga; en este caso, el privilegio de la indemnización reducida concedido al empleador, lleva aparejada la carga de probar que la decisión de dar término al contrato de trabajo no obedeció a una determinación propia sino a una imposibilidad ilevantable y objetiva.----------

--- No cumplida esta carga, esto es, no probados tales extremos, resulta de aplicación al caso el supuesto previsto en el tercer párrafo del art. 212 LCT, en vez del contemplado en el párrafo segundo.----------

--- De tal suerte, a la luz del análisis de la prueba obrante en esta causa, como bien afirma el distinguido colega de Sala que me antecede en el voto, 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.----------

--- Para llegar a esta conclusión sobre la renuencia de la accionada a su deber probatorio, no puede omitirse considerar que entre el material probatorio aportado al proceso no obra una certificación médica que determine en forma precisa el grado de incapacidad del operario accionante, al momento de la disolución del vínculo laborativo.

--- Bien es cierto que sí existe entre la documental adjuntada a autos un certificado firmado por el Dr. V., en donde éste certifica que el señor A. se encontraba “bajo un cuadro de lumbalgia a repetir” y que él “deberìa realizar tareas que no demanden

esfuerzos para su columna lumbar, portería, depósito, telefonía o acordes" (cfr. fs. 121 del legajo reservado).----------

--- El problema es que tal certificación no constituye un instrumento apto para acreditar la capacidad residual del actor y su grado de incapacidad definitiva. Pese a lo escueto e insuficiente del certificado, él fue la base para que la demandada fundamente la imposibilidad de dar una nueva ocupación al trabajador en tareas acordes a su capacidad residual (cfr. fs. 122, del legajo reservado).----------

--- Es decir que no existía en la causa, al momento de sentenciarla el juez de grado, como no existe ahora tampoco, prueba alguna de que la demandada hubiera hecho lo que estaba a su alcance para asignar tareas más livianas al actor. Diría que la causa muestra todo lo contrario, cierta pasividad y hasta parsimonia de la empleadora al despedir, dando por sentado que las cosas eran como su parte decía, pero no probando que así fuera.----------

--- Y en tal situación, cuando el beneficiado por una ventaja o privilegio no cumple la carga a que va atado el privilegio, el mismo cae y se pierde.----------

--- Por eso sorprende lo resuelto en la instancia de grado, que no se amolda a la doctrina legal de esta Sala ni a la interpretación más prístina del art. 212 LCT. Con ello a la vista, iremos ahora al análisis de los agravios en concreto.----------

--- Respecto del cuestionamiento de la evaluación de la prueba pericial por parte del juez, analizada ésta con serenidad y detenimiento, no puedo compartir la tesitura que plasmara el a quo a su respecto.----------

--- Soy de la opinión de que el informe pericial realiza un análisis suficiente de los puntos de pericia propuestos y de los temas vinculados a la correcta resolución de la causa, analizando con los puestos de trabajo y las tareas desempeñadas en el establecimiento de la accionada, las características de las tareas desempeñadas, el esfuerzo que demandan, etc, cumpliendo con suficiencia los recaudos contenidos en los arts. 472 y 477 C.P.C.yC., explayándose además el experto respecto del pedido de explicaciones que la accionada hiciese a fs. 162.----------

--- El a quo margina este dictamen y prioriza por sobre él la declaración de testigos. No parece haber tomado nota el señor juez de grado de la doctrina legal vigente en la materia, que en un par de mis votos he denominado prohibición o veda de la refutación doxal de la episteme.----------

--- En efecto, en mi voto de la causa caratulada “R. M. J. c/ D. P. J. S. y otro s/ Daños y Perjuicios” (Expte. 443 - Año 2009 CANE), en sentencia de esa Sala del 15/10/09, dejé sentada la improcedencia de, a partir de declaraciones testimoniales, hacer a un lado constataciones periciales, elaboradas sobre la base de datos científicos y adecuadamente fundadas. Agregué en ese precedente que pretender descalificar a tales comprobaciones sobre la base de dos testigos implicaría hacer prevalecer la doxa sobre la episteme, esto es, la opinión vulgar sobre el conocimiento científico y sus reglas, lo que no procede.----------

--- Admitir ello sería tanto como permitir una refutación doxal de la episteme, esto es, un rebatimiento de comprobaciones técnicas con un basamento científico a partir de opiniones de testigos, que –en este caso y dadas las características de los testigos deponentes en autos- no son fiables para acreditar extremos que no son percepciones sino evaluaciones de percepciones.----------

--- Como dijera en mi voto de la causa “Z., A. c/ D., N. O.”, en sentencia de esta Sala del 8/3/10, el testigo es una persona que vierte ante el juez lo que fue objeto de su percepción sensible. No es, por lo general, el mettier del testigo la evaluación o apreciación de cuestiones que involucran elementos técnicos, sino la descripción ante el juez de lo que sus sentidos han captado. ----------

--- El testigo técnico plantea al derecho un cuestionamiento severo, por cuanto se trata de una situación especial; el testigo por lo general no tiene conocimientos técnicos, sino que refiere lo que hace a su conocimiento vulgar o Doxa. Es más, hay una regla que es la de la especialidad de la prueba y que sencillamente explicada significa que cada hecho a probar, según sus características, es idóneo para ser probado por un tipo determinado de prueba y sólo esa. Además, debe ser el juez cuidadoso en que, so color de presentar diversos testimonios, se esté pretendiendo rebatir prueba técnica a partir del testimonio de testigos, lo que en principio no es admisible.----------

--- El testimonio de testigos técnicos es admisible con limitaciones y en condiciones especiales. Claro que para que un testigo técnico sea admisible, tiene en primer lugar que ser técnico, es decir, tener competencia o idoneidad en la materia sobre la que depone.----------

--- Y, además, no debe perderse de vista que existe un principio procesal, parcialmente receptado por el art. 397 PCyC, que dispone que no procede permitir la sustitución de un medio de prueba que específicamente corresponde por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos, por otro medio de prueba distinto (Cfr. KIELMANOVICH, Jorge L.; El testigo técnico. JA 1993-IV-741).----------

--- Y, verdad es que en este caso la prueba de la inexistencia de un puesto de trabajo de menor compromiso físico para adjudicar al actor disminuido en su aptitud laborativa, no puede ser acreditada por especulaciones, pareceres o impresiones de testigos, sino que se requiere un análisis de la plantilla de personal del demandado, de su estructura productiva, de sus labores, etc, todo lo cual amerita una prueba técnica que despeje las incógnitas de la causa y lleve a una sentencia correcta que se amolde a los hechos debidamente comprobados en la causa.----------

--- Por ende, no es con testigos como se debía probar la falta de posibilidad de reubicar al actor de autos.----------

--- En algún caso se ha juzgado que si el testigo por razón de su profesión, tiene conocimientos especiales en la materia, sus observaciones constituyen para el juez elementos de juicio de singular importancia y sus deducciones deben ser tenidas en cuenta en la apreciación de los hechos. Se trata de la conocida figura del testigo

técnico; que no solamente relata hechos que percibió, sino que, además, en razón de la ciencia que posee, extrae de aquéllos deducciones técnicas, cuyo valor probatorio puede asumir señalada importancia, y se han de apreciar conforme las reglas generales de la sana crítica y las específicas que vienen dispuestas para la prueba pericial (C. Apels. Río Gallegos, sala 1ª, 29/05/1987 -Lainez Rodiño De Tella, Emilia v. Castro, Carlos A.) JA 1989-I-907).----------

--- En el caso de autos no se evidencia ningún supuesto excepcional, como para admitir que el testimonio de un testigo no especializado en la materia termine prevaleciendo por sobre el criterio documentado de un experto, al que el a quo no ha sabido señalarle defectos o vicios que lo desnaturalicen o menoscaben como informe técnico admisible.

--- La prueba técnica, cuando se basa en comprobaciones periciales fundadas y verificables no pueden ser apartada por el juez sin una muy buena razón. Y no hallo que en este caso el a quo tuviera tal razón, ni la ha explicitado.----------

--- Ergo, en este caso se aplica la regla general de la preferencia de la prueba técnica sobre la común y, por ende, la eficacia del dictamen de fs 132/152 prevalece sobre las declaraciones de los testigos como factor de creación de convicción (arg. doct. arts. 457, 472, 477, C.P.C.yC.).----------

--- A ello debe sumarse que de la declaración confesional del representante de la demandada surge con toda claridad que la disolución del vínculo laboral con el actor se decidió sin tenerse claro qué tareas podía realizar y cuáles no el actor (cfr. declaración confesional de fs. 86), lo que implica que la manifestación de que no había tareas para asignarle acordes a su capacidad, falla por su base, pues realmente la empleadora ni siquiera sabía cuál era realmente la capacidad residual del operario y, en consecuencia, tomó la decisión de que no había tareas sin cerciorarse de que así fuera.----------

--- No habiendo cumplido la demandada su carga de probar la imposibilidad de asignarle otras ocupaciones menos comprometidas físicamente al actor y careciendo la sentencia de grado de los fundamentos suficientes para hacer a un lado a las comprobaciones periciales regulares incorporadas a la causa, participo de la idea de que asiste razón al apelante en su agravio relativo a la apreciación de la prueba, sumándome a la propuesta del Dr. Ferrari de acoger el embate.----------

--- Entiendo que con lo expuesto basta para el derribamiento de la sentencia apelada, en la inteligencia que la misma no ha sabido o no ha querido aplicar la doctrina legal vigente ni aplicar la prueba colectada en la causa conforme las directivas del ordenamiento procesal vigente.----------

--- Lo anteriormente expuesto demuestra que la empleadora actuó con liviandad y despreocupación en la disolución del vínculo laborativo, lo que ha sido reconocido en forma expresa a fs. 86, con los efectos propios de tal acto (cfr. art. 423 CPCyC), sin adecuar su conducta lo que el art. 212 LCT exige a un empresario para verse favorecido con la reducción de la indemnización para supuestos de imposibilidad objetiva e inimputable de continuar con la relación laborativa.----------

--- Lo concreto es que ha quedado acreditado en autos que la disolución del vínculo obedeció a una decisión empresarial en tal sentido, la que –aún sin querer perjudicar al empleado, lo ha hecho al dejarlo sin empleo- lo que sumado a la falta de prueba de los recaudos que exige el art. 212 LCT para beneficiar al patrono con la “media indemnización” hacen que se torne procedente el pago de una indemnización ordinaria de despido incausado (arts. 212, 245 y cctes. Ley 20744 y mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

---

--- Lo anteriormente expuesto me lleva a encolumnarme tras la propuesta del Dr. Ferrari en pos de considerar ilegítimo al despido del trabajador dispuesto por la demandada.----

---En tal situación, probado que el principal no ha hecho todo lo que estaría a su alcance para que el trabajador vuelva a desempeñarse bajo sus órdenes y que la imposibilidad de trabajar alegada no es tal, sino que la ruptura 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 (cfr. mi voto de la causa “D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral”, sentencia del 3 de Julio de 2008).----------

--- El hecho de dejar sin efecto lo decidido en la instancia anterior, torna necesario ingresar al tratamiento de tópicos planteados a la consideración del juez de grado y que no fueron resueltos allí, dada la forma en que se decidira el caso; ello, en virtud del principio de apelación implícita. Tales temáticas son: a) la atinente a la base del cálculo de las indemnizaciones que aquí se declaran procedentes; b) la cuestión de la improcedencia del resarcimiento reclamado con respaldo en el art. 4, Ley 25.972; c) la limitación de tal ítem, en relación con la indemnización del art. 245 LCT.----------

--- En cuanto al primero de ellos, esto es, la determinación de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, posee razón la accionada en este aspecto en cuanto a que las asignaciones familiares constituyen conceptos que el operario no percibe a título propio, sino como recipiendario a nombre de sus beneficiarios, los integrantes de su grupo familiar. Este rubro no encaja dentro del concepto que menta el art. 245 L.C.T. -"mejor remuneración mensual normal y habitual percibida por el trabajador en el año anterior al despido"-. Así lo ha resuelto jurisprudencia invariable. Ergo, no puede tal rubro integrar la base de cálculo de la indemnización por despido.----------

---En cuanto al segundo aspecto a considerar, en vista de que la disolución del vínculo laborativo se produjo en junio de 2007, la única conclusión posible es que no puede tenerse por cumplida a esa fecha la condición legal establecida por el art. 4 de la Ley 25.972.----------

--- En un par de votos de mi autoría (cfr. mi voto en sentencia de esta sala del 19/5/09, in re “C. F. F. c/ S. A. O. AFJP seguros de retiro s/ Cobro de pesos” (Expte. 209 Año 2009 CANE) e ídem, in re "C., W. J. c/ D. T. S.R.L. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. 79 - Año 2009 CANE), en sentencia de esta Sala de fecha 23/3/09, recordé que

esta Sala ya ha expresado en varios precedentes que el cese de la prórroga legal introducida por el art. 4° de la Ley 25.972 ha operado oficialmente con el dictado del Decreto Nacional 1224/2007 que, en base a la última información surgida de la Encuesta Permanente de Hogares (EPH) elaborada por el INDEC, determinó que la tasa de desocupación se encontraba por debajo del porcentaje referido en el considerando precedente, declarando cumplida a partir de entonces la condición prevista en el artículo 4º de la Ley Nº 25.972 (cfr. esta sala, c. 22.811 S.D.L. 48/08, c. 22.848 S.D.L. 53/08, c. 22.902 S.D.L. 67/08 y c 95/08).----------

--- Agregué allí que siendo que el Decreto mencionado en el párrafo anterior recién se publicó en el Boletín Oficial con fecha 11 de Setiembre de 2007, no se presenta ninguna situación de duda sobre que a la fecha del despido en el caso de autos no estaba cumplida la condición legal del art. 4 de la Ley 25.972, la que recién se cumplió cuando el decreto 1224/07 la declaró cumplida, entrando en vigor a partir del octavo día siguiente a su publicación en el Boletín Oficial (ocurrida el día 11 de Setiembre de 2007), con lo que la vigencia de la norma comenzó el 19 de Setiembre de 2007 y no pudiendo sostenerse válidamente que antes de esa fecha se hubiera cumplido la condición establecida en la Ley 25972. Lo propio ocurre en el caso de autos. ----------

--- Ergo, es aplicable a este caso el criterio de que es procedente el incremento indemnizatorio previsto en el artículo 16 de la ley 25.561 respecto del despido operado cuando no había sido dictado el decreto 1224/07 que declaró el cese del referido incremento, pues pese a que la tasa de desocupación publicada en ese momento era inferior al nivel establecido en el artículo 4° de la ley 25.972 —en el caso, 10 %—, resultaba necesario el dictado de un acto expreso que declarara cumplida la condición prevista (conf. CNTrab., sala VII, 30/6/08, “Núñez, Ariel Alberto c. Donto S.A”, en La Ley Online; esta Sala, Expte. 95/2008 – S.D.L. 74/08, votos de los Dres. Ferrari y Velázquez; ídem, mi voto in re "C., W. J. c/ D. T. S.R.L. s/ Dif. de Hab. e Indem. de Ley" (Expte. 79 - Año 2009 CANE), en sentencia de esta Sala de fecha 23/3/09).----------

--- En tal situación, corresponde acoger el agravio de la actora, haciendo lugar al incremento indemnizatorio del 50% sobre los rubros a que se aplica tal incremento (art. 245, L.C.T.; art. 4°, ley 25.972 y art. 1°, Dec. 1433/2005).----------

--- Con relación a la limitación del adicional del 50% única y exclusivamente a la indemnización del art. 245 LCT, en efecto, tal como lo adujo la parte demandada, esta Sala ha resuelto en casos similares que el cálculo del incremento resarcitorio del art. 16 de la ley 25.561 se acota a la indemnización por antigüedad prevista en el art. 245 L.C. T., por así haberlo dispuesto los arts. 4, párr. 2° de la ley 25.972 y 1° del dec. 1.433/05, normas que con ello se separaron del anterior modelo (cfr. mi voto en sentencia de esta sala del 19/5/09, in re “C. F. F. c/ S. A. O. AFJP seguros de retiro s/ Cobro de pesos” (Expte. 209 Año 2009 CANE).----------

--- Por tales fundamentos, habré de acompañar –bien que por mis propios fundamentos- la propuesta del Dr. Ferrari de revocar el decisorio apelado, procediendo a acoger el reclamo contenido en la demanda y condenando, por tanto, a C. W. (ARGENTINA) S.A. a pagar al accionante, dentro del plazo de DIEZ (10) días de quedar firme o ejecutoriada la presente, las indemnizaciones que por ley le corresponden por despido incausado (arts. 123, 156, 232, 233 y 245 y cctes., Ley 20744); ello, de conformidad a la liquidación que habrá de practicarse al efecto en etapa de ejecución de sentencia.----------

--- Las costas de grado, en virtud del acogimiento sustancial de las pretensiones deducidas en la demanda, deben imponerse en un noventa por ciento (90%) a la accionada y el diez por ciento (10%) restante a la accionante, distribución que se realiza teniendo en cuenta la medida aproximada de los respectivos éxitos y fracasos en la contienda (arts. 71 CPCyC y 73, Ley XIV N° 1).----------

--- En vista de la revocación del decisorio de la instancia anterior aquí dispuesta, corresponderá adecuar los estipendios curiales de grado, los que en vista de la calidad, extensión, mérito, trascendencia y resultados de las tareas profesionales allí cumplidas, corresponde fijarlas en las alícuotas siguientes: 1) para el Dr. G. G., en el 21% del monto del proceso que se determine en etapa de ejecución; 2) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 14% del mismo monto; y 3) para el perito Ingeniero F. R. V., en el 2,5% de tal monto (arts. 5, 6, 8, 18, 38, 46, 60 y cctes., Ley XII N° 4).----------
---

--- En lo concerniente a las costas de alzada, el progreso total de la apelación deducida, torna aplicables a la demandada, la totalidad de la costas (cfr. art. 57, Ley XIV N° 1).-----

--- Mientras, en lo tocante a los emolumentos curiales de esta instancia, en miras de la calidad, extensión, mérito, trascendencia y resultados de las tareas profesionales aquí realizadas, corresponde determinarlas en las alícuotas siguientes: 1) para el Dr. G. G., en el 7,35% del monto del proceso que se determine en etapa de ejecución y 2) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 3,5% de tal monto (arts. 5, 13, 46 y cctes., Ley XII N° 4).----------

--- Por los fundamentos expuestos supra, a la primera cuestión, VOTO POR LA NEGATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Dr. Carlos Dante Ferrari expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca del primer interrogante, corresponderá por tanto: ----------

--- I) REVOCAR el fallo apelado, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda entablada, condenando a C. W. (ARGENTINA) S.A. a abonar al actor, en el plazo de DIEZ (10) días, las indemnizaciones de ley por despido incausado, conforme a la liquidación que se practicará al efecto en la etapa de ejecución de sentencia.----------
---

II) Imponer las costas de primera instancia en un 90% a cargo de la demandada y en el 10% restante

por cuenta de la parte actora, fijándose los honorarios profesionales como sigue: a) para el Dr. G. G., en el 21%; b) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 14%; c) para el perito Ingeniero F. R. V., en el 2,5%.---------- III) Imponer las costas de alzada a la parte demandada, fijándose los honorarios profesionales como sigue: a) para el Dr. G. G., en el 7,35%; b) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 3,5%.---------- Así lo voto.---

---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN,** el Señor Juez de Cámara Doctor Marcelo López Mesa expresó: ----------

--- En vista del acuerdo arribado precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Ferrari en su voto a esta cuestión.----------

--- Tal mi voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros por haberse logrado la mayoría (art. 9 Ley 1130, To. Ley 4550).----------

--- Trelew, de marzo de 2.010.----------

--- 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.- REVOCAR el fallo apelado, y en consecuencia, hacer lugar a la demanda entablada, condenando a C. W. (ARGENTINA) S.A. a abonar al actor, en el plazo de DIEZ (10) días, las indemnizaciones de ley por despido incausado, conforme a la liquidación que se practicará al efecto en la etapa de ejecución de sentencia.---------- II) Imponer las costas de primera instancia en un 90% a cargo de la demandada y en el 10% restante por cuenta de la parte actora, fijándose los honorarios profesionales como sigue: a) para el Dr. G. G., en el 21%; b) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 14%; c) para el perito Ingeniero F. R. V., en el 2,5%.---------- III) Imponer las costas de alzada a la parte demandada, fijándose los honorarios profesionales como sigue: a) para el Dr. G. G., en el 7,35%; b) para los Dres. D. R. G. L. y D. F. P., en conjunto, en el 3,5%.----------

---

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

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2.010 – SDL.- Conste.-

cg

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIO DE CAMARA