En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de agosto del año dos mil diez, se reúne la Exma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de María Inés de VILLAFAÑE y presencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Sra. Jueza de Cámara Subrogante Dra. Etelvina PEREZ, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "R. S. A. c/ T. S.A s/ cobro de pesos" (Expte. 39- año 2010 CAPM), venidos del Juzgado Laboral No.2, en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? Y SEGUNDA ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

I. La sentencia

La Sra. Jueza de grado dictó sentencia a fs. 116/119 vta., admitiendo la demanda incoada por A. R. S., en contra de T. S.A.

Para arribar al acogimiento de la pretensión, la Sra. Jueza de la anterior instancia analizó el intercambio epistolar, describió la funcionalidad del artículo 212 de la LCT, en relación a las situaciones que en éste se contemplan, manifestando que la cuestión a resolver consiste en determinar cuál de las hipótesis del mencionado artículo permite encuadrarse en el presente caso.

De esta manera sostiene que la pretensión del actor está destinada a la aplicabilidad del tercer párrafo del artículo 212 de la LCT, (que remite al art. 245 de la LCT), mientras que la defensa del demandado se sustenta en el encuadramiento dentro del 2 do. párrafo del mencionado precepto legal (en este caso la remisión es al artículo 247 de la LCT).

Juzga la magistrado que la demandada no ha cumplido con la carga de probar la falta de puestos de trabajo con tareas adecuadas para el trabajador parcialmente incapacitado en los términos del art. 212 de la LCT, entendiendo que no se halla probada fehacientemente la causa no imputable al empleador, a la que hace referencia el mencionado artículo, que torne imposible otorgar tareas livianas.

Asimismo menciona que tampoco se justificó que la accionada hubiera realizado algún esfuerzo para cumplir con su deber de ocupación, máxime cuando se permite avizorar que en ciertos sectores de trabajo podría haber sido reinsertado en una actividad adecuada a la capacidad remanente del dependiente.

Hace referencia el testimonio de S. F. obrante a fs 99/vta quien menciona las diferentes categorías profesionales del personal de la empresa (cita jurisprudencia relacionada).

Considera que los esfuerzos de la accionada en acreditar por medio de la prueba testimonial (conf. pliego de fs. 97) que los puestos de tareas de limpieza, tareas de mantenimiento en planta y de sereno se encontraban cubiertos no tienen relevancia frente a la posibilidad de efectuar una rotación de tareas en dichos sectores que permitiese otorgar al trabajador tareas livianas acordes con su capacidad actual.

En relación al informe agregado a fs. 23 acompañado por la demandada que se titula: "Evaluación de Puestos para la reubicación del Sr. R. S.", suscripto por el responsable del servicio de Higiene y Seguridad, Ingeniero M. D., entiende el *a quo* que no se le puede otorgar el valor probatorio que pretende la demandada, porque surge que fue solicitado por la empresa y se advierte además de su exigüidad que los distintos sectores a que hace referencia el mismo son administración, prensa y aserradero, haciendo constar que en dichos sitios, se deben realizar tareas que involucran la

mano izquierda, para concluir luego que si bien el actor no estaba en posibilidades de desempeñar su actividad habitual no se probó la imposibilidad de sustituir ésta por otra compatible con sus aptitudes profesionales.

En base a este índice argumental y no probada en el proceso la imposibilidad de cumplir con el deber de ocupación ante la inexistencia de tareas acordes con la aptitud física del actor y que se deban a causas que no le son imputables, la Sra. Jueza de la otra instancia determina que la situación planteada se encuentra en la hipótesis legal contemplada en el párrafo 3ro. del art. 212 de la LCT, por lo que entiende que corresponde hacer lugar a la demanda y declarar que el trabajador es acreedor a la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT.

Desde esta perspectiva, se atiene a la liquidación presentada por la actora a fs. 15 por entender que se ajusta a derecho habida cuenta que si bien a fs. 34 vta. la parte demandada expresó el rechazo de la misma omitió fundamentarlo, accediendo al reclamo por $ 15.611.

Asimismo admite la procedencia del incremento indemnizatorio contemplado en el artículo 2 de la ley 25.323 por encontrarse en autos los presupuestos de aplicación de la norma; a tal efecto entiende que se ha cumplido con la intimación fehaciente por escrito por el plazo de dos días según surge del telegrama que luce a fs. 5, presentándose la mora del empleador al no abonar la indemnización por despido obligando al trabajador a iniciar las acciones legales pertinentes, por lo que aplica un incremento del 50 % en las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, quedando determinado el cálculo de la siguiente manera: $ 9.642 + 2.755 = $12.397. De esta forma la demanda prospera por la suma total de condena de $ 28.008 más intereses, estableciendo las costas a la demandada vencida en este proceso.

II. <u>Los agravios</u>

A fs. 123/129 vta., presentó agravios la parte demandada.

Se agravia toda vez que el juez entiende que la demandada no ha cumplido con la carga de probar la falta de puestos de trabajo con tareas adecuadas para el trabajador y que el dictamen emitido por el servicio de Higiene y Seguridad de fs. 23 de modo alguno es prueba definitiva de dichos fines.

El apelante disiente con dicha afirmación entendiendo que ante el alta con discapacidad del actor es que se solicita al profesional idóneo a los fines que releve los puestos y tareas de la empresa para determinar la posibilidad o no de reubicar al trabajador. Acota que dicho informe dictaminó que no existen puesto de trabajo acorde a las posibilidades funcionales del Sr. R., alude que dicha documental no fue desconocida y cita doctrina.

Menciona que se diligenció prueba informativa a H. SRL a los fines de ratificar el informe presentado como documental, y que el día 27/11/09 el Ing. D. M. procede a dar respuesta al oficio diligenciado oportunamente, la cuál no fue impugnada por la parte actora (cita doctrina).

Afirma que el juez de grado no hace ninguna mención en su sentencia a la respuesta al oficio de fecha 27/11/09 dirigido a H. SRL en donde se observa que el informe oportunamente presentado a fs. 23 tiene una clara fundamentación y ha evaluado los distintos trabajos y tareas que se realizan en la empresa (cita doctrina y jurisprudencia), asimismo entiende que la misma es una prueba certera y valedera , pues efectuada por un profesional. Ing. Laboral idóneo en el tema requerido, no cuestionado por la actora, ya sea la documental de fs. 23 ni la respuesta al oficio diligenciado a H. SRL.

Se agravia también en la afirmación del *a quo* en torno a que tampoco se justificó que la accionada hubiera realizado algún esfuerzo para cumplir su

deber de ocupación reubicando al trabajador dentro de la estructura propia de la empresa.

Aprecia el apelante que partiendo de la doctrina que indica los límites de la reubicación de los trabajadores, estableciendo en forma conteste que no se debe crear un nuevo puesto de trabajo, la pretensión de la Sra. Jueza resulta inaplicable en los hechos, argumentando que ante el alta del trabajador se buscaron los servicios profesionales para determinar si en base a su capacidad laborativa podía desempeñar alguna tarea, siendo la respuesta negativa (cita jurisprudencia).-

Critica la cita del juez de grado a una jurisprudencia que deja traslucir que no sólo se debe acreditar la inexistencia de puestos de trabajo sino que también a través del *ius variandi* o rotación del personal se pueda reubicar al trabajador, compatible con su estado, entendiendo que el informe del profesional idóneo es claro en relación a que no existen puestos de trabajo acordes a las posibilidades funcionales del Sr. R. S. A. (cita doctrina y jurisprudencia).

Advierte que no se está en presencia de un empleado calificado, que podría ser reubicado por sus conocimientos en otras tareas, se está ante un cortador de pórfidos, que se encuentra limitado en las tareas que puede realizar, por su propia preparación profesional.

Se opone a la afirmación del juez de grado de la que se desprende que si bien las tareas de limpieza, sereno y mantenimiento fueron acreditadas mediante prueba testimonial que eran realizadas por otros empleados, existía la posibilidad de efectuar una rotación de ese personal para que el actor pudiera efectuar tareas livianas, concibiendo que se realiza un análisis errado de las situaciones fácticas, porque conforme a las pruebas de autos era imposible realizar una rotación del personal ya que se entiende del informe presentado, que las tareas de mantenimiento y limpieza requieren

de la utilización de la mano izquierda (mano lesionada), por lo que era imposible que realizara estas tareas sin afectar su salud.

Afirma que a los fines de realizar tareas de mantenimiento mecánico el personal que las realiza debe estar capacitado para ello, entendiendo que el accionante no se encontraba calificado a tales efectos. En cuanto a las tareas de sereno advierte que las mismas eran desempeñadas por una persona que pernocta en la empresa por la noche, siendo su tarea cuidar los bienes de la empresa por lo cual el apelante exterioriza la siguiente retórica: si se hubiera ocupado al actor en esas tareas, ¿qué ocupación se le daba al sereno?.

Sostiene que ha quedado claro que no son aplicable al caso los argumentos en el sentido de otorgar tareas al actor rotándolo con otras tareas que tenía la empresa, sin perjuicio que si lo rotara se estaría creando un nuevo puesto de trabajo; asimismo denota que resulta relevante indicar, que es el actor quien pretende la reubicación a los puestos de trabajo de mantenimiento, limpieza y sereno.

Agrega que la existencia de las tareas descriptas por la testigo F., a las que la Sra. Jueza de grado le otorga notoria relevancia no han sido analizadas en el contexto debido.

Se agravia en que la pieza decisoria entiende que le asiste a la demandada el derecho a percibir el incremento indemnizatorio previsto en el artículo 2 ° de la ley 25.323; apunta a que el despido se produjo en el marco del artículo 212 2° párrafo y en ese contexto, se procedió a abonar las indemnizaciones que la norma legal preveía, esto es la prevista en el artículo 247 de la LCT, y en ese marco legal fue abonada la indemnización que la legislación prevé sin omitir suma alguna.

Señala que el art. 2 de la ley 25.323 deviene improcedente , en virtud de que existió una causa justificada para configurar el despido, no por voluntad del demandado, ni por un despido injustificado, sino por una situación particular objetiva del actor, y fue abonada la indemnización indicada, no omitiéndose el pago de la misma, por lo que no resultan aplicables las previsiones de la norma legal (cita jurisprudencia).-

Aduna que si no se procediera a revocar la multa impuesta, como lo establece el art. 2° de la ley 25.323, si existiera una causal fundada que justifique la conducta del empleador, los jueces podrán reducir el incremento indemnizatorio, y hasta eximir su pago.

Refiere que en ese marco y habiendo abonado la indemnización prevista en el art. 212, 2 ° párrafo, se desprende que la conducta desplegada por el demandado ha sido correcta, y no amerita la aplicación del incremento indemnizatorio previsto en el art. 2° de la ley 25.323 .

Por último se agravia en que el juez de grado haya efectuado el cálculo del incremento indemnizatorio previsto en el art. 2° de la ley 25.323 en forma incorrecta.-.

Entiende que el juez de grado no tuvo en cuenta lo abonado por el apelante, al efectuar el calculo del incremento previsto por el artículo 2° de la ley 25.323 entendiendo que el calculo correcto sería el siguiente: art. 245 de la LCT: $ 4.821, art. 231 de la LCT: $ 2.755, Total: $7.576 y no aquél que arroja como resultado $ 12.397.

Solicita se proceda a revocar la sentencia del juez de grado, teniendo por acreditada la causa de despido y en virtud de ello, ser improcedente las indemnizaciones determinadas por el *a quo*.

III. Se agravia el apelante por cuanto el juez entiende que "...*la demandada no ha cumplido con la carga de probar la falta de puestos de trabajo con tareas*

adecuadas para el trabajador y que el dictamen emitido por el servicio de Higiene y Seguridad de fs. 23 de modo alguno es prueba definitiva de dichos fines..."

Si bien es cierto que a fs. 23 se presenta un informe del cual se desprende el relevamiento de determinados puestos y tareas de la empresa a los fines de establecer la posibilidad o no de reubicar al trabajador, y que el informe emanado de quien resultara propuesto por la demandada dictaminó que no existen puestos de trabajo acorde a las posibilidades funcionales del Sr. R., no menos cierto resulta que dicha prueba no es contundente para precisar la prescripción del párrafo 2° del art. 212.

Dicho precepto legal establece que "*...si el empleador no puede otorgarle tareas que el trabajador pueda ejecutar por causas que no le fueran imputables, es decir porque no tiene tareas livianas o acordes a su capacidad: el contrato se extingue y debe abonar una indemnización equivalente a la prevista en el art. 247 de la LCT...".* Desde esta arista, el informe presentado a fs. 23, ratificado por la contestación del oficio efectuada el Ing. M., D. responsable del Servicio de Higiene y Seguridad que surge de fs. 53, al que hace referencia el apelante es insuficiente porque se refiere, según se aprecia, a puestos de trabajo específicos (administración, prensa y aserradero), y no evalúa la totalidad de los mismos o la potencialidad de reubicar al trabajador en tareas rotativas, consideración que ha sido advertida en el fallo de grado y que comparto con mi colega en plenitud.

Es decir, no basta la intención insustancial de analizar la factibilidad de la reubicación del puesto de trabajo, sino por el contrario, es menester incorporar en autos prueba cabal de la falta de puesto de trabajo que se condiga con la aptitud laborativa del dependiente. En este sentido sostuvo la CNAT que "*...resulta injustificado el despido dispuesto por el empleador en los términos del segundo párrafo del art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo al sostener que carecía de tareas compatibles con el estado de salud del trabajador, si no*

acreditó, que al momento en que debía reincorporar al trabajador no existía en la empresa algún puesto compatible con la aptitud laborativa del dependiente..." (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, 25/03/2010, Seba Gustavo Javier c. Federal Express Corporation ,La Ley Online; AR/JUR/7093/2010),

Además, debería haber acreditado el apelante la imposibilidad de incorporar al empleado a tareas livianas que se presenten dentro de la empresa. Desde esta perspectiva ha dicho la CNAT que "...*procede hacer lugar a la demanda promovida por un trabajador que por encontrarse incapacitado parcialmente, fue despedido en los términos del art. 212, 2° párrafo de la Ley de Contrato de Trabajo, pues, su empleador no cumplió con la carga de probar la inexistencia de tareas livianas que pudieran serle otorgadas y por el contrario se probó que tenía la posibilidad fáctica de reincorporarlo pero careció de voluntad de otorgarle aquellas tareas, circunstancia que torna asimilable la situación a la del despido arbitrario o incausado*..." (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 12/06/2009, Semino, Gladys Noemí c. Toso S.R.L, DT 2009 (noviembre), 91, AR/JUR/26114/2009 En igual sentido véase: CNTrab., sala I "Paz, Oscar Horacio c. Finexcor S.R.L." 2009/04/30, La Ley Online; CNTrab., sala III "Scerbo, Pablo Damián c. Filan S.A." 2009/04/30, Exclusivo Derecho del Trabajo Online; Ver También: CNTrab., sala I "Da Silva, Héctor c. Esperanza del Mar S.A." 2008/05/06, La Ley Online; "Lacosegliaz, José A. c. Dis Plas S.R.L." 2006/06/20, IMP 2006-17, 2154.-

Expone el apelante que el juez de grado *no hace ninguna mención en su sentencia a la respuesta al oficio de fecha 27/11/09 dirigido a H. SRL en donde se observa que el informe oportunamente presentado a fs. 23 tiene una clara fundamentación y ha evaluado los distintos trabajos y tareas que se realizan en la empresa..."*, entendiendo que*"... la misma es una prueba certera y valedera, pues efectuada por un profesional. Ing. Laboral idóneo en el tema requerido, no*

cuestionado por la actora, ya sea la documental de fs. 23 ni la respuesta al oficio diligenciado a H. SRL..." menciona asimismo que dicho informe no fue impugnado.

Si bien no surge de manera específica, el *a quo* indirectamente se refiere a dicho informe al analizar la prueba obrante a fs. 23, y sobre la que ya me he expedido. En ese sentido considera que *"...no se puede otorgar el valor probatorio que pretende la accionada, pues surge que fue solicitado por la empresa..."*

La prueba informativa aportada, si bien puede ser considerada conducente, no necesariamente implica que el magistrado de grado deba sustentarse en ella al momento de su decisorio. Ello es viable en un régimen de pruebas tasadas, pero nuestro sistema procesal reposa en la idea de la sana critica, siendo el dogma rector en la materia, y a través de éste, se le permite al magistrado apreciar y evaluar la prueba ofrecida con libertad.

Resulta curioso que en los primigenias dicciones de los precedentes que referencia el apelante en respaldo de su tesitura (citados a fs. 124), aparece la respuesta a su agravio; así el fallo de la CNAT dice que: *"...aún cuando las normas procésales no acuerden el carácter de prueba legal a ningún informe... (parte pertinente).* Asimismo el fallo de la CSJN citado asevera que *"...aún cuando el alcance asignado a la prueba de informes sea opinable..."(parte pertinente).-*

En cuanto a la falta de impugnación del informe de fs. 23 a la que se hace referencia no es cierto que ello sea así . Basta con apreciar el escrito de fs. 38 para denotar el desconocimiento que hace la actora a la documental presentada por la demandada.

IV. Se agravia también el apelante en la afirmación del a quo en torno a que "...tampoco se justificó que la accionada hubiera realizado algún

esfuerzo para cumplir su deber de ocupación reubicando al trabajador dentro de la estructura propia de la empresa...", debo soslayar al respecto que la accionada no probó cabalmente la inexistencia de un puesto de trabajo acorde para las posibilidades del trabajador, máxime cuando dentro de la estructura empresarial se advierte la potencialidad de reubicación por la distribución de actividades que presenta el giro comercial, las cuales han quedado evidenciadas, como ha sostenido la jueza de grado, por el testimonio de F. S. F. de fs. 99/vta.

En cuanto a la posibilidad de rotación del personal, sostiene el apelante que "*...el informe del profesional idóneo es claro en relación a que no existen puestos de trabajo acordes a las posibilidades funcionales del Sr. R. S. A....*". Nuevamente se incurre en el error de entender que un informe presentado por la parte puede obligar al sentenciante a abstraerse de la totalidad de las constancias de autos. Ello no es así, todo lo contrario. Si a través de las mismas, y de conformidad con la prueba evaluada, el *a quo* dio por acreditada la existencia de otras actividades laborales que permitían la rotación del empleado, no se advierten razones para apartarse de dicho razonamiento.

Si bien es cierto que el trabajador realizaba tareas vinculadas con una categoría laboral, no menos cierto es que como se desprende de la propia expresión de agravios del apelante, existían puestos de trabajo acorde a dicha condición, aunque los mismos se encontraban ocupados. Pero ello no significa que no puedan adecuarse a la situación, habida cuenta que constituía una carga del apelante la reubicación del empleado en un puesto de trabajo acorde a su posición.

Menciona el apelante que "*...es el actor quién pretende la reubicación a los puestos de mantenimiento, limpieza y sereno...*". Pero aún cuando esto surja de la demanda, se omite considerar que no es el actor quien determina o exige el puesto que pretende ejecutar o dónde considera que deben ser

desarrolladas sus tareas. Constituye una carga del empleador la reubicación o, en su defecto, la prueba de la "causa no imputable" para impedir la aplicabilidad del art. 245 conf. art. 212 de la LCT. Como he expuesto, ambos supuestos no han sido acreditados en las presentes actuaciones.

V. El art. 2 de la ley 25.323 establece que *"...cuando el empleador, fehacientemente intimado por el trabajador, no le abonare las indemnizaciones previstas en los artículos 232, 233 y 245 de la Ley 20.744 (texto ordenado en 1976) y los artículos 6° y 7° de la Ley 25.013, o las que en el futuro las reemplacen, y, consecuentemente, lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirlas, éstas serán incrementadas en un 50%..."* . Esto es, la norma tipifica el supuesto que se configura cuando, ante una intimación fehaciente no se abonan las indemnizaciones correspondientes y consecuentemente se obliga al trabajador a iniciar acciones judiciales.

La cuestión consiste en analizar los elementos objetivos de la hipótesis legal, y como se evidencia a fs. 5 la intimación efectivamente se produjo, configurándose la parte pertinente de la descripción que desarrolla la norma, desde esta arista ha soslayado que *"...resulta procedente la indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25.323, si la empleadora despidió al trabajador invocando el art. 212 de la Ley de Contrato de Trabajo y no abonó el total de las indemnizaciones correspondientes al despido injustificado y por ello el actor tuvo que intimar judicialmente las indemnizaciones..."* (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III, 30/05/2010, Loyola, Pedro Omar c. Auto In S.A., La Ley Online; AR/JUR/17202/2010)

El apelante advierte que si existiera una causal fundada que justifique la conducta del empleador, los jueces, podrán reducir el incremento indemnizatorio y hasta eximir su pago. Esta aseveración es coincidente con lo regulado por el art. 2 de la ley 25.323 cuando reza: "...*si hubieran existido*

causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago...". Lo cierto es que, en las presentes actuaciones, no se evidencian causas que justifiquen la conducta del empleador. Por estos argumentos considero aplicable la sanción prevista en el artículo 2 de la ley 25.323.

VI. En cuanto al error del cálculo que menciona el apelante entiendo que la crítica al fallo de grado es atinada, porque como surge de fs. 4 la demandada abonó en concepto de indemnización, por art. 212 de la LCT, la suma de $ 9.642,15 tomando como base el 2° párrafo de dicho precepto que remite al art. 247 de la LCT. El juez de grado determinó que se debe pagar $ 19.284, (conf. 3 er Párrafo del art. 212 que remite al art. 245 de la LCT).

Considero que es con referencia al importe impago que debe aplicarse el incremento del 50% al que hace referencia la citada norma legal. Es decir, si bien rige el principio de integridad del pago no puede desconocerse el pago parcial efectuado y es sobre la diferencia que debe calcularse el porcentaje previsto en la ley. De esta manera, entiende ACKERMAN que *"....el pago debe ser integro por lo que el pago parcial activará la indemnización adicional que establece el art. 2 de la ley 25.323, la que se calculará sobre la diferencia impaga..."* ACKERMAN, Mario E. (Dir.) TOSCA, Diego M. (Coord..) "Tratado de Derecho del Trabajo". Tomo IV. Ed Rubinzal Culzoni. Pag. 459. En igual sentido se ha sostenido que *"...toda vez que la demandada, al decidir el despido de la trabajadora, puso a disposición la liquidación final correspondiente a la indemnización del art. 247 de la LCT y la actora no se avino al cobro, aunque nada le impedía hacerlo con antelación a la promoción del reclamo judicial, es evidente que la accionante solo se vio obligada a tener que promover esta acción para procurar el cobro de la diferencia indemnizatoria que se le adeudaba. Por ende, tal incremento sólo debe ser calculado sobre la diferencia indemnizatoria que se ha*

determinado precedentemente..."(Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos: Gladys Noemi c/ Toso S.R.L. s/ despido12-jun-2009, MJ-JU-M-46918-AR | MJJ46918 | MJJ46918).-

Entonces el cálculo de la indemnización debe efectuarse sobre los $ 9.642 no abonados al momento del despido, correspondiendo (conforme al 50 % de la multa prevista en la ley 25.323) la cantidad de $ 4.821, con mas el correspondiente al preaviso. Ese fue el cálculo practicado por la apelante en su agravio.

Por estos argumentos he de propiciar al acuerdo la modificación del fallo de primera instancia en cuanto se calculó el incremento indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323 en relación a la totalidad de la condena, prescindiendo del importe abonado.

De compartir mis distinguidas compañeras de Cámara los argumentos esgrimidos, propongo al Acuerdo la revocación parcial de la sentencia de grado y la confirmación el decisorio en lo que en más ha sido motivo de agravio.

Por tales fundamentos voto por la AFIRMATIVA.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

REVOCAR parcialmente la sentencia de fs. 116/119 en relación al cálculo del monto indemnizatorio del art. 2 de la ley 25.323, el cual debe ser efectuado sobre el importe que la demandada resta abonar y CONFIRMAR el decisorio en lo que en más ha sido motivo de agravio.

IMPONER las costas de la alzada a la demandada en un 80%, y a la actora en 20% (cfr. Arts 69 CPCC y 57 Ley XIV- N° 1 –antes ley 69-).

REGULAR los honorarios de los letrados I. C. P. y N. S. letrados apoderados del actor reajustándolos, en un 8,5% para cada uno y los de los letrados apoderados de la demandada G. C. y P. G. en el 7,5 % sobre el monto que resulte de la liquidación con más el IVA si correspondiera y por la labor en la alzada de la Abogada G. V. C. y del Abogado P. D. G. en el 12,5 % para cada uno de ellos de los que se determinen en etapa de ejecución de sentencia como correspondientes a la instancia anterior (art. 6, 7, 9, 47, Ley - antes Ley 2.200).-

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTION: la Sra. Jueza de Cámara, María Inés de VILLAFAÑE, señaló

1) Con la reseña efectuada por el colega de primer voto quedan satisfechas las exigencias del rito referidas a la relación sucinta de los antecedentes y cuestiones que informan el caso (arts 165 y 166 (antes arts.163 y 164) del C.P.C.C.), por lo que abordaré directamente el tratamiento de los aspectos que motivan la convocatoria a este acuerdo.-

2) Para fundamentar su apelación los apoderados de la empresa T. S.A. sostienen cuatro agravios:

a) que la Sra. Jueza no tuvo probada la falta de puestos de trabajo con tareas adecuadas para el trabajador y que le restara valor probatorio al dictamen emitido por el servicio de Higiene y Seguridad de fs. 23

b) la afirmación de la jueza en la falta de los esfuerzo para cumplir su deber de ocupación reubicando al trabajador dentro de la estructura propia de la empresa.

c) la aplicada multa del art. 2 de la ley 25.323

d) el error en el cálculo de la multa de la ley 25.323.

3) Por razones de método me expediré respecto de los dos primeros agravios en forma conjunta pues en definitiva aluden a la valoración de la prueba rendida en autos.

La determinación definitiva de algún tipo de incapacidad del trabajador que en forma parcial o total le imposibiliten desempeñar las tareas que venía cumpliendo puede derivar en las distintas hipótesis que prevé el art.212. De estas se puede concluir que o bien afectan el desarrollo del contrato de trabajo (su continuación adaptado a las nuevas capacidades) o terminan en la extinción del vínculo en función de sostener el empleador justificadamente que no existen en el ámbito de la empresa puestos laborales acordes con la nueva capacidad psicofísica del trabajador.

La jurisprudencia es conteste en admitir que la carga de la prueba de la acreditación de la carencia ocupacional y ello en tanto determinaría una indemnización atenuada o reducida, incumbe al empleador.*" En tal sentido, cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada consecuencia jurídica (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal ...", Astrea, 1983, T. 2, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente).*

En la sentencia en crisis, la señora jueza valorando la aportada, determinó que la empleadora no había logrado probar no solo la ausencia de puestos de trabajo sino que no había justificado la imposibilidad de asignar al trabajador tarea alguna compatible con esa capacidad residual y por lo tanto correspondía la indemnización del art.245 LCT.

Adelanto que la queja -a mi criterio- no puede tener andamiento. No es función del juez indicar que pruebas debió ofrecer la parte para justificar sus asertos y tampoco en esta instancia se dará respuesta a los interrogantes que plantea los que por cierto no constituyen crítica concreta y razonada del fallo." *No es expresar agravios vertir simples afirmaciones dogmáticas o enunciados teóricos o formularse solo interrogantes, los que en todo caso pueden denotar que se disiente con el pronunciamiento, pero, como es sabido, disentir, sin fundar la oposición o sin dar bases jurídicas a un distinto punto de vista, no es expresar agravios"* "COOPERATIVA DE VIVIENDA LóPEZ DE GOMARA c/ FLORENCIO FERNáNDEZ Y OTS. s/ DESALOJO" -CSMza Fallo: 97190369 Expte: 23081 - S141-263.Base elDial - MC250D .

La Jueza puntualmente ha valorado la prueba rendida, en donde incluyo el informe técnico cumplido a requerimiento de la demandada. Las demás apreciaciones de la parte y aún el alcance del referido informe terminan siendo circunstancias alegadas y no probadas en la instancia anterior y que procura sostener ingresando al terreno de las conjeturas. No se hace cargo la apelante del punto esencial que lleva a descartar el informe que no es otro que su mismo origen parcial. La jueza señaló *""...no se puede otorgar el valor probatorio que pretende la accionada, pues surge que fue solicitado por la empresa..."*. Me explico, es claro que a la empresa de S. H. S.R.L se le requirió el mencionado informe para resolver la actitud empresarial que se asumiría con R., tal dato no le era extraño al actor - pues al tiempo de extinguir el contrato de trabajo- ello se le notificó como fundamento de la

decisión. Por su lado, constaba a la empresa que el actor resistía las conclusiones del informe, desde que manifestó expresamente su disconformidad con la resolución que se adoptaba. Es un dato evidente que existe una gran distancia entre este tipo de informes y el valor científico de los dictámenes periciales en los que se encuentra garantizada la imparcialidad y más aún la posibilidad de controlar la prueba. Tengo para mi que "la falta de puestos de trabajo con tareas adecuadas para el trabajador" y "los esfuerzos para cumplir su deber de ocupación reubicando al trabajador dentro de la estructura propia de la empresa" quedaron al margen de la prueba o en el mejor de los casos la cumplida no fue eficaz, remitiéndose la demandada en todo momento a sostener la trascendencia del informe impugnado. Bajo el principio de autorresponsabilidad de la parte en la proposición de la prueba deberá cargar con las consecuencias de su omisión.*" La carga de la prueba implica, por una parte, una regla para el juzgador (regla de juicio), toda vez que indica cómo debe fallar, en el caso de no encontrar la prueba de los hechos sobre los cuales fundará su decisión y reviste asimismo, el carácter de una regla de conducta para las partes, porque fija cuáles son los hechos que a cada una le interesa acreditar; lógicamente consagra el principio de autorresponsabilidad de los litigantes, pues deja librado a su arbitrio el aportar o no pruebas al proceso, sometiéndose en este último caso a las adversas consecuencias."*(López, Martha Rufina c/ Abraham Textil S.A. s/ Indemnización por despido" - SALA Nº 2 CÁMARA DE APELACIONES DEL TRABAJO - RS - L000 353 RSD-26-96.

Concluyo señalando 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 conocimientos tales como organigramas 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"(Citado por Gabriel Tosto en Ley de Contrato de Trabajo. Rodríguez Mancini. Director. Tomo IV pág 45 La Ley,2007).

La queja no logra enervar los argumentos sostenidos por la Sra. Jueza para tener por no justificada la causa "no imputable" a la empresa y torna exigibles las indemnizaciones dispuestas por el art 212 párr. 3ro. LCT *"Cuando la extinción se produjese por la decisión injustificada del empleador- no proveer tareas existentes acordes a la capacidad del trabajador- la situación se equipara, en sus consecuencias patrimoniales, al despido sin causa justificada, por tanto corresponde pagar la indemnización común o plena en función de la remisión al art.245,LCT e indemnización por el preaviso omitido*" (op cit pág.46).

Los agravios señalados no prosperan por lo que propiciaré la confirmación del fallo en este aspecto.

4) <u>La multa del art.2 de la ley 25.323.</u>

El agravamiento indemnizatorio como sanción, se deriva de una conducta patronal disvaliosa y por consiguiente penalizable. Cierto es que no habrá agravamiento o sanción de las indemnizaciones sin que exista la obligación de indemnizar, pero ello no significa que siempre que se esté frente a indemnizaciones impagas procederá su agravamiento, pues para ello se requiere, además de la morosidad, que ésta sea claramente culpable o maliciosamente intencional.

Asumo así, que el art. 2 de la ley 25.323 no establece una condición objetiva, pues el otorgamiento a los jueces de la facultad de reducir y hasta suprimir la sanción, obedece a la necesidad de valorar, en cada caso, la buena o mala fe patronal y su eventual voluntad de incumplir con una obligación impuesta por la ley. De lo contrario, no se hubiera previsto en la norma tal facultad morigeradora.

Sobre la base de estas consideraciones y asumiendo que no resulta jurisprudencia pacífica tengo para mi, que en el caso concreto la multa que solicita tiende a sancionar la mora en el pago de las indemnizaciones debidas como consecuencia del despido no imputable a incumplimientos del empleador. Se ha señalado que "…el modo de extinción previsto en cualquiera de las hipótesis contempladas en el art.212 LCT no es el que proviene de la simple voluntad unilateral de alguna de las partes, sino de la confluencia de un factor no imputable a ninguna de ellas (inhabilidad sobreviniente del trabajador) con una circunstancia que puede o no ser imputable al empleador (si es que hay posibilidad objetiva de reubicar al dependiente), a cuyo efecto, la actitud remisa de éste sólo puede actuar como agravante del monto de la indemnización que en cualquier caso debe abonar; pero no como determinante exclusivo de la extinción que, reitero, aún en los supuestos en los que la incapacidad es relativa, se origina en el estado de salud del trabajador." (Cfme. se cita "Almirón c/ Celulosa Campana S.A. s/ Despido CNAT Sala I 28-8-2008 Base MJ-JU-M-38316) .

La jurisprudencia que comparto ha iindicado que*"Si bien es cierto que la demandada no logró acreditar que la causa invocada para despedir al actor fuera encuadrable en el art. 247, LCT, lo cierto es que puso a disposición del reclamante y, este percibió las sumas derivadas de la extinción del contrato de trabajo con sustento en esa disposición. Ello es razón suficiente para eximir a la demandada del pago de la multa del art. 2, Ley 25323* (Valobra, Pablo Alejandro vs. Radio Victoria Fueguina S.A. s. Despido - CNTrab., Sala VIII - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - 28-04-2005 - Oficina de Jurisprudencia de la CNAT.Base *WebRubinzal jula 1.146.2.r52. "Resulta improcedente la indemnización prevista en el art. 2, Ley 25323, en tanto el empleador abonó al trabajador al finalizar la relación laboral la indemnización reducida del art. 247, LCT, independientemente de que la Cámara haya decidido la procedencia de la indemnización prevista en el art. 245 de la citada norma, ya que no existió una maniobra del principal para*

diferir el pago de las indemnizaciones legales. (Palacio, Raúl O. vs. Covimet S.A. y otro s. Despido - CNTrab., Sala I - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - 31-08-05 Base *WebRubinzal jula 1.146.1.r20.*

Por esos argumentos y la falta de evidencia de una conducta evasiva o reticente del demandado, que autorice a dar cabida al incremento pretendido del art.2do de la Ley 25323, he de propiciar al acuerdo la modificación del fallo de primera instancia en cuanto admitió la indemnización prevista en esa norma legal.

Conforme me expido, el cuarto agravio devino en abstracto

5) En cuanto a las costas y conforme se resuelve deberán readecuarse las de la primera instancia conforme la manda del art.279 del CPCC. En orden a lo que se propone, desestimada la indemnización agravada y su incidencia en los montos indemnizatorios entiendo que se da el supuesto de vencimientos recíprocos por lo que propongo que las costas en la instancia anterior sean soportadas en el orden causado(art. 69 CPCC y 57 Ley XIV N° 1). Los honorarios de los letrados I. C. P. y N. S. letrados apoderados del actor se reajustan en un 8,5% para cada uno y los de los letrados apoderados de la demandada G. C. y P. G. en el 7,5 % sobre el monto que resulte de la liquidación con más el IVA si correspondiera.

Las costas en en esta instancia, se imponen por su orden *"Las costas de la Alzada deben correr en el orden causado por no haber sido contestado el traslado de la expresión de agravios"*(CNCiv Sala E 5/8/1981 LL 1982-A-514 citado por Gozaini Osvaldo "Costas Procesales Vol.1, Pág.306 Ed. Ediar.3ra ed Bs. As , 2007) y los honorarios de los letrados apoderados de la demandada G. C. y P. G. teniendo en cuenta la calidad, mérito y resultado obtenido en la apelación se fijan en el 25% a cada uno de los que se les regule en la instancia anterior (arts 5,6,13,46 Ley XIII N°4).

Por lo expuesto VOTO PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo

Conforme mi voto propongo al acuerdo el siguiente pronunciamiento

1)Revocar parcialmente la sentencia de fs.116/119 para excluir del monto indemnizatorio a liquidar, la multa prevista por el art.2do de la Ley 25.323 y confirmándola en lo que en más ha sido motivo de agravios.2)Readecuar las costas de la primera instancia para imponerlas en el orden causado. Regulando los honorarios de los letrados I. C. P. y N. S. letrados apoderados del actor se reajustan en un 8,5% para cada uno y los de los letrados apoderados de la demandada G. C. y P. G. en el 7,5 % sobre el monto que resulte de la liquidación con más el IVA si correspondiera.3) Imponer las costas en esta instancia por su orden. Regulando los honorarios los honorarios de los letrados apoderados de la demandada G. C. y P. G. en el 25% de los que se les regule en la instancia anterior (arts 5,6,13,46 Ley XIII N°4)..4) De forma.

Así lo voto.

A LA PRIMERA CUESTION: La Sra. Jueza de Cámara subrogante Etelvina PEREZ dijo: Me corresponde zanjar la disidencia entre los magistrados preopinantes sólo en cuanto a la procedencia o no del agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323 y, en su caso expedirme en cuanto al monto por el que el rubro debería prosperar.

Efectuada la reseña del caso por los colegas que me precedieron en el voto, iré derechamente a la cuestión para señalar que adhiero a la posición que en el tema sostiene el Dr. Vivas.

Ello así, porque desde mi punto de vista no puedo considerar que hubo causas justificantes de la conducta del empleador cuando, como en el caso de autos, se está resolviendo que la empleadora no acreditó los extremos previstos por el art. 212 apartado 2) por lo que el despido dispuesto debe considerarse injustificado, tornándose de aplicación el tercer párrafo de la ya mencionada norma legal .

En tal sentido, puede afirmarse que las prestaciones previstas por los diferentes apartados del art. 212 L.C.T. tienen distinta naturaleza jurídica y hasta se ha dicho que la del último párrafo participa de los caracteres de una prestación de la seguridad social en cabeza del empleador. Pero en cambio, es claro que el caso del apartado 3ero. sanciona al empleador con el pago de la indemnización prevista por el art. 245 L.C.T. dado que se considera que existe un incumplimiento contractual al rehusarse sin motivo válido a reincorporar al trabajador restablecido (conf. Herrera, Enrique"Extinción del Contrato de Trabajo por Incapacidad del Trabajador" en D.T. 1984-1203). En similar sentido se expide Guibourg al decir que la prevista por el tercer apartado del art. 212 es una sanción para el empleador que deliberadamente omite el cumplimiento de sus obligaciones (conf. Guibourg, Ricardo "El dos doce" en L.T.XXXI-A-200).

Así, se ha decidido: "...El art. 2, Ley 25323, agrava las consecuencias del despido imputable a la responsabilidad patronal, y desde tal perspectiva resulta inequívoco que la situación que contempla el 3° párr., art. 212, LCT, encuadra en dicha hipótesis, al punto que prevé una reparación tarifada del daño –por remisión al art. 245 de dicha ley- ante el incumplimiento del empleador que, con su comportamiento antijurídico, impide que su dependiente desarrolle tareas adecuadas a su condición deficitaria..." (CNAT, Sala II, 12/06/2009, "Semino, Gladis Noemí vs. Toso S.R.L. s. Despido" - BJCNAT Nº 292). WebRubinzal bola 09-2009 2.2.22.r1

Por lo hasta aquí expuesto, considero que el agravio no puede prosperar correspondiendo confirmarse lo decidido en la sentencia de origen.

Llegada esta instancia, evidente resulta que debo tratar el tema relativo al cuantum del agravamiento previsto por el art. 2 de la ley 25.323 en casos, como el del subexamen, en que la parte ha abonado la indemnización reducida y, como se ha decidido, corresponde abone la total (art.245 L.C.T.). Comparto nuevamente los fundamentos del Dr. Vivas al respecto. Es que si se otorgara el incremento sobre el total de la indemnización, sin tener en cuenta lo abonado por el empleador, se llegaría a una situación incongruente ya que estaría mejor posicionado el empleador que nada abonó respecto de aquél que, aunque sea parcialmente, cumplió con la obligación a su cargo.

Por lo hasta aquí expuesto propicio al acuerdo la modificación de la sentencia de Ia. Instancia en cuanto al cálculo del incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25.323, el que deberá calcularse sólo respecto de la parte impaga de la indemnización derivada de la ruptura del vínculo.

Conforme lo reclamado en autos y admitido en la sentencia de origen firme en este aspecto, tal parte impaga es la suma de $ 15.611-comprensiva de la parte no abonada de la indemnización por antigüedad más el rubro indemnización sustitutiva del preaviso correspondiente- por lo que el agravamiento debe prosperar por el 50% de dicha suma de pesos siete mil quinientos setenta y seis ($7.576).

Habiendo concordado en cuanto al punto de disidencia con el voto del Dr. VIVAS, corresponde modificar la sentencia de Ia Instancia para reducir el monto de condena a la suma de $ 23.416,50 para confirmarla en lo demás que decide.

IMPONER las costas de la alzada a la demandada en un 80%, y a la actora en 20% (cfr. Arts 69 CPCC y 57 Ley XIV- N° 1 –antes ley 69-).

REGULAR los honorarios de los letrados intervinientes, en los porcentuales señalados en el voto del Dr. VIVAS.

Con lo que se dio por terminado el acto.

Puerto Madryn, de agosto de 2010.

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

S E N T E N C I A

1) REVOCAR parcialmente la sentencia de fs. 116/119 en relación al cálculo del monto indemnizatorio del art. 2 de la ley 25323, en pesos siete mil quinientos setenta y seis ($7.576).

2) IMPONER las costas de la alzada a la demandada en un 80%, y a la actora en 20% (cfr. Arts 69 CPCC y 57 Ley XIV- N° 1 –antes ley 69-).

3)REGULAR los honorarios de los letrados I. C. P. y N. S. letrados apoderados del actor reajustándolos, en un 8,5% para cada uno y los de los letrados apoderados de la demandada G. C. y P. G. en el 7,5 % sobre el monto que resulte de la liquidación con más el IVA si correspondiera y por la labor en la alzada de la Ab. G. V. C. y del Ab. P. D. G. en el 12,5 % para cada uno de ellos de los que se determinen en etapa de ejecución de sentencia como correspondientes a la instancia anterior (art. 6, 7, 9, 47, Ley - antes Ley 2.200).-

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE

REGISTRADA BAJO EL No. De 2010 SDL.CONSTE