En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de mayo del año 2012, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Mario Luis VIVAS para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R., R. R. c/ P. Y B. S.A. s/ Cobro de Pesos. Laboral "(Expte. Nº 79/ 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 521/09) de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 181.

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

1) Antecedentes y la sentencia.

Llegan los autos a esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 164 por la parte demandada, el que fuera concedido a fs. 165. La fundamentación del recurso por parte de la recurrente obra a fs. 167/173, siendo contestado su traslado por la contraria a fs. 175/176 vta.

La sentencia recurrida hizo lugar parcialmente a la demanda promovida por R. R. R. y condenó a P. Y B. S.A. a pagar a la actora dentro del quinto día de quedar firme y mediante depósito judicial la suma de $ 11.621,96.- con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. en sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde que cada suma fue debida y hasta su total y efectiva cancelación. Con respecto a las costas, las impuso en un 70% a cargo de la demandada y en un 30% a la parte actora (conf. art. 72 del CPCC), regulando los honorarios de los profesionales actuantes en el proceso.

Para arribar a la decisión final, tuvo en cuenta la sentenciante que no está controvertido en autos que la actora sufrió un accidente *in itinere* el 30 de Marzo de 2007, habiendo otorgado el alta médica la ART el 12 de Marzo de 2008, conforme informe de M. A. ART de fs. 141 y reconocido por la demandada a fs. 47 vta. Se reintegró la actora a sus labores, dice la sentencia, el 25 de Marzo de 2008 reasignándole la empleadora nuevas tareas en el guardarropas del Casino. Pese a estar dada de alta, continuó la actora con molestias y el 08 de Mayo de 2008 hubo una reapertura del accidente conforme actuaciones obrantes a fs. 108/111.

Continúa diciendo la magistrada a quo que según documentación obrante en autos (fs. 14/18) presentada por la actora y aludida por las partes, la Comisión Médica Nº 19 emitió un dictamen con fecha 27 de Abril de 2009 dictaminando que la actora sufrió un accidente de trabajo que le causa una incapacidad tipo permanente, grado parcial y carácter provisorio, del 58,96% debiendo continuar con prestaciones. El día 30 de Mayo de 2009 la empleadora produce el despido de la dependiente, invocando imposibilidad de asignar tareas, no imputable a la empresa, abonándole la indemnización prevista en el art. 247 LCT.

A fs. 108/111 se acompaña el dictamen de la Comisión Médica por Incapacidad Laboral del 19 de Julio de 2010, de la que surge como fecha de alta el 12 de Febrero de 2010, estableciendo un 17,49% de incapacidad tipo "permanente", de grado "parcial" y de carácter "definitiva".

Con estos antecedentes la sentencia ha dicho que el tema central de la controversia ha de ser enfocado en la legitimidad del despido que dispuso la patronal el 30 de Mayo de 2009, según carta documento obrante a fs. 7 de autos. La comunicación del despido fue rechazada por la actora mediante telegrama obrante a fs. 9 rechazando el motivo alegado por la empresa para su desvinculación e intimó se le abone la diferencia de indemnización resultante de la aplicación del art. 245 LCT, más los salarios que

corresponden por todo el tiempo que falte hasta el otorgamiento del alta médica (conf. art. 213 LCT).

Se detiene la sentencia en la causal del despido invocada por el empleador y afirma que debió acreditar la accionada que la trabajadora no estaba en condiciones de efectuar ninguna de las tareas que se desarrollan en los lugares de trabajo de la empresa, conforme los términos en que se comunicara el despido. Remarca también que el caso lo ha subsumido la patronal en la hipótesis legal que contempla la norma del art. 212, párrafo 2do., de la L.C.T.

Afirma la Magistrada a quo que para la operatividad del art. 212, 1er. Párrafo de la LCT, es requisito que el trabajador cuente con el alta médica, que en este caso fue otorgada el 12/03/2008 conforme consta en autos y lo ha reconocido la demandada a fs. 47 vta. La misma norma refiere en el 2do. Párrafo los pasos a seguir en el caso de que el empleador no pueda otorgarle las tareas que el trabajador pueda ejecutar por causas que no le fueran imputables, es decir, porque no tiene tareas livianas acordes a su capacidad. En tal caso, el contrato se extingue y debe abonar una indemnización equivalente a la prevista en el art. 247 LCT. La "causa no imputable" al empleador que refiere la norma, debe tornar imposible otorgar tareas livianas y -dice la sentencia- debe acreditar fehacientemente la patronal. Expresamente se dice en la decisión de la a quo: *"…La prueba sobre la imposibilidad de dar al trabajador tareas livianas, incumbe al empleador que es quien invoca esa causal como eximente de una mayor responsabilidad indemnizatoria. Debe probar la falta de puestos con tareas para el trabajador incapacitado, en los términos del art. 212 LCT, máxime si se tiene en cuenta el principio de las cargas probatorias dinámicas…"*.

La sentencia arriba a la conclusión, luego del análisis probatorio de la causa, que la accionada no cumplió con la carga de acreditar la imposibilidad de asignar tareas acordes a la aptitud laboral de la actora y

que el empleador debe demostrar la imposibilidad de reasignar tareas y que tal imposibilidad no le podía ser imputada.

Deja constancia luego la decisión recurrida que la comunicación rescisoria (fs. 7) del 30 de Mayo de 2009 hizo constar que el servicio de contralor médico entendió que la actora no estaba en condiciones de efectuar ninguna de las tareas que se desarrollan en los lugares de trabajo de la empleadora, pero no se aportó prueba que sustente y corrobore esa afirmación.

Se deja constancia luego, con respecto a la documental acompañada por la demandada, que la misma fue desconocida en su autenticidad por la actora y ninguna actividad probatoria desarrolló la empleadora para probar su autenticidad.

En lo que hace a la incapacidad, su permanencia en el trabajador debe ser valorada con el criterio de la buena fe definitivo en el art. 63 de la LCT y con subordinación a la regla de la preferencia por la conservación del contrato de trabajo (art. 10 LCT).

En base al desarrollo hasta aquí expuesto, la Magistrada del inferior afirma que la situación planteada debe asimilarse al supuesto de despido incausado, imponiendo la condena a la demandada de pagar la indemnización completa (art. 245 LCT) y no la reducida (art. 247 LCT) que fue la que abonó.

En base a que la pericial contable no fue objeto de impugnación formal por las partes, le otorgó plena eficacia a la misma (art. 481 CPCC) y declaró procedente la demanda por la suma de $ 16.618,97.- a los que deben deducirse el importe de $ 7.458,98.- que fue lo abonado por la empleadora de conformidad con el art. 247 LCT, de lo que resulta un saldo a pagar de $ 9.159,99.-

Con respecto al incremento indemnizatorio previsto en el art. 2 de la Ley 25.323 considera la sentencia que se dan los presupuestos legales para su

procedencia, pero lo admite sólo sobre la diferencia indemnizatoria que surge entre la indemnización reducida que abonó el empleador y la completa, con lo cual lo condenó a pagar la suma de $ 2.461,97.- con más los intereses ya referidos supra.

En relación al reclamo de la actora para que se le abonen los salarios caídos desde la fecha del despido hasta el alta definitiva, tuvo en cuenta la sentencia que la reapertura del accidente aconteció el 8 de Mayo de 2008 (fs. 109) y que ello se trató de una manifestación incapacitante de una misma enfermedad; por lo que, teniendo en cuenta que el accidente ocurrió el 30 de Marzo de 2007 y que a la fecha de la reapertura no había pasado el período de dos años para considerar que se trató de una nueva enfermedad, resolvió que es improcedente el reclamo con sustento en la norma del art. 213 LCT por no estar la trabajadora en la situación que contempla dicha disposición al momento del despido. O sea, habían vencido los lapsos de licencia paga por accidente inculpable y no habían transcurrido dos años al producirse la reapertura del accidente para considerar a la exteriorización como una nueva enfermedad. No obstante lo cual la resolución remarcó: *"…el vínculo contractual subsistía pues ninguna de las partes había notificado una decisión contraria…"*.

2) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.

Plantea la parte demandada cinco agravios a los que haré referencia en este punto.

<u>1er. Agravio</u>: En primer término esgrime que la sentencia se basó en la norma del art. 212 LCT omitiendo considerar lo normado por la Ley 24.557, fundamentalmente en lo que significa la incapacidad "provisoria". Esgrime que no reparó la sentenciante que no se trataba de una situación regulada por el régimen de las enfermedades o accidentes inculpables sino que estaba dentro de la regulación de la Ley 24.557. Luego de reiterar los

planteos realizados al contestar la demanda sostiene que resulta muy claro que el concepto de "definitivo" que utiliza el art. 212 de la L.C.T. equivale a la de "permanente" de la L.R.T. y que la calificación de incapacidad temporaria efectuada por la jueza de grado no puede ser sostenida.

2do. Agravio: sostiene que otorgar otras tareas a la actora con una incapacidad del orden del 60% era temerario. Que oportunamente se la reubicó en el guardarropas pero la actora tenía mareos, problemas con los ruidos, llantos, problemas auditivos, etc., trabajando allí un corto tiempo y nunca más volvió. Además, que la situación imponía resolverla ya que con casi un 60% de incapacidad hacía más de un año que no trabajaba y habían pasado dos años del accidente. Afirma que los testigos declararon que el ambiente de trabajo en el Casino es ruidoso, lo cual es inadecuado para la actora y que la sentencia no tuvo en cuenta lo declarado por la Licenciada en Seguridad e Higiene H. que es asesora en esa materia y salud ocupacional de la demandada. Entiende el quejoso que con esta declaración demostró la inexistencia de puestos de trabajo diferentes para R.

3er. Agravio: Reitera aquí que ante un porcentual de incapacidad cercana al 60% de la T.O., a fines de mayo de 2009, dos años después del accidente y a más de un año en que R. no había vuelto a trabajar, se imponía una determinación sobre la situación que no podía mantenerse *sine die*. Afirma que para no perjudicar a la Sra. R. se encuadró la cuestión en el art. 212 de la LCT y que la comunicación respectiva nunca puede considerarse como un despido incausado, tal como lo consideró la a quo. Agrega que la indemnización que se abona no es por despido incausado sino que tiene fundamento en la solidaridad social. Reitera que la situación no fue de despido.

4to. Agravio: Aquí hace referencia que al contestar la demanda impugnó la liquidación practicada porque entre otros aspectos incluía conceptos no remunerativos. Que la jueza se basó en el dictamen pericial que dijo no

haber sido observado cuando su parte lo hizo en forma precisa. Sostiene que el ítem antigüedad comprende conceptos remunerativos y no remunerativos lo que no debían formar parte del cálculo. Que debió considerarse sólo los valores equivalentes de los arts. 247 y 245 LCT ya que los demás ítems fueron abonados con la liquidación final, como ocurre con el preaviso. Que teniendo en cuenta los recibos de sueldo deben sustraerse los valores que corresponden al 15% de zona que se abona voluntariamente y los convenios que fueron calificados como no remuneratorios (acuerdo 05Dic-07 y abril 2008) al homologarse por el Ministerio de Trabajo de la Nación. Culmina afirmando que la suma mensual a tener en cuenta es de $ 1.885,04.-

5to. Agravio: En este punto trata la multa prevista por el art. 2 de la Ley 25.323. Sostiene que en este caso no es aplicable porque la demandada no ha sido reticente al pago y que aquí no se trató de un despido incausado ni del pago de indemnizaciones por tal causa. Que la norma en cuestión apunta a la falta de pago de las indemnizaciones de los arts. 232, 233 y 245 de la L.C.T., esto es, el preaviso y la antigüedad. Por lo tanto, considera que no se le debió aplicar el incremento indemnizatorio en cuestión.

3. Tratamiento de los agravios de la parte demandada.

3.1) Primer Agravio.

La queja apunta aquí a que la sentencia se basó en la norma del art. 212 LCT omitiendo considerar lo normado por la Ley 24.557. He de decir aquí que del instrumento obrante a fs. 7 surge con claridad manifiesta que la comunicación mediante la cual la patronal notificó a la actora que quedaba *"…desvinculada laboralmente de P. y B. S.A…."*, se dice expresamente: *"…conforme lo establece el artículo 212 de la ley 20744…"*, refiriendo luego también expresamente a la norma del art. 247 del mismo cuerpo legal en el mismo despacho postal.

Si nos atenemos a la contestación de la demanda, vemos que a fs. 49 la demandada ha dicho que *"…la única norma que regla la situación de reintegro del trabajador en su relación con su empleador (el accidente no disuelve el vínculo laboral) es el mentado artículo 212 de la LCT y es el que se aplicó para resolver la cuestión de autos…"*. Lo cual es plenamente cierto.

Si nos atenemos al dictamen de la Comisión Médica N° 19 vemos que el 27 de Abril de 2009 dictaminó que el accidente le causó a la actora una incapacidad tipo permanente, grado parcial y de carácter provisorio del 58,96% debiendo continuar con prestaciones.

El recurrente sostiene que conforme la ley específica la incapacidad permanente puede tener carácter provisorio. En efecto, la norma del art. 8 LRT hace referencia a la situación de incapacidad laboral permanente cuando el daño que sufre el trabajador le ocasiona una disminución permanente de su capacidad laborativa y el art.9 se refiere a que la situación de incapacidad laboral permanente que da derecho al damnificado a percibir una prestación de pago mensual, tendrá carácter de provisoria durante los 36 meses siguientes a su declaración. Este plazo podrá extenderse por las comisiones médicas por un término máximo de 24 meses más cuando no haya certeza sobre el carácter definitivo del porcentaje de disminución de la capacidad laborativa. Por otra parte dispone que en los casos de incapacidad permanente parcial, el plazo de provisoriedad podrá reducirse si se da la certeza sobre el carácter definitivo del porcentual de disminución de la capacidad laborativa.

Lo dicho me conduce a afirmar que al tiempo que se resolvió el despido de la actora, la incapacidad de la misma tenía carácter permanente y no temporaria como surge de la sentencia en crisis. De esta forma respondo al agravio del recurrente.

3.2) <u>Segundo Agravio</u>.

En este punto sostiene que debía resolverse la situación de la actora, que la sentencia no tuvo en cuenta lo declarado por la testigo H. y que con su declaración demostró la inexistencia de puestos de trabajo diferentes para R.

Los jueces de mérito pueden preferir alguna de las pruebas producidas a otras y omitir toda referencia a las que estimen inconducentes; que basta expresarse en su valoración de los datos fácticos a aquellos dirimentes para la solución del caso y que no deben seguir al pie de la letra las argumentaciones de las partes, siendo suficiente que se pronuncien sobre la cuestiones fundamentales (doct. art. 384 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330, 13/10/76; Ac. 33589, 02/11/84; Ac. 33693, 25/09/84; Ac. 41085, 07/07/89; Ac. 82248, 23/04/03, entre otros).

Si bien el juez tiene el deber de apreciar la prueba, ello no implica la obligación de referirse en detalle a cada uno de los elementos aportados, sino de seleccionarlos a fin de fundar el fallo en los más eficientes, tal como viene de la acción de los artículos 165 y 390 de la ley procesal.

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

Respecto a la crítica de la apelante en relación a la valoración de la prueba, es del caso atribuir inoperancia al intento de probar un hecho a través de la personal interpretación de las pruebas, bajo la pretensión de que el sentenciante, que decide de acuerdo a los datos que considere dirimentes, deba explicar en cada caso, el porqué prescinde de la valoración de unas u otras, cosa que importaría sin lugar a duda una declinación del principio del artículo 390 y concs. del Cód. Procesal.

Además, la prueba debe valorarse en su conjunto tratando de vincular armoniosamente los distintos elementos de conformidad con las reglas impuestas por el art. 390 del CPCC.

En base a lo expuesto y analizando lo declarado a fs. 127/y vta. por la testigo que refiere el quejoso, no advierto que de la misma resulte acreditado en forma precisa y sólida que la empresa no tenía un lugar para asignarle a la actora de acuerdo a la incapacidad que presentaba (arg. art. 460 CPCC). Por otra parte, tampoco el quejoso explica porqué de dicha declaración resultaría probada tal circunstancia; siendo su obligación demostrarlo (art. 268 CPCC).

Lo hasta aquí dicho me lleva al convencimiento que en este caso no se ha planteado un agravio digno de ser admitido en esta Alzada, por lo que he de proponer al Acuerdo su rechazo. Así lo voto.

3.3) <u>Tercer Agravio</u>.

Se plantea aquí como agravio que la jueza a quo consideró la comunicación remitida por la patronal como un despido incausado y que ello no ha sido así.

Ante el planteo realizado por la demandada debo remitirme al instrumento en cuestión (fs. 7) y en el mismo se dice: *"…se ha decidido…conforme lo establece el artículo 212 de la ley 20744, y dado que no es imputable a la firma la imposibilidad de asignarle tareas abonarle la indemnización del artículo 247 de la misma ley, quedando por lo tanto desvinculada laboralmente de P. y B. S.A…."*.

Considero que el texto es muy claro y he de acompañar a la magistrada a quo en la interpretación que ha hecho del mismo ya que, al menos para mí, cuando la empresa le dice a su empleada: *"…quedando por lo tanto desvinculada laboralmente de P. y B. S.A…."*, le está notificando que no trabajará más en la empresa, con lo cual la está despidiendo.

Y en estos casos, la jurisprudencia ha marcado el camino no sólo en cuanto a la existencia de un "despido" sino también en que es carga del empleador demostrar que no tiene otro puesto para que el trabajador continúe prestando servicios acorde a la incapacidad que padece, tal como lo ha resuelto aquí la sentencia en crisis. Es que cuando el empleador despide con la invocación de no poder otorgar tareas acordes con la capacidad residual del trabajador, no sólo debe acreditar la inexistencia de vacantes en las mismas sino además la imposibilidad de efectuar una rotación que permita al empleado una ocupación compatible con su estado (conf. CNTrab., Sala III, 21/09/90, DT, 1991-B-1647).

Ahora bien, debe quedar en claro y surge de la sentencia en crisis, que la prueba acerca de la imposibilidad de otorgar tareas compatibles con el estado físico de disminución del trabajador, debe hacerla la patronal, o sea que incumbe al empleador acreditar, en el juicio, que le fue imposible el cumplimiento de la exigencia contenida en el art. 212 de la LCT, por no tener tareas para asignar al trabajador, compatibles con su reducida aptitud física (conf. CNTrab., Sala VI, 03/07/91, DT, 1991-B-1662).

Surge de autos y lo ha dicho la a quo en su sentencia, que la demandada no ha demostrado la imposibilidad de otorgarle a la actora tareas compatibles con su estado físico disminuido. Ante tal orfandad probatoria es de aplicación lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 212 L.C.T. y considerar que el empleador estando en condiciones de hacerlo, no le asigna tareas compatibles con su aptitud física o psíquica. Y he aquí la cabal demostración de que no le asiste razón al quejoso cuando afirma que no puede considerarse su conducta como un despido incausado. Y no le asiste porque si el empleador estuviera en condiciones de otorgar al trabajador tareas compatibles con su capacidad disminuida y no se las asignare, la situación se asimila a un despido arbitrario y, en consecuencia, debe

abonarle una indemnización de monto igual a la del art. 245 de la LCT (conf. ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, pág. 570).

Por lo expuesto, el agravio no puede ser atendido y propongo al Acuerdo su rechazo. Así lo voto.

3.4) <u>Cuarto Agravio</u>.

Este agravio está referido a las sumas incluidas en el cálculo de la indemnización por antigüedad a percibir por la actora conforme el art. 245, entendiendo la demandada que se han incluido rubros que no corresponden y los detalla.

Para dar respuesta a la queja es necesario remitirme a la contestación de la demanda. Veo que al referirse al punto "Liquidación" (fs. 49 vta.) que es el que acá nos interesa, la demandada ha hecho las consideraciones y observaciones a la misma que hace al expresar sus agravios. Ha dicho allí que la actora erróneamente ha recurrido a sumar conceptos no remunerativos y de allí que halló diferencias.

En la expresión de agravios la demandada hace referencia a cuáles serían los conceptos que no corresponde incluir en el cálculo por ser "no remunerativos".

Esta Cámara ha tenido ya oportunidad de expedirse en casos similares al que aquí plantea la parte demandada referidas a las sumas convenidas por las partes que suscribieron el CCT 130/75 homologado por la Subsecretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación.

Es que el carácter de "no remunerativa" de las sumas que hoy constituyen el centro de la discusión fue convenido por las partes que suscribieron el referido CCT que fuera homologado (Resoluc. 510/08 y 570/09) lo que figura en los recibos de haberes como "Acuerdo Colectivo Abril 2008" y "Acuerdo Colectivo Abril 2009". Ambas son "no remunerativas", por lo que no integran la base salarial para la indemnización.

No ocurre lo mismo con el ítem *"Acta 05 de diciembre de 2007"* homologado por Resolución Provincial 101/07 de la Secretaria de Trabajo Provincial, implicó una estipulación que se apartó del convenio colectivo vigente para las partes sin que se trate de uno de los supuestos que contemplan los arts. 18 y 19 de la Ley 14.250.

Con respecto al rubro *"Adicional por Zona 15"* se liquidó como suma no remunerativa por disposición de la subsecretaría de Trabajo de la Provincia. Hubo una serie de tramitaciones y recursos con motivo de este ítem, lo que dio lugar al dictado de la Resolución N° 70/07 del Subsecretario de Trabajo que establece una diferencia de costos del 15% por sobre el 20% de adicional por zona y dispone el pago del adicional no remunerativo del 15% que será susceptible de absorción en ocasión del debate paritario. El art. 20 del CCT 130/75 establece para el trabajador de la Pcia. del Chubut un aumento del 20% sobre las remuneraciones que establece el convenio. Pero no se habla de que este adicional por zona desfavorable sea una suma "no remunerativa", por lo que mal puede una resolución de la administración provincial otorgarle el carácter de tal modificando la convención colectiva. Esto es sin perjuicio de que las autoridades de la provincia hayan limitado el porcentual al 15%. Lo concreto es que el *"adicional por zona"* forma parte de la remuneración a los efectos del cálculo de la indemnización que corresponda (por despido, en el caso).

De conformidad con lo aquí expuesto considero que el agravio analizado debe ser atendido por esta Alzada y de allí que propongo al Acuerdo revocar la sentencia en crisis con respecto a que en la base del cálculo para determinar la indemnización del art. 245 LCT deben excluirse los rubros "Acuerdo Colectivo Abril 2008" y "Acuerdo Colectivo Abril 2009". Así lo voto.

3.5) <u>Quinto Agravio</u>.

Por último, se agravia la demandada porque la sentencia dispuso que corresponde aplicarle el incremento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la Ley 25.323, entendiendo que ello no corresponde en este caso.

La intención del legislador al sancionar el art. 2 de la Ley 25.323 fue multar a aquellos empleadores que sin motivo o causa válida omitieran dar cumplimiento con la obligación de pago de las indemnizaciones debidas al trabajador, induciendo a éste a recurrir a la justicia a fin de percibir aquel pago.

Las condiciones para que se condene al pago de la indemnización en tratamiento son dos: a) que la actora hubiera intimado a su empleadora para que le abonaran las indemnizaciones propias del distracto (en el caso se cumplió mediante el instrumento de fs. 9); y b) que ante la conducta reticente de ésta, la trabajadora deba iniciar las actuaciones judiciales tendientes al cobro de las indemnizaciones no abonadas oportunamente (obviamente, este requisito también está cumplimentado).

Es de hacer notar que el art. 2 de la Ley 25.323 no es aplicable exclusivamente a los despidos sin causa, puesto que no cabe distinguir allí donde la ley no distingue, de lo contrario bastaría que el empleador invocara cualquier motivo para tornar ineficaz la normativa legal. Para más, en el caso ha quedado acreditado que la accionante intimó fehacientemente el pago de las indemnizaciones por despido injustificado, que a pesar de ello no fueron abonadas (conf. CNTrab., Sala VIII, Expte. 5645/01, sent. 31.089, 28/02/03, “Rivero, O. c/ La Fármaco Arg. ICSA s/ Despido”).

A lo dicho corresponde remarcar que la demandada le abonó a la actora una indemnización inferior (la del art. 247 LCT) a la que correspondía (art. 245 LCT), por lo que resulta evidente que no obró conforme la exigencia del art. 2 de la Ley 25.323, dando motivo con ello al inicio del presente proceso. Teniendo en cuenta tal proceder y que la actora intimó fehacientemente

para que se le abonara "*la diferencia de indemnización resultante de la aplicación del art. 245 LCT (despido incausado)*" (fs. 9), corresponde imponer la multa que establece la norma antes citada, pero sobre la diferencia existente entre lo abonado y lo que en definitiva debió haber cancelado en su oportunidad (art. 2 in fine ley 25.323) (conf. CNTrab., Sala IX, Expte. 26.851/01, sent. 10.441, 25/04/03, "Efron, E. c/ Amsa S.A. s/ Despido").

De lo hasta aquí desarrollado surge que la sentencia ha aplicado correctamente la normativa en cuestión, por lo que no corresponde admitir el agravio en tratamiento. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

4) <u>Las costas de la primera instancia</u>.

Si bien surge de mi voto la admisión de uno de los agravios planteados por la parte demandada, lo que provoca una revocación parcial de la sentencia dictada por la Magistrada a quo, no es ello causal que justifique la adecuación que establece la norma del art. 282 del ritual, de allí que proponga al Acuerdo ratificar la imposición de las costas y la regulación de los honorarios conforme lo ha dispuesto la Sra. Magistrada sentenciante por ajustarse a las pautas que fija la Ley Arancelaria vigente.

5) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Atento a que la parte demandada resulta perdidosa en el recurso que ha interpuesto, sin perjuicio de la admisión parcial de uno de sus agravios, corresponde hacer aplicación del principio objetivo de la derrota e imponerle las costas de la Alzada (arg. art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de la apoderada de la parte actora, Dra. G. N. C. Q. y de su letrado patrocinante, Dr. J. G. A., por su actuación en esta Instancia, en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su actuación en primera Instancia y los del Dr. J. G., apoderado de la parte demandada, en

el 28% de los que les correspondan por su actuación en la inferior Instancia (arg. arts. 3, 5, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

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

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravios expuestos por los apelantes, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C. bastarán las consideraciones que siguen.

2.

a) La indebida calificación a la dolencia de la actora como incapacidad temporaria en violación a la que establece la ley e inexistencia de análisis del texto conforme lo plantearon las partes.

No ha sido objeto de controversia que la actora R. R. R., sufrió un accidente de trabajo "in itinere" el día 30 de marzo de 2007. El accidente fue denunciado y la actora percibió de la ART, las prestaciones en especie y dinerarias previstas en la LRT.

La Comisión Médica Nº 19 dictaminó con fecha 27 de abril de 2009 que el accidente le causó una incapacidad tipo permanente, grado parcial y carácter provisorio del porcentual de cincuenta y ocho con noventa y seis centésimos (58, 96) debiendo continuar con prestaciones (fs. 17).

Acierta el apelante cuando consigna que en los términos de la ley 24.557 la incapacidad permanente puede tener carácter provisorio. El art. 8 de la LRT dice que existe situación de incapacidad laboral permanente (ILP) cuando el daño sufrido por el trabajador le ocasiones una disminución permanente de su capacidad laborativa. A su vez el art. 9 edicta que la situación de incapacidad laboral permanente que diese derecho al damnificado a percibir una prestación de pago mensual, tendrá carácter provisorio durante los 36 meses siguientes a su declaración, plazo que podrá extenderse por las comisiones médicas por un plazo máximo de 24 meses más, cuando no exista certeza acerca del carácter definitivo del porcentaje de disminución de la capacidad laborativa. A su vez establece que en los casos de incapacidad laboral permanente parcial, el plazo de provisionalidad podrá ser reducido si existiera certeza acerca del carácter definitivo del porcentaje de disminución de la capacidad laborativa.
Con ello doy respuesta al recurrente que al tiempo de disponer el despido de la Sra. R., la incapacidad portante de la actora era permanente y no temporaria cual calificara la señora magistrada.

b) <u>Soslayamiento de las pruebas acreditativas de la inexistencia de un puesto de trabajo, así como ignorar lo exigido por la legislación.</u>

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 prueba aportada, determinó que la empleadora no había logrado probar 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.

Se queja la parte que la señora jueza no ha valorado la prueba rendida específicamente el certificado médico del Dr. M. W. y la declaración testimonial de la Licenciada en Seguridad e Higiene N. H.

El certificado que se adjuntara a fs.36 fue desconocido por la parte y a esos fines debe recordarse que *"La carga de reconocer o negar la autenticidad de los documentos que se acompañan con la demanda sólo es necesaria cuando se trata de instrumentos que se le atribuyen al demandado, mas no cuando se trata de aquellos emanados de terceros."*("L., A. y otro vs. E., S. y otro s/ Indemnización por daños y perjuicios". Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I,

Morón, Buenos Aires; 19-03-1996; Revista de Jurisprudencia Provincial; RC J 400/05).

Negada en tales términos la autenticidad de la documentación acompañada, mal que le pese a la parte, corría con la carga de procurar la validez del mentado certificado médico. (art.381 del CPCC), sin que pueda soslayarse que la parte no ofreció prueba a esos fines. *"Los documentos emanados de terceros tienen el solo valor de un testimonio y son computables en cuanto el emisor los reconozca ante el actuario, en calidad de testigo, pudiendo las partes interrogarlos libremente sobre su contenido".* (D. de S., M. E. y otros vs. E. F. A. s. Daños y perjuicios. Cám. Fed. de Apelaciones Sala II, General San Martín; 15-05-1995; Rubinzal on line; RC J 3995).

En cuanto a la declaración de la Lic. H. de fs. 127, debo señalar que no se le puede otorgar el valor probatorio que pretende la accionada, pues surge que la testigo es quien asesora a la demandada en temas de seguridad y salud ocupacional, por lo cual es un testimonio de atendibilidad restringida.

Por otro lado no puede concluirse con esa declaración, que la empresa se encontraba en la imposibilidad de otorgar tareas a la Sra. R.

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 certificado médico no revalidado en sede judicial y la testimonial referida. Si los ambientes donde podía desempeñarse R. son ruidosos, no era materia prueba, si lo era que R. no podía trabajar en esas condiciones y para ello era menester probarlo con prueba eficaz. 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).

c. <u>Incorrecta aplicación e interpretación del texto del art.212 LCT. Error de apreciación de su naturaleza jurídica</u>.

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 al que remite el art. 212 de la LCT.

Como he expuesto, los supuestos no han sido acreditados en las presentes actuaciones, por lo que 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).

d. <u>Errónea determinación del monto a considerar para una indemnización</u>

La señora jueza admite la liquidación practicada en la pericial contable, al que le otorga plena eficacia probatoria, señalando que de la misma debe detraerse la suma abonada en concepto de indemnización reducida del art. 247 LCT.

Ya he señalado en el punto anterior que cuando la extinción se produce por decisión del empleador y éste no acredita la inexistencias de tareas acordes a la capacidad resultante, corresponde se abone la indemnización común en función a la remisión al art. 245 LCT. *"La remisión a la pauta indemnizatoria del art. 245 LCT, es plena, es decir, con todas las limitaciones allí estipuladas en materia referida al modo de determinación de la indemnización, mínimos legales y tope vigente"* (op. cit , Pág. 47).

Se admitirá el agravio en cuanto se incorporan en la base de cálculo de la indemnización conceptos no remunerativos.

Conforme hemos señalado en anteriores pronunciamientos ("D. Z., M. c/ F. S.R.L. s/ Cobro de Pesos"(Expte. Nº 171 Año 2010) SDL Nº 36/10 y "B. G. N. c/ L. S.R.L. S/ cobro de pesos" (Expte. N° 27 – Año 2011) SDL Nº 31/10 y "S., K. F. C/ P. Y B. S.A. S/ Cobro de pesos. LABORAL" (<u>Expte Nº</u> 264 Año 2011) SDL Nº 64/11).

En los referidos fallos este Cuerpo Jurisdiccional ha formado criterio, en el sentido que siguiendo los antecedentes de orden internacional y nacional no es dable restar efectos a los acuerdos salariales celebrados en el marco de las negociaciones convencionales del CCT 130/75 debidamente homologadas por la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación, mediante el dictado de un acto administrativo que como tal posee principio de legitimidad y de ejecutoriedad.

El carácter no remunerativo de alguna de las sumas que hoy son objeto de discusión, fue convenido entre las partes signatarias del CCT 130/75, homologados por la autoridad administrativa de aplicación, por Resoluciones 510/ 08 y 570/09 y que en los recibos de haberes se han consignado como "Acuerdo Colectivo Abril 2008" "Acuerdo Colectivo Abril 2009". Estas sumas son las que tienen carácter no remunerativo y que quedan fuera del cálculo de la base salarial para la indemnización acordada.

Lo expuesto no alcanza al ítem **"Acta 05 de diciembre de 2007"** homologada por la Secretaría de Trabajo de la Provincia a través de la Resolución Provincial N° 101/07, donde si bien se determinó el pago fijo de una suma fija durante determinado tiempo, y hasta la finalización y tratamiento del art 20 del CCT 130/75 y que generó la Disp N° 1/08 de la Dirección de Negociaciones Colectivas y Gestiones Institucionales de la Subsecretaría de Trabajo Provincial (v. BO 27/06/08 pág 11), implica una estipulación que se aparta del convenio colectivo vigente para las partes y al que hace referencia en su propio texto, sin tratarse de uno de los supuestos previstos por los arts. 18 y 19 de la ley Nº 14.250 (t.o.).

El rubro **adicional por zona 15%,** fue liquidado como suma no remunerativa por así haberlo dispuesto la Subsecretaría de Trabajo Provincial.

El mismo fue establecido por Resolución 22/07 del Subsecretario de Trabajo de la Provincia del Chubut quien decidió, a través de la misma, modificar el artículo 20 del CCT 130/75, para la provincia del Chubut, elevando el adicional por zona desfavorable al 35%. Esta resolución fue recurrida jerárquicamente por las distintas Cámaras de Comercio de la provincia, provocando que el Ministro de Gobierno declarara la nulidad de la Resolución Nº 22/07 y ordenara a la Subsecretaría de Trabajo el dictado de una nueva resolución que ordenara a los empleadores continuar abonando las sumas antedichas pero como adicional no remunerativo del 15%, lo que dio finalmente lugar al dictado de la Resolución Nº 70/07 del Subsecretario que establece una diferencia de costos del 15% por sobre el 20% de adicional de zona y, en consecuencia, dispone el pago del adicional no remunerativo del 15% "que será susceptible de absorción en ocasión del debate paritario".

El Art. 20 del CCT 130/75 establece que *"el trabajador comprendido en esta convención colectiva, que se desempeñe en las provincias de Chubut y Santa Cruz, Gobernación Marítima de Tierra del Fuego, Sector Antártico, Islas Malvinas y demás Islas del Atlántico Sur, recibirá un aumento del 20% sobre las remuneraciones establecidas en el presente convenio, correspondiéndole al trabajador de las provincias de Río Negro y de Neuquén un aumento del 5% sobre las remuneraciones establecidas en el mismo."*

En modo alguno se establece que el adicional por zona desfavorable, resulta una suma no remunerativa y mal puede por vía de una decisión administrativa provincial, darle tal carácter, alterando los términos de la negociación colectiva. No es obstáculo para así resolverlo, que la autoridad provincial lo haya limitado a la diferencia entre lo dispuesto en el convenio colectivo y los costos en la zona (15 %). En definitiva el "adicional por zona", integra la remuneración a considerar como base de la indemnización acordada.

Por estos argumentos se admitirá parcialmente el agravio, revocándose parcialmente la demanda, debiendo en la etapa de ejecución de sentencia detraerse de la base de cálculo para la indemnización del art. 245, las sumas consignadas en los recibos salariales como "Acuerdo Colectivo Abril 2008" y "Acuerdo Colectivo Abril 2009".

e. <u>Incorrecta aplicación de una multa</u>

El agravio debe desestimarse.

Conforme me he expedido a la cuestión de fondo, 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.

Aún cuando pueda afirmarse que las prestaciones previstas por los diferentes apartados del art. 212 L.C.T. tienen distinta naturaleza jurídica, 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).

Por su lado se ha decidido que *"...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).

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

3.

Las costas:

Las costas de primera instancia.

La revocatoria parcial de la sentencia, no altera los parámetros considerados por la señora jueza de grado para su distribución ante los vencimientos parciales y mutuos, por lo que no corresponde readecuar la imposición de las costas ni los honorarios allí dispuestos, que se ajustaran al monto de condena que en definitiva resulte.

Las costas en la Alzada

Las costas en la Alzada deben imponerse a la demandada recurrente (art. 69 CPCC). Tengo para ello en cuenta que aún cuando se propicie la reducción de la base de cálculo indemnizatorio, el recurso de apelación ha sido desestimado en lo sustancial que se resuelve. Conforme su mérito, extensión y resultado obtenido los honorarios de los Abs. G. C. Q. y J. G. A. se estipulan en el 15% a cada uno y los del Ab. J. G. en el 28%, en todos los casos sobre la base de los que resulten determinados en la instancia anterior (art. 5 y 13 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.)

Por todo lo expuesto, voto a la cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.**

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

De compartir mis colegas de esta Excma. Cámara lo propuesto en mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 154/161 vta., para detraer del cálculo indemnizatorio las sumas consignadas en los recibos salariales como "Acuerdo Colectivo Abril 2008" y "Acuerdo Colectivo Abril 2009", **CONFIRMANDOLA** en lo demás que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (conf. art. 69 CPCC).

3) REGULAR por la actuación en la Alzada, los honorarios de la apoderada de la parte actora, Dra. G. N. C. Q. y de su letrado patrocinante, Dr. J. G. A., por su actuación en esta Instancia, en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su actuación en primera Instancia y los del Dr. J. G., apoderado de la parte demandada, en el 28% de los que les correspondan por su actuación en la inferior Instancia (arg. arts. 3, 5, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Heraldo Fiordelisi.

Así lo voto.

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

Puerto Madryn, de mayo de 2012.

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

S E N T E N C I A

1) REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia dictada a fs. 154/161 vta., para detraer del cálculo indemnizatorio las sumas consignadas en los recibos salariales como "Acuerdo Colectivo Abril 2008" y "Acuerdo Colectivo Abril 2009", **CONFIRMANDOLA** en lo demás que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas de la Alzada a la parte demandada (conf. art. 69 CPCC).

3) REGULAR por la actuación en la Alzada, los honorarios de la apoderada de la parte actora, Dra. G. N. C. Q. y de su letrado patrocinante, Dr. J. G. A., por su actuación en esta Instancia, en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su actuación en primera Instancia y los del Dr. J. G., apoderado de la parte demandada, en el 28% de los que les correspondan por su actuación en la inferior Instancia (arg. arts. 3, 5, 7, 9, 13 y concs. Ley XIII N° 4 y su modificat.).

4) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL