En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de octubre del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi y asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M. E. E. c/ A. S.A. s/ cobro de pesos- LABORAL "** (Expte. Nº 241 - Año 2012) venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 509/0), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA: ¿**Es justa la sentencia apelada? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 312.

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

1.

La Sra. Jueza de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 279/288, admitiendo la demanda promovida por E. E. M., en contra de A. S.A., condenando a esta última al pago de pesos 14.490,81 con más intereses.

Para arribar a dicho monto de condena, tuvo en cuenta, en lo pertinente, que la actora padeció una afección en su salud, denominada síndrome túnel carpiano bilateral, y que disuelto el vínculo se le abonó la indemnización prevista en el art. 212, 2° párr., LCT.

En tales términos, consideró que debía analizarse la existencia de la imposibilidad de asignar tareas adecuadas, invocada por la demandada, acordes a la nueva capacidad laborativa de la trabajadora que justificara el despido dispuesto.

A tales fines, estimó que la accionada era quien debía probar la falta de puestos de trabajo con tareas acordes para el trabajador incapacitado, y, a partir de tal premisa, valoró la prueba rendida en autos.

Tras ponderar el dictamen de fs. 173, que da cuenta de la inconveniencia de exponer la región afectada al frío y a la humedad, consideró el informe técnico de fs. 151/161 del Ing. M. Este informe dio cuenta que la planta de la empresa consta de seis áreas y que la correspondiente al sector administrativo de recepción y telefonía podría ser el lugar adecuado de trabajo de la actora.

Analizó las declaraciones testimoniales de fs. 128 (S.) y fs. 130 (V.).

Tras el mérito de dichas probanzas, concluyó que la demandada no probó la imposibilidad fáctica de asignarle tareas compatibles con su aptitud física, y que, al tiempo del distracto, existían tareas que la actora bien pudo realizar (compatibles con su salud), que no implicaban la creación de un nuevo puesto de trabajo y que hubieran implicado la continuación de la relación laboral.

Finalmente, tras reconocer los rubros indemnizatorios, y en lo concerniente a la pauta numérica tomada por la pericia contable como base de cálculo, se apartó de ella, fijando como mejor remuneración normal y habitual la habida en julio de 2008 de $1.878,29, de conformidad con el certificado de trabajo acompañado a autos.

Impuso costas y reguló honorarios de los profesionales intervinientes.

2.

A fs. 290 la demandada apeló la sentencia, expresando agravios a fs. 297/302. Del mismo se corrió traslado a fs. 303, siendo contestado por la actora a fs. 304/307.

3.

Se agravia el demandado, pues sostiene que el decisorio ha confundido el concepto de las tareas que la trabajadora “podía ejecutar” o “tareas compatibles” con su aptitud psicofísica, con “tareas livianas”, ya que ello repercute notablemente en la resolución de la causa.

En un pasaje de la resolución que ataca se sostiene que la causa no imputable al empleador “debe tornar imposible otorgar tareas livianas”, y en otro, hace referencia a las “tareas livianas” mencionadas en la norma, quejándose pues no son esos los términos de la prescripción normativa. Es decir, que la norma del art. 212 no menciona la expresión “tareas livianas” (que significaría comparar a esas tareas con otra, circunstancia subjetiva de por sí), sino que apunta a las tareas “acordes” con las nuevas capacidades del trabajador.

Concluye de esa manera, que el análisis del reclamo del trabajador, debió haber sido analizado por el decisorio en crisis a la luz de “tareas compatibles” con la aptitud psico-física de la trabajadora, mas no con referencia a su posibilidad o no de realizar tareas livianas, sosteniendo que dicha aptitud (no poder realizar movimientos repetitivos con ambas manos) no permitía realizar tarea alguna para la empleadora.

Contrariamente a lo expuesto en el agravio de la demandada, el decisorio de autos comienza señalando que es menester verificar si es real la causa de despido invocada por la empleadora. Es decir, si existió imposibilidad de *asignar tareas acordes a la nueva capacidad laborativa* de la trabajadora, agregando que era ésta quien debió acreditar que la actora no se encontraba en condiciones de efectuar ninguna de las tareas que se desarrollan en la empresa.

De modo tal que, en verdad, los términos vertidos en la queja con respecto a la asignación de tareas livianas a que hace referencia el pronunciamiento en alguno de sus pasajes, no dejan de ser citas jurisprudenciales vinculadas con el tema que viene analizando, y que el recurrente ha sacado de contexto.

Es decir, la lógica desarrollada por la pieza sentencial hunde sus raíces en la posibilidad o no de asignar *tareas acordes, compatibles con su estado*, que no son, ni más ni menos, que los presupuestos fácticos a que refiere la norma del art. 212, 3ª. Parte, LCT.

Por ello, no asiste razón al apelante, quien, a mi juicio pretende forzar los dichos del decisorio en cuestión, sin que su queja refleje ciertamente lo expresado en el pronunciamiento.

En síntesis, el recurso cuestionó en forma dogmática y sin consistencia alguna aspectos parciales de la decisión, los que sacó de contexto y que ameritan su rechazo (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Empresa Nacional de Telecomunicaciones (en liquidación) c. Telefónica de Argentina S.A. s/contrato administrativo”, 31/07/2012, LA LEY 16/08/2012, 7, JA 2012-08-29, 51, DJ

03/10/2012, 37, AR/JUR/35828/2012).

3. 2.

También se agravia la accionada, considerando que el decisorio no analizó la prueba rendida por su parte, de notable trascendencia para la resolución de la litis. Tal el caso de la terapeuta ocupacional enviada por la ART, las conclusiones de la Comisión Médica N° 19, el Dr. C., en su carácter de especialista médico reconocido, el testimonio de fs. 137, la pericia de fs. 152, los dichos de los testigos de la actora en cuanto hacen mención a “tareas livianas”. Dichas probanzas, señala, han sido desestimadas para permitir la valoración de otras de notable vaguedad, al tiempo que no hizo mención alguna a la negativa de recalificación y recapacitación que luce a fs. 201/202.

Debe señalarse en primer término, que el juzgador forma su convicción a través de los elementos de prueba que estima esenciales y suficientes para resolver el pleito, sin necesidad de tener que referirse a la totalidad de los que se hubieran producido en los autos (art. 390, del CPCC).

Es decir, el magistrado decide el litigio conforme las acciones deducidas en el juicio, según las causas invocadas y con arreglo a las pruebas aportadas, no siéndole impuesto como obligación que debe expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas "sino únicamente las que fueren esenciales y decisivas para el fallo de la causa" (conf. arts. 165 y 390, del CPCC).

No obstante ello, y para aventar cualquier duda al respecto y robustecer la postura del decisorio en cuestión, es dable recordar que la demandada sostuvo en su conteste que la cuestión central de la litis se reducía a determinar si existían en la empresa tareas laborativas acordes a la nueva capacidad laborativa de la actora, y si ella estaba en condiciones de cumplir con las mismas, adelantando que no se encontraba en condiciones mínimas de acceder siquiera a la planta de la empresa ya que no podía realizar tareas repetitivas de los miembros superiores, es decir, el uso constante de sus manos y brazos.

Centró su defensa en que, por la actividad de la pesquera (captura, procesamiento e industrialización de pescados) el uso de las manos es de fundamental importancia, y la empresa carecía de puestos de trabajo donde pudiera prescindir del uso de los miembros superiores. A ello, sumó que la actora no tenía capacitación para la realización de tareas administrativas, por no contar con estudios secundarios. De allí que no puede pretenderse que la empresa invente un puesto de trabajo o

sustituya en el mismo a otro trabajador, resultando contradictoria la pretensión actora de laborar en el depósito donde se arman las cajas para envasar pescado, cuando en él, es necesario el uso de las manos.

Debe señalarse que la acreditación de la imposibilidad de asignar otras tareas al trabajador que sufre la disminución de su capacidad laborativa no se encuentra a cargo de éste, sino de quién la invoca, es decir el empleador (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, "Aparicio Morales, Martha Luisa c. Sulimp S.A. y Otro" 30/11/2009, Exclusivo Derecho del Trabajo Online, AR/JUR/49051/2009).

En este aspecto, es de trascendental importancia el análisis de la pericia técnica rendida en autos a fs. 160/161, en cuyas conclusiones pone de manifiesto que la actora podría realizar tareas administrativas, en el área de recepción y telefonía, que son zonas de trabajo liviano, sin perjuicio de la recapacitación a la que la actora debería someterse, si su nivel educativo lo permite.

Tal aserto no resultaba óbice a la falta de estudios secundarios, pues en todo caso, era la demandada quien debía acreditar el nexo causal entre la limitación de sus conocimientos y las tareas sugeridas por el experto. Tampoco resultaba óbice la manifestación señalada en la demanda respecto de la posibilidad del armado de cajas de envase de pescado, pues ella lo citó como un simple ejemplo a tener en cuenta.

Tampoco el argumento de su negativa a ser recalificada puede tenerse en cuenta (fs. 200/201) pues ello no ha sido invocado en su conteste, y mal puede ser considerado en esta Instancia, por exceder el marco del litigio. Jurisprudencialmente se ha señalado que el ámbito de conocimiento de los tribunales de Alzada, se encuentra limitado por el contenido de las cuestiones sometidas al juez de primera instancia, no siendo admisible la deducción de pretensión ajena a la que fuera objeto de debate en la instancia precedente (cfr. art. 280, del CPCC; CAPM, "Barria, Sofía mabel c/ V.W SRL s/ Cobro de Pesos (expte. 155/2011" 37/11, SDL; Cám. Apel. Civ.

Com. Minería, de Paz y Tributaria de Mendoza, 08.08.98, in re: “Soto, Pablo F. y o. c/ Oreste Rouselle, Julio V.”, LL Cuyo 1999,893, AR/JUR/876/1998).

Las afirmaciones de la Comisión Médica N° 19, no pueden tener por acreditada la imposibilidad de asignar otras tareas al trabajador compatibles con la capacidad laborativa de la empleada, atento el tenor de su minusvalía. Lo mismo ha de suceder con el médico, sea las afirmaciones del Dr. C., como las del perito de fs. 173, cuyas expresiones han de ser tenidas en cuenta para evaluar el alcance de la merma discapacitante de la actora, pero en modo alguno acreditar el extremo que corría a cargo de la demandada rendir (art. 380, del CPCC).

En cuanto a las conclusiones de la terapeuta ocupacional de fs. 70, no advierto cuáles son los fundamentos que tuvo en mira para concluir del modo en que lo hizo.

Digo ello así, pues no surge de ninguno de los elementos de prueba señalados -y que constituyen objeto de queja- que se hubiera realizado un relevamiento en la sede de la empresa tendiente a arribar a tales conclusiones, con la salvedad de la pericia técnica a que he hecho referencia, razón por la cual califiqué de “trascendente importancia”.

No se puede concluir sobre lo que no se conoce, y en ese sentido mal pudieron cualquiera de estos profesionales haber aseverado sobre la imposibilidad de tareas compatibles.

Por tal razón, considero que el enfoque que pretende dar a su queja el recurrente es errado, en tanto y en cuanto, no se dirige a atacar el decisorio por haber omitido aquella prueba que era de su incumbencia rendir, sino otra, que resulta irrelevante a los fines de dilucidar el conflicto suscitado en autos, ya que la dolencia de la actora no se encontraba controvertida.

Por lo demás, estimo que el decisorio de autos ha dado debida cuenta de las pruebas rendidas, mal que le pese al recurrente en orden a que su queja

tiene entidad de discrepancia con la que el juzgador ha considerado esencial para dar solución al conflicto de autos (arts. 167 y 390 del CPCC).

Propondré al Acuerdo que se desestime este aspecto del agravio.

3.3.

Finalmente, causa agravio al demandado la base de cálculo del decisorio para la fijación del monto de condena. Ello así, pues señala que el pronunciamiento se apartó de la pericia contable, tomando como mejor remuneración normal y habitual la de julio de 2008, sin dar fundamento alguno sobre tal conclusión.

El decisorio en crisis, efectivamente, estimó apartarse de la base de cálculo tenida en cuenta por la contadora de autos, sin dar explicación de las razones que tuvo para ello, tomando como base la de aquél mes, consistente en $ 1.878,29, que surge del certificado de trabajo acompañado en autos.

Adelanto mi opinión favorable a la queja.

En primer lugar, pues la pericia contable tuvo por tal a la del mes de febrero de 2009, de $ 1.567,48, sin que al respecto la actora formulara objeción alguna tras el traslado de fs. 257.

En segundo lugar, relacionado con el anterior, pues se ha dicho que, para apartarse de las impugnadas conclusiones del dictamen pericial, el juez debe dar y exponer razones de peso suficiente y que se encuentren avaladas por otras constancias de la causa. (cfr. Cámara 2a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sala III, Causa B. 44.370, 20/04/1978, AR/JUR/3850/1978), circunstancia que no se ha verificado en la sentencia de autos.

Aunque el consejo experto no es vinculante, no parece coherente con la naturaleza del discurso judicial apartarse de él sin motivo, pues, a pesar de que en nuestro sistema la pericia no reviste el carácter de prueba legal, si el perito es una persona especialmente calificada por su saber específico y se

desempeña como auxiliar judicial distinto de las partes, la prudencia aconseja aceptar los resultados a los que aquél haya llegado, en tanto no adolezcan de errores manifiestos o no resulten contrariados por otra probanza de igual o parejo tenor (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo, Corte Suprema de Justicia de la Nación 12/06/2012, LA LEY 26/06/2012 , 7, LA LEY 24/08/2012 , 6 DJ 19/09/2012 , 37, AR/JUR/23570/2012).

Finalmente, pues, habiendo extraído el monto del certificado de trabajo adunado en autos, no logra explicar el decisorio las razones tenidas en cuenta para considerar que la consignada en julio de 2008 era la mejor remuneración, normal y habitual del actor, habida cuenta que el art. 165, inc. 5) del CPCC obliga al sentenciante a fundar su decisorio, al mismo tiempo que el art. 34, inc. 4) del mismo ordenamiento adjetivo, exige que, además de fundarlo debe respetar el principio de congruencia, siendo que tal extremo no fue materia de litis, por lo que resulta atentatorio del art. 18, CN.

Por tal razón, no habiendo razones de orden técnico que hagan plausible apartarme de las conclusiones periciales de fs. 254/256, corresponde estarse a lo allí dictaminado en orden a la mejor remuneración normal y habitual, la que fue fijada en el monto percibido por la actora en febrero de 2009.

Consecuentemente, en la etapa de ejecución de sentencia, la perito contable de autos deberá proceder a realizar la liquidación correspondiente, conforme con los rubros admitidos en el pronunciamiento, sobre la base de cálculo de la mejor remuneración consignada en su labor pericial (respuesta a la pregunta 5, de fs. 255).

Corresponde por tanto admitir este aspecto del agravio.

4.

Con respecto a las costas de la Instancia anterior, y en orden a la readecuación que contempla la norma del art. 282, del CPCC en supuestos en que la sentencia fuere revocatoria de la de Primera Instancia, considero que no existe mérito para modificar el modo en que se impusieron las costas, ni el modo en que se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes, por cuanto tal modificación que se propiciará, no altera lo sustancial de su decisión.

5.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las costas deben ser impuestas en el orden causado (art. 72, del CPCC).

6.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, a los Dres. M. A. y F. A., apoderados en doble carácter de la actora, en el 13,5%, para cada uno de ellos, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA, si correspondiere y los de los Dres. D. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la demandada en el 13,5% para cada uno de ellos, de los que les correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA**

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

1) Antecedentes – La Sentencia y Los Agravios.

El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas ha desarrollado al comenzar su voto los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la parte demandada

recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, encontrándose cumplimentados los recaudos de ley, corresponde me aboque directamente al tratamiento de los agravios de la apelante.

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

2.1) <u>El estado de salud de la actora y las tareas que podía desempeñar</u>.

Bien ha destacado el Sr. Juez Dr. Vivas en el voto precedente que la quejosa afirma que la sentencia ha confundido las tareas que la trabajadora actora podía ejecutar acorde con su incapacidad, o las tareas acordes, con las "tareas livianas" que no surgen del texto del art. 212 LCT. En base a esta postura hace un extenso desarrollo basado en el estado de salud de la actora y en la calificación de las tareas que podría realizar, pero se aleja -con total evidencia, para mí- del centro de la cuestión. Y ese centro está en la propia normativa aplicable al caso y es en el que se apoyó la patronal para despedir a la actora, me refiero al Art. 212 de la L.C.T. La misma es muy clara al decir que *"si del accidente o enfermedad resultare una disminución definitivas en la capacidad laboral del trabajador, y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía, el empleador deberá asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración"*. Luego la norma contempla que *"si el empleador no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuera imputable, deberá abonar al trabajador una indemnización igual a la prevista en el art. 247 de esta ley. Si estando en condiciones de hacerlo no le asignare tareas compatibles con la aptitud física o psíquica del trabajador, estará obligado a abonarle una indemnización igual a la establecida en el art. 245 de esta ley"*.

Con lo cual queda para mí muy claro que la cuestión no está en discutir sobre tareas "livianas" o tareas "compatibles" o tareas "acorde" con la aptitud física del trabajador sino en determinar -como bien lo ha dicho la Magistrada a quo- si el empleador ha logrado demostrar durante el proceso

que carecía de labores para otorgar a la actora conforme la incapacidad que le quedara luego de su enfermedad. Con lo cual es evidente que la agraviada equivocó el camino para justificar su queja.

En estos casos, la jurisprudencia ha marcado el camino no sólo en cuanto a 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). Ninguna referencia concreta ha hecho la quejosa sobre este aspecto y en modo alguno ha rebatido la conclusión de la sentencia cuando afirma que *"...debió probar la falta de puestos con tareas para el trabajador incapacitado, en los términos del art. 212 LCT…"* y que *"…Luego del análisis probatorio de la causa, se observa que no cumplió la accionada con la carga de acreditar la imposibilidad de asignar tareas acorde a su aptitud laboral, la exigencia de justificar la imposibilidad…"*.

Además confunde la recurrente el enfoque de su agravio porque hace referencia a pruebas producidas por su parte donde se acreditó mediante la opinión de profesionales médicos especializados en la materia que existían diversas funciones que la parte actora no podía realizar con sus manos y

brazos. Y digo que hay una confusión de parte de la demandada porque lo que debía demostrar -permítaseme la reiteración- era la imposibilidad clara, concreta y terminante de otorgarle a la actora un lugar dentro de la empresa donde pudiera desarrollar tareas acorde a su estado de salud, conforme la obligación que le impone la norma del art. 212 LCT. De ningún punto de su agravio surge que la demandada haya cumplimentado tal carga probatoria, de allí la insuficiencia de la queja en tratamiento.

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.

2.2) <u>La valoración de las pruebas en la sentencia</u>.

Forma parte de los agravios de la quejosa un capítulo relativo a que la sentenciante no analizó la prueba producida por su parte y que resulta -a su entender- conducente para resolver la cuestión. Es así que hace referencia al informe de la terapeuta ocupacional de la ART, las conclusiones de la Comisión Médica N° 19, la especialización del Dr. C., el testimonio de fs

137, el dictamen pericial de fs. 152 y los dichos de los testigos propuestos por la parte actora que hacen referencia a las “tareas livianas”, las que no han sido evaluadas por la sentencia que tuvo en cuenta otras probanzas para arribar a la decisión final.

He dicho ya ante planteos similares que 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 las cuestiones fundamentales (doct. art. 390 CPCC; conf. SCBA, Ac. 22330 del 13/10/76; Ac. 33589 del 02/11/84; Ac. 33693 del 25/09/84; Ac. 41085 del 07/07/89; Ac. 82248 S 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 (conf. CAL Zamora, Sala I, C. N° 58.267, reg. Sent. Def. 545/03).

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 dudas una declinación del principio del art. 390 y concs. del CPCC.

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 ritual.

De la valoración que ha hecho la Magistrada del inferior sobre las pruebas producidas en autos, no advierto que surja algún procedimiento absurdo o arbitrario que merezca reproche por parte de esta Alzada, al menos ello no ha sido demostrado por la recurrente en sus agravios. Su planteo muestra sí un claro y manifiesto disconformismo y discrepancia con lo resuelto en la instancia inferior pero en modo alguno consigue brindar elementos válidos que permitan a esta Alzada revocarlo conforme sus pretensiones.

Es evidente que los argumentos vertidos por el recurrente sobre los testigos declarantes en autos y demás pruebas que menciona y la importancia y/o influencia que ello tiene o puede dejar de tener en sus dichos, no alcanzan a derrumbar los postulados de la sentencia. O sea, el quejoso no demuestra en forma clara, terminante y precisa de qué forma debió valorarse esta prueba producida en el proceso y cómo ello hubiese influido directamente en el dictado de una decisión distinta a la que se ha dictado. Ante esta falencia de la fundamentación recursiva, el agravio carece de solidez y no puede ser oído por esta Alzada.

Solo acotaré a lo hasta aquí dicho que ante la postura de la patronal de que la actora no estaba en condiciones de realizar otras tareas distintas a las que venía realizando y que no había en la empresa un lugar donde ubicarla conforme a su estado de salud, surge del dictamen de fs. 160/161 que la actora podría realizar tareas administrativas, en el área de recepción y telefonía, que son zonas de trajo liviano, sin perjuicio de la recapacitación a la que debería someterse si su nivel educativo lo permite.

El achaque sobre el no haber cursado la reclamante estudios secundarios no adquiere relevancia a favor de la demandada pues es precisamente el empleador quien debió acreditar la relación existente entre esa falta de

estudios y las tareas que podría haber desempeñado acorde con su incapacidad.

Con respecto a la queja centrada en que la actora se negó a ser recalificada, es una cuestión no sometida a la consideración en la instancia inferior. Por lo tanto, este Cuerpo está impedido de tratarlo en esta instancia (arg. art. 280 CPCC).

En lo que respecta a las cuestiones médicas invocadas por la agraviada, en modo alguno adquieren significación porque –reitero- se ha equivocado el centro a enfocar por la problemática que no era el estado de salud de la reclamante sino la posibilidad de que la empresa le otorgara tareas acorde con su estado de salud luego de la incapacitación sobrevenida. Por lo tanto, lo que debió demostrarse por parte del empleador es la absoluta imposibilidad inculpable de otorgarle nuevas tareas que pudiesen ser cumplidas a pesar del grado de incapacidad que padece. Esta prueba brilló por su ausencia y de allí que ninguna razón le asista la queja al pretender desviar la cuestión por otros carrilles manifiestamente improcedentes e inconducentes para la solución del caso.

Lo hasta aquí dicho y fundamentado, me conducen a proponer al Acuerdo el rechazo del agravio en análisis. Así lo voto.

2.3) <u>La base del cálculo para determinar la condena</u>.

Agravia a la demandada que la sentencia haya dejado de lado el dictamen pericial contable para fijar la mejor remuneración normal y habitual en base a la cual determinar el monto de la condena. Según la queja no existe ninguna explicación sobre las razones que llevaron a la sentenciante a apartarse del dictamen pericial y que se ha tomado un valor para el cálculo de las indemnizaciones que no está debidamente fundado.

Ante la situación que aquí se ha presentado es para mí esencial tener en cuenta que lo que legitima (hace admisible) la prueba pericial es, en

realidad, el hecho de que la apreciación de los hechos controvertidos requiera de conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 461 CPCC). Eso basta.

En definitiva la prueba pericial tiende a legitimar la decisión jurisdiccional y a reforzar la confianza acerca de su certeza, e incluso permite a las partes actuar y contradecir durante el mecanismo de recepción de la prueba, lo que no podría hacerse en el caso del juez-perito. Aunque, la praxis nos impone reconocerlo, la real operatividad, utilidad y valía de la prueba pericial radican en el complemento del conocimiento del magistrado en saberes no jurídicos (conf. QUADRI, G.H., "La prueba en el proceso civil y comercial", Abeledo Perrot, ed. 2011, T. II, pág. 1266).

La jurisprudencia cordobesa se ha ocupado de señalar que la pericial tiene una doble vertiente: a) verificar e informar sobre hechos que requieren conocimientos especiales que escapan a la cultura común del juez y de las personas, a la par que explicar sus causas y sus efectos, y b) suministrar las reglas técnicas o científicas de la experiencia especializada de los peritos para formar la convicción del juez sobre tales hechos (conf. C.Civ.Com. Córdoba, Sala 6ª., 20/02/07, AP 1/70041836-4).

El Código procesal establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez al tener en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (art. 481 CPCC).

Valorar la prueba pericial significa verificar los juicios de hecho del experto mediante un análisis lógico-gnoseológico de ese fenómeno que se denomina "peritaje" y del seno del cual surgen los juicios que constituyen el dictamen, lo que en definitiva permite al juzgador expresarse sobre la

materia litigiosa, sin necesidad de hablar de temas que no conoce (conf. C.Civ.Com. La Matanza, Sala I, 16/03/04, AP 1/1001525).

Denti ha dicho que no se puede pedir al juzgador que posea una ciencia superior a la del perito, que le permita rehacer por su cuenta la valoración efectuada por él; pero se le debe pedir que controle el grado de aceptabilidad, según el conocimiento común, de los métodos científicos o bien la racionalidad del procedimiento seguido por el perito (conf. DENTI, V., *"Cientificidad de la prueba, en relación principalmente con los dictámenes periciales y la libertad de apreciación del juzgador"*, Revista Iberoamericana de Derecho procesal, N° 2-3, Madrid, 1972).

Es totalmente cierto que el juez puede apartarse del dictamen pericial, pues -como es sabido- éste, en principio, no lo constriñe. Pero para apartarse de las conclusiones del experto existe un requisito insoslayable: expresar las razones (suficientes y objetivas) que tiene para ello, fruto de un análisis crítico, profundo y serio tanto de sus fundamentos como de sus conclusiones que desacredite, y así descalifique como tal, el peritaje realizado con base en otros elementos no menos convincentes. Ello así, pues debe evitarse que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad y trasunte un proceder arbitrario, caprichoso o infundado y una (indebida) sustitución del sistema de la sana crítica racional por el de la íntima convicción. Concretamente: la argumentación descalificatoria de las conclusiones periciales debe ser razonable y fundada. Así el juez no puede ignorar lisa y llanamente la opinión del facultativo, dejar de valorarla o apartarse del resultado de la pericia sobre la base de razonamientos subjetivos, que no consultan la realidad de las constancias de la causa y llevan ínsito un claro voluntarismo. Tampoco puede descartar las conclusiones periciales so pretexto de su propia falta de capacitación técnica para entenderla (cuando el método y las conclusiones se han expresado suficientemente), ni apartarse de ellas en virtud de acudir

solamente a sus conocimientos privados, técnicos o científicos, pues ello implicaría sustituir al perito en los conocimientos propios de la ciencia de que se trate y, al igual que no es lógico que el perito sustituya al juez, tampoco es dable que éste sustituya a aquél (conf. QUADRI, G.H., ob. cit., T. II, pág. 1357).

Se habla de dos presupuestos para aceptar la fuerza probatoria de la peritación: a) el presupuesto de que el perito no cae en error y b) el presupuesto de que no tiene intención de engañar (conf. Cám. 1ª. Civ. Com. La Plata, Sala 3ª., 11/08/92, Juba, Sum. B200841).

En ampliación de esto se ha dicho que el fundamento del mérito probatorio de la peritación radica en una presunción concreta, para el caso particular, de que el perito es sincero, veraz y posiblemente acertado, cuando es una persona honesta, capaz, experta en la materia de que forma parte el hecho sobre el cual dictamina, que además ha estudiado cuidadosamente el problema sometido a su consideración, ha realizado sus percepciones de los hechos o del material probatorio del proceso con eficiencia y ha emitido su concepto sobre tales percepciones y las deducciones que de ellas se concluyen, gracias a las reglas técnicas, científicas o artísticas de la experiencia que conoce y aplica para esos fines, en forma explicada, motivada y convincente (conf. DEVIS ECHANDIA, H., "Teoría general de la prueba judicial", 3ª. ed. 1974, T.II, pág. 321).

Es así que la CSJN ha señalado que en cuestiones de carácter predominantemente técnico no es admisible que el medio probatorio idóneo (la pericial) sea sustituido válidamente por otro (CSJN, 19/11/91, JA 1992-II-153).

Sobre la base de lo hasta aquí dicho, se pueden sentar -como pautas genéricas- las siguientes: 1era.) cuando tratándose de una cuestión fáctica de orden técnico o científico es prudente atenerse al dictamen del perito, en la medida en que éste se encuentre debidamente fundado, sus conclusiones

resulten claras, asertivas y categóricas y si no resulta contradicho por otras probanzas o argumentos de mayor atendibilidad (conf. Fallos 183:19; CSJN, 14/11/06, AP 4/60833; 30/09/08, AP 4/67765 y AP 4/68115; Cám. Fed. La Plata, Sala 1ª., 03/07/84, JA 1984-III-síntesis y 04/09/84, JA 1985-II-566, entre muchos más); y 2da.) para desvirtuar el dictamen debe contarse con elementos que permitan concluir fehacientemente en el error o el inadecuado uso que el experto hubiese hecho de los conocimientos técnicos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (conf. CNCiv., Sala M, 08/03/93, LL 1993-E-476 y 16/12/04, AP 1/70056393-1; íd. Sala E, 29/03/96, LL 1996-D-729; 24/02/97, LL 1997-D-581; 12/08/97, LL 1998-A-39; entre muchos otros).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial contable producido en autos (fs. 254/256) está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en materia contable, cuya objetividad, idoneidad e imparcialidad se encuentran garantizadas y sus conclusiones no han sido desvirtuadas científicamente durante el desarrollo del proceso (arg. art. 481 y concs. CPCC).

En base a lo que acabo de referir, no comparto el procedimiento empleado por la Sra. Magistrada del inferior en cuanto ha dejado de lado la pauta numérica tomada por la Contadora como base de cálculo, apartándose de la misma sin fundamentación alguna que avale tal apartamiento. Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto al punto en cuestión que él ha vertido en su dictamen, no cuento como juez con elementos científicos probatorios y sólidos que no me permitan considerar válido ese importe en virtud de un error que hubiere cometido la experta en su actuación. Nada se ha demostrado aquí acerca de que la perito haya incurrido en un error o que existan probanzas científicas serias que demuestren que sus conclusiones son incorrectas o carentes de bases

científico-técnicas; por lo tanto, corresponde otorgar pleno valor probatorio al mismo y avalar sus conclusiones (arg. art. 481 y concs. CPCC).

Es por ello que opino que debe ser revocada la decisión de la Magistrada a quo en cuanto ha determinado un monto como mejor remuneración normal y habitual de la actora distinto del que surge de la pericial contable y en su lugar mantener la que la experta ha volcado en su dictamen (respuesta a la 5ta. pregunta de fs. 255) para realizar los cálculos indemnizatorios correspondientes en la etapa de ejecución de sentencia. Así lo voto.

3) <u>Las costas de primera instancia</u>.

En lo que hace a la imposición de costas de la primera instancia y conforme lo normado por el art. 282 del ritual, comparto el criterio expuesto por el Sr. Juez de Cámara Dr. Vivas en cuanto a que no existe mérito para modificar el modo en que las mismas han sido impuestas, ni el modo en que han sido regulado los honorarios de los profesionales actuantes. Dado que tal modificación que pudiera proponerse no alterará la sustancia de la decisión.

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

En lo que hace a las costas de la Alzada y teniendo en cuenta la forma en que he propuesto para solucionar las cuestiones debatidas, comparto el criterio del Sr. Juez preopinante Dr. Vivas en que deben ser impuestas en el orden causado (arg. art. 72 del CPCC).

Con respecto a los honorarios del los letrados intervinientes en esta instancia y por encontrarse los mismos ajustados a las pautas que fijan los arts. 5, incs. a), b) y c), 7, 13 y concs. de la Ley Arancelaria, soy de la opinión que deben ser regulados en los porcentuales que ha propuesto en su voto precedente el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario L. Vivas.

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

1. CONFIRMAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 279/288, **MODIFICÁNDOSE** la base de cálculo de la mejor remuneración normal y habitual, la que queda establecida en la suma de $ 1.567,48, correspondiente al mes de febrero de 2009, debiendo la perito contable de autos, en la etapa de ejecución de sentencia, proceder a realizar una nueva liquidación, conforme con los rubros admitidos en el pronunciamiento, sobre dicha base. Ello, sin readecuación de costas ni honorarios (art. 282, del CPCC).

2. IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia de los Dres. M. A. y F. A., apoderados en doble carácter de la actora, en el 13,5%, para cada uno de ellos, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA, si correspondiere y los de los Dres. D. G. L. y G. N. W., apoderado y patrocinante respectivamente de la demandada en el 13,5% para cada uno de ellos, de los que les correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

Atento compartir los fundamentos vertidos en su voto, el pronunciamiento que corresponde dictar es el propiciado por el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de Villafañe no emitió opinión por haberse formado la mayoría y encontrarse en uso de licencia (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de octubre 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. CONFIRMAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 279/288, **MODIFICÁNDOSE** la base de cálculo de la mejor remuneración normal y habitual, la que queda establecida en la suma de $ 1.567,48, correspondiente al mes de febrero de 2009, debiendo la perito contable de autos, en la etapa de ejecución de sentencia, proceder a realizar una nueva liquidación, conforme con los rubros admitidos en el pronunciamiento, sobre dicha base. Ello, sin readecuación de costas ni honorarios (art. 282, del CPCC).

2. IMPONER las costas de Alzada en el orden causado (art. 72, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia de los Dres. M. A. y F. A., apoderados en doble carácter de la actora, en el 13,5%, para cada uno de ellos, de lo que les correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA, si correspondiere y los de los Dres. Diego González Lernoud y Guillermo N. Walter, apoderado y patrocinante

respectivamente de la demandada en el 13,5% para cada uno de ellos, de los que les correspondiera en la Instancia anterior, con más IVA si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL.