En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V. T., D. c/ A. SA s/ DEMANDA LABORAL (Diferencia de haberes)", expte. nro. 29/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 5387/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 631), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 596/606vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada por la demandada (fs.ref 608) en contra de la decisión tomada en sentencia definitiva del día 14/11/12, registrada bajo el nro. 195/12 (fs. ref. 596/606vta.) habiéndose concedido libremente y en ambos efectos el recurso de apelación interpuesto por la accionada.

El fallo, en lo aquí cuestionado, resolvió hacer lugar a la demanda promovida por la actora, condenando a la demandada a abonar a la actora, dentro del plazo

de diez (10) días de quedar firme la misma, la suma de pesos ocho mil cuatrocientos sesenta y tres con setenta centavos ($8.463,70), suma que se incrementará conforme lo dispuesto por el Considerando II, debiendo tenerse presente lo dispuesto por el art. 277 de la LCT e impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios.

I.A) A fs. ref. 610/612vta. expresa agravios la parte apelante demandada. Corrido el traslado de los mismos a fs ref. 613, estos son contestados por la parte actora a fs. ref. 616/618vta.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso , a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello-Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.nac.com. Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración y celeridad, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que sus agravios ha realizado la apelante demandada.

Concretamente la apelante demandada se agravia en cuanto la a-quo ha entendido que la actora ha sido despedida sin justa causa, fundada en que la a-quo: 1) interpretó erróneamente los alcances del art. 212 de

la LCT requiriendo conductas por parte de la empresa que exceden el marco legal (fs. ref. 616/618), y

2) Efectuó una valoración equivocada y contradictoria de las pruebas colectadas en autos en torno a la capacidad residual de las tareas que podía realizar la actora y los puestos vacantes existentes en la empresa. (fs. ref. 618/vta.).

I.A-1 y 2) Atento a la vinculación argumental existente entre los agravios, he de tratarlos en forma conjunta (fs. ref. 610/612vta.).

Afirma que no pudo dar cumplimiento con lo que indica la norma por cuanto no tenía vacantes ni posibilidad de rotación de personal tal como lo entendiera la a-quo en las que pudiera otorgar tareas teniendo en cuenta lo prescripto por los médicos y el informe de la terapia ocupacional atento la carencia de un espacio físico donde la actora pudiese desempeñar sus tareas.

Es criterio aplicado por la a-quo, y el cual comparto, que en casos como el de autos, la demandada es quien debe extremar los medios necesarios para lograr acreditar que efectivamente carecía de puesto de trabajo acorde a la incapacidad de la trabajadora, en los términos del art. 212, 1° y 2° párrafo de la L.C.T.

Del análisis integral de las constancias de autos, y que la a-quo detallada pormenorizadamente (fs. ref. 601/603 – y salvo el informe de la terapista ocupacional el que fuera expresamente advertido por la a-quo a fs. 602/vta.) nada aporta en sus agravios que tengan entidad suficiente para revertir dicha valoración probatoria llevan a concluir que la demandada no demostró que, frente a la minusvalía de la que era portadora la actora, no tenía los medios

necesarios para poder reubicar a la dependiente en tareas acordes con su incapacidad, y que ello habilitaba a rescindir el contrato de trabajo conforme lo dispuesto por el citado art. 212, 2° párrafo.

No hay prueba alguna contundente que por sí sola lleve a considerar que la recurrente hubiera demostrado que, luego de agotada todas las posibilidades de reinstalar a la trabajadora en las distintas dependencias de la accionada, no existía ningún otro destino que fuera apto para que la actora prestara servicios (en sentido similar, SD 18296 – expte. 17.312/09 (26.650) – "F. M. V. c/ P.A.M.I. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ despido" – CNTRAB – SALA X – 28/03/2011 elDial.com - AA6A3E Publicado el 12/05/2011).

En la materia, debe atenderse a la conducta del empleador frente a la particular situación de extrema vulnerabilidad del dependiente, y atendiendo a los bienes que deben protegerse en casos como el presente, no me cabe la menor duda de que corresponde consolidar firmemente la protección del empleado en situación de vulnerabilidad, quien debe estar debidamente protegido frente a conductas como las llevadas adelante por la demandada.

La conducta desarrollada por la empleadora lejos estuvo de tener en cuenta lo prescripto en el art. 10 de la LCT, resultando abiertamente violatorios del deber de buena fe y solidaridad (cf. art. 62 y 63 de la LCT y 1198 del CC), los que revisten naturaleza contractual.

Teniendo en consideración lo expuesto corresponde confirmar lo dispuesto en la etapa de grado en cuanto entendió que la situación planteada en autos debe ser

encuadrada dentro del supuesto previsto por el art. 212, 3° párrafo, de la L.C.T.

Por las razones expuestas arribo a la convicción de no hacer lugar a los agravios expuestos por la demandada apelante a fs. ref.610/612vta. y confirmar la sentencia de fs. ref. 596/606vta en este sentido.

I.B) De conformidad a la decisión tomada, se hace de aplicación lo prescripto por el art.69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A - Digesto Jurídico -, razón por la cual corresponde imponer las costas a la parte apelante demandada vencida. Difiero para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes, la que se efectuará de conformidad a la labor desarrollada, el mérito y extensión de la misma, la trascendencia para las partes según las pautas de los arts. 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) No hacer lugar a los agravios expuestos por la demandada apelante a fs. ref.610/612vta. y confirmar la sentencia de fs. ref. 596/606vta en este sentido.

2) Imponer las costas a la apelante demandada vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A - Digesto Jurídico -). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes (arts. 13 y ccdtes. de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico -).

A primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

La Sra. Juez hizo lugar la demanda y condenó a A. SA, a abonar en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente a la Sra. D. V. T., la suma de pesos ocho mil cuatrocientos sesenta y tres con setenta centavos ($8.463,70), suma que se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando II.

Impuso las costas a la parte demandada vencida y reguló los honorarios.

Tal decisión es apelada por el demandado.

Se refiere a la relación laboral, a la enfermedad que padece y que de las constancias médicas y vacantes le permitieron llegar a la conclusión que, la actora no estaba en condiciones físicas ni de salud de retornar al desempeño de sus labores habituales y que no existían vacantes disponibles para conferirle otra tarea, y por esa razón se la despide de conformidad con el párrafo segundo del art. 247 de la LCT, lo que es rechazado por la sentencia que apelan.

Indica que en la sentencia se pondera la prueba producida desprendiéndose de la misma que no existían vacantes, lo que se confirma con la rotación que propicia la juzgadora, no obstante admite la demanda.

Hace referencia a la pericia médica y de lo dictaminado se pregunta como se pretende que se ubique una vacante en un establecimiento de las características de la planta de procesamiento.

Lo que se confirma con el informe de la terapista ocupacional.

Las quejas son contestadas por la actora.

No se discute en autos la relación laboral, ni que la misma finaliza por decisión de la patronal, sino si

el despido tuvo causa, que es lo sostenido por la demandada en contraposición de la actora.

Tampoco hay discusión sobre el resultado de los informes médicos, los que dan cuenta como consecuencia del traumatismo de tobillo pie derecho sufrido por la actora fue dada de alta, diagnosticando artrosis severa de tobillo derecho post traumático, detentando una enfermedad crónica o definitiva que limita su capacidad para el trabajo propuesto, pudiendo ella realizar tareas adecuadas, no pudiendo deambular, ni estar parada por mucho tiempo, sugiriéndose una recalificación laboral. Por su parte el perito médico forense dictamina que el grado de capacidad de la actora esta disminuida por una limitación en la movilidad del tobillo derecho, estando limitada en tareas que demanden estar tiempo prolongado de pie o que esté expuesta a temperaturas extremas, pudiendo realizar tareas generales que no implique levantar peso excesivo, estar tiempo prolongado de pie o expuesta a temperaturas extremas.

De ello surge que la actora no podía reintegrarse a su lugar de trabajo, ni ocupar aquellos puestos que estuvieran ubicados en lugares fríos y húmedos, ni estar parada largo tiempo o realizar esfuerzos.

Del informe de terapia ocupacional de fecha 12 de noviembre de 2007 se dictaminó como secuela de fractura de tobillo, dificultad para caminar, edema en pie, artrosis severa generalizada, detallando los diagnósticos tenidos por la trabajadora así como las auditorias médicas que le fueran realizadas y las conclusiones de las mismas; a su vez plantea como contraindicaciones médicas, que no puede realizar tareas que impliquen fuerza y carga pesada (levantar y

transportar más de 25 kg), posición de pie y deambular de manera constante.

En relación al punto controvertido, que hay puestos que requieren manejo de personal, carrera profesional y/o laboral y que la actora no posee, y en cuanto a los puestos en planta, no se puede reubicar a la trabajadora en el puesto de maestranza, ya que el cargo esta cubierto y sin vacante, más allá que se requiere mantener posición de pie constante, lo que no condice con las imposibilidades de la trabajadora, refiriéndose en igual sentido en punto a los puestos de portería y de ayudante, a lo que agrega que para este último se requiere fuerza y carga y posición de pie constante.

Tampoco, sostiene, sería posible el puesto de peón ya que debe mantener posición de parado de manera constante, realizar tareas con miembros inferiores y superiores, ejercer fuerza y carga pesada, atención concentrada, memoria mediata e inmediata, resolución de situaciones concretas, requerimientos psicológicos de estabilidad y control, tolerancia a permanecer jornadas laborales en movimiento por tiempo indeterminado, trabajo en el interior, temperaturas frías, suelos resbaladizos, suelos con obstáculos, ambientes húmedos. El cargo de filetera de planta, no es acorde con su capacidad, por estas razones desestima la reinserción laboral, y agrega que ante las difidencias aludidas estudiados “los puestos de trabajo vacantes que posee la empresa no cotejan con las capacidades físicas como laborales (debido a que no coteja carrera profesional y/o puestos vacantes, sexo masculino) de la trabajadora desestimando su reubicación laboral” (fs 14/20).

La Sra. Juez entendió que más allá de valorar

tales pruebas no quedó suficientemente acreditado que la actora se encontrara en la imposibilidad establecida por el art. 212, ya que el informe de terapia solo hace referencia en forma genérica cargos de maestranza, no haciendo mención a los puestos a los que se refieren los testigos.

El agravio, rayano en la deserción, hace base en el informe de terapia ocupacional, y sostiene que la apreciación que la Sra. Juez realiza de la prueba admite en forma implícita que no existían vacantes

Y entiendo que es ello tan sólo una apreciación, debiendo recordarse que la apreciación de la prueba que efectúa el sentenciante se plasma en la jurisprudencia que transcribo: ”La apreciación de la prueba en los juicios de trabajo queda librada a criterio del soberano juzgador, salvo el caso de ser manifiestamente absurda, entendiéndose por tal la que escapa a las leyes lógicas formales, transgrediéndolas, o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio” (“Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas”, Sardegna, pág. 222) (art 390 CPCCCh),

A todo ello debe agregarse que el sistema de apreciación de la prueba, adoptado por nuestro ordenamiento establece, que salvo disposición en contrario los jueces formarán convicción respecto de la prueba, de conformidad con las reglas de la sana crítica. No tendrán el deber de expresar en la sentencia la valoración de todas las pruebas producidas sino únicamente las que fueran esenciales y decisivas para el fallo de la causa, regla a la que el ordenamiento procesal se remite en materia de presunciones (arts 390 del CPCCCh y art. 73 ley de

proc. laboral),

Los argumentos dados por la Sra. Juez para admitir el despido incausado con fundamento en el art. 212, segundo párrafo, devienen justos, de allí que corresponda abonar a la trabajadora injustamente despedida una indemnización de acuerdo a lo establecido en el art. 245 LCT

El demandado debió demostrar en autos dos extremos: 1) la imposibilidad de desempeño de la actora, con su capacidad menguada, en algún puesto de trabajo de su empresa; y 2) que esa imposibilidad no obedecía a un decisión suya sino a una imposibilidad objetiva.¿Pero cómo debe ser esa prueba? Correctamente se ha apuntado que "la demostración de la empresa debe ser eficaz para desplazar la regla de conservación del contrato. En general se han considerado conducentes los elementos de conocimiento tales como organigrama de funcionamiento, con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas, que justifiquen su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar razonablemente su imposibilidad de asignar tareas acordes a la nueva capacidad del trabajador" (cf. “G. T., en R. M., J.”, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", cit., T. IV, p. 45.

Nada de lo requerido para que se justifique el despido con invocación al art. 212 de la LCT se ha cumplido, pues el informe ocupacional no resulta asertivo y es lo que pone de manifiesto la Sra. Juez a fs. 604 y no fue refutado en los agravios.

Asimismo, los testigos no han aportado datos decisivos, ya que de la escucha de los mismos se

advierten que las preguntas efectuadas se dirigieron más a cuestiones insustanciales, ya que la enfermedad no era motivo de controversia, que a desentrañar si existí o no un lugar adecuado para que la Sra. V. T., continuara trabajando, no obstante dieron indicios que cabía la posibilidad de reinsertarla al reconocer la testigo S. que el lugar donde efectuaba su tarea estaba en otro edificio y que posee personal de maestranza en ese lugar; que un lugar calefaccionado era la cocina.

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

demostrar que no se produjeron nuevos ingresos, sino que es preciso acreditar la imposibilidad de cumplir con el imperativo legal por inexistencia de tareas adecuadas que pudieran asignársele con arreglo a su capacidad residual (SCBA, 1/10/03, "B., V. c/ M. G. SA s/ Cobro de indemnización, etc.", en Juba sum. B11595). No se trata de obligar al dador de trabajo a crear un puesto de trabajo innecesario, sino de adoptar un criterio de cierta elasticidad cuando la estructura de la empresa permite disponer de diferentes puestos de trabajo (C. Nac. Trab., sala 7ª, 31/3/97, "L., C.v. S. S.A. s/ DIFERENCIAS DE SALARIOS", en Abeledo Perrot on line. la "causa no imputable" al empleador de la que habla el art. 212 LCT, ante la imposibilidad de otorgar tareas livianas al trabajador, debe ser más grave que la simple inconveniencia, consistiendo fundamentalmente en la inexistencia de tareas razonables útiles que el trabajador pueda desempeñar. El artículo mencionado le impone realizar un esfuerzo necesario para cumplir su obligación de ocupación, art. 78 LCT, y solo podría argumentar inimputabilidad cuando dicho esfuerzo resulta imposible o sumamente dificultoso (C. Nac. Trab., sala 1ª, 18/5/92, "G., E. v. B. B. S.R.L. s/ INDEMNIZACIÓN art. 212 L.C.T.", en Abeledo Perrot on line. Jurisprudencia transcripta por la Cámara de Apelaciones de Trelew, Sala A, SD nro. 16/2009).

Coincido con la Sra. Juez que no quedó acreditado fehacientemente que la empleadora no tuviese dentro de la empresa lugar para reubicar a la actora, que eso y solo eso lo que debió probar y no hizo, máxime cuando tal acreditación no se encuentra a cargo del empleado sino del empleador que es quien lo invoca.

Las costas de esta instancia estarán a cargo de la

demandada vencida.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5 y 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Desestima los agravios y confirma la sentencia de fs. 596/606vta.

2) Impone las costas al demandado y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Desestimar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 596/606vta.

2) Costas al demandado vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. J. J. E. y M. C. P., en forma conjunta, en el treinta por ciento (30%) y de los Dres. G. M., J. A. G. H. y L. V., en forma conjunta, en el veinticinco por ciento (25%) porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL L IBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"