En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre 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., J. E. c/ P. I. SRL s/ DEMANDA LABORAL (Indemnizaciones)", expte. nro. 345/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 3535/05), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 565), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 491/506vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por las partes contra la sentencia definitiva nro. 54/2013 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción emitida por la Sra. Jueza de refuerzo (fs. 491/506, fs. 509, fs. 510).

La sentencia venida en crisis rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los Dtos. nro. 883/02, 662/03,256/03, 823/04 efectuado por la demandada P. I. SRL; e hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a

la accionada a pagar a J. E. V. la suma de $60.963,15 en el plazo fijado, con más los intereses que dispuso. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los letrados actuantes.

A fs. 529/531 se agregó el memorial de agravios de la parte actora. Se queja del rechazo por el daño moral reclamado por el accionante. La ambigüedad de la sentencia invita a cuestionar el rechazo. La demandada condujo al actor hacia el despido urdiendo una maniobra a destinada a evitar la reincorporación, generó una situación sumamente difícil y arrastró al trabajador sin su plenitud física al mercado laboral. Remite al informe socioambiental de fs. 431/vta. da cuenta el tiempo que estuvo sin laborar.

Cita jurisprudencia y doctrina y señala que no estableció qué otros parámetros deben darse para la excepcionalidad, entendiendo el quejoso que hubo una situación abusiva extrema sin sostén legal o fáctico alguno que deben cumplirse. Sabía la empleadora la imposibilidad y hace caso omiso a reincorporarlo a sabiendas de que en el momento de presentarse ya no percibía salarios. Cita doctrina.

A fs. 533/548 se agregó el memorial de la demandada.

Primer agravio: El despido justificado indirecto. La sentenciante pretende sostener que el primer párrafo del art. 212 LCT no impone una determinación definitiva de la incapacidad. El fallo se estructuró en base a una cita doctrinaria parcial. Cita doctrina.

Reproduce lo dicho al contestar demanda en puntos 57 a 60 delimitando su conducta a lo dispuesto en los arts. 208 y 211 de LCT. El criterio sostenido por la Cra. Nacional del Trabajo es que el art. 212 LCT se

refiere a una disminución definitiva de la capacidad laboral. Dice que la Cra. Apelaciones de Trelew en fallo que cita: "en el texto actual del art. 212 LCT la definitividad de la incapacidad debe darse necesaria y exclusivamente "vigente" el plazo de espera para poder ingresar a su dispositivo si ello no ha ocurrido estamos dentro del art. 211 y no se puede ingresar en alguna de sus variantes, lo que surge de la expresa mención de definitiva en el 1er. párrafo del artículo" (sent. def. nro. 18/1998).

Segundo agravio: La certificación de fs. 26 acompañada por el actor, dice que puede trabajar a partir del 10.5.05 únicamente en tareas livianas la cuales deben prestarse hasta que se solucione su patología quirúrgica. Ello constituye la mejor demostración que no era una incapacidad definitiva. Remite al informe pericial de fs. 397/399 en dice que puede realizar tareas livianas salvo que sea intervenido quirúrgicamente. Cita jurisprudencia.

Tercer agravio: Arbitraria invocación del principio de continuidad laboral. Fue el actor quien rompió el vinculo. Cita jurisprudencia.

Cuarto Agravio: La multa del art. 2 de la Ley 25323. Se desvirtuó la norma en la sentencia. Cita jurisprudencia nacional y antecedentes de esta Sala.

Quinto agravio: Imposición de costas, dice que la demanda prospero por un 75,29% de lo demandado, solicita sean impuesta porcentualmente. Cita antecedentes. Hace reserva del caso federal.

A fs. 549/554 la demandada contesta los agravios de la actora. Dice que tiene respaldo el fallo en la normativa legal y en variada jurisprudencia. Cita jurisprudencia que hace a la postura del fallo atacado.

A fs. 555/561 contesta agravios la parte actora.

Dice que la demandada para avalar su postura debió someter al actor a una junta médica para eventualmente evaluar la definitividad de la dolencia. Cita doctrina. Con relación al cuarto agravio dice que la demandada obligó al actor al despido indirecto, que es procedente la multa del art. 2 de la Ley 25323.

En cuanto a la imposición de las costas, dice que debe estarse a los rubros casi la totalidad por los que progresó la demanda, no por el monto acogido y sostiene que hay una parte vencedora.

Análisis:

Atento al planteo de la parte demandada con el que se abre esta instancia, iniciaré el presente con el tratamiento del mismo, en la comprensión que afecta, la decisión a adoptarse, las restantes quejas de esa misma parte y el agravio de la actora.

El actor ingresó a trabajar el 17 de marzo de 2000 como boca de pozo, lo que no vino en discusión tampoco la jornada laboral, ni la CCT de trabajo aplicable a la relación que lo unió con la demandada.

No se discute en esta Alzada que el actor en fecha 10 de marzo de 2004 sufrió un accidente de trabajo, lo que derivo en la intervención de la ART. y en el dictamen de la junta medica Zonal SRT que concluyó que tenía el actor una lumbalgia posesfuerzo y una patología degenerativa no atribuible al accidente, procedimiento durante el cual el Sr. V. continuaba su tratamiento a fin de disponer de su fuerza laboral. Concuerda con lo establecido en el informe del Cuerpo Médico Forense a fs. 397/99, que fue dado de alta el 24 de mayo de 2005 continuando los dolores, que posteriormente se constató la existencia de una

espondilolisis con espondiolistesis de L5-S1 que obliga a un tratamiento quirúrgico. Posee una incapacidad del 5% y puede realizar tareas livianas salvo que sea intervenido quirúrgicamente.

Fueron analizadas las misivas remitidas por las partes, reconocidas, que contaba con el certificado médico en el que se dice que puede realizar tareas livianas salvo que sea intervenido quirúrgicamente

No se desconocieron las notificaciones cursadas por las partes, reiterándose en esta instancia por parte de la accionada la misma postura y argumentos expuestos al inicio de la litis en oportunidad de contestar demanda.

Entiendo que la incapacidad fue definida en el certificado médico acompañado y en la oportunidades que el actor se lo hizo saber a la empleadora.

Bien vale recordar sintéticamente la secuencia epistolar, tal como se efectuó a fs. 499, el 24-5-2005 el trabajador requirió otorgamiento de tareas acordes –livianas con fundamento en el certificado médico que había acompañado- ello bajo apercibimiento de considerar negativo su silencio. Ciertamente no hubo silencio del empleador, quien hizo saber al empleado que no estaba determinada en forma definitiva la incapacidad, no alcanzando la obligatoriedad de reincorporar (fs. 495vta., 496).

Si el trabajador pretende reincorporarse con asignación de tareas adecuadas a una incapacidad parcial definitiva, debe anunciarlo a su empleador y hacerle saber el alta con una incapacidad definitiva, acreditándolo con el certificado médico respectivo, porque solo así, nace la obligación del patrón de proporcionar tareas adecuadas o bien indemnizar al

dependiente (segundo y tercer párrafo del art. 212 LCT). (elDial.com - GC283). Si el trabajador pretende reincorporarse con asignación de tareas adecuadas a una incapacidad parcial definitiva, debe anunciarlo a su empleador y hacerle saber el alta con una incapacidad definitiva, acreditándolo con el certificado médico respectivo, porque solo así, nace la obligación del patrón de proporcionar tareas adecuadas o bien indemnizar al dependiente (segundo y tercer párrafo del art. 212 LCT) (elDial.com - GC1F4).

La exigibilidad de la obligación de reasignar funciones acordes a la aptitud psicofísica del trabajador incapacitado (primer párrafo del art. 212 de la LCT) exige la concurrencia de un presupuesto de hecho complejo, integrado por cuatro elementos: 1) que la incapacitación se produzca y/o consolide estando vigente la relación laboral; 2) que se trate de una incapacitación inculpable; 3) que dicha incapacitación imposibilite al trabajador realizar las tareas concretas que anteriormente cumplía (incapacitación funcional) y 4) que dicha incapacitación sea definitiva (elDial.com – GCCA).

No procede el despido invocado por el actor, ya que cuando el mismo intima a la demandada al otorgamiento de tareas livianas, vigente el período de conservación no remunerada de su puesto de trabajo, le está haciendo un reclamo con sustento en el art. 212 LCT, en sus 3 primeros párrafos, referidos al caso de incapacidad definitiva y parcial (elDial.com - ARD84 Superior Tribunal de la provincia De Chaco).

Estas resumidas citas jurisprudenciales, que son contestes con la doctrina en la materia viabilizan la postura del demandado, haciéndola sustentable fáctica y

jurídicamente. Si el trabajador pretende reincorporarse con asignación de tareas adecuadas a una incapacidad parcial definitiva, debe anunciarlo a su empleador y hacerle saber el alta con una incapacidad definitiva (lo que no ocurrió en la especie tal como lo señalara al inicio del presente), de tal manera acreditándolo con el certificado médico respectivo, porque solo así nace la obligación del patrón de proporcionar tareas adecuadas o bien indemnizar al dependiente (segundo y tercer párrafo del art. 212 LCT).

Por último, agrego: "La exigibilidad de la obligación de reasignar funciones acordes a la aptitud psicofísica del trabajador incapacitado (primer párrafo del art. 212 de la LCT) exige la concurrencia de un presupuesto de hecho complejo, integrado por cuatro elementos: 1) que la incapacitación se produzca y/o consolide estando vigente la relación laboral; 2) que se trate de una incapacitación inculpable; 3) que dicha incapacitación imposibilite al trabajador realizar las tareas concretas que anteriormente cumplía (incapacitación funcional) y 4) que dicha incapacitación sea definitiva" (elDial.com – GCCA).

Hago lugar al agravio y a la reclamación de indemnización del art. 245 de la LCT por carecer de causa el despido indirecto en que se colocó el trabajador.

Agravio de la multa del art. 2 de la Ley 25323, corresponde extender la decisión anterior al presente ítem por cuanto el empleador sujetó su accionar a la normativa vigente, no colocó al trabajador en la situación contemplada en dicha norma.

Conforme lo resuelto, carece de virtualidad jurídica expedirse respecto de la queja del accionante.

Sin perjuicio de ello dejo aclarado con relación al daño moral lo que sostuve con anterioridad: para hacer admisible y procedente un resarcimiento no incluido en la indemnización tarifada, el daño producido por la conducta del empleador debe implicar un apartamiento de las obligaciones, deberes y facultades que la ley laboral impone a cargo del principal, constituyendo un ilícito de carácter extracontractual que afecta la dignidad, y genera en forma refleja, la responsabilidad del empleador por daño moral al margen del sistema tarifario previsto.

Dichas conductas no fueron acreditadas en la instancia de grado y acarreó la desestimación de la acción, en esta Alzada la parte actora apelante no aporta elemento de análisis ni valoración de los hechos y mucho menos de la prueba en que se asentó para el reclamo, solo brinda su propia visión sin aportar diversa convicción.

Debe recordarse que en la labor axiológica hay algo de entramado sutil, casi de imposible explicación, como hilos conductores y relacionantes que laten en el concepto de "máximas de experiencia" y que se proyectan más allá de la argumentación que sustenta la decisión. Diríase que es ese punto en el que se unen la valoración en conciencia y la sana crítica racional, a la luz de lo cual se llega en el caso de convencimiento que el actor, a través de sus testigos, ha logrado sostener adecuadamente su postura en la litis o no (elDial.com - AR9C8).

La búsqueda de la verdad se reviste de mayor dificultad y el análisis de cada uno de los elementos de juicio aislados y conglobados, en especial de los testimonios rendidos, se impone con mayor rigor, y

abordando en esta etapa de revisión, no encuentro elementos suficientes y justificantes en el memorial para hacer una interpretación diversa a la efectuada en la instancia de grado.

No puede inferirse que haya existido una conducta del empleador generador un sufrimiento mayor a la circunstancia del despido ni que haya sido por el accionar de la patronal, contrario a las normas de la ley laboral.

Ahora bien, no caben dudas de que el empleador cuenta con la facultad de despedir sin causa a un trabajador (o con la posibilidad de incumplir con sus obligaciones para que este se coloque en situación de despido indirecto); y no parece discutible que el sistema de estabilidad relativa impropia que rige en nuestro derecho acuerde eficacia al acto extintivo, a pasar de su ilicitud. Tampoco cabe discutir que la reparación de los daños y perjuicios que ocasiona el acto ilícito -que supone la ruptura inmotivada de la relación-, se encuentra contemplada en el sistema tarifado mediante el cual se resarcen las consecuencias que normalmente derivan del distracto. Pero es obvio que cuando la actitud patronal que provoca el distracto –sea directa o indirectamente- más allá de su eficacia para extinguir la relación, está acompañada de otros componentes que descalifican en sus cualidades morales, a la otra parte, dejándole un estigma que puede afectar incluso futuros puestos de trabajo, en el ámbito publico -o privado-, el daño que se provoca constituye un ilícito extracontractual que no se encuentra contemplado en los limites de la tarifa legal (cf. CNAT, Sala III, SD 51 745 del 24-3-86). (ver DJ, pág. 2337-rev. nro. 50 del 10/12/2008).

Esos componentes descalificantes del trabajador no fueron mínimamente acreditados en autos, para configurar el supuesto excepcional que justifique la reparación del daño moral, más allá del sistema tarifario previsto.

Dijo el profesor Bueres: "prueba: Según la concepción que hace residir el daño moral en la lesión de bienes o intereses extrapatrimoniales, no sería menester otra prueba que la de la actividad lesiva misma. En cambio, con el punto de vista para el cual el daño moral consiste en las consecuencias espirituales del menoscabo, aquel debe ser probado, aunque su demostración descansa en presunciones *ominis o iuris tantum*, a partir de determinadas situaciones objetivas que permitan inferir la existencia y magnitud del atentado a las legitimas afecciones" (A.Bueres: "Cód. Civil…", t. 3ªA, págs. 182/183, ed. Hammurabi). Adviértase, que cualquier posición que se adopte respecto de la naturaleza del resarcimiento por daño moral, siempre subyace la necesidad de una actividad ilícita o lesiva por parte de un agente y ello es (me refiero a la conducta del empleador) lo que no alcanzó a demostrar la actora en el curso del pleito.

Las costas de Primera instancia y de la Alzada las impongo por orden causado, atento a la materia laboral y las especiales características sobre la que versó el pleito conforme las facultades del art. 69 segundo párrafo del CPCCCh (art. 282 DJ). Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Hacer lugar a los agravios de la demandada P..

.. SRL, rechazar los agravios de la parte actora y revocar la sentencia venida en crisis, rechazando la demanda incoada por J. E. V., según considerandos respectivos.

2) Costas de ambas instancias por el orden causado, según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los letrados actuantes en ambas instancias al momento del acuerdo.

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

La Sra. Juez de la instancia de grado rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los Decretos Nro. 883/2002, 662/2003, 256/2003 y 823/2004 efectuado por la demandada P. I. S.R.L., de acuerdo a lo resuelto en el Considerando II, apartado c); hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, condenó a la firma P. I. S.R.L., a abonar en el plazo de diez días de quedar firme la presente al Sr. J. E. V.., la suma de sesenta mil novecientos sesenta y tres pesos con quince centavos ($60.963,15), suma que se incrementará conforme lo dispuesto en el Considerando II.

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

La decisión es apelada por el demandado y por el actor. A fs. 523 el demandado acompaña póliza de seguro de caución.

A fs. 529/531 el actor se agravia por el rechazo del daño moral. Señala que la falta de reincorporación generó una situación sumamente angustiante y el despido lo lanzaba a un mercado laboral sin su plenitud física. Agrega que la elección fue sopesada por V. y ambas alternativas lo colocaba en un resultado de

pauperización y desesperación.

Se refiere al informe socioambiental y a la prueba testimonial quienes dan cuenta de la situación del actor, debiéndose repararse, asimismo, que la dolencia del actor tuvo origen en un accidente de trabajo. Indica que hubo una intención de dañar.

Cita doctrina y jurisprudencia. Entiende que se está ante el mentado daño moral, existiendo prueba suficientemente acreditada y citada por la misma sentenciante en cuanto a los efectos derivados del despido.

En el primer agravio que el demandado titula *contra legem*, embate contra la admisión del despido indirecto, ya que ajustó su accionar a los artículos 212 primera parte del LCT, bregó por la continuación del trabajo, acató los deberes de seguridad.

Repasa la doctrina nacional para sostener que lo decidido contraría la misma.

Segundo agravio: Inexistencia de determinación definitiva de incapacidad.

Señala que la obligación del empleador de reincorporar al trabajador, nace con la existencia de una incapacidad definitiva.

Alude a la certificación de fs. 26, la que da cuenta de una intervención quirúrgica, lo que constituye una demostración de que no existía determinación definitiva de incapacidad, lo que confirma el legítimo rechazo que concretara a través de la carta documento de fs. 8, que transcribe.

Indeterminación de la incapacidad que persistía el 13-9-07 cuando se presentó la pericia médica de fs. 397/399

Lo dicho entiende no afecta lo que viene

sosteniendo, el hecho que la mencionada pericia (fs. 399) se aluda a una incapacidad parcial y permanente del 5% cuando esta supuesta definitividad se encuentra desmentida renglones más abajo. Cita jurisprudencia.

Tercer agravio: Arbitraria invocación del principio de continuidad laboral.

Transcribe los argumentos de la Sra. Juez de refuerzo y agrega que resulta incomprensible que se reproche no haber observado el principio de conservación del contrato de trabajo, cuando fue el actor quien rompió el vínculo.

Cuarto agravio. La multa de la Ley 25323.

Cita doctrina y alude a fallo de la Sala, agregando que la decisión importa inequívoco supuesto de desnaturalización de la norma.

La imposición de costas también lo agravia.

Indica el monto por el que promovió la demanda, el monto por el que prosperó y entiende que es de aplicación el art. 72 del CPCCCh.

Cita decisión del STJ al respecto y de esta Cámara de Apelaciones y peticiona que sean aplicadas el 24,71% a la actora y en un 75,29% a la demandada.

Ratifica reserva caso federal.

Actor y demandado contestan los agravios.

He de tratar en primer término los agravios del demandado que los enumera como primero, segundo y tercero.

En punto a la arbitrariedad que denuncia, de la lectura del fallo no encuentro razón alguna para su declaración, ya que lo que se endilga podrá constituir una incorrecta interpretación o aplicación del art. 212 de la LCT, pero no más, porque se advierte que la Sra. Juez de refuerzo dio razones para fundar el fallo, aún

cuando el mismo pueda no ser compartido.

No ha sido cuestionado que la patología que porta el actor es consecuencia del accidente de trabajo cuando realizaba tareas para la demandada, hecho ocurrido el 10 de marzo de 2004.

Como consecuencia del mismo el actor gozó de las licencia legal y el 10 de marzo de 2005 le comunica el empleado el inicio del período de reserva del puesto de trabajo por el término de un año a partir del 16 de febrero, atento a que el 15 de febrero venció el plazo de interrupción del contrato de trabajo por causa de enfermedad no encontrándose en condiciones de volver al trabajo.

A partir del 24 de mayo se inicia un intercambio epistolar mediante CD 038379163 AR (fs. 7 y 378), el actor comunica al empleador que ante alta médica otorgada en fecha 6 de mayo de 2005 presentada ante la empresa el 16 de mayo de 2005, permaneciendo desde esa fecha a la espera de que le otorguen funciones, intima plazo 72 horas proceda a dar tareas acorde a su capacidad residual, bajo apercibimiento de considerar su silencio como negativa a la dación de trabajo y constitutiva de grave injuria, operando en consecuencia el depósito y el despido indirecto (arts. 246 y 212 LCT).

La empresa contesta a través de CD Nro. 392773086 AR (fs. 8 y 379) de fecha 2 de junio de 2005 sosteniendo que del certificado médico de fecha 6 de mayo de 2005 surge que está siendo atendido por espondilolisis con espondilolistesis y además, que su patología debe ser solucionada por vía quirúrgica. En virtud que mientras no esté determinada en forma definitiva cuál es la capacidad del trabajador, no

existe obligación del empleador de asignar otras tareas (art. 212 primera parte de la LCT), es claro que su petición no resulta arreglada a derecho. Ello es así porque de la propia documentación que menciona surge que aún se encuentra bajo tratamiento y debe procurar solución quirúrgica. Rechaza la intimación del actor por inexacta, maliciosa e improcedente.

El actor insiste por medio de CD Nro. 008379227 AR –fs. 9 y fs. 380) de fecha 9 de junio de 2005, que el certificado presentado lo habilita a trabajar a partir del 10 de mayo de 2005 en tareas livianas, por lo que se indica el alta provisoria pese a la continuidad del tratamiento e implica la reincorporación al trabajo en puestos adecuados a las indicaciones médicas. En consecuencia, atendiendo al certificado presentado y no siendo facultad reservada al empleador el control previo para proceder a la reincorporación del empleado, bastando para ello el certificado extendido por el profesional interviniente, intima por última vez proceda en el plazo de 72 horas a otorgar tareas conforme las limitaciones establecidas en la prescripción médica, bajo apercibimiento de considerar su conducta omisiva como una maniobra dilatoria tendiente incumplir con lo dispuesto por el art. 212 primer párrafo y, en consecuencia, considerarse gravemente injuriado y en situación de despido indirecto. Advirtiendo que su conducta se agrava cuando persiste en su actitud a sabiendas de que se encuentra bajo el período de conservación del puesto de trabajo sin percepción de haberes, generando con su omisión un daño innecesario.

A su vez la CD Nro. 008370568 AR (fs. 11 y fs. 382) del 15 de junio de 2005 la demandada rechaza la

anterior y ratifica la postura esgrimida el 2 de junio de 2005.

El trabajador comunica que atento al tiempo transcurrido desde su intimación de fecha 9 de junio de 2005, mediando silencio ante la misma y haciendo caso omiso a la reincorporación solicitada, se considera gravemente injuriado y en situación de despido indirecto (arts. 246 y 212 LCT). En virtud del distracto operado por su exclusiva culpa, lo intima para que en un plazo 48 horas abone indemnización final (art. 245 LCT, preaviso y su SAC, SAC proporcional, integración del mes de despido y su SAC, vacaciones proporcionales y su SAC) junto con la indemnización del art. 16 Ley 25561, bajo apercibimiento de iniciar acciones judiciales en su contra. Formula reserva de ampliar el reclamo a la indemnización contemplada en CD Nro. 008371648 AR del fecha 21 de junio de 2005. Formula reserva de ampliar el reclamo a la indemnización contemplada en el art. 2 de la Ley 25323. Intima plazo 30 días a la entrega del certificado de trabajo y de aportes y remuneraciones y formula reserva de reclamar por el daño ocasionado (CD Nro 008371648 del 21 de junio de 2005 (fs. 10 y 381).

La demandada envía - CD Nro. 392777882 AR –fs. 12 y 383) de fecha 24 de junio de 2005, haciéndole saber que el colacionado de fecha 9 de junio de 2005 fue contestado mediante misiva de la empresa de fecha 15 de junio de 2005 por lo que es absolutamente falso que haya existido silencio alguno por parte de la empresa. Asimismo, manifiesta que el despido indirecto carece de causa justificada por lo que no genera consecuencia indemnizatoria alguna. Rechaza la comunicación del actor y niega adeudarle suma alguna, poniendo a partir

del 18 de julio de 2005 a su disposición las certificaciones de Ley.

El intercambio telegráfico concluye con el TCL 63293696 (fs. 384) que el actor remite a la demandada en fecha 4 de julio de 2005 por el cual el operario ratifica su despido indirecto operado el 21 de junio de 2005 y la CD Nro. 392806460 AR –fs. 14 y copia auténtica remitida a fs. 385 por el C. A.- que la demandada remite al operario en fecha 8 de julio de 2005 ratificando en todos sus términos sus comunicaciones anteriores.

Y me he permitido efectuar tal relato, ya que en la demanda y contestación es esa la postura que mantienen los litigantes.

Del certificado médico, extendido el 06.05.08, en que basa el actor la reincorporación surge que el Sr. V. a la fecha de la emisión de tal constancia, "está siendo asistido por espondilolisis con espondilolistesis de L5… Puede trabajar a partir día 10.05.03 únicamente en tareas livianas las cuales deben persistir hasta que solucione su patología por vía quirúrgica", presentado ante la empresa el día 16 de igual mes y año

Y es este certificado el que dará sustento a la admisión o no de la apelación por aplicación del primer párrafo del art. 212 de la L.C.T., toda vez que no surge del mismo un alta definitiva ni se consolidaba la enfermedad de manera definitiva.

En "Tratado de Derecho Laboral", Ackerman – Tosca, Tomo IV, págs. 575, sostienen que no obstante la mayor popularidad del resto del art. 212 de la LCT, particularmente de su cuarto párrafo, la realidad normativa es que la clave de bóveda de la norma está en

el primer párrafo, ya que en él se impone al empleador una obligación de fuente legal, de objeto múltiple -básicamente doble-, y conjunto, cuya exigibilidad está subordinada a la producción de un presupuesto de hecho complejo. Agrega que este presupuesto de hecho está integrado por cuatro presupuestos fácticos cuya concurrencia conjunta resulta insoslayable para la exigibilidad de la obligación principal: vigencia de la relación de trabajo, incapacitación inculpable y "definitiva" del trabajador e imposibilidad de desarrollar las tareas que realizaba antes de su incapacitación. Producido este presupuesto de hecho nace el deber principal del empleador en la reasignación de funciones sin disminución de la remuneración (cf. Ackerman-Tosca, op. cit., ídem, págs. 576/579). Cumplimiento ineludible para la exigibilidadd, no solo del cumplimiento de la obligación principal, sino también de prestaciones subsidiarias previstas en el segundo, tercero y cuarto párrafo, tornando operativo todo el peculiar régimen del art. 212 la existencia de una incapacidad inculpable y permanente del trabajador. A diferencia de la incapacitación temporaria, la disminución permanente de la capacidad de trabajo del dependiente no habrá de llevar a la suspensión de la exigibilidad de sus deberes, sino a la modificación de estos o, aun, en ciertos supuestos, a la extinción de la relación de trabajo. Por esta razón, se ha prestado especial atención no solo a las nociones de incapacitación e inculpabilidad, sino también a las de temporalidad y permanencia de la situación de incapacidad (obra citada, pág. 549).

En autos la relación se encontraba vigente y la

incapacidad resultaba inculpable, controvirtiéndose el carácter de la incapacidad que la norma exige que sea definitiva y que impida el desarrollo de tareas que efectuaba anteriormente. El autor en consulta enseña que los deberes del empleador frente a la incapacidad permanente del trabajador fueron inicialmente delineados por la jurisprudencia, que los relacionaba con los deberes de este durante el llamado período de conservación del empleo, hoy regulado por el art. 211 de la LCT.

Los precedentes jurisprudenciales del actual artículo 212 de LCT exigen el carácter definitivo de la incapacitación, requisito que no menciona el Plenario N° 58 de la Cámara Nacional de Apelaciones de Trabajo, antecedente inmediato del artículo 229 de la redacción de la LCT, y si bien a partir de ella es posible separar claramente las consecuencias contractuales de la incapacitación temporaria -artículos 208, 211 y 213- y las de la incapacitación permanente -artículo 212-, no puede dejar de advertirse que, en algunas situaciones la normativa vigente provee al trabajador una protección menor que la que surgía de la jurisprudencia anterior. En efecto, el Plenario N° 58 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que se apoyaba en el artículo 19 del Decreto-Ley 30656/44, aportaba una solución, si no más equitativa, cuando menos más práctica, en cuanto se correspondía más adecuadamente con el deber de previsión y, especialmente, con la regla de conservación del contrato que subyacen en el propósito de la norma. Si se piensa, por ejemplo, en el caso del trabajador que ha agotado los plazos de licencia paga, sin que la disminución parcial de su capacidad de trabajo pueda

ser calificada como definitiva, la desventaja de la nueva regla se hace ostensible, ya que este dependiente no solo no podría reclamar la reincorporación y la asignación de tareas adecuadas -que incluso podrían ser necesarias para el empleador-, sino, además, y precisamente por su situación de incapacidad, difícilmente podría hallar ubicación en otro empleo, aunque más no fuera en forma temporaria. De todos modos y al margen del juicio de valor que ello merezca, el Plenario N° 58, al legislar el artículo 212 de la LCT la misma materia, ha perdido vigencia, según lo han entendido, pacíficamente, tanto la jurisprudencia como la doctrina, situación que cierra, así, al trabajador, toda posibilidad de reclamar la asignación de tareas adecuadas, en tanto su incapacidad no sea permanente. La limitación legal, sin embargo, no supone en modo alguno una prohibición para las partes, que podrían convenir, durante la situación de incapacidad temporaria del trabajador, una asignación de tareas adecuadas a tal estado. Es imaginable, incluso, algún supuesto en el que, en ejercicio del *ius variandi*, tal modificación sea dispuesta unilateralmente por el empleador. Y siempre, claro está, que, además de respetar los límites de tal derecho, esto no esté contraindicado o conspire contra la recuperación del dependiente (obra citada, págs. 583/584).

Atento a las consideraciones efectuadas, no acreditado mediante el respectivo certificado médico analizado que la incapacidad del trabajador era de carácter permanente, no resulta viable que el trabajador pueda reclamar tareas de acuerdo a lo que indica el médico tratante.

Surge insoslayable que el paciente esta siendo

asistido y que la solución de la patología es a través de vía quirúrgica, en consecuencia no se trata de la incapacidad definitiva a la que hace referencia el art. 211, para poder ser reincorporado.

La Sra. Juez, luego de analizar las posturas de las partes, admite la demanda, indicando: "No obstante, considero que si el trabajador comunicó al empleador su voluntad para reincorporarse, haciéndole saber que podía hacerlo en tareas livianas, autorizado ello por el profesional que lo estaba tratando por su patología de espondilolisis con espondilolistesis de L5 sobre S1, la demandada debió velar por la conservación del contrato de trabajo (art. 10 LCT), máxime ante la insistencia del propio trabajador para cumplir con su débito laboral, efectuando otras consideraciones, que no alcanzan para revertir la contundencia de los requisitos del art. 211 de la LCT". Razones todas por la coincido con mi colega sobre el rechazo de la demanda interpuesta por el Sr. J. E. V. contra P. I..

Atento a cómo resuelvo, carece de virtualidad que me expida sobre el resto de los agravios. Costas y honorarios deben adecuarse por mandato legal.

Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por su orden. A fin de regular los honorarios que los difiero para el acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad de que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5, 6, 7, 60, 61 y 13 de la Ley de aranceles.

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

Que coincide con la fórmula decisoria de la Dra. García Blanco.

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. Melero no emite su voto.

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

SENTENCIA:

1) Hacer lugar a los agravios de la demandada P... .. SRL, rechazar los agravios de la parte actora y revocar la sentencia de fs. 491/506vta. venida en crisis, rechazando la demanda incoada por J. E. V.., según considerandos respectivos.

2) Costas de ambas instancias por el orden causado.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. I. F. d. l. C. y A. F. A., conjuntamente, en el dieciocho por ciento (18%), a los Dres. M. E. F. v. R., M. B. G., J. J. E. y M. C. P., conjuntamente, en el quince por ciento (15%) y a la perita asistente social M. S. en el cuatro por ciento (4%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena desestimado del presente juicio, con más el IVA si correspondiera.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en el alzada al Dr. I. F. d. l. Casas en el treinta por ciento (30%) y al Dr. J. J. E. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

5) Tener presente la reserva del caso federal.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

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