En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de Octubre del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis Vivas y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C., M. C. C/ A. S.A. S/ Cobro de pesos – LABORAL" Expte. 91 Año 2013** venidos del Juzgado Laboral Nº 1 (Expte. Nº 51/2008), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿Es justa la apelada sentencia dictada a fs. 141/144 y su aclaratoria de fs. 146? **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 174.

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

1 – Antecedentes

Se han radicado las presentes actuaciones por ante esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia dictada en primera instancia. La parte actora lo hizo a fs. 153 y la parte demandada a fs. 149, habiendo sido conferidos los mismos mediante las providencias dictadas a fs. 154 y 150 respectivamente. La parte demandada ha fundado su recurso mediante la presentación obrante a fs. 155/158, mientras que el de la parte actora obra a fs. 160/165. El traslado conferido a la demandada de los fundamentos vertidos por la actora, fue contestado a fs. 167/y vta., no habiendo sido contestado por la actora el que se le corriera respecto de los agravios de la demandada.

2 – La Sentencia

La sentencia recurrida hizo lugar a la demanda, condenando a A. S.A. (conf. aclaratoria de fs. 146) a abonar a M. C. C., previo los descuentos legales que correspondan, dentro del quinto día y mediante depósito judicial en autos, la suma de Doce Mil Pesos con 73/100 ($ 12.000,73.-), con más los intereses a la tasa activa que fija el Banco del Chubut S.A. para las operaciones de descuento de documentos desde que cada suma fue debida hasta el pago efectivo. Las costas las impuso a la parte demandada perdidosa, regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en el proceso.

Para arribar a la decisión final, consideró la Magistrada a quo que, conforme la regla del art. 381 del ritual, la empresa demandada era quien debía acreditar la imposibilidad de otorgar al actor tareas acordes con su incapacidad. Tuvo en cuenta que la Junta Médica que evaluó al actor convalidó el alta médica otorgada al reclamante por su médico tratante y que la misma interpretó que el reclamante podía efectuar tareas livianas. En este contexto anticipó que la demandada no acreditó la inexistencia de tales tareas.

Evaluando las pruebas, la sentencia ha dicho que el solo hecho de que la empresa informe que no existen vacantes disponibles en los sectores aptos para trabajos livianos, no constituye prueba de tal hecho. Tuvo en cuenta la confesión ficta de la demandada y la prueba testimonial producida en el proceso y destacó que la pericia médica producida en autos no le asigna al actor la imposibilidad de realizar tareas, recomendando que no efectúe esfuerzos desmedidos. En base a ello, afirmó que la demandada no acreditó la inexistencia de tareas livianas tal como lo adujera en la comunicación rupturista y –con cita jurisprudencial— remarcó que en este aspecto la prueba de la imposibilidad debe apoyarse en elementos sólidos y convincentes.

Atento la referida conclusión, decidió que la demanda prospera en la pretensión de la diferencia impaga de la indemnización por el despido, los salarios adeudados de Enero y Febrero de 2005, el incremento previsto por la Ley 25.972 (Dec. 1433/05) y el agravamiento que prevé el art. 2 de la Ley 25.323.

A los efectos de la liquidación, tuvo en cuenta que si bien el actor no denunció cuál era su remuneración, acompañó el recibo salarial por la liquidación final equivalente al aportado por la demandada. También tuvo en cuenta, a los mismos fines, que la actora no cuestionó las remuneraciones emitidas por la demandada conforme el art. 80 LCT y determinó que la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor fue la correspondiente a Septiembre de 2005, es decir: $ 1.729,82.-, en base a la cual efectuó la liquidación de cada uno de los rubros por los que prosperó la demanda.

3 - Agravios de la demandada

Se agravia la parte demandada porque la sentencia en crisis ha entendido que su parte no acreditó que no existían vacantes acordes con la capacidad psicofísica del actor.

Esgrime que al contestar la demanda acompañó informes emitidos por el Dr. G. C., asesor médico de la empresa y por el representante del Departamento de Seguridad e Higiene de la misma, Sr. Alvaro Toso. El médico se expidió sobre las tareas que puede y no puede realizar el actor y el Sr. Toso determinó que no existen vacantes disponibles dentro de la empresa para las tareas posibles a realizar por el actor. Agrega que estos informes no fueron negados ni cuestionados, siendo válidos para que su parte haya decidido despedir a su dependiente.

En el mismo sentido de su crítica, hace referencia luego a que el art. 212 LCT habla de "tareas que pueda ejecutar" y de "tareas compatibles", pero no de "tareas livianas".

En lo que respecta a la aptitud psico-física del actor (no poder realizar movimientos repetitivos con ambas manos ni aprehender objetos) sostiene que ello transformó en incompatible a todos los puestos de trabajo donde podría haber prestado tareas.

Introduce luego –dentro del mismo agravio— una crítica a la "valoración de las pruebas" realizada por la sentenciante. Es así que considera que el Dr. C. no era empleado de su parte sino un contratista y que no por ello su testimonio es menos válido. Insiste en que la sentencia ha realizado una errónea interpretación de la norma legal aplicable y de la prueba rendida en autos, omitiendo arbitrariamente la que a través de los profesionales le dan la razón a la quejosa. Remarca que se forzó la lectura de la poca prueba rendida por la actora, incurriendo en arbitrariedad y reitera que se asignó valor probatorio a ciertos testimonios de notable vaguedad, frente a la opinión del médico C. y del ingeniero Toso los que han sido ignorados y desechados por la sentencia de la a quo.

Culmina afirmando que es imposible que se pueda hacer uso del art. 212 LCT con la vara que utiliza la sentenciante dado que la prueba que exige es excesiva.

4 – <u>Agravios de la actora</u>

4.1) El primer agravio de la parte actora está dirigido a la parte de la sentencia que ha considerado que no cuestionó las certificaciones emitidas por la demandada conforme el art. 80 LCT. Sostiene que surge de su presentación realizada oportunamente en autos (fs. 29) que desconoció la totalidad de la prueba documental adjuntada por la demandada con la contestación de la demanda y que así fue considerado por la a quo.

Concluye afirmando que la certificación, por sí sola, no tiene aptitud suficiente para servir de elemento de convicción para determinar la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor, conforme resolviera la sentencia recurrida.

4.2) Se agravia también el actor por considerar errónea la decisión de la a quo al determinar que la mejor remuneración mensual, normal y habitual del actor fue la de $ 1.729,82.-

Argumenta que, teniendo en cuenta que la demandada indemnizó al actor conforme la norma del art. 212 LCT, es evidente que lo abonado representó el 50% de lo que, según su postura, le correspondía en realidad percibir al reclamante. De allí que, la suma tomada por la sentencia de la inferior como mejor remuneración ($ 1.729,82.-), en realidad constituye sólo el 50% del total, por lo que la mejor remuneración a considerar a los efectos indemnizatorios es de $ 3.459,64.-

Hace el mismo razonamiento y toma como ejemplo la indemnización "por preaviso omitido" por la que la demandada abonó –por el 50%— la suma ya mencionada ($ 1.729,82.-) y de lo cual resulta que el valor de un mes es el doble, o sea: $ 3.459,64.- Pide se fije este último importe como base para las indemnizaciones a que tiene derecho su parte.

4.3) Como directa consecuencia del agravio anterior, plantea su queja con relación al importe de los restantes rubros condenados por la sentenciante a pagar por la demandada, en virtud de resultar inferiores a los que –según su posición— corresponden ser percibidos por el reclamante.

Es así que considera mal calculada en la sentencia la indemnización "sustitutiva del preaviso más el SAC" dado que corresponde un importe mayor que denuncia en su agravio.

Según la queja, también resultan erróneos –por insuficientes— los importes establecidos en la sentencia en concepto de: a) "Remuneración de Enero y Febrero de 2005" ya que deben computarse $ 3.459,64.- por mes; b) "Integración del mes del despido"; c) la indemnización "por antigüedad"; d) la indemnización que establece "el artículo 4 de la Ley 25.792" y e) la indemnización que dispone el artículo 2 de la Ley 25.323.

Como conclusión de su queja, liquida la suma de $ 31.799,85.- (Treinta y un mil setecientos noventa y nueve pesos con 85/100) como monto total que le corresponde percibir a su parte, con más los intereses fijados en la sentencia, la cual es considerablemente superior a la condenada en la sentencia en crisis.

5 – Tratamiento de los agravios de la demandada

5.1) Imposibilidad de otorgar al actor tareas acordes a su estado de salud

Conforme lo referido en el punto "3" del presente, la parte demandada considera haber acreditado que no tenía tareas para que el actor pudiera desarrollar dentro de la empresa acorde a su estado de salud y de allí que el despido conforme lo normado por el art. 212 LCT resultó ajustado a derecho.

La quejosa afirma que se han confundido las tareas que el actor 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 del actor 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 al actor, 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 al actor conforme la incapacidad que le quedara luego de su enfermedad. Lo dicho me conduce a afirmar que es evidente que la agraviada equivocó el camino para justificar su queja, que es la misma que intentara in re: *"M. E.E. c/ A. S.A. s/ Cobro de Pesos"*, resuelto por esta Cámara mediante sentencia del 25/10/12, Reg. 75/12.

En esa oportunidad expresé que 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 logra rebatir la conclusión de la Magistrada a quo cuando dice: *"…me adelanto a concluir que la demandada no ha acreditado la inexistencia de tales tareas. Comenzaré por destacar que la empresa no ha denunciado su organigrama empresarial y si bien es cierto que el perito técnico (ver fs. 52) informa las zonas en que se divide la empresa, no se ha identificado la cantidad de personal por zonas y la disponibilidad efectiva o no de puestos de trabajo. Evidentemente el solo hecho de que la empresa informe que no existen vacantes disponibles en los sectores aptos para trabajos livianos no constituye prueba de tal hecho… En estos términos no dudo que la demandada no ha acreditado la inexistencia de tareas livianas que adujera en la comunicación rupturista…"* (fs. 142 vta.)

Además y tal como lo dijera in re *"M."*, confunde la recurrente el enfoque de su agravio porque hace referencia que se acreditó que existían diversas funciones que la parte actora no podía realizar con sus manos y brazos. Y digo que hay una confusión de la demandada porque lo que debía demostrar –permítaseme reiterarlo— era la imposibilidad clara, concreta y terminante de otorgarle al actor 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", Astrea, pág. 570).

Lo hasta aquí expuesto y los fundamentos vertidos me conducen a proponer al Acuerdo el rechazo de la queja analizada. Es mi voto.

5.2) <u>La valoración de las pruebas producidas en autos</u>

Esgrime la apelante que la sentenciante no analizó la prueba producida por su parte y que resulta –a su entender— conducente para resolver la cuestión. La prueba que refiere son los informes del Dr. C. (médico de la empresa) y del Ingeniero Toso (del Depto. de Seguridad e Higiene de la empresa), los que no han sido considerados por la sentencia, mientras que sí tuvo en cuenta y valoró otras probanzas para arribar a la decisión final.

He dicho ya, ante el planteo similar hecho por la demandada en el citado caso *"M."*, 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. CALZamora, Sala I, C. N° 58.267, reg. sent. def. 545/03).

Respecto a la crítica que esgrime 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 la recurrente sobre los informes ya mencionados de los profesionales que la asesoran 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, la quejosa 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.

Solo acotaré a lo hasta aquí dicho que ante la postura de la patronal de que el actor no estaba en condiciones de realizar otras tareas distintas a las que venía realizando y que no había en la empresa un lugar donde ubicarlo conforme a su estado de salud, surge del dictamen médico de fs. 127 que *"…Al momento del acto pericial, no presenta incapacidad laboral, según el Decreto 659/86, eso no significa que el actor, no tenga dolencias, y según el Baremo de la A. A. d. C. d. S…tiene una incapacidad del 3%…; …Es recomendable que no efectúe actividad (cotidiana, deportiva y laboral) con esfuerzos desmedidos…"*.

Por lo tanto, las cuestiones médicas invocadas por la agraviada en modo alguno adquieren significación dado que no se estuvo aquí ante un "gran discapacitado" sino de una persona que, como bien lo dice la sentencia en crisis, no debía realizar *"esfuerzos desmedidos"* (fs. 142 vta.). Es por ello que -reitero- se ha equivocado la empleadora al enfocar el núcleo de la problemática que no era el estado de salud del reclamante sino la posibilidad de que la empresa le otorgara tareas acorde con su salud luego de la incapacitación sobrevenida. Por lo tanto, lo que debió demostrar es la absoluta imposibilidad inculpable de otorgarle nuevas tareas que pudiesen ser cumplidas a pesar del pequeño 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.

En virtud de lo expuesto, he de proponer al Acuerdo el rechazo del agravio en análisis. Así lo voto.

6 – Tratamiento de los agravios de la actora

6.1) Importe de la mejor remuneración mensual, normal y habitual

Los dos primeros agravios del actor están vinculados dado que en lo medular esgrimen su crítica sobre la conclusión de la sentencia recurrida con respecto a su determinación de que la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el reclamante ascendió a la suma de $1.729,82.- (Mil setecientos veintinueve pesos con 82/100). Afirma el quejoso que habiendo sido indemnizado en los términos del art. 212 LCT y teniendo en cuenta que percibió la suma de $1.729,82.- como indemnización sustitutiva del "preaviso" (conf. recibo fs. 8 (reservado) y fs. 2), cabe concluir que su mejor remuneración fue de $ 3.459,64.- dado que lo percibido es medio mes (50%), conforme lo dispuesto por el referido art. 212 LCT.

Ante el tenor del planteo y la ausencia de prueba pericial contable producida en autos, se impuso que este Cuerpo ordenara la "medida para mejor proveer" de fs. 175/176, la cual fue debidamente cumplimentada por el experto contable a fs. 189/196.

Entre los puntos requeridos al Perito Contador, se le solicitó que informara *"las remuneraciones percibidas por el actor mes por mes desde el ingreso al egreso"* (punto "2"), lo cual fue respondido a fs. 193, sin que haya merecido objeción alguna de las partes. Se le solicitó también que *"Habiendo sido indemnizado el actor por la empleadora de conformidad con lo establecido en el art. 212 de la LCT, segundo párr., indique cuáles fueron los rubros abonados en virtud*

de dicha indemnización discriminando los que se abonaron en un 50% como así también si alguno se abonó en el 100%" (punto "4"). En su respuesta, el experto indicó como único rubro indemnizado en un 50% la indemnización "por antigüedad", todo lo demás –incluyendo la sustitución del "Preaviso"— fue abonado en un 100% (conf. fs. 194/195). Finalmente y en lo que aquí adquiere mayor relevancia, se solicitó al perito que *"determine cuál ha sido la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el actor durante el último año de servicio"* (punto "5"), a lo que respondió: *"…La mejor remuneración mensual, normal y habitual del último año de servicio corresponde al mes de septiembre de 2005 por $ 1.729,82.-…"* (fs. 195). Todas estas conclusiones de la pericia contable se encuentran consentidas por las partes.

Ante las claras y terminantes conclusiones del experto contable actuante en autos, adelanto mi opinión en cuanto a que no advierto que existan razones fundadas que aconsejen dejar de lado sus conclusiones o apartarse de ellas. Nada se ha demostrado en autos que amerite tal determinación.

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).

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).

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).

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).

A la luz de los principios hasta aquí analizados, considero que el dictamen pericial contable producido en autos está científicamente fundado y emana de un profesional con sólida versación en su especialidad, 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).

Es mi opinión que si el experto ha sido claro y terminante en cuanto a los puntos 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 dictamen. Nada se ha demostrado aquí acerca de que el perito haya incurrido en un error o que existan probanzas 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).

En virtud de lo expuesto, no es admisible el agravio del quejoso en cuanto que su mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada ascendió a la suma de $ 3.459,64.- lo cual, no solo no ha sido acreditado por el reclamante, sino que las conclusiones del Perito Contador actuante en autos tampoco lo avala.

Por lo expuesto he de concluir, conforme las constancias de autos y la prueba pericial contable antes referida, que el importe de la misma ascendió a ***$ 1.729,82.-*** (Mil setecientos veintinueve pesos con ochenta y dos ctvs.) correspondiente al mes de Septiembre de 2005.

6.2) Los restantes agravios del actor

Los restantes agravios del quejoso apuntan a una modificación en los importes de cada uno de los rubros que integran la liquidación que debe percibir como consecuencia de su despido incausado. Partiendo de la base que su mejor remuneración mensual, normal y habitual ascendió a la suma de $ 3.459,64.- pretende el actor la elevación de los montos de cada uno de los conceptos que detalla y liquida.

Atento a que he propuesto el rechazo del agravio tratado en el punto anterior y habiendo quedado en claro que no corresponde tomar como mejor remuneración mensual, normal y habitual la suma de $ 3.459,64.-, el tratamiento de las quejas que se basan en dicha pretensión ha devenido abstracto, lo que así declaro.

7 – Conclusión

Como los agravios dan la medida de la competencia de esta Alzada (arts. 268, 269 y 274 CPCC) y los expuestos no logran hacer mella en el decisorio apelado, propongo su confirmación en todo lo que ha sido materia del recurso interpuesto.

8 – Costas de la Alzada

Las costas de la Alzada deben ser impuestas de la siguiente manera: a) por el recurso interpuesto por la parte demandada, se le imponen a ésta en su condición de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. D. R. G. L., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 18, 46 y concs. Ley XIII N° 4), sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder; y b) por el recurso interpuesto por la parte actora, se le imponen a ésta en su condición de vencida (art. 69 CPCC),

regulándose los honorarios de su letrado patrocinante, Dr. A. A. P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la anterior instancia y los del Dr. D. R. G. L., apoderado de la demandada, en el 30% de los que les correspondieren por su labor en primera instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (arts. 5, 13, 18, 46 y concs. Ley XIII N° 4).

Con respecto a los honorarios del Sr. Perito Contador R. A. C., los mismos quedan a cargo de la parte demandada que ha resultado vencida en el proceso, regulándose los mismos en el 5% del monto del proceso que resulte en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 5, 18, 60 y concs. Ley Arancelaria).

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

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

1. Que las cuestiones fácticas han sido ampliamente referidas por mi colega de primer voto, motivo por el cual no redundaré en ellas, dando por transcriptos aquí los desarrollos efectuados al respecto por el Dr. Fiordelisi.

Centraré mi atención, para el sustento individual de mi voto, en el análisis de los aspectos traídos a revisión de esta Cámara, por las partes.

2.1. Se agravia el demandado, pues sostiene que el decisorio entendió que no se encontraba acreditada la inexistencia de tareas vacantes y acordes a la capacidad psicofísica del actor.

Sostiene que no se ha valorado prueba acompañada por su parte, tendiente a acreditar la inexistencia de vacantes disponibles dentro de la empresa.

Agrega que el pronunciamiento ha confundido el concepto de las tareas que el trabajador "podía ejecutar" o "tareas compatibles" con su aptitud psicofísica, con "tareas livianas", ya que ello es fundamental porque define el marco del deber de ocupación del empleador.

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 del trabajador, 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.

Por su parte, el decisorio de autos señala que el empleador debe acreditar en forma fehaciente – en forma objetiva y concreta - que para un trabajador que padece una incapacidad parcial y permanente que le impide desarrollar sus tareas habituales, no existe dentro de la estructura empresaria otras tareas acordes con su actual aptitud laborativa.

Coincido con el Sr. Vocal de voto anterior que la cuestión a analizar no se centra en discutir sobre tareas "livianas", "compatibles" o "acordes", sino en determinar si el empleador ha logrado probar en autos que no tenía tareas para ocupar al actor de acuerdo a su minusvalía. Ello, es coincidente con las expresiones de la sentencia.

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 (cfr. Cámara de Apelaciones de Puerto Madryn, SDL 075/12).

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. esta Cámara, fallo citado; 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).

2.2. 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 del Dr. C. (médico de la empresa) y del Ingeniero Toso (del Departamento de seguridad e Higiene de la empresa). Dichas probanzas, señala, han sido desestimadas para permitir la valoración de otras de notable vaguedad.

Tal como ha sido resuelto por esta Cámara en el precedente citado (in re "Mesa"), debe señalarse 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 esta incapacidad fue producto de un

accidente de trabajo o de una enfermedad inculpable (ver apartado "Hechos" de su conteste, fs. 23 vta/24 y ss), adelantando que el actor no podía desempeñar tareas que la accionada le pudiera ofrecer, y que ésta ya no tenía tareas acordes a dicha nueva capacidad laborativa.

Por otra parte, el decisorio señaló que la empresa no denunció organigrama empresarial alguno, y que la sola circunstancia que la misma informe la inexistencia de vacantes disponibles no constituye *per se* prueba del hecho.

En definitiva, el agravio propone dar mayor valor probatorio a los informes del Dr. C. y del Ing. Toso, lo que significa preferir una prueba sobre otra, lo que denota una mera discrepancia con el decisorio.

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).

Considero que el agravio debe desestimarse.

3. Se agravia también la parte actora.

Trataré en primer lugar – tal como lo hace el Sr. Juez de voto anterior – la queja relativa a la mejor remuneración mensual, normal y habitual, pues considera que el decisorio lo ha fijado en el 50% del monto correspondiente.

Argumenta para ello que debe tenerse en cuenta sus expresiones vertidas en la demanda, el recibo de liquidación final, lo sostenido por la demandada en el sentido que la liquidación final del actor fue practicada en los términos del art. 212, LCT, y la inexistencia de diferencias entre los recibos de liquidación final abonada.

La inobjetada pericia practicada a fs. 192/196, a consecuencia de la medida para mejor proveer dictada por esta Cámara a fs. 175/176, ha echado luz en este aspecto que controvierte la queja.

El perito contador informó que el único rubro indemnizado en un 50% fue la indemnización por antigüedad. Los restantes rubros (entre los que se incluye la sustitución por "preaviso") lo fueron en el 100%.

Por su parte, fue contundente la labor pericial al señalar que la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año de servicio fue de $ 1.729,82, suma que coincide con la establecida por el decisorio.

No advierto razones para apartarme de dichas conclusiones. Máxime si se tiene en cuenta que las partes ninguna observación hicieron al respecto, por lo que he de otorgarle pleno valor probatorio (art. 481, del CPCC).

Frente a ello, la postura del recurrente se desvanece ya que no existe prueba alguna rendida en autos que contrarreste su eficacia. Por ello, estimo que la queja debe ser desestimada.

Y partiendo de dicha base, se torna abstracto el análisis de los demás agravios del actor (en cuanto a las sumas consignadas en la certificación del art. 80, LCT y en lo referido a los rubros que toman como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual denunciada por la actora).

4. Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las costas deben ser impuestas de la siguiente forma: a) por el recurso de la demandada, deben serle impuestas a esa parte (art. 69, del CPCC), debiendo regularse los honorarios del Dr. D. G. L. en el modo en que lo hace el Sr. juez preopinante (arts. 5, 13, 18, 46 y cc, ley arancelaria).

Con respecto al recurso de la actora, las costas deben serle impuestas a esa parte (art. 69, del CPCC), debiendo regularse los honorarios del Dr. A. A. P. en el modo en que lo hace el Dr. Fiordelisi (arts. 5, 13, 18, 46 y cc, ley arancelaria).

Con respecto a los honorarios del Cdor. R. C., que serán soportados por la parte demandada en virtud del principio objetivo de la derrota, es dable señalar que deberán fijarse en el porcentaje que lo hace el Sr. juez de voto anterior (arts. 5, 18 y 60, ley arancelaria), con más I.V.A., si correspondiere.

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

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

De compartir mis colegas integrantes de esta Excma. Cámara los fundamentos expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios.
2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: a) por el recurso interpuesto por la parte demandada, se le imponen a ésta en su condición de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. D. R. G. L., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 18, 46 y concs. Ley XIII N° 4), sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder; y b) por el recurso interpuesto por la parte actora, se le imponen a ésta en su condición de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado patrocinante, Dr. A. A. P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la anterior instancia y los del Dr. D. R. G. L., apoderado de la demandada, en el 30% de los que les correspondieren por su labor en primera instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el

I.V.A. de así corresponder (arts. 5, 13, 18, 46 y concs. Ley XIII N° 4). Con respecto a los honorarios del Sr. Perito Contador R. A. C., los mismos quedan a cargo de la parte demandada que ha resultado vencida en el proceso, regulándose los mismos en el 5% del monto del proceso que resulte en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 5, 18, 60 y concs. Ley Arancelaria).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto.

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 (arts. 7 y 8 de la Ley V Nº 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Octubre de 2013.

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 la sentencia recurrida en todo lo que ha sido materia de agravios.

2) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: a) por el recurso interpuesto por la parte demandada, se le imponen a ésta en su condición de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado apoderado, Dr. D. R. G. L., en el 25% de los que les correspondan

por su labor en primera instancia (arts. 5, 13, 18, 46 y concs. Ley XIII N° 4), sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder; y b) por el recurso interpuesto por la parte actora, se le imponen a ésta en su condición de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de su letrado patrocinante, Dr. A. A. P., en el 25% de los que les correspondan por su labor en la anterior instancia y los del Dr. D. R. G. L., apoderado de la demandada, en el 30% de los que les correspondieren por su labor en primera instancia, en ambos casos sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (arts. 5, 13, 18, 46 y concs. Ley XIII N° 4). Con respecto a los honorarios del Sr. Perito Contador R. A. C., los mismos quedan a cargo de la parte demandada que ha resultado vencida en el proceso, regulándose los mismos en el 5% del monto del proceso que resulte en la etapa de ejecución de sentencia, con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 5, 18, 60 y concs. Ley Arancelaria).

3) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

Registrada bajo Nº /13 SDL.