En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre 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: **"C., J. J. c/S. A. I. S.R.L. s/DEMANDA LABORAL (Indemnización por despido)", expte. nro. 447 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 5301/2009), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 449), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, 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. 405/417 vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Nélida Susana Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 421 por la parte actora la sentencia definitiva nro. 93 del 22/07/13 de fs. 405/417vta., habiéndose concedido a fs. 423 el recurso de apelación interpuesto libremente y en ambos efectos.

El fallo en la parte que aquí se cuestiona dispuso: 1) Desestimando la demanda instaurada por el Sr. J. J.C. contra la firma S. A. I. S.R.L – antes P. I. S.R.L–, por los fundamentos vertidos en los Considerandos I. y II. y

2) Imponiendo las costas a la parte actora vencida. Regulando los honorarios profesionales…".

I.A) A fs. 424/434 expresa agravios la parte apelante actora, corrido el traslado pertinente a fs. 435, los mismos son contestados por la parte demandada fs. 436/444vta.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos (aplicable aquí a los agravios) 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 (o de los agravios), siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (conf. 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 economía, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante actora.

Concretamente la apelante actora se agravia en cuanto a que la a quo:

1 Omitió considerar la falta de dación de tareas livianas como incumplimiento laboral (fs. 424/428);

2 Omitió aplicar el art. 212 de la LCT (fs. 428/430);

3 Incurrió en arbitraria valoración de la prueba en torno a la dolencias lumbar del actor como derivada

del trabajo y no trató la intimación como causal de despido indirecto (fs. 430/433vta.).

I.B) Advirtiendo la incidencia que ha de tener la decisión a tomar atento la línea argumental expuesta por el apelante actor en sus agravios a fs. 424/433vta, he de tratar los mismos en forma conjunta.

Primeramente he de precisar que es criterio de la suscripta a partir de los autos caratulados: "R., M. A. c/ M., E. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", expte. Nro. 10.805/98, Sent. Def. Nro. 52 del 14/12/99 que la elección de la prueba es facultad privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una descartando otras que considere inconducentes o inoperantes por ser suficiente a tal efecto que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que no hayan sido computadas. La preferencia del juez por unas pruebas respecto de las otras no viola las leyes que rigen su valoración con lo cual el fallo puede apoyarse en determinados testimonios pruebas corroborantes de las que éstos resulten y presunciones con prescindencia de otras pruebas (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1977, v.I, p.344).

Dicha valoración probatoria ha sido efectuada pormenorizadamente por la a-quo conforme emerge del Considerando 1ero. (fs. 407/415vta.).

Amerito que conforme emerge de fs. 78/79 reconocida por el actor a fs. 193, emerge claramente que el trabajador tomó conocimiento de las Normas Internas de la empleadora, donde en el pto. 3. expresamente se refiere que los accidentes de trabajo, sea cual fuera su importancia, deben ser informados en forma inmediata al encargado de turno o superior inmediato, quién será

responsable de actuar de acuerdo a los roles de emergencia vigente, en virtud de dicho reglamento estimo acertado el análisis de la sentenciante en que no está probado el accidente aducido por éste como sucedido el día 27/09/05, advirtiendo que dicha circunstancia fuera denunciada por el trabajador recién en el TCL 65122800 CD nro. 758532188 de fecha 09/05/06 (conf. informativa prestada por el Correo Argentino a fs. 150).

A ello he de agregar que entiendo que la circunstancia de que el actor haya ingresado sano a trabajar para la demandada, aparece insuficiente para demostrar la incidencia del trabajo en la incapacidad sufrida por éste, sin probarse por medios de juicio válidos la relación casual o concausal entre uno y otro extremo.

No puede soslayarse que ambos aspectos pertenecientes a la órbita de la ciencia jurídica y no de la médica y que, aún cuando se requiera el conocimiento científico-técnico de la medicina por el cual se convoca a los galenos como auxiliares de la justicia, es atribución exclusiva de los jueces, evaluadas las circunstancias de cada caso concreto, la determinación de la existencia y el alcance de dicho nexo (conf. CNAT, Sala X, 18/9/96 "Rodríguez de Puoyte, Alicia c/Entel")." SD 20181- Expte. 28.887/ 08 (29.422) - "V. N. M. c/ Inc. S.A. s/ accidente-accion civil" - CNTrab - Sala X - 20/08/2012 elDial.com - AA7A00 ,Publicado el 17/10/2012

Si bien de las declaraciones testimoniales de los médicos Dres. E. S. (fs. 199 CD. nro. 233) y las certificados médicos de fs. 383/385 extendidos por el Dr. R. A. y los certificados de fs. 386/387 extendidos por el Dr. L. N. sostuvieron que los hechos laborales vividos pudieron haber agravado el cuadro de lumbalgia

por el cual fue tratado el actor indicando que el trabajador estaría en condiciones de realizar tareas livianas, coincido con la sentenciante en que no está probado el accidente aducido por éste como sucedido el día 27/09/05.

Ello así, ya que no son los galenos los llamados a decidir si entre las incapacidades que pueda evidenciar el actor y las tareas cumplidas para la demandada existe relación causal, pues los médicos no asumen ni podrían hacerlo, el rol de jueces en la apreciación de la prueba con relación a los hechos debatidos en la causa (entre muchos otros Sala VII, 29-8-1997, "Zabala, Juan E. c/ Ardana S.A."). Ello significa que, sin perjuicio del valor que quepa asignar a la opinión del experto en cuanto a si es factible o no médicamente que una cierta afección guarde relación con un cierto tipo de tareas, en los casos concretos debe acreditarse según corresponda cuáles han sido específicamente los trabajos cumplidos y sus características, a fin de que el juez determine -considerando claro está la opinión médica- si está probada o no la vinculación causal o concausal entre el trabajo efectivamente desarrollado y la incapacidad.

En cuanto a la pericia médica efectuada por la perito médica forense Dra. Eliana V. Bevolo (fs. 213) fue claro en cuanto a que las afecciones que sufre el actor pero no dijo nada en cuanto a si dichas afecciones se debieron al ámbito laboral o que éste podría haber influido en su agravamiento, lo cierto es que basó sus conclusiones en el expediente y en el examen al actor, limitándose a informar que éste presenta un cuadro de lumbalgia crónica producto de discopatía en varios niveles e hipertrofia facetaría la cual le impide realizar tareas de esfuerzo físico no pudiendo trabajar

más en su tarea habitual.

Como es lógico, no puede tenerse por probada válidamente la índole de las tareas a partir de lo que indica el propio reclamante, y sabido es que tales circunstancias deben ser efectivamente acreditadas pues, en definitiva, es el juez quien determina la existencia o no de relación de causalidad entre las afecciones y las condiciones ámbito laborativas. En concreto, ante la falta de prueba que demuestre precisamente esas condiciones, debe confirmarse el decisorio de grado por tratarse de enfermedades inculpables.(ídem crit. : SD 74139 – Expte. 34.710/2008 – "C., M. E. c/ Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo s/ accidente- acción civil" – CNTRAB – SALA V – 31/05/2012):elDial.com – AA7738 ,Publicado el 06/07/2012).

Concretamente, en el presente caso no se logró probar que el ambiente laboral y las tareas que prestó el actor constituyeran la causa adecuada de la incapacidad o bien, que hayan operado concausalmente para generar su afección física, antecedente lógico imprescindible para su admisión como causas relevantes de la incapacidad (arts. 901/906 del Código Civil).

Desde otra perspectiva, de la confrontación de los términos expuestos por el actor a fs. 39 donde se refiere al incumpliendo de la empleadora resaltando que la misma respondió fuera del plazo previsto y que la a-quo trató específicamente en fs. 411/vta. donde decidió conforme las constancias valoradas de los intercambios telegráficos entre las partes que la demandada había contestado en tiempo y forma – decisión que no fuera motivo de agravios por el aquí apelante -, basando su línea argumental exclusivamente en la no dación de tareas livianas.

A la situación apuntada le corresponde aplicar el criterio doctrinario y jurisprudencial que, desde larga data, determina que la expresión de agravios sirve para delimitar las atribuciones de la alzada en el conocimiento del recurso, en correlación con el postulado de congruencia (art. 165 inc. 6to. de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – DJ-), desde que las causas deben decidirse secundum allegata et probata. En consecuencia, no puede modificarse, en las quejas ante la alzada, lo que se afirma en la demanda o contestación. El agravio no es un apartarse de lo invocado por las partes en sus acciones o respuestas, sino precisamente la afirmación de ello y el consiguiente razonamiento –si cupiere– de lo injusto de la decisión recurrida (conf. Morello – Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.III, págs. 353/354; Cám. Nac. Esp.Civ. y Com., sala I, 18/06/79, BCNEC y C., 674, núm, 9792: ídem. Sala II, 08/06/84, DJ 1984, v.7, p.219).

Sobre el piso de marcha precedentemente expuesto, he de subrayar, a mayor abundamiento, que el ámbito de los tribunales de Alzada se encuentra en primer lugar limitado por el contenido de las cuestiones propuestas a la decisión del juez de primera instancia, siendo inadmisible la deducción de pretensiones u oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia originaria, derivando dicha limitación del principio dispositivo, que confiere a los justiciables el señorío de la voluntad de fijar los límites del objeto litigioso, y excluye que los tribunales de justicia se pronuncien sobre cuestiones que no hayan sido planteadas oportunamente por las partes (art. 274, Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ -).

En este orden de ideas se ha expuesto el criterio

jurisprudencial que expresa que: ”Si se admitiese que en la Alzada pudieran tratarse capítulos no esgrimidos en primera instancia, o fundados en hechos no articulados en ella, importaría alterar los términos en que quedó trabada la litis, con menoscabo del derecho de defensa y violación de una expresa prohibición legal (conf. aut. cit., ob. cit., Tomo cit. Pág. 413/414; arg. crit. Cám. Nac. esp.civ. y com., Sala II, 08/06/84, DJ 1984, v.7, p.219 ; Cám. Nac. Civ., Sala C, 12/05/83, La Ley 1984, v. A, p. 489, 36.542 -S).

En cuanto al resto de los agravios expuestos por el apelante actor, carece de virtualidad jurídica expedirse sobre los mismos atento al carácter de subsidiariedad que contienen con el anterior agravio tratado y teniendo presente la decisión adversa que sobre éste se decidió. En definitiva, no puedo más que coincidir con la sentenciante de grado en que resultó apresurado –y por ende injustificado– el proceder de la actor, dándose por despedido, razón por la cual propondré confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto rechaza tanto el reclamo de diferencias salariales como las indemnizaciones legales reclamadas.

I.C) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas al apelante actor vencido (art. 69, Ley XIII, nro.5, Anexo A – DJ-). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes, para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5 y 13 del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4 –DJ-).

A la segunda cuestión la Dra. Nélida Susana Melero

dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en el caso de coincidencia con la decisión adoptada en el presente caso:

1) Rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 424/434 y confirmar la sentencia de fs. 405/417vta.

2) Las costas de esta instancia son impuestas al apelante actor vencido (art. 69 Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-). Diferir para el momento del acuerdo la regulación los honorarios de los profesionales intervinientes (5 y 13 del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro. 4–DJ-).

3) Tener presente la reserva del caso federal planteada a fs. 433vta./434 – pto. III por el recurrente actor.

4) De forma.

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

La Sra. Juez de la instancia de grado resolvió desestimar la demanda instaurada por el Sr. J. J.C. contra la firma S. A. I. S.R.L. -antes P. I. S.R.L.-, por los fundamentos vertidos en los Considerandos I y II.-

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

El fallo es apelado por el actor. Quien se agravia ante la omisión de considerar la Sra. Juez la falta de dación de tareas livianas como incumplimiento laboral.

Pone de resalto previamente la cuestión que se debate en autos. Entiende que está demostrado que C. sufrió la dolencia lumbar por los esfuerzos que demandaba la tarea de peón de boca de pozo y que ingresó a trabajar sin esa dolencia. Agrega que aún si se

considerara que ello no fue así y que se trató de una enfermedad inculpable, sí quedó demostrado y reconocido por el a-quo que se encontraba en condiciones de efectuar tareas livianas. Enumera las pruebas.

Tareas que dice fueron negadas, y que ante el incumplimiento de la empleadora, que fuera previamente intimada, contrariamente a lo que dice el sentenciante, ello habilitaba a considerarse incurso en el despido indirecto.

Sostiene que el yerro de la sentencia es que no quedó acreditado el accidente de trabajo y en virtud del cual intima a la demandada que le brinde los datos de la ART, a que realice denuncia y a que otorgar tareas livianas.

Aduce que la intimación resulta independiente del accidente o enfermedad derivada del trabajo, advirtiendo una clara arbitrariedad de la sentencia, que analiza de manera global y omite la intimación que fuera realizada bajo apercibimiento.

Se agravia ante la omisión de aplicar el Art. 212 de la LCT.

Transcribe el artículo y relata que los testigos afirman que la empresa tenía sectores para tareas livianas (M.), no se valoró que la demandada no manifestó que no contar con posibilidades de darle tales tareas, sino que se limitó a decir que no existía determinación definitiva.

Cita jurisprudencia y agrega que en nada cambia lo manifestado la supuesta comunicación de parte de la empleadora donde se le comunicaba la reserva del puesto de trabajo desde el 31 de marzo de 2006 por el término de un año, agraviándose por la interpretación del a quo, quien entiende que debe tenerse por recibida la misma por

haber sido remitida al domicilio que figura en el legajo olvidando que el actor se encontraba en Bs As con tratamiento.

Tercer agravio: La arbitraria valoración de la prueba en torno a la dolencia lumbar del actor como derivada del trabajo- La falta de tratamiento de la intimación como causal de despido indirecto.

Transcribe párrafo de la sentencia del punto bajo análisis, advirtiendo una arbitraria valoración probatoria y analiza la prueba de los testigos concluyendo que de las mismas surge claramente que el actor ingresó sin ninguna dolencia, que los trabajos en boca de pozo demandan grandes esfuerzos y que frecuentemente ocasionan dolencias lumbares.

Se refiere a los certificados médicos, historia clínica, pericial médica e informes de egreso de donde surge la dolencia lumbar, y que tuvo que bajar de franco por el problema lumbar.

Reconoce que debió referirse a una enfermedad accidente o enfermedad laboral, pero que cualquiera fuese la terminología, la dolencia se sufrió en ocasión del trabajo.

Indica que ante lo manifestado respecto a la dolencia lumbar debió hacer la denuncia respectiva.

Reitera apreciaciones y hace reserva del caso federal.

Corrido el traslado el demandado contesta los agravios.

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 de la ley o de la apreciación de la prueba, pero no más, lo que no

constituye arbitrariedad alguna, no compartir la decisión no convierte a la misma en arbitraria.

No ha sido cuestionado la relación laboral que unió a las partes, la labor que el accionante desarrollaba, peón de pozo, fecha de ingreso y egreso, la patología que porta el actor, ni que el mismo se encontraba en condiciones de realizar tareas livianas(fs 159/160),(383/385) (386/387).

Se probó que el actor presentaba dolor lumbar, lumbalgia en barra de 9 meses de evolución, con hernia en L5-S! central, discos disminuidos de altura del L4-5 hipertrofia facetaria L4-5 y L5-S1 (fs 159/160) (fs 383/387)(fs 213/vta.).

Asimismo de las testimoniales que transcribiera la Sra. Juez no surge que el día 27 de septiembre de 2005 el actor haya sufrido un accidente de trabajo, aunque acuerdan que el mismo se encontraba con licencia médica, no fue por un accidente.

Y advierto que aún cuando el quejoso transcribe parcialmente las testimoniales de quienes considera prueban su postura, no revierte la valoración efectuada por al Sra. Juez, así el Testigo S., declaró también que "la dolencia lumbar puede producirse a raíz de muchos elementos que pueden originar esa dolencia", V. manifestó "que tenía problemas lumbares, presentaba certificados médicos de su tratamiento", M. afirmó "que supo que el actor andaba con problemas de salud, pero que no supo que era un accidente", C. atestiguó que la enfermedad "pudo ser consecuencia de las tareas que desarrollaba, M. se refiere en términos tales como "entiende"...

Sin perjuicio de ello, y atento que el actor en la expresión de agravios alude al artículo 212 de la LCT a la que también se refiriera el demandado al contestar la

demanda, he de dar respuesta al agravio.

De autos surge que como consecuencia de la dolencia el actor gozó de la licencia legal y el 20 de marzo de 2006 el empleador le notifica de la reserva del puesto de trabajo consagrado en el Art. 211 LCT., como consecuencia de haberse cumplido los 6 meses desde el comienzo de la licencia por enfermedad inculpable.

Misiva que es dirigida al domicilio denunciado por el trabajador, de allí que lo aludido por el apelante para tener por no recibido debe desestimarse.

A partir del 9 de mayo de 2006, 7 meses después de la fecha del accidente que alegó y no probó, se inicia un intercambio epistolar mediante CD (fs 21 y 150). En ella el actor comunica al empleador que ante el accidente y las lesiones sufridas, solicita intervención a la ART. Agrega que ante la negativa de otorgar tareas y encontrándose en posibilidad de realizar tareas livianas según prescripción médica, intima plazo de dos días cumpla con lo peticionado, bajo apercibimiento de darse por despedido.

La empresa contesta a través (fs 22) negando el accidente de trabajo, que la enfermedad que porta es inculpable, que se le notificó la conservación del puesto de trabajo y que al no existir determinación definitiva de la incapacidad el requerimiento de tareas livianas carece de sustento legal.

El actor insiste por medio de CD (fs 23 y 151) ante silencio y la falta de cumplimiento de las obligaciones se considera gravemente injuriado y se da por despedido.

A su vez la CD de fs 148/149 el demandado contesta negando el silencio, el incumplimiento, rechaza por injustificado y apresurado el despido indirecto, por lo que no genera indemnización alguna.

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, cuyo contenido transcribiera la Sra. Juez y a lo que ya me refiriera surge (fs. 199 CD Nro. 233), que de la documentación que tiene a la vista es un examen de ingreso periódico realizado al paciente C. J. J. y el resultado del mismo es normal esto es de fecha 6 de febrero de 2002 y está firmado por el dicente, la fs. 77 es el examen post egreso del mismo paciente, en el cual refiere que presenta dolor lumbar, alteraciones de la marcha y dolor moderado en zona lumbar y está medicado con antinflamatorios, hay una referencia en este examen de una patología dorsolumbar, el examen post egreso está conformado por el trabajador, en dicho instrumento figura como tarea del actor la de peón boca de pozo.

Los certificados de fs. 386/387 extendidos por el Dr. L. N., certificados de los cuales se extrae la misma patología y con la misma indicación de realizar tareas livianas; la pericia médica de fs 213/vta., efectuada por la Dra Eliana Bevolo, quien concluye que la afección que presenta el actor es un cuadro de lumbalgia crónica producto de discopatía en varios niveles e hipertrofia facetaria la cual le impide realizar tareas de esfuerzo físico, no pudiendo trabajar más en su tarea habitual.

El informe de fs 159/160 por el Hospital Italiano de Buenos Aires, de los cuales emerge que el actor en fecha 6 de marzo de 2006 fue atendido en dicho nosocomio por la Dra. S. L. quien informa que el paciente presenta dolor lumbar, lumbalgia en barra de 9 meses de evolución, con hernia en L5-S1 central, discos disminuidos de altura, neurofaramnenes libres, leve protusión anular del

L4-5, hipertrofia facetaria L4-5 y L5-S1. Indica, entre otras cuestiones, tareas livianas.

Los certificados médicos de fs. 383/385 extendidos por el Dr. R. A., de donde surge que el actor en las fechas en que fue examinado por dicho galeno, presentaba un cuadro de lumbalgia por el que se le prescribió tratamiento, dejándose constancia en el certificado de fecha 29 de marzo de 2006 que el Sr. C. estaba en condiciones de realizar tareas livianas.

Los certificados de fs. 386/387 extendidos por el Dr. L. N., en los cuales consta la misma patología y con la misma indicación de realizar tareas livianas.

Pero sin perjuicio que los médicos tratantes dan cuenta que el paciente está en condiciones de efectuar tareas livianas, adquiere preponderancia lo dictaminado por el Dr. S. la dolencia que refiere el examen post ocupacional no permitiría realizar tales tareas, porque la actividad de peón boca de pozo hay movimientos de flexoextensión de columna continuos, levantamiento de peso, diferentes actividades físicas que en el desarrollo de las mismas con un dolor importante en la espalda y además en el certificado se hace referencia a una posible hernia lumbar, por lo que son factores que no permiten realizar tales tareas, el dicente es especialista en cirugía general y en medicina del trabajo, médico, es especialista en medicina del trabajo desde hace aproximadamente 15 años, dice que en relación al certificado analizado, refiere ser un tema complicado teóricamente no podría realizar ningún tipo de actividad, tendría que ser mejorado, si estuviere en condiciones que no tuviere dolor y si hubiere otro tipo de tareas sí, pero en condiciones, no como dice en el certificado del examen que refiere dolor y dificultad en la marcha,

habría que evaluar el caso, es muy hipotético, recién después de hacer un diagnóstico y ver la patología podría recién hablarse de ver de calmar el dolor, pero en la medicina hay que tratar la enfermedad, dice que la dolencia lumbar puede producirse a raíz de muchos elementos que pueden originar esa dolencia y hay que ver los antecedentes de eso, el estado de la columna, porque hay factores que se denominan preexistentes, dice que la actividad desarrollada por el actor frecuentemente genera ese tipo de dolencia.

Y es este certificado el que da sustento a la Cd enviada por el demandado de fecha 20 de marzo de 2006 en donde al rechazar la comunicación del actor , agrega que no existe determinación definitiva de la incapacidad, de allí que el requerimiento de tareas livianas carece de sustento legal, pues resulta cierto que de ninguno de los informes médicos no surge un alta definitiva.

En "Tratado de Derecho Laboral" Ackerman –Tosca. Tomo IV, pags 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 (conf. Ackerman-Tosca, op. cit., ídem, pág. 576/579). Cumplimiento ineludible para la exigibilidad no sólo 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 éstos o, aun, en ciertos supuestos, a la extinción de la relación de trabajo. Por esta razón, se ha prestado especial atención no sólo 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, exigiendo la norma que el carácter de la incapacidad 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 éste 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 30.656/44, 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 sólo 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.

Atento las consideraciones efectuadas, no acreditado el accidente de trabajo al que hace referencia, no habiendo denunciado el mismo en tiempo y forma, 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 ya estaba siendo asistido por la dolencia de acuerdo a lo que surge de las testimoniales y del informe del Dr. S., en consecuencia no se trata de la incapacidad definitiva a la que hace referencia el art 211, para poder ser reincorporado.

Razones todas, que demuestran que el despido indirecto en que se puso el actor, fue prematuro y sin causa que lo justificara.

No advierto ante las razones dadas injuria alguna por parte del empleador.

Las razones dadas me permiten confirmar la sentencia de primera instancia.

Las costas de ambas instancias deben ser soportadas por el actor vencido.

A fin de regular los honorarios que los difiero para el acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5,6,7, y 13 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 405/417 vta.

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

3) Tiene presente la reserva del caso federal.

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) Rechazar los agravios expuestos por el apelante actor a fs. 424/434 y confirmar la sentencia de fs. 405/417vta.

2) Las costas de esta instancia son impuestas al apelante actor vencido. Regular los honorarios profesionales del Dr. N. D. en el veinticinco por ciento (25%) y los del Dr. I. F. de las C. en el treinta por ciento (30%), de los fijados por su actuación en primera instancia. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si correspondiere.

3) Tener presente la reserva del caso federal planteada a fs. 433vta./434 – pto. III por el recurrente actor.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"