En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de Septiembre del año dos mil dieciséis, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"O., V. W. c/ P. P. y**

OTRA s/ Accidente" (N° 148/2015), venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte N° 284/10), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN: ¿**es justa la sentencia apelada? **SEGUNDA CUESTIÓN:**¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 588.

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

1 – Antecedentes

El Juzgado Laboral N° 2 de esta Circunscripción Judicial dictó sentencia a fs. 509/525 vta. la cual ha sido apelada a fs. 530 por la codemandada P. P. S.A., concediéndosele el recurso a fs. 531. Expresó agravios la recurrente a fs. 534/539, ampliando los mismos a fs. 540/y vta., habiendo contestado la actora a fs. 542/549 y 575/577 vta. los traslados conferidos de ambas presentaciones.

2 – La sentencia

La sentencia recurrida declaró la inconstitucionalidad de los arts. 21, 22, 39 ap. 1 y 46 ap. 1 de la Ley 24.557 e hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a P. P. S.A. y a I. ART S.A., en forma

concurrente, a abonar al actor V. W. O., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, la suma de $ 147.941,30.- más intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde la fecha de denuncia de la enfermedad profesional (29/07/2009) hasta su cancelación efectiva.; impuso las costas a las codemandadas vencidas y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

En lo que hace al reclamo contra la ART codemandada por accidente de trabajo, tuvo en cuenta la sentenciante que dicha parte no contestó la demanda y de allí las consecuencias que ello acarrea en su contra. Dejó sentado que las omisiones que se le imputaron constituyen causa eficiente y adecuada al accidente padecido por el actor y que existió un incumplimiento del deber de vigilancia y previsión y de ello se derivó la producción del daño que se pretende resarcir. Agregó que frente a la ausencia total de pruebas de la ART, cabe declarar su responsabilidad por la omisión culposa. En lo que hace a la empleadora, destacó la a quo el nexo de causalidad entre la enfermedad profesional padecida por el actor y la actividad desarrollada durante más de 12 años para la empresa y la forma riesgosa y peligrosa en que debió llevar a cabo las tareas. Agregó que P. P. no acreditó que hubiese tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el infortunio; en consecuencia, conforme el art. 1113 Cód. Civil, determinó que resulta responsable de la reparación de los daños derivados del infortunio.

En cuanto a la indemnización, fijó la a quo la suma de $ 120.000.- para reparar el daño material, más intereses desde Julio de 2009 y la suma de $ 10.000.- para el daño moral, más intereses.

El actor reclamó también la diferencia en el pago de la indemnización del art. 245 LCT (50% restante). Evaluó la a quo que el actor tuvo el alta médica el 17 de Febrero de 2010 y que por su estado de salud podía desarrollar otras tareas y no las que venía desarrollando habitualmente. En el caso, la accionada invocó la imposibilidad de otorgar al actor tareas acorde con su estado de salud y dice la sentencia que la prueba de la imposibilidad de dar al trabajador tareas livianas incumbe al empleador que invoca esa causal como eximente de una mayor responsabilidad indemnizatoria. Es por ello, ha dicho la a quo, que debió probar la accionada la falta de puestos con tareas para el trabajador incapacitado, en los términos del art. 212 LCT.

Se ha acreditado en autos con la pericia médica que el actor se encontraba en condiciones de trabajar en tareas livianas y que la accionada no cumplió con la exigencia de justificar la imposibilidad de asignar las mismas. Es por ello que el despido dispuesto por la empleadora fue considerado incausado por la a quo y ello genera el derecho del actor a la indemnización del art. 245 LCT, debiendo abonar la demandada la diferencia de la misma que no abonara oportunamente. Es por ello que, conforme la pericial contable practicada en autos, fijó el importe para este rubro en la suma de $ 17.941,30.- con más los intereses desde el 29/07/2009 hasta el efectivo pago.

3 – <u>Agravios de P. P. S.A</u>.

3.1) En atención a lo manifestado por las partes en la audiencia celebrada oportunamente por ante esta Alzada (conf. fs. 580), corresponde expedirse solamente sobre la cuestión relativa al "Despido" dispuesto por la empleadora y que fuera resuelto por la a quo, dado que todo lo relacionado a la indemnización por el "Accidente de Trabajo" ha sido cumplimentado con el reclamante. En

consecuencia, referiré seguidamente los agravios vertidos por la recurrente con relación exclusivamente al "Despido".

3.2) Agravia a la empleadora que la a quo haya determinado que debía su parte acreditar la inexistencia de puestos de trabajo acordes a la discapacidad que presentaba O. y que, ante la no acreditación, la condenó al pago de la diferencia indemnizatoria.

Esgrime que tal exigencia se traduce en un requerimiento de producir un hecho negativo y que así se entra en el terreno de las pruebas negativas que la doctrina no avala. Agrega que el actor no señaló cuál era el puesto de trabajo que teóricamente tenía la empresa para asignarle conforme su discapacidad y que el art. 212 LCT no requiere que la patronal acredite la inexistencia de puesto de trabajo.

3.3) La última queja está dirigida al término de cómputo de los intereses que la a quo fijó -para la diferencia de indemnización- que deben correr desde Julio de 2009 cuando el despido se produjo el 29 de Abril de 2010. Es por ello que afirma la recurrente que los intereses deben computarse desde los primeros días de Mayo de 2010, revocándose así la sentencia en este

punto.

4 – <u>Tratamiento de los agravios</u>

4.1 – <u>Otorgamiento de tareas conforme la incapacidad del actor</u> La quejosa afirma que la sentencia -al resolver de la forma en que lo ha hecho- ha requerido de su parte la producción de una prueba negativa.

En base a esta postura hace un desarrollo basado en ese punto, 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 lo que se apoyó la patronal para despedir al actora, me refiero al art. 212 de la L.C.T. (conf. telegrama de fs. 6). La misma es muy clara al decir que *"…si del accidente o enfermedad resultare una disminución definitiva 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 acerca de la exigencia de una prueba negativa para la empleadora -lo cual no es cierto- 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. Con lo cual es evidente que la agraviada equivocó el camino para justificar su queja.

En estos casos, la jurisprudencia ha marcado el camino no sólo en cuanto a que es carga del empleador demostrar que no tiene otro puesto para que el trabajador continúe prestando servicios acorde a la incapacidad que padece, tal como lo ha resuelto aquí la sentencia en crisis. Es que cuando el empleador despide con la invocación de no poder otorgar tareas acordes

con la capacidad residual del trabajador, no sólo debe acreditar la inexistencia de vacantes en las mismas sino además la imposibilidad de efectuar una rotación que permita al empleado una ocupación compatible con su estado (conf. CNTrab., Sala III, 21/09/90, DT, 1991-B-1647).

Ahora bien, debe quedar en claro y surge de la sentencia en crisis, que la prueba acerca de la imposibilidad de otorgar tareas compatibles con el estado físico de disminución del trabajador, debe hacerla la patronal, o sea que incumbe al empleador acreditar, en el juicio, que le fue imposible el cumplimiento de la exigencia contenida en el art. 212 de la LCT, por no tener tareas para asignar al trabajador, compatibles con su reducida aptitud física (conf. CNTrab., Sala VI, 03/07/91, DT, 1991-B-1662). Ninguna referencia concreta ha hecho la quejosa sobre este aspecto y en modo alguno ha rebatido la conclusión de la sentencia cuando afirma que *"...no cumplió la accionada con la exigencia de justificar la imposibilidad de asignar tareas acordes a la aptitud laboral del actor, como tampoco probó la inexistencia de tareas acordes a su minoración, circunstancia que mencionó en la comunicación rescisoria de fs. 6 de fecha 29 de abril de 2010… Se debió acreditar en forma objetiva y concreta que el señor O. no estaba en condiciones de efectuar ninguna de las tareas que se desarrollan en los lugares de trabajo de la empleadora P. P. S.A. No existe aporte de prueba que sustente y corrobore esa afirmación…"* (fs. 524).

De ningún punto de su agravio surge que la demandada haya cumplimentado la carga probatoria que he referido y 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. Si el empleador estuviera en condiciones de otorgar al trabajador tareas compatibles con su capacidad disminuida y no se las asignare, la situación se asimila a un despido arbitrario y, en consecuencia, debe abonarle una indemnización de monto igual a la del art. 245 de la LCT (conf. ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", Ed. Astrea, pág. 570).

He tenido oportunidad de votar en este mismo sentido en casos similares oportunamente resueltos por este Cuerpo (ver: *"Ruiz, R.P. c/ Punto y Banca S.A. s/ Cobro de Pesos"*, 22/05/2012, Reg. N° 35/12 SDL; *"Mesa, E.E. c/ Alpesca S.A. s/ Cobro de Pesos"*, 25/10/12, Reg. N° 75/12 SDL).

Por lo expuesto, el agravio no puede ser atendido y propongo al Acuerdo su rechazo.

4.2 – <u>Curso de los intereses</u>

El planteo que realiza la parte demandada en su agravio con relación al momento desde el cual deben computarse los intereses a abonar por el saldo impago de la indemnización por despido incausado, es compartido por la parte actora conforme surge de lo expuesto a fs. 577, al decir: *"…claramente le asiste razón…"*.

La sentencia determinó que los intereses sobre el monto del resto de la indemnización por despido adeudada al actor ($ 17.941,30.-), debían computarse a partir del día 29 de Julio de 2009 (fecha de la denuncia de la enfermedad profesional) y es correcto el planteo del agravio al sostener el error de la fecha de comienzo del cómputo dado que el despido se materializó el día 29 de Abril de 2010 (conf. fs. 6).

Debe tenerse en cuenta que el art. 255 bis de la LCT establece que el pago de las indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el art. 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral. Por lo tanto, el plazo para el pago es de cuatro días (conf. art. 128 de la LCT). En consecuencia, procede admitir la queja y disponer que los intereses a pagar por la demandada por el saldo de la indemnización por despido deberán computarse luego del cuarto día hábil contado desde el 29 de Abril de 2010 en que se materializó el despido, o sea, desde el 06 de Mayo de 2010 y hasta el efectivo pago.

5 – <u>Conclusión</u>

En razón de lo hasta aquí expuesto, corresponde concluir que debe revocarse parcialmente la sentencia recurrida únicamente en lo que hace al curso de los intereses a pagar por la demandada sobre el importe del saldo de la indemnización por despido incausado ($ 17.941,30.-), los cuales se deberán computar desde el día 06 de Mayo de 2010 hasta el efectivo pago, conforme la tasa fijada en la primera instancia, confirmándose la decisión dictada en la instancia originaria en lo demás que fuera materia de agravio. Es mi voto.

6 – <u>Costas de la Alzada</u>

Corresponde imponer las costas de la Alzada a la recurrente que resulta vencida en la cuestión esencial que planteara en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los del

letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arets. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.). **A LA PRIMERA CUESTION**, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por el apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada.

Para ello tendré en cuenta la manifestación de las partes en audiencia celebrada a fs. 580 y refrendadas por las actuaciones que fueron remitidas conforme constancia de fs. 583 y de la que surge que el capital de condena y honorarios del principal han sido abonados.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2.

Ingreso a la queja individualizado como segundo agravio a fs. 538 vta. /539.

La misma gira en torno a la condena a pagar la diferencia entre la abonada por distracto conforme el art. 247 LCT y la que se estima en la demanda corresponde en los términos del art. 245 LCT.

Cuestiona que en la sentencia se ponga en cabeza de la empresa acreditar la inexistencia de puestos de trabajo acordes a la discapacidad de O. y que ello se traduce en la prueba de un hecho negativo y que el actor no indicó cual era el puesto de trabajo que podía ofrecerle la empresa.

Sabido es que la determinación definitiva de algún tipo de incapacidad del trabajador que, en forma parcial o total le imposibiliten desempeñar las tareas que venía cumpliendo, puede derivar en las distintas hipótesis que prevé el art. 212 LCT.

De estas se puede concluir que o bien afectan el desarrollo del contrato de trabajo (su continuación adaptado a las nuevas capacidades) o terminan en la extinción del vínculo en función de sostener el empleador justificadamente que no existen en el ámbito de la empresa puestos laborales acordes con la nueva capacidad psicofísica del trabajador.

La jurisprudencia es conteste en admitir que la carga de la prueba de la acreditación de la carencia ocupacional y ello en tanto determinaría una indemnización atenuada o reducida, incumbe al empleador. *"En tal sentido, cada parte soporta la carga de la prueba sobre la existencia de todos los presupuestos, aún los negativos, de las normas sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión procesal; en una palabra, sobre los presupuestos (de hecho) de las normas que le son favorables. Texto prácticamente calcado por el art. 377 del C.P.C.C. Concretamente y realmente soportará la carga de la prueba una u otra parte, según sea su posición respecto del efecto jurídico perseguido. La responsabilidad probatoria en suma, no depende de la condición de parte actora o demandada, sino de la situación en que se coloca el litigante en el juicio para obtener una determinada*

consecuencia jurídica" (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal ...", Astrea, 1983, T. 2, págs. 324 y 325, con cita de Rosenberg, Micheli y Sentis Melendo, respectivamente).

En la sentencia en crisis, la señora jueza, determinó que la empleadora no había logrado probar la imposibilidad de asignar al trabajador tarea alguna compatible con esa capacidad residual y por lo tanto correspondía la indemnización del art.245 LCT.

Adelanto que la queja -a mi criterio- no puede tener andamiento.

Como ya expresara, constituye una carga del empleador la reubicación o, en su defecto, la prueba de la "causa no imputable" para impedir la aplicabilidad del art. 245 al que remite el art. 212 de la LCT.

No se trata como señala la recurrente para descalificar la sentencia de la prueba de un hecho negativo sino que *"La demostración de la empresa debe ser eficaz para desplazar la regla de conservación del contrato. En general se ha considerado conducente los elementos de conocimientos tales como organigramas de funcionamiento, con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas que justifiquen su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar razonablemente su imposibilidad de asignar tareas acordes a la nueva capacidad del trabajador*"(Citado por Gabriel Tosto en Ley de Contrato de Trabajo. Rodríguez Mancini. Director. Tomo IV pág 45 La Ley,2007).

Nada de ello ha sido aportado por la parte y consecuentemente con ello la queja no logra enervar los argumentos sostenidos por la Sra. Jueza para tener por no justificada la causa "no imputable" a la empresa y torna exigibles las indemnizaciones dispuestas por el art. 212 párr. 3ro. LCT. *"Cuando la extinción se produjese por la decisión injustificada del empleador- no proveer tareas*

existentes acordes a la capacidad del trabajador- la situación se equipara, en sus consecuencias patrimoniales, al despido sin causa justificada, por tanto corresponde pagar la indemnización común o plena en función de la remisión al art .245 LCT e indemnización por el preaviso omitido" (op cit pág.46).
El agravio debe desestimarse.

3.

A fs. 540 vta. se agravia la parte que dentro de la condena se incluyó la suma de $ 17.941, no discriminando la fecha de inicio del conteo de los intereses y los retrotrajo a julio de 2009 época del accidente.
Señalando que los mismos deben correr desde los primeros días de mayo, dado que ese concepto está relacionado con el despido acaecido el 29 de abril de 2010.
La parte actora, al responder este agravio, admite el yerro de la sentencia y no formula oposición a la queja.
No existe margen de deuda que en los términos del art. 255 bis de la LCT "*El pago de las remuneraciones e indemnizaciones que correspondieren por la extinción del contrato de trabajo, cualquiera sea su causa, se efectuará dentro de los plazos previstos en el artículo 128 computados desde la fecha de extinción de la relación laboral*. (Artículo incorporado por art. 1° de la Ley N° 26.593 B.O. 26/5/2010)
De modo tal que la inadvertencia de la sentencia de grado en el inicio del cálculo de los intereses, deberá modificarse dejándose establecido que los intereses sobre la diferencia a abonar en concepto de indemnización por despido, deberán computarse luego del cuarto día hábil contado desde el 29 de abril de 2010, esto es el 6 de mayo de 2010.
4.

Las costas en la Alzada se impondrán a la demandada vencida en el recurso (art. 69 del CPCC). Tengo en cuenta para ello que se desestima en lo sustancial el recurso y que la cuestión que se modifica de la sentencia de grado fue resuelta oficiosamente por la magistrada de grado y no medió controversia en esta Alzada, sobre tal punto de la queja.

En cuanto a los honorarios, los propuestos por el Dr. Fiordelisi se ajustan a la actuación profesional cumplida en esta sede en cuanto mérito, colaboración de los letrados al principio de economía procesal y resultado obtenido (arts. 5,7 y 13 de la ley arancelaria).

Voto a la cuestión **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

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

De compartir mi colega integrante de esta Cámara los fundamentos precedentemente expuestos, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia dictada a fs. 509/525 vta. y **DISPONER** que los intereses a abonar por la demandada sobre el saldo de la liquidación por despido incausado ($ 17.941,30.-), deben computarse desde el día 06 de Mayo de 2010 hasta su efectivo pago, a la tasa fijada en la sentencia de primera instancia.
2) **CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás que fuera materia de agravio.
3) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la recurrente que resulta vencida en la cuestión esencial que planteara en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados

apoderados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el
IVA de corresponder (arets. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).
5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE.**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el que propone el Dr. Fiordelisi.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos vocales por haberse formado la mayoría y encontrándose una vocalía vacante (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17), pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2016.
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) **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia dictada a fs. 509/525 vta. y **DISPONER** que los intereses a abonar por la demandada sobre el saldo de la liquidación por despido incausado ($ 17.941,30.-), deben computarse

desde el día 06 de Mayo de 2010 hasta su efectivo pago, a la tasa fijada en la sentencia de primera instancia.

2) **CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás que fuera materia de agravio.

3) **IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA** a la recurrente que resulta vencida en la cuestión esencial que planteara en el recurso que se le concediera (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de los letrados apoderados de la parte actora, Dres. V. A. F. y S. L. F., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los del letrado apoderado de la recurrente, Dr. J. G., en el 28% de los que les correspondan por su labor en primera instancia, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el IVA de corresponder (arets. 5, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

REGISTRADA BAJO EL N° /16 SDL. CONSTE.