



NEUQUEN, 20 de febrero del año 2020.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALONSO CLAUDIO FERNANDO C/ VALLEY STARS S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (JNQLA2 EXP N° 501289/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 22 de abril de 2019 (fs. 182 bis/188) que hace lugar a la demanda interpuesta por Claudio Fernando Alonso en contra de VALLEY STARS S.A., apela la parte demandada a fs. 192/193 vta. con agravios contestados por su contraria a fs. 195/197 vta.

Manifiesta, en primer lugar, que el fallo realizó una errónea y parcial apreciación de la prueba producida en el marco de la litis.

Sostiene que el a-quo al juzgar el testimonio del Dr. Parodi olvida que el caso no trata de un reclamo de readecuación de tareas sino la petición neta de reinstalación plena del actor en sus funciones.

Considera que quedó acreditado que no era posible por continuar en estado de incapacidad temporal.

Entiende que de los dichos del actor surge la subsistencia de la incapacidad temporal con limitación funcional denunciada por su parte.

Hace referencia al informe de OyT y CEMELAR y a la contradicción existente entre la opinión del médico laboral que considera la incapacidad permanente y la del tratante del actor que la considera temporal, dándole preferencia por ser

quien lo intervino quirúrgicamente y conoce en detalle su situación.

Afirma que existió una arbitraria omisión de la prueba informativa obrante a fs. 151/161 por parte del a-quo sin justificación alguna, surgiendo de ella que el actor no podía reintegrarse a sus tareas habituales.

Puntualiza que el actor no solicitó readecuación de tareas ni podía hacerlo porque su limitación era permanente.

Subsidiariamente, se agravia porque la liquidación efectuada incorporó el rubro preaviso inaplicable al caso al igual que la multa del art. 2 ley 25.323, en tanto la posición de su parte estaba sustentada en informes profesionales creyéndose con derecho a actuar de la forma asumida.

Solicita se haga lugar al recurso, se revoque la sentencia rechazándose la demanda o, en su caso, se ajuste la liquidación, con costas.

II.- Corrido el traslado, al contestar agravios, el actor en primer lugar considera que el recurso no constituyó una crítica concreta y razonada de la sentencia, insistiendo con las mismas afirmaciones y argumentos introducidos al contestar demanda.

En segundo lugar, aclara que el actor se desempeñaba en el sector de repuestos, no de taller, realizando atención al público, inventarios etc.; típicas tareas en las que o está sentado al mostrador o desplazándose.

Por otro lado, considera relevante la cuestión relativa al carácter permanente o temporal de la lesión del actor.

En el primer caso, por imperio del art. 212 LCT debía asignarle al actor tareas que pudiera realizar, caso contrario indemnizarlo conforme art. 247 y, en caso de

considerar en forma integral el informe del Dr. Parodi, debía reincorporarlo.

Agrega que no existe ningún certificado que establezca una limitación funcional temporal, por lo que no entiende sus afirmaciones.

Solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones sometidas a esta Alzada y en atención al carácter restrictivo con el que se sanciona el recurso que no reúne los requisitos del art. 265 del CPCyC, advierto un mínimo de crítica contra el fallo atacado, por lo que corresponde avocarme a su tratamiento.

No obstante ello, adelanto que la apelación deberá ser rechazada.

1. En efecto, la cuestión debatida se circunscribe en determinar si correspondía o no la incorporación del actor a sus tareas habituales concluida la licencia prolongada por enfermedad inculpable.

Luego del alta otorgada por el médico tratante- sin incapacidad ni prescripción de tareas adecuadas- la accionada ante el requerimiento del actor y la opinión contraria del médico de la empresa, decidió no otorgarle tareas.

Ahora bien, "... Frente a la discrepancia entre dos criterios médicos y la ausencia de organismos oficiales donde dirimir la cuestión, es el empleador quien debe arbitrar una prudente solución para determinar la real situación de su empleado. Incumbe al empleador la carga de probar la falta de puestos con tareas adecuados para el trabajador parcialmente incapacitado. (CNAT, Sala 7° 17/9/2003 "Barbe José M. v. Metrovias SA")

Así también lo expresó mi colega de Sala Dra. Patricia Clerici, al decir que:

"No paso por alto que la manda del art. 212 de la LCT requiere de incapacidad permanente -total o parcial-, y en autos no encuentro prueba de que la incapacidad del actor sea permanente. Sin embargo, como lo señala Mario E. Ackerman, la limitación legal no supone una prohibición, por lo que podrían las partes acordar una adecuación de tareas temporaria, o también el juez, previo examen del caso concreto sobre la base de la modalidad y demás circunstancias de la contratación (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. La Ley, 2016, T. II, pág. 811)."

"En igual sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, en un supuesto donde se indicó al trabajador tareas adecuadas (cuatro horas diarias de labor) por un plazo de sesenta días, resolvió que, no obstante la inexistencia de incapacidad permanente, la demandada tenía que cumplir con una de las obligaciones esenciales del contrato de trabajo, cuál es la dación de tareas, siendo, entonces, la empleadora quién estaba obligada por la relación laboral a otorgar tareas (art. 78, LCT) la que debió acreditar que la trabajadora no estaba en condiciones de prestarlas, suministrando la prueba que lo acreditase, o que el alta médica no se correspondía con la realidad de la situación y era, por lo tanto, ineficaz para activar tal deber esencial del contrato de trabajo. Agrega el tribunal citado que *"...debo señalar que la jurisprudencia tiene dicho que el trabajador tiene la obligación de trabajar pero también el derecho de hacerlo, y el empleador sólo puede liberarse de la obligación de dar ocupación efectiva cuando existan motivos fundados legalmente contemplados, que le impidan cumplir con ese deber"* (Sala I, "Sorhanet c/ Interjuegos S.A.", 21/12/2012, LLAR/JUR/74933/2012)." (Citado en autos "Pino Jose Luis C/

*Casino Magic Neuquen S.A. S/Despido por Causales Genéricas”, (JNQLA2 EXP N° 503577/2014), Sala II 19/11/2019)*

Por otra parte, dado el tema decidendum delineado, el testimonio aportado por el Dr. Parodi careció de interés para solucionar el caso, puesto que la descripción realizada de la patología y el tratamiento médico fueron anteriores al certificado de alta médica obrante a fs. 19 (3/12/12).

Tampoco encuentro relevante la crítica en torno a que el a-quo omitió “considerar la prueba informativa de fs. 151/161”.

Principalmente, por las consideraciones realizadas anteriormente y por otro lado, porque el apelante realizó la crítica sin receptar los fundamentos dados por el sentenciante para descartarla como prueba válida, que suprimen la posibilidad de ser tenidos por arbitrarios.

De hecho, el recurrente los ignora sin intentar contrarrestar la conclusión con la que se deja de lado el informe arrimado como “documento en poder de terceros” sin que pueda considerárselo “prueba de informes” o “informe pericial”.

Además, tampoco se hace eco de la referencia dada por el a-quo acerca de la inexistencia del certificado médico mencionado que daría cuenta de que el actor continuaba con limitación funcional de la flexión completa.

Concluyendo, la diferencia de opiniones entre los galenos no fue resuelta por la accionada Valley Stars S.A., quien con actitud diligente acorde a los principios de conservación del contrato y de la buena fe debió actuar con claridad teniendo en mira la subsistencia del vínculo y no su disolución ocurriendo a la vía judicial o administrativa aptas para dirimir la cuestión y nada hizo al respecto.

Por el contrario, a pesar de las reiteradas intimaciones del actor persistió con su negativa a otorgar tareas no dejando al actor otro camino que el distracto considerándose indirectamente despedido.

Por todo lo expuesto, el primer agravio será rechazado.

2) En atención a las expresas disposiciones del art. 246 LCT, el agravio respecto a la **indemnización por preaviso**, tampoco tendrá acogida.

Asimismo, en lo que respecta a la **multa art. 2 ley 25.323**, la recurrente sostiene que la posición de su parte se sustentó en informes profesionales y por lo tanto, la empleadora podría haberse considerado con derecho a actuar de la forma asumida.

En primer lugar, corresponde señalar que la intimación previa por parte del trabajador se encuentra cumplida por lo que entiendo que la multa es procedente.

En otro orden de ideas, el incremento dispuesto por la norma procede ante la ausencia de cancelación de las indemnizaciones o cuando no son abonadas tempestivamente y deben iniciarse acciones para obtener su cobro, porque apuntan al correcto y oportuno cumplimiento por parte del empleador al que se le exige una valoración previa, seria y razonada de la decisión y, que a tal fin recurre al transcurso del tiempo que genera el desarrollo de un proceso, así como el daño que representa para el trabajador esta morosidad.

En segundo lugar la norma refiere a la existencia de **"causas que justifiquen la conducta del empleador"** entendiéndose que conforme el incumplimiento de cualquier obligación, el impedimento debe ser externo o ajeno a la relación o al riesgo del empleador.

Cabe interpretar que en la previsión normativa en análisis se combinan un aspecto punitivo dirigido a la

conducta de incumplimiento, con una reparación especial y adicional aplicable a aquel empleador que omitió cumplir con sus obligaciones tempestivamente frente al trabajador.

Julio Armando Grisolia, expresó que: "...En principio, no cabe aceptar que el empleador se exime de la aplicación de la norma por la mera invocación de una causa para despedir, lo cual implicaría esgrimir cualquier causa al solo efecto de no pagar el incremento. Sin embargo la ley no se refiere a la causa del despido, sino que apunta a las causas que justifiquen la conducta del empleador respecto de la omisión del pago de la indemnización. En definitiva, entiendo que resulta aplicable a los siguientes casos: despido directo sin invocación de causa, despido indirecto, **despido directo con causa no probada en juicio o que existió pero no justificaba el despido** (facultad del juez de reducir prudencialmente el incremento o eximirlo) y despido directo con causa inverosímil (excusa para no pagar el incremento): si quedara excluida se premiaría una ilicitud adicional (el pretexto)" (*Conf. GRISOLIA, Julio Armando "Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Tomo II" Editorial Abeledo Perrot, pág. 1107 y ss.; la negrita me pertenece*).

En autos, la negación de otorgar tareas no dejó otra opción al actor que considerarse despedido e iniciar acciones legales para percibir la indemnización correspondiente, por ello la multa resulta procedente y el agravio debe ser rechazado.

IV) Por consiguiente, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia dictada a fs. 182 bis/188 en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

Atento al modo que se resuelve el recurso, las costas de esta instancia serán impuestas a cargo de la demandada vencida (arts. 68 del CPCyC y 17 de la ley 921).

Los honorarios de los letrados intervinientes se regulan en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 182 bis/188 en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas a la demandada vencida (arts. 68 del CPCyC y 17 ley 921).

III.- Regular los honorarios de los Dres. ... por su actuación en carácter de apoderada y del Dr. ... como patrocinante de la parte demandada y los del Dr. ..., en el doble carácter por la parte actora en el 30% de lo regulado en la instancia de grado para los que actuaron en igual carácter (art. 15 de la ley 1594).

IV. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

**DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO**  
**Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria**