

//neral Roca, 19 de junio de 2020.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "ROJAS YOLANDA GRACIELA Y CARRASCO FERNANDO ANDRÉS herederos de CARRASCO CASTRO GUIDO GERARDO C/ FERRARI MONASTERIO S.A S/ ORDINARIO (I)" (Expte. N° P-2RO-22-L2-19 / P-2RO-22-L2019).

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. Daniela A. C. Perramón, quien dijo:

I.- RESULTANDO: Se inician los presentes actuados con el reclamo incoado mediante medida cautelar autosatisfactiva -por quien fuera en vida- GUIDO GERARDO CARRASCO CASTRO bajo el apoderamiento de la Dra. Betiana Caro, contra FERRARI MONASTERIO S.A, CUIT N° 30-56474999-6 procurando la suma de \$567.412,71 comprensiva de Indemnización por antigüedad (art. 245 LCT- remisión art. 212 4° párrafo), Sac proporcional y vacaciones proporcionales y Sac sobre las mismas.

Relata al efecto, que el actor ingresó a trabajar para la firma Ferrari Monasterio SCC el día 01/06/2004, cumpliendo funciones como ?Seren? en el sector de frío, bajo una jornada de trabajo de ocho horas diarias, de lunes a sábados de 22 hs. a 05 hs.

Prosigue, que debido a una enfermedad oncológica, comenzó a gozar de una licencia diaria por enfermedad con goce de haberes, la que se extendió hasta el 23/04/2019, fecha en la que la accionada comunica la culminación de la licencia por enfermedad y el inicio del período de reserva de su puesto de trabajo (CD N° 7444056652).

Que el 11/06/2019, el médico tratante del actor -Dr. Rubén Kowalyszyn- extiende certificación médica dejando constancia que el actor presenta incapacidad laboral del 80 %, por padecer de ?cáncer de esófago?.

Fue debido al estado de salud del actor que el 21/06/2019 envía TCL al empleador, comunicando consolidación de la incapacidad total y definitiva y extinguiendo el vínculo laboral con fundamento en el 212 inc. 4to de la LCT.

En la misiva postal le manifestaba que la patología denunciada imposibilitaba la prestación de tareas, tal lo acreditado por la certificación médica, que puso a su disposición.

Consecuentemente con lo narrado, intimó para que en el plazo de 48 horas abone las indemnizaciones legales correspondientes al art. 212 4to párrafo de la LCT, diferencias salariales por deficiente registración, horas extraordinarias y liquidación final.

Intimó -asimismo- en la comunicación postal la entrega de las certificaciones laborales

y el registro correcto de la relación laboral, atento haber prestado tareas en el sector frío, bajo apercibimiento de considerarse injuriado y despedido por culpa de la patronal.

Que sin recibir respuesta, el 04/07/2019 reitera el TCL ya enviado, pero esta vez la empleadora rechaza y niega el reclamo e indica que debe presentar nuevo certificado.

Fue así, que presenta nuevo certificado médico actualizado, diagnosticando "cáncer de esófago en estadio IV, presentando por ello una incapacidad laboral de 80%", aclarando que el actor se encuentra transitando el último estadio de la enfermedad, con dolores muy agudos, tratados en forma permanente con aplicación de morfina y otros cuidados paliativos.

Manifiesta que la certificación médica fue recibida por el empleador el 19/07/2019, pero este decide no hacer uso del contralor médico y guardó silencio.

Que ante la falta de respuesta el actor envió nuevo TCL el 05/08/2019 insistiendo con los reclamos anteriores en el entendimiento que la certificación médica requerida fue entregada el 19/07/2019 y ante el silencio, consentida.

Prosigue, que el 16/08/2019 el empleador rechazó el reclamo efectuado y el certificado médico sin fundamentos atendibles y serios, manifestando que realizaría contralor médico.

El actor el 23/08/2019 envió nueva comunicación postal rechazando la CD del empleador por maliciosa, reiteró términos de sus anteriores misivas, resaltando la conducta reticente y desprovista de fundamento legal, mantenida por el empleador respecto del reclamo efectuado.

Afirma, que el empleador mediante carta documento del 06/09/2019, mantiene su postura negativa al reclamo, pero sin realizar ningún contralor médico.

Finalizó su intercambio epistolar el accionante el 12/09/2019, manteniendo los términos de sus anteriores intimaciones. Resaltando la conducta de la empleadora reticente a los legítimos reclamos, atento haber desconocido la gran invalidez denunciada, acreditada y el estado de necesidad del trabajador.

Describe, el conjunto de circunstancias que impulsaron al actor a acudir a la justicia, esto es, el imperioso estado de necesidad ya que no percibía haberes, ni contaba con la cobertura de una obra social, la negativa absoluta de la demandada frente a los reclamos, el estadio terminal de su enfermedad oncológica, todo lo que ameritaba la percepción del crédito laboral con la mayor premura posible, atento que se encontraba comprometida su vida.

Fundó la medida cautelar autosatisfactiva, expresando la necesidad de percibir la

indemnización por antigüedad del art. 245 de la LCT por remisión al Art. 212 inc. 4º, entendiendo que la probabilidad cierta y manifiesta del derecho se encontraba en la documental adjunta, esto es existencia de vínculo laboral, fecha de inicio y fin, conocimiento efectivo del empleador del grado terminal de la enfermedad del accionante, su estado de necesidad (sin percibir haberes ni contar con obra social). Que el peligro irreparable en la demora era latente, atento el grado IV del cáncer de esófago (último estadio de la enfermedad), con cuidados paliativos y aplicación de morfina.

Describiendo, el tratamiento mensual de quimioterapia al que se sometía, para encontrar un freno en la enfermedad y mantener la calidad de vida, relatando el compromiso -ya existente- en uno de sus miembros superiores.

Sostuvo -asimismo- la apoderada del accionante en el pedido cautelar, que su procedencia contribuiría al financiamiento y sostenimiento del tratamiento oncológico del trabajador para poder continuar su vida, habida cuenta que se encontraba sin sustento económico alguno.

Que de rechazarse su procedencia se estarían conculcando derechos humanos de raigambre constitucional, como el derecho a la salud, alimentario y a la vida misma.

Fue por todo ello que requirió un anticipo de jurisdicción, entendiendo que no existía otro instrumento jurídico y legal que permitiría una respuesta inmediata. Cita precedente de esta misma Cámara y ofrece caución juratoria como contracautela.

Practica liquidación, funda en derecho y ofrece prueba.

Mediante providencia de fs. 31 y vta, se corrió traslado a la demandada, se dio intervención al Cuerpo Médico Forense y se fijó audiencia de conciliación.

A fs. 42 obra acta de audiencia de conciliación a la que compareció la apoderada del actor, quien acreditó con certificado médico que el accionante se encontraba internado, motivo por el cual no podía asistir. Se dejó constancia de la incomparecencia de la demandada o letrado que la represente. Y se plasmó en el acta que una vez trabada la litis se fijaría nueva audiencia de conciliación.

A fs. 43, la apoderada del actor, acompañó certificado médico dando cuenta de la gravedad de su representado, documental dirigida a requerimiento del perito médico.

A fs. 49/56 contesta la acción la demandada. Luego de realizar una negativa general de todos y cada uno de los hechos, reconoce el vínculo laboral con el accionante, fecha de inicio, recibos de haberes y cartas documentos por ella enviadas.

Mas, desconoce la autenticidad y el contenido de las certificaciones médicas que se

atribuyen al Dr. Rubén Kowalyszyn; como así también que se hubiera acreditado la consolidación de la incapacidad laboral, permanente total y definitiva; que existiera causa para extinguir el vínculo con fundamento en el art. 212 de la LCT, que el actor se encontrare transitando el último estadio de la enfermedad, el diagnóstico y el porcentaje de incapacidad y en especial la procedencia o motivo justificante de una medida cautelar como la instada.

En su versión de los hechos relata que el vínculo se desarrolló con normalidad durante toda la vigencia del contrato, que mucho tiempo antes de que el actor se colocara en situación de despido indirecto, solicitó numerosas licencias por largos períodos -los que comenzaron a partir del 21/06/2017- atento la patología que presentaba.

Que las ausencias por razones de salud y por una intervención quirúrgica, se continuaron durante todo el año 2018, repitiéndose en el año 2019, culminando con la carta documento que le cursaron, en donde le informaban el comienzo del período de reserva del puesto de trabajo, habiéndole abonado en exceso licencia por enfermedad inculpable, en los términos del art. 208 de la LCT.

Relata, que la empresa no podía imaginar que el actor optaría por una situación conflictiva -para procurarse una indemnización-, pues ambas partes eran conocedoras de las limitaciones físicas del trabajador, por lo que sus tareas eran acordes a su capacidad. Entiende, que para que encuadre en el art. 212, 4º párrafo la incapacidad, debe ser tal que no le permita realizar tareas livianas al trabajador, pues si así pudiera hacerlo la ley prevé otras situaciones contempladas en los tres primeros párrafos del dispositivo.

Pues afirma, que la incapacidad contemplada en el art. 212, 4º párrafo, no es solo aquella que imposibilita realizar las tareas que anteriormente cumplía, sino también otras adecuadas a una disminución laborativa que no permita la prosecución del contrato.

Advierte, que muchas personas incapacitadas -con un mínimo de salud practica que les queda- tratan de seguir desarrollando tareas, y fue así que en cierta forma se vino comportando los últimos años el trabajador, hasta que sorprendentemente se colocó en una supuesta situación de despido, no comunicada fehacientemente y pretendiendo un derecho indemnizatorio mediante una vía improcedente, como lo es la medida autosatisfactiva.

Dice, que si bien el art. 212, 4º párrafo, no establece un grado concreto de minusvalía, la prueba de la incapacidad está en cabeza del trabajador, y el medio para hacerlo es a través de una pericia médica en sede judicial o al menos indicando algún trámite

previsional para el retiro por invalidez.

Fue por ello que mantuvo resistencia inicial al reclamo y al argumento de la procedencia del mismo, sumado a la pretensión de engrosar su intención de enriquecimiento sin causa, con la multa del art. 2 de la ley 25323.

Describe, que faltó el perfeccionamiento de la extinción del contrato, pues de manera confusa e imprecisa se envió misiva postal comunicando la consolidación de la enfermedad y literalmente comunicó que "se extiende" el vínculo laboral con fundamento en el art. 212, inc, 4°. Agregando que nunca efectivizó el apercibimiento de considerarse despedido en las comunicaciones posteriores, no bastando la supuesta existencia de causal objetiva para la disolución indemnizable del trabajador.

Respecto de la falta de haberes del trabajador, insiste en que no hay ningún comportamiento antijurídico de la empleadora y en relación a la obra social, cita las disposiciones del art.10 inc. b) de la ley 23660, las que describen que el trabajador mantendrá la obra social -en los supuestos de interrupción del trabajo por accidentes o enfermedades laborales- durante el lapso de conservación del empleo.

Elucubra sobre la improcedencia de la medida autosatisfactiva impetrada, y realiza consideraciones jurídicas respecto de la demanda promovida.

Funda en derecho, ofrece prueba, hace reserva de Caso Federal y peticona el rechazo de la acción, con costas.

A fs. 57 se tiene por contestada la demanda, se remite el expediente al perito oficial para que se expida en relación a los puntos de pericia ofrecidos por el demandado y se fija audiencia de conciliación.

A fs. 61 el perito presenta la pericia encomendada, la que se sustancia con las partes a fs. 62.

Según constancia de fs. 64, se celebra audiencia de conciliación sin resultado positivo.

A fs. 65/66, impugna la pericia la demandada. Solicita que en la etapa de prueba se realice una nueva pericia en forma integral, respetando los puntos de pericia propuestos por su parte, practicándose un examen sobre el propio actor y no solo sobre la documental adjunta, entendiéndose que el presente fue incompleto y carente de observación objetiva e imparcial.

A fs. 67 y contestado el traslado conferido sobre la pericia practicada, se dispuso el pase de los autos al ACUERDO para resolver la medida cautelar instada.

A fs. 74, la Dra. Betiana Caro se presenta como apoderada de la Sra. Yolanda Rojas, viuda del Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro.

Denuncia el fallecimiento del mencionado, acompaña partida de defunción, acredita legitimación activa con copia certificada de la partida de matrimonio, manifestando que solo existe un descendiente en común, con el causante.

Relata que el Sr. Carrasco no pudo percibir la indemnización por la consolidación de su gran invalidez -en vida-, motivo por el cual había instado la medida cautelar, debido a su grave estado de salud.

Pone de resalto -que a la fecha no han podido solventar los gastos de sepelio y demás producidos-, encontrándose en situación de extrema necesidad.

Entiende, que la demandada ha podido ejercer su derecho de defensa en forma amplia, que quedó acreditada -tanto- la relación laboral, como la fecha de ingreso y la gran invalidez de manera irrefutable, por lo que solicita se dicte sentencia definitiva.

A fs. 75, se le hace saber a la presentante, que deberá acreditar el vínculo del Sr. Fernando Andrés Carrasco, con el actor fallecido.

Cumplido, según constancias de fs. 77, solicita se resuelva la cuestión como de puro derecho.

Mediante providencia de fs. 78 se corre traslado a la contraria de la solicitud esgrimida.

A fs. 79 se presentan los Sres. Fernando Andrés Carrasco, y Yolanda Rojas, prestando declaración jurada -avalada la misma por la Dra. Betiana Caro, como patrocinante- de que son los únicos herederos conocidos de quien fuera en vida Guido Gerardo Carrasco Castro.

Vencido el plazo conferido a fs. 78, se dispuso el pase de los AUTOS al ACUERDO para resolver.

Mediante interlocutorio de fs. 82 y atento la denuncia del fallecimiento el Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro, se declaró abstracta la medida cautelar que había instado en vida.

Ordenándose en el mismo acto, recaratular las presentes actuaciones con sus herederos presentados, Sra. Yolanda Rojas, en el carácter de esposa del difunto, y Fernando Andrés Carrasco, en el carácter de hijo del actor fallecido, lo que acreditaron debidamente y en el marco de un proceso ordinario.

A fs. 83 se habilitó el receso extraordinario y se fijó audiencia de conciliación.

Según constancias de fs. 84 se celebró la audiencia fijada mediante modalidad remota, procediendo la Sra. Jueza, Dra. Daniela Perramón a establecer comunicación telefónica con los letrados, Dra. Betiana Caro, apoderada de los actores -herederos de Carrasco Castro Guido Gerardo-, Sra. Yolanda Rojas, en el carácter de esposa del difunto, y

Fernando Andrés Carrasco, en el carácter de hijo del actor fallecido y el Dr. Horacio Pagliaricci, en el carácter de gestor procesal de la demandada Ferrari Monasterio S.A., sin arribarse a un acuerdo conciliatorio.

A fs. 85 se dispuso el pase de los AUTOS al ACUERDO.

Mediante presentación de fs. 88, el presidente de la demandada ratificó la gestión procesal del Dr. Horacio Pagliaricci, la que se tuvo por cumplida a fs. 89.

Por providencia de fs. 92 se tiene por ratificada la gestión de todo lo actuado por Dra. Betiana Caro, incluyendo la audiencia de fecha 22/5/2020, por los actores -herederos de Carrasco Castro Guido Gerardo-, Sra. Yolanda Rojas, en el carácter de esposa del difunto, y Fernando Andrés Carrasco, en el carácter de hijo del mismo.

Disponiéndose en el acto, modificar la carátula del presente expediente, consignando como demandado a Ferrari Monasterio S.A., atento que la firma utilizó -en diferentes constancias documentales agregadas en autos- las siglas SCC y S.A., siempre bajo idéntico CUIT, lo que generó confusión en la parte actora y en el Tribunal.

Resolviendo la utilización de la sigla S.A., habida cuenta que fue la consignada al contestar la acción por la propia demandada, al igual que denominación empleada por Inspección Regional de Personas Jurídicas, Delegación General Roca a fs. 45/47.

II.- CONSIDERANDO: A) Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, los que a mi juicio son los siguiente (Conforme Art. 53 inc. 1 de la ley 1504).

1.- Que el Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro, ingresó a trabajar para la firma Ferrari Monasterio S.A. el día 01/06/2004, en la categoría de "Seren". (Conforme recibos de sueldo de 15, 16 y 18, conteste las partes).

2.- Que debido a una enfermedad oncológica que lo aquejaba, gozó de licencia por enfermedad con goce de haberes hasta el 23/04/2019, fecha en la empleadora comunica el inicio del período de reserva de su puesto de trabajo. (CD N° 7444056652, de fs. 4).

3.- Que el 11/06/2019, el médico tratante del Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro -Dr. Rubén Kowalyszyn- extiende certificación médica dejando constancia que el mencionado presenta incapacidad laboral del 80 %, por padecer de "cáncer de esófago".

4.- Que el Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro, el 21/06/2019 envía TCL a su empleador -comunicando la consolidación de la incapacidad permanente total y definitiva- por el diagnóstico de cáncer de esófago, lo que le imposibilita la prestación de tareas. (Conforme TCL obrante a fs. 5).

5.- Que en la misiva mencionada puso a disposición la certificación médica referida en

el punto 3), intimando el pago de la indemnización del art. 212, párrafo 4°. (Conforme TCL obrante a fs. 5).

6.- Que el 04/07/2019, envió nuevo TCL en iguales términos que su anterior misiva. (Telegrama obrero de fs. 6).

7.- Que la empleadora el 16/07/2019 niega esta última misiva en su totalidad, haciéndole saber, que debe presentar el original del certificado médico a la empresa - argumentando- que es un requisito fundamental para determinar la real existencia y autenticidad del mismo.

8.- Que en fecha 19/07/2019 el médico Oncólogo del Sr. Carrasco Castro extiende nuevo certificado médico, diagnosticando "cáncer de esófago en estadio IV, presentando por ello, una incapacidad laboral de 80%", (Certificado médico de fs. 13).

9.- Que el trabajador envió nuevo TCL el 05/08/2019 insistiendo con los reclamos anteriores y afirmando que la certificación médica requerida fue entregada el 19/07/2019 y que ante el silencio mantenido por la empleadora, se encontraba consentida.

10.- Que el empleador rechazó el reclamo efectuado mediante CD de fecha 16/08/2019, cuestionando la certificación médica por no reunir objetivamente los requisitos de un dictamen médico, aduciendo que el grado de incapacidad debe emanar de un Organismo público y que además el certificado estará sujeto al contralor médico de su parte. Agregando que no adeuda indemnización atento que la relación laboral se encuentra vigente (Conforme CD de fs. 9).

11.- Que el 23/08/2019, el Sr. Carrasco Castro envió nueva comunicación postal rechazando la carta documento del empleador y reiterando términos de sus anteriores misivas (Conforme TCL fs. 10).

12.- Mediante carta documento del 06/09/2019, el empleador reitera al trabajador que debe exhibir y presentar el original del certificado médico para determinar su "real existencia y autenticidad", aclarando, que no ha consentido la misma, como tampoco ha renunciado al ejercicio del derecho de contralor médico. Negándole el derecho a indemnización alguna, al afirmar que el vínculo se encuentra vigente, pues no ha llegado a la esfera de su conocimiento la voluntad del trabajador de extinguirlo, ni la causal en la que sustentaría la misma. (CD fs. 11).

13.- Que el 12/09/2019 -el accionante de la medida cautelar- dirige su último TCL al empleador, en el cual, además de mantener los términos de sus anteriores intimaciones, resalta que el vínculo laboral se encuentra extinguido con fundamento en la gran

invalidez denunciada y acreditada. Comunica que iniciará las acciones judiciales. (TCL fs. 12).

14.- Que el perito médico oficial designado en estas actuaciones -Dr. Juan Manuel Pérez- a fs. 40, solicitó -entre otras cosas- la posibilidad de traslado del actor para la evaluación física. Dicho traslado fue evacuado a fs. 43/44, mediante certificación médica, una vez adjunto y atento el tenor del mismo, presentó su dictamen pericial, en el que constató -en base a la documentación aportada- la que detalló acabadamente, ?...nos encontramos ante una patología oncológica de cáncer de esófago, en estado avanzado, lo que imposibilita al actor realizar cualquier tipo de tareas. Ante dicho diagnóstico, la incapacidad resultante cumpliría los requisitos del retiro por invalidez...? (fs. 81/81vta).

15.- Que el vínculo laboral quedó extinto el día 21/06/2019. (Conf. TCL obrante a fs. 5).

16.- El fallecimiento del Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro ocurrido en fecha 04/11/2019. (Conforme partida de defunción de fs. 71).

17.- Y, la posterior presentación de los herederos del mismo, Sra. Yolanda Rojas, en el carácter de esposa del difunto, y Fernando Andrés Carrasco, en el carácter de hijo del actor fallecido. (Lo que acreditan según constancias de fs. 70 y 76).

B) Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (Art. 53 inc. 2 ley 1504).

1.- Puesta en condiciones de resolver y atendiendo a la plataforma fáctica transcripta -la que evidenció claramente las pretensiones y posiciones de ambas partes-, se advierte que la discusión -en lo sustancial- se centró en dos puntos controvertidos: Por un lado, si la incapacidad que afectó al Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro, encuadró en el supuesto establecido por el art. 212, 4to. Párrafo; y por el otro, si la entidad de aquella, impidió la prosecución del vínculo.

Para despejar esta contienda, será necesario transcribir las partes pertinentes del 212 de la LCT, esto es, su regla genérica enunciada al comienzo del artículo y su párrafo cuarto: ?...Vigente el plazo de conservación del empleo, si del accidente o enfermedad resultase 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. Y, ?...Cuando de la enfermedad o accidente se derivara incapacidad absoluta para el trabajador, el empleador deberá abonarle una indemnización de monto igual a la

expresada en el artículo 245 de esta ley...?.

Realizado lo anterior y centrándome en los momentos claves de los hechos acaecidos en autos, paso a considerar los siguientes: en primer lugar, la relación laboral se encontraba vigente, atento transitar su periodo de latencia (reserva de puesto de trabajo por un año, a partir del 23/04/2019).

En segundo lugar, y a consecuencia de ello, el 21/06/2019 el trabajador le hace saber a su empleadora que la enfermedad que estaba cursando se consolidó, derivando en una incapacidad permanente, total y definitiva, lo que imposibilita la prestación de tareas, acreditada tal situación, con certificado médico, que puso a su disposición.

Demostrando ello, a tenor de las constancias de autos, que la real causa de la extinción de la relación laboral -fue la imposibilidad de su subsistencia- derivada, de la incapacidad absoluta del trabajador.

Los hechos trascriptos vislumbran que al momento de la extinción del vínculo, la relación laboral se encontraba vigente, momento en que el trabajador comunica que se consolidó su incapacidad absoluta, dato objetivo que le impedía seguir prestando tareas. Todo lo que acreditó debidamente con certificaciones médicas, las que prescribían diagnóstico, grado de incapacidad e imposibilidad de seguir brindando servicios.

Pero a pesar de ello, la empleadora se limitó a desconocer la incapacidad denunciada, su entidad y la imposibilidad -que aquella acarrea- de la continuidad del vínculo.

Insistía, en reclamar la certificación médica original, y una vez entregada, exigía la acreditación de aquella por un Organismo Público. Desconocía también, la consolidación de la incapacidad, y ratificaba su derecho a ejercer el contralor médico, pero no lo efectuaba, pues lo proclamó y alardeó, sin concretarlo -aproximadamente- durante cinco meses.

Se empeñaba en que la relación laboral se encontraba vigente, desconociendo, que desde la primera misiva postal el trabajado le comunicó -con total claridad- que la incapacidad permanente total y definitiva se había consolidado y que ello impedía la prestación de tareas.

Todo lo que demuestra -que el único propósito de la demandada era dilatar en el tiempo un derecho elocuente y reconocido legalmente- lo que concretó al sostener durante un largo periodo, una conducta reticente e infundada, actitud que frustró la concreción del mismo, en vida del trabajador.

Describe claramente el doctrinario Mario Ackerman, en su comentario al art. 212, en *¿Ley de Contrato de Trabajo?*, editorial Rubinzal Culzoni, pag. 809, en este sentido

?...El complejo fáctico que hace exigible la obligación principal o, en su defecto, las prestaciones indemnizatorias, está integrado por cuatro elementos:

- Vigencia de la relación de trabajo (estaba latente el vínculo, atento encontrarse en el período de reserva del puesto de trabajo, el que comenzó el día 29/04/2019, CD N° 7444056652, obrante a fs. 4).
- Incapacitación inculpable del trabajador (tal lo consignado en los certificados médicos de fs. 13,14, 41, 43 y la pericia médica de fs. 61, que describen "cáncer de esófago").
- Disminución permanente de la capacidad de trabajo (incapacidad otorgada del 80%, certificados médicos de fs. 13,14, 41, 43 y la pericia médica de fs. 61).
- Imposibilidad de ejecutar las tareas asignadas (certificados médicos de fs. 13, 14, 41, 43 y la pericia médica de fs. 61). [El agregado entre paréntesis es propio].

Todos y cada uno de estos elementos configurativos de este supuesto de hecho complejo, han estado presentes en autos, tal lo he demostrado.

Por lo que se concluye que: "...y aunque esto no está explicitado en la norma, la situación lleva necesariamente a la extinción de la relación de trabajo por imposibilidad de cumplimiento de su objeto..." (pag. 853, de la obra citada).

También carece de asidero el argumento de que la extinción del contrato de trabajo careció de perfeccionamiento, habida cuenta que la hipótesis de extinción de la relación laboral por incapacidad absoluta -cf. art. 212 4° párr. LCT- se produce por la imposibilidad misma de su subsistencia, lo que sucedió con la comunicación de la misiva postal del 21/06/2019.

Entiendo, que también yerra el empleador al afirmar que la carga de la prueba de la incapacidad, estaba solo en cabeza del trabajador, por cuanto considero que esa carga, hace al interés de ambas partes de la vinculación laboral, en tanto, que el Sr. Carrasco Castro persiguió la acreditación efectiva de la misma, propiciando percibir la indemnización que de ella derivaba, y el empleador en su propio beneficio -para negar la existencia de aquella- debió haber demostrado que no estaba encuadrado en los lineamientos del art. 212, inc. 4°, sencillamente haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 210 de la LCT y que pregonó a su favor, mas nunca efectivizó.

Adviértase, que en autos el trabajador acreditó el grado de incapacidad absoluta -desde el primer certificado médico de fs. 14-, y ya instado el proceso judicial ofreció pericial médica para el supuesto de desconocimiento de su incapacidad., Precisamente este fue -uno de los medios adecuados- al decir del demandado para acreditarla "el medio para hacerlo es a través de una pericia médica en sede judicial" (sic). Sin embargo,

practicada la misma por el perito médico oficial, mantuvo su conducta contraria al reclamo, impugnado la misma y solicitando que se realizara sobre el cuerpo del trabajador, a pesar de que ya habían denunciado los profesionales médicos que se encontraba internado, postrado, con dificultad respiratoria, con mal estado general, agravada su patología de base ¿cáncer de esófago? con bronconeumonía, y en estado reservado.

El desarrollo efectuado demuestra que la actitud de la demandada -sin hesitación alguna- fue desaprensiva y estuvo desprovista del deber de buena fe que debe tener todo empleador, para con su dependiente.

A su turno, y sobre la entidad que debe considerarse respecto del grado de incapacidad absoluta y el consecuente efecto impeditivo de la misma para prestar tareas laborales, no tengo dudas que en autos -ello- quedó acreditado, tanto con los certificados médicos que describieron un porcentaje de 80%, como asimismo con la pericia médica que estableció un 70%, de acuerdo al baremo del Decreto 478/98, afirmando todos y cada uno, que era absoluta para realizar cualquier tipo de tareas.

Con lo que y conforme lo precedentemente expuesto, resulta claro que el Sr. Guido Gerardo Carrasco Castro se encontraba incapacitado en forma absoluta desde la óptica del 4º párrafo del art. 212 de la LCT.

Raúl Horacio Ojeda, en su obra Ley de Contrato de Trabajo, 2º Ed., T. III, pág. 125 señala que: "...La Ley de Contrato de Trabajo no establece ninguna pauta porcentual o numérica que permita afirmar a partir de qué grado de incapacidad se considera como "absoluta". Sin embargo existen pautas previstas en otras leyes (por ej., en las previsionales, o antiguamente en la ley de accidentes de trabajo, o en el mismo Cód. Civil) a las que se acude para suplir aquella omisión. Así la jurisprudencia común ha coincidido en considerar a las incapacidades iguales o superiores al 66% de la total obrera como "absolutas". No obstante ello se registran fallos en los que a pesar de no haberse obtenido ese porcentaje de incapacidad, de todos modos y en atención a las concretas circunstancias personales del trabajador afectado y a la posibilidad de desempeñar su actividad habitual o sustituir ésta por otra compatible con sus aptitudes profesionales, se ha considerado que una incapacidad aun menor configura en el caso una disminución "absoluta"....De cualquier modo, como se ve, lo cierto es que no se exige una incapacidad total, del 100%, sino que a los fines de la norma que comentamos basta con que exista una capacidad residual inferior al 34% de la total obrera para poder considerar que el trabajador se encuentra limitado en forma "absoluta". La existencia de

un porcentaje menor de capacidad puede resultar útil y valiosa desde el punto de vista médico, pero no lo es con relación a las posibilidades que tiene el trabajador de reinsertarse competitivamente en el mercado de trabajo, y por ello es que se lo desestima...".

La Jurisprudencia al respecto ha dicho: "El presupuesto de hecho requerido por la norma del art. 212, 4to. párrafo es la incapacidad absoluta del trabajador. Que si bien no ha sido precisada en su entidad por el legislador -lo que ha generado divergencias doctrinales y jurisprudenciales- no se requiere para su consideración la paralización absoluta de las funciones esenciales del trabajador, al decir de la Jurisprudencia: "...que la incapacidad absoluta a la que se refiere el art. 212 de la LCT, en su cuarto párrafo, no es la del 100% que la ley 9688 ha calificado como absoluta o permanente, sino que se refiere a aquella disminución que, sin llegar a tal porcentaje, impide no obstante reintegrarse al trabajo...". SCJBA, 28/8/79, D. T. 1979-1159 y 25/8/80, D. T. 1980-1764.

Es así que con un criterio general, se ha afirmado que "...la incapacidad absoluta a que hace referencia el art. 212 es toda disminución física o psíquica que afecte al trabajador impidiéndole reintegrarse al mercado en condiciones de competitividad..." CNAT, sala IX, 24/09/2001, D. T. 2002-1412. Texto citado en la obra de Mario Ackerman, Riesgos del Trabajo, obligación de seguridad y accidentes y enfermedades inculpables, pag. 651, editorial Rubinzal Culzoni.

Tengo certeza que en el caso de autos, la indemnización adecuada que le hubiere correspondido percibir al trabajador, la que ahora será receptada por los herederos de Carrasco Castro, es la establecida en el art. 212, inc. 4 de la LCT y no la del art. 248 del mismo cuerpo normativo, toda vez que el dependiente -en vida- inició la acción con la expectativa de acceder a la misma en el entendimiento que le correspondía tal crédito como un derecho propio, atento encuadrar su situación incapacitante en el primero de los artículos citados, y en esa misma línea procesal continuaron el juicio los ahora accionantes.

Diferente hubiera sido la situación si una vez -ocurrido el deceso del trabajador- se presentaran los herederos (invocando el carácter de causahabientes), a los fines de acceder a la reparación por muerte del trabajador, la que les correspondería por derecho propio, esto es la establecida por el art. 248 de la LCT.

En el presente caso -reitero- la Sra. Yolanda Rojas y Fernando Carrasco (en el carácter de viuda e hijo, respectivamente), pretenden a través de la presente acción acceder a un

beneficio que les corresponde *ius hereditatis*, y no *ius proprio*, habida cuenta que el derecho nació en cabeza del causante, falleciendo el trabajador después de operada la desvinculación, es decir el contrato de trabajo se extinguió por la incapacidad absoluta de Carrasco Castro, la que se manifestó durante la existencia del vínculo laboral, y no por la muerte de este.

Mario Ackerman, en la obra ya citada expresa al respecto que: *“...Queda pues para resolver cual de las dos indemnizaciones prevalece, y la respuesta debería buscarse, una vez más, en la secuencia lógica del art. 212 que, en cuanto referido a la reubicación laboral del trabajador, supone, necesariamente una expectativa de vida. Y, este es el criterio que ha prevalecido en la doctrina y en la jurisprudencia que, aunque en alguna situación -y en razón de las particularidades del caso- pudo interpretarse que cuando el trabajador se halla absolutamente incapacitado en fecha anterior al deceso, el pago de la indemnización por muerte no se ajusta a los hechos, ya que el posterior fallecimiento no es relevante sino como indicio del estadio en que se hallaba el dependiente, en general ha considerado que la indemnización establecida en el art. 212 de la LCT prevé que exista expectativa de vida, pues lo que se repara es la imposibilidad que se le ha de presentar al trabajador para obtener ingresos derivados del trabajo...”*. Pag. 711. (El subrayado me pertenece)

Jurisprudencialmente se ha entendido que: *“...Cuando se habla de indemnización por incapacidad absoluta y de indemnización por fallecimiento, nos estamos refiriendo a dos indemnizaciones distintas por resolución del contrato, que no se acumulan. Si la enfermedad o accidente (inculpable o del trabajo) sólo produce la incapacidad absoluta del trabajador y es ésta la causa que disuelve el vínculo laboral, corresponde el pago de la indemnización del artículo 212, 4º párrafo de la LCT. Pero si de esa enfermedad o accidente deriva incapacidad absoluta y la muerte, y es esta última la que extingue el contrato de trabajo, sólo corresponde abonar la indemnización por fallecimiento (artículo 248 LCT)...”* CNAT, SALA I. SENTENCIA 61983. 16/10/92. PAPETTI DE MENDEZ c/ EFA s/ INDEMNIZACION ART. 212.

“...Si el trabajador o el empleador han rescindido el contrato luego del alta y antes de la muerte, se configura la situación prevista en el 4º párrafo del artículo 212 del régimen de contrato de trabajo, situación que también cabe considerar configurada cuando la extinción del vínculo se produce directamente con el fallecimiento, ya que el dependiente adquiere el derecho al beneficio en el momento de consolidarse la incapacidad, y su crédito se hace exigible al finalizar la relación laboral...” CNAT,

SALA VII. 20/06/91. PEREZ ROLANDO, FEDORA c/ ADMINISTRACION GENERAL DE PUERTOS.

Finalmente y resueltos los tópicos señalados precedentemente, señalaré que la situación traída a resolver -además- se encuentra encuadrada por la disposición del art. 254 de la LCT, el que contempla contempla dos causales de extinción del contrato de trabajo, por incapacidad física o mental (1º párrafo) y por inhabilidad (2º párrafo), sobrevinientes ambas a la iniciación de la prestación de los servicios. En el primer caso la norma remite al art. 212 y en el segundo, al art. 247 de la LCT.

Se ha resuelto que: "...El art. 212 y el art. 254 LCT, se complementan, y si bien el último utiliza el término "despido", ante la incapacidad física o mental del trabajador sobreviniente a la iniciación de la prestación de los servicios como presupuesto para la aplicación del primer artículo citado, tal vocablo no debe ser interpretado literalmente. Esto es así, porque ante las situaciones fácticas que la norma establece y que impiden al trabajador el cumplimiento normal de sus prestaciones o de otras compatibles con su capacidad residual, se produce indefectiblemente la disolución del vínculo de trabajo, siendo irrelevante a esos efectos que sea el empleador a través del despido -directo o indirecto- o el trabajador por medio de la renuncia los que de una u otra manera, le dan forma a una situación que en los hechos y por imposibilidad de proseguirla, debía extinguirse, pues es la incapacidad laborativa absoluta el factor determinante de la disolución del contrato de trabajo..." (CFed. Córdoba, Sala Civil y Com., 22-12-1982, Vargas c/Forja Argentina, JA 983-I-690).

En igual sentido la Suprema Corte de Buenos Aires resolvió que: "...Comprobada o conocida por el empleador la incapacidad absoluta del trabajador, aquel debe disponer el cese, resultando irrelevante que invoque o no la existencia de incapacidad, cuando la misma existe. De no hacerlo nos encontraríamos ante una ficción de contrato de trabajo (por falta de efectiva prestación), y el dependiente entonces estaría facultado para rescindirlo, con las mismas consecuencias que contempla la norma para el caso que, con una objetable técnica, denomina despido. De no entenderse así quedaría a criterio del principal cumplir con el fin de la LCT. en su art. 254, que consiste en la protección al trabajador incapacitado...(SC Buenos Aires, 30-03-1982, Mauricio c. Techint, DT, 1982-1133).

En conclusión, de conformidad con todo lo narrado precedentemente, habiéndose acreditado en autos la incapacidad absoluta del trabajador y resultando aplicable el art. 212, 4º párrafo de la LCT -toda vez que dicha minusvalía se consolidó durante la

vigencia de la relación laboral- corresponde hacer lugar a la indemnización reclamada con fundamento en dicha norma.

Cabe agregar, que si bien en el exordio consigno el accionante "multas de ley (art. 2 de la ley 25323)", no practicó tal rubro en su liquidación final, por ende se tiene como no reclamado, entendiéndose que debe corresponderse a un error de tipeo en el párrafo respectivo. Igual error de tipeo efectuó al reclamar Vac. Prop./SAC, habida cuenta que no liquidó Sac sobre vacaciones proporcionales, ni desarrolló requerimiento al respecto.

2.- INTERESES: Los mismos se aplican conforme criterio STJRN en causa "Fleitas Lidia Beatriz c/ Prevención ART S.A. S/ Accidente de Trabajo s/ Inaplicabilidad de Ley" (Expte. N° H-2ro-2082-L2015//29826/18-STJ), Sentencia del 04/07/2018, en la que el máximo Tribunal adopta con carácter de Doctrina legal a partir del primer día del mes siguiente al dictado del fallo, la tasa establecida por dicha institución oficial para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor. En este caso, los intereses judiciales se calculan al 15/06/2020, aclarando que seguirán devengándose hasta el efectivo pago.

3.- LIQUIDACION: A los fines de la liquidación voy a estar al importe del salario del mes de febrero de 2019, que fue el que denunció la actora, lo que se desprende del recibo de fs. 19, esto es \$ 33.949,78.

- Indemnización art. 212, 4° párrafo (\$ 33.949,78 x 15 años).....	\$ 509.246,70
- Sac Proporcional...?.....	\$ 16.126,04
- Vac. Proporcionales????????????????.....	\$ 10.836,92
- Sub. Total?.....????????????????.....	\$ 536.209,66
- Intereses (27/06/2019 al 15/06/2020).....??..	\$ 337.695,91
Total al 31/03/2020.....????????????????.....	\$ 873.905,57

4.- COSTAS JUDICIALES: Finalmente las costas que deberán ser soportadas por la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota de los arts. 25 de la ley 1.504 y 68 del C.P.C.C. TAL MI VOTO.

Los Dres. María del Carmen Vicente y Juan Ambrosio Huenumilla, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

III.- Por todo lo expuesto, LA CAMARA SEGUNDA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD, RESUELVE: 1) Hacer lugar en su totalidad a la demanda instaurada por los Sres. Yolanda Rojas y Fernando Andrés Carrasco, herederos del trabajador fallecido Guido

Gerardo Carrasco Castro contra Ferrari Monasterio S.A. y en consecuencia condenar a ésta última a pagar a los primeros en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de PESOS OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS CINCO CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS (\$ 873.905.57), en concepto de Indemnización ART. 212, 4° párrafo de la LCT, Sac proporcional y vacaciones proporcionales, importe que incluye intereses judiciales detallados supra calculados al 15/06/2020, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos.

2) Las costas judiciales se imponen a la perdidosa demandada. Regulándose los honorarios profesionales de la Dra. Betiana Caro en su carácter de letrada apoderada y patrocinante de los actores en la suma de \$ 171.285,47 (MB x 14% + 40%), y los del Dr. Horacio Pagliaricci en su carácter de letrado patrocinante de la demandada en la suma de \$ 104.868,66 (MB x 12%). Se han aplicado para las regulaciones que anteceden los arts. 6, 7, 8, 10, 20, 38 y 40 de la Ley 2212, Acord. STJ 9/84 y art. 275 (modif. Ley 24432).

Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos. Asimismo, que no incluyen el porcentaje correspondiente al Impuesto al Valor Agregado, por lo que de corresponder deberán los profesionales dar cumplimiento con las disposiciones de la Resolución General AFIP N° 699/99.

3) Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por Secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la empleadora condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

4) Regístrese, notifíquese y cúmplase con la ley 869.

DR. JUAN A. HUENUMILLA

-Presidente-

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE DRA. DANIELA A. C. PERRAMON

-Jueza- -Jueza-

El instrumento que antecede ha sido firmado digitalmente en los términos y alcances de la Ley Nac. 25506 y Ley A 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ y en el marco de las Acordadas 9/20, 10/20, 11/20, 13/20 art. 4, 14/20,15/20 y 17/20, se publica en el día de la fecha. Conste.

Secretaría, 19 de junio de 2020.

Ante mí: DRA.MARÍA MAGDALENA TARTAGLIA

-Secretaria Subrogante-