

//neral Roca, 13 de septiembre de 2023.-

**Y VISTOS:** Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**CASTRO DAMIAN RENE C/ LAS PERAS S.A. Y EMELKA S.A. S/ ORDINARIO (L)**" ( Expte. N° RO-07518-L-0000)

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. **Paula Inés Bisogni** quien dijo:

**I) RESULTANDO:**

1.- A fs.45/53 se presenta René Damián Castro a plantear formal demanda laboral contra Las Peras S.A. y Emelka S.A. reclamando la suma de \$74.040,81 en concepto de haberes adeudados, diferencias de indemnización por antigüedad, con más intereses y costas.

Relata que ingresó a trabajar para la firma Frutas Caverzan el 02/02/2009 en la categoría de Embalador, bajo la modalidad de temporada bajo el CCT 1/76.

En el año 2013 el establecimiento fue adquirido por a la firma Emelka S.A., transfiriéndose con ello la relación laboral del actor. Luego en el año 2014 el personal del empaque fue transferido a la firma Las Peras S.A., tratándose de empresas vinculadas con Emelka S.A.- Continuó prestando las mismas tareas, con reconocimiento de su categoría y antigüedad.

Durante la temporada 2015 el actor comenzó con dolores en ambos hombros, pese a lo cual trabajó toda la temporada, recurriendo a analgésicos y antiinflamatorios. En abril 2015, ya en posttemporada, el dolor le impidió seguir trabajando por lo que dio aviso al encargado y en fecha 20/04/2015 se realizó denuncia de enfermedad profesional ante la ART.

Fue atendido en la Clínica Central de Villa Regina, practicándose RMN que evidenció "discreto engrosamiento de la intersección distal del tendón del músculo supraespinoso compatible con tendinosis".

Refiere el trámite seguido ante la ART y Comisión Médica N°35, que ratificó el alta sin incapacidad determinado por la ART. No obstante el actor continuó atendándose en forma particular, al continuar con su dolencia, solicitando en octubre 2015 reapertura de siniestro lo que fue denegado por la ART. Realizó nueva RMN en diciembre 2015 que evidenció la subsistencia de sus lesiones (tendinosis, desgarro parcial supraespinoso).

Ante la imposibilidad de retomar sus tareas en la temporada 2016, presentó

certificados médicos a la empresa, percibiendo licencia por enfermedad inculpable. Finalizada la temporada la empresa, en una actitud discriminatoria, y con la sola intención de desprenderse de un trabajador lastimado y disminuido en su condición física, le envía en fecha 27/04/2016 CD expresando: "Por la presente y no teniendo tareas acordes a su capacidad residual, de acuerdo a lo indicado por la AR, le comunicamos que a partir de la fecha procedemos a despedirlo conforme lo dispuesto en el art 247 LCT en concordancia con el art. 212 2° párrafo del referido cuerpo legal".

En fecha 05 de mayo 2016 la empresa le abonó al actor al suma de \$53.007 con motivo de la extinción del vínculo y liquidación final (Sac y vacaciones proporcionales).

El actor rechazó el despido dispuesto, negando que la demandada no tuviera tareas acordes a su capacidad residual para otorgarle y que el distracto encuadre en el párrafo 2° 212, con la indemnización del art. 247 LCT, reclamando el saldo impago conforme art. 245 LCT, preaviso e integración, bajo apercibimiento de accionar y reclamar multa art. 2 ley 25323.

Dicho telegrama fue rechazado por la empleadora, mediante CD del 17/5/16.-

Reclama la indemnización completa del art. 245 LCT, manifestando que la empleadora pudo darle otras tareas dentro del empaque, como por ejemplo la de etiquetador, armador de cajas, fichador. El impedimento físico era de levantar peso, levantar los brazos y trabajos repetitivos con peso.

Expresa que en el galpón existen dos máquinas etiquetadoras, una manejada por el sr. Edgar Retamal (trabajador reubicado) y la otra estaba desocupada, y cuando se llenaba el riel, hecho muy habitual, iba cualquier peón varío y realizaba esa tarea. Además existía otra máquina en la que se trabaja fruta de 3° y 4° calidad, que solo acomoda fruta, tarea que realizaba cualquier descartadora (clasificadora) y no requería levantar peso ni los miembros superiores.

Agrega que la empresa no tuvo intención de reubicar al actor, ni otorgó el plazo de conservación de puesto del art. 211 LCT, privando al actor de la posibilidad de mejorar su condición de salud, máxime que la ART no había determinado incapacidad. Se aferra la empresa a un dictamen de la ART que habia requerido reubicación.

Refiere que aun en caso de no poder otorgarlas, la empresa debió abonar al trabajador la indemnización del art. 245 LCT, ya que el art. 212 sólo se refiere al régimen de enfermedades inculpables, no al proveniente de siniestros laborales.

Cita doctrina y jurisprudencia del STJRN (A.P.E. c/SAIEP Expte 25411/11 del 14-11-12)

Considera por tanto que la extinción dispuesta resultó improcedente, siendo el despido incausado, correspondiéndole al actor al indemnización art. 245 en forma íntegra.

A tal fin, establece la antigüedad del actor, según las periodos efectivamente trabajados cada año, tanto para Frutas Caverzan, Emelka y finalmente Las Peras, por un total de 3 años y 208 días en temporada y en posttemporada 2 años y 78 días. Asimismo debe sumarse el periodo en que estuvo afectado por Incapacidad Laboral Temporaria bajo la ART, entre el 20/04/2015 y el 20/10/2015. En dicho periodo de posttemporada debió haber trabajado, lo que se vio impedido por la situación de ILT, sumándose 59 días.

Expresa que en la temporada 2016 el trabajador presentó certificados médicos en medilab, servicio contratado por la empresa y como era de práctica. Señala que le abonaron menos días de los correspondientes a los certificados presentados desde el 17/12/15. Le abonó en Enero 13 días (adeuda 9), en febrero y marzo le abonó 20 días, cuando le hubiera correspondido el mes completo.

Reclama por ello cuatro sueldos por antigüedad, tomando como MRNH el mes de febrero 2016.

Solicita se aplique la multa del art. 2 de la ley 25323 y se le haga entrega del certificado de trabajo y certificaciones de servicio como indica la ley.

Practica liquidación, ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.

2.- Corrido traslado de la demanda, comparece a fs.71/74 Las Peras S.A. a contestarla, por apoderado.

Reconoce la relación laboral mantenida con el actor, categoría y el despido con invocación de causa (art.247 LCT) por su capacidad residual y no tener la empresa puesto de trabajo acorde a su nuevo estado de salud.

Niega la antigüedad denunciada en su demanda, que el actor estuviera en condiciones de volver a trabajar en sus tareas habituales y que el galpón tuviera un puesto acorde a su estado de salud. Niega adeudarle las sumas que reclama.

Expresa que según dictamen de la ART el actor debía ser reubicado, evitando realizar tareas con el brazo derecho que requieran levantar el miembro por encima del

nivel del codo y manipular pesos superiores a 10 kgs., no pudiendo continuar en su puesto de embalador.

Señala que las tareas que podría haber realizado ya estaban cubiertas por otros empleados, sin obligación de la empresa de crear nuevos puestos de trabajo.

Impugna la liquidación practicada en demanda, ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

3.- A fs. 80 contesta demanda Emelka S.A.. Manifiesta que constituye un grupo económico con las Peras SA., que continuó con la explotación del empaque, adhiriendo a su contestación de demanda.

A fs.82 obra acta de audiencia de conciliación, sin alcanzar acuerdo.

A fs.83/84 obra auto de apertura a prueba, produciéndose la agregada: a fs.91/95 y 129/133 se agregan escalas salariales de SOEFRYN; a fs.104/105 informe del Dr.Miranda; a fs.108/109 Dr.Francisco Ros; a fs.110/112 Dr.Walter Pasteur; a fs.117/121 Dr.Baldomero Bassi y a fs.158/167 Dr.Walter Lavayen, ratificando todos ellos la autenticidad de los certificados médicos acompañados.

A fs.124 obra acta de audiencia de vista de causa, en la que se recibieron declaraciones testimoniales, fijándose continuatoria.

A fs. 135/153 obra informe de Asociart ART.

En fecha 09 de junio 2021 se celebra audiencia continuatoria de vista de causa (SGP) en la que se recibieron otras declaraciones testimoniales, insistiendo la demandada en la pericial médica, solicitando la actora su caducidad.

En fecha 07/02/23 se resuelve la incidencia, rechazando la prueba médica pendiente por falta de impulso y decretando la preclusión de la etapa probatoria.

En fecha 19/04/23 obra acta de audiencia, solicitando las partes se las tenga por alegadas, quedando con ello los autos en estado de recibir la presente sentencia.

## **II) CONSIDERANDO:**

1.- La relación laboral mantenida por el actor, su categoría laboral (embalador), fecha de ingreso, periodos trabajados y CCT 1/76 aplicable no se encuentran controvertidos. Pese a la negativa al contestar demanda, se advierte que la fecha de ingreso del 02/03/2009 se encuentra reconocida en los recibos de haberes emitidos por Las Peras S.A., con lo que ésta se tiene por acreditada (cfr. arts. 225, 228 LCT)- Asimismo en la contestación de demanda, Emelka S.A. reconoce en forma expresa integrar un grupo económico con Las Peras S.A., y que transfirió con anterioridad a Las Peras SA la explotación del galpón de empaque donde se desempeñaba el actor, como

se invocó en demanda. El intercambio telegráfico ha sido reconocido.

La controversia se ciñe a determinar si el despido decidido por la empleadora Las Peras S.A. en fecha 27/04/2016 "conforme lo dispuesto por el art.247 LCT en concordancia con el art. 212 2º párrafo LCT" resultó ajustado a derecho, o bien si dicho despido resultó improcedente y corresponde al actor la indemnización por antigüedad íntegra del art. 245 LCT.-

El actor funda su reclamo en dos fundamentos: 1) que el despido resultó prematuro, ya que agotada la licencia por enfermedad paga, el demandado debió otorgar el plazo de conservación de puesto del art.211 LCT en vez de extinguir directamente el vínculo, privándolo con ello de la posibilidad de mejorar su condición de salud, máxime que la ART no había determinado incapacidad. 2) que la empresa pudo otorgarle tareas adecuadas a su capacidad residual, sin que lo hiciera.

**2.-** En cuanto al primero de los agravios, cabe expresar que el plazo de conservación de puesto del art. 211 LCT corresponde siempre que al finalizar el período de licencia por enfermedad paga del art. 208 LCT, el trabajador no se hubiera aún restablecido y se encontrara imposibilitado de volver a las tareas.

Si para entonces la incapacidad fuera definitiva carecería de sentido mantener el contrato de trabajo latente por un año más (art.211 LCT), y cualquiera de las dos partes podría requerir la extinción del contrato, encuadrándola en alguno de los supuestos del art. 212 LCT, aun antes de su vencimiento.

Mas en caso contrario, en aras del principio de conservación del contrato, el trabajador cuenta con el periodo de conservación de puesto del art 211 LCT para poder reintegrarse en caso de alcanzar una recuperación en tal plazo.

En el caso de autos, la dolencia del actor se manifestó en abril 2015, por dolor en los hombros mientras prestaba sus tareas de embalador, dando lugar a la denuncia por enfermedad profesional ante Asociart ART, diagnosticada como tendinopatía y síndrome manguito rotador.

Del cotejo de autos, y en particular del informe de fs.135/153 surge que Asociart ART, aceptó el siniestro reconociendo la enfermedad profesional y otorgó prestaciones FKT. En fecha 10/06/15 el área de recalificación de la ART en acta de visita a la empresa (fs.69), consignó que "los requerimientos del puesto de embalador que embala fruta en forma manual con movimientos repetitivos y coordinados superan la capacidad laboral actual del trabajador debido al déficit de movilidad y dolor que presenta en hombro afectado, razón por la cual se sugiere reubicación en tareas alternativas en mesa

de clasificación; la empresa evaluará lo indicado hasta el 10/6/15". No obstante, la ART otorgó luego alta en fecha 07/07/15 sin establecer secuelas incapacitantes mas sí recalificación (fs.142). El alta médica fue revocada por la Comisión Médica en dictamen de fecha 09/09/15, que concluyó que no se habían agotado los recursos terapéuticos y ordenó continuar con las prestaciones médicas (fs.138/141). No consta dictamen posterior de ART ni de Comisión Médica que establezca alta y determine una incapacidad definitiva del actor.

Asimismo, se agregaron en autos certificados médicos posteriores por parte del actor, solicitando a su empleador licencia por reposo (fs.118/121, 158/161) y certificado de fecha 25-4-16 del Dr Bassi (fs.38) que consigna "alta médica con reubicación laboral según patología omalgia y tendinitis"; mientras que el Dr. Miranda, de Medilab, en control solicitado por la empresa certificó que "se sugiere evaluar readecuación de tareas. No cargas superiores a 10 kgs y no movimientos repetitivos" (fs.40 y 66).-

No surge acreditado que la situación médica del actor estuviera consolidada a la fecha del distracto (abril 2016), ya que no hay constancias de que para entonces su incapacidad hubiera sido considerada definitiva, por ninguno de los médicos tratantes, ART ni Comisión Médica interviniente, ni ha sido acreditado en este juicio.

Es por ello que el despido decidido por la empresa aparece como prematuro, ya que habiendo reconocido licencia por enfermedad paga en los términos del art. 208 LCT hasta el mes de abril 2016 inclusive (conforme recibos de haberes de fs.17) lo adecuado hubiera sido que, vencidos sus plazos, hubiera otorgado el periodo de conservación de puesto en los términos del art. 211 LCT por el término de un año o hasta contar con dictamen de incapacidad definitiva, lo que no fue acreditado.

Así se ha resuelto por parte del STJRN, en Expte. *“CÁRCAMO, LUCAS JAVIER C/ PROVINCIA A.R.T. S/ APELACIÓN LEY 24557 S/ INAPLICABILIDAD DE LEY”* (Expte. N° 25.207/11-STJ): *"Destaco que la aplicación del dispositivo señalado por la empleadora (art. 212, 2° párrafo) presupone la existencia de una incapacidad parcial y permanente en el trabajador, que le impida definitivamente continuar con las tareas que hasta entonces venía desempeñando (véase Gabriel A. Tosto, comentario al art. 212 de la L.C.T., en la obra colectiva "Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, anotada y concordada", dirigida por Jorge Rodríguez Mancini y coordinada por Ana A. Barilaro, LA LEY, 2007, T. V, págs. 41 y sgtes.). Pero, en el caso concreto, no solo tal circunstancia no había sido acreditada, sino que incluso algunos días después de operado el distracto -el 04/01/2008- la Comisión Médica dictaminó que la incapacidad*

laboral del actor era temporaria (ver dictamen de fs. 4/6), y recién tres meses más tarde dictaminó que padecía una incapacidad parcial y permanente, todavía de grado provisorio, del 55,94% (dictamen del 28/03/2008 -fs. 62/65-), lo que tiempo después derivó en la declaración de incapacidad definitiva del 38% (dictamen del 07/11/2008 - fs. 74/77-). En tales condiciones, queda claro que cuando la empleadora dio por extinguido el contrato no se daban los presupuestos del art. 212 de la L.C.T., por lo que habrá de tenerse esa decisión como despido incausado (art. 245)".

**3.-** En cuanto al segundo argumento, cabe analizar los antecedentes del Tribunal, en relación a la aplicación del art. 212 LCT, en casos similares en que existe una incapacidad parcial del trabajador que le impide reintegrarse a sus tareas habituales, y frente a ello, cuáles son las obligaciones del empleador y sus consecuencias en el desarrollo o extinción del contrato de trabajo.

Este tribunal se ha expedido así, en los autos caratulados "LOPEZ HECTOR ENRIQUE C/ 18 DE MAYO S.R.L y PREVENCION ART S.A. S/ RECLAMO" (Expte. N° 1CT-25431-12 sentencia del 6 noviembre 2016) y "NOVOA JOSE LUIS c/ EMPRESA DE TRANSPORTE DE PASAJEROS KO-KO S.R.L. s/ RECLAMO" (Expte.N° 1CT-22319-10, Sentencia del 6 de junio de 2.012). Allí sostuvimos que si bien la empleadora no está obligada a crear nuevos puestos de trabajos o a realizar una suerte de rotación o enroque coercitivo de personal, para reincorporar al trabajador que padece una dolencia que lo inhabilita para el desempeño de sus tareas específicas, sí está obligada a actuar de buena fe extremando sus posibilidades en pos de brindar un puesto acorde a la disminución laborativa.

Raúl Horacio Ojeda, en su obra Ley de Contrato de Trabajo, 2° Ed., T.III, pag. 114, en el comentario al art. 211 de la LCT, señala que: "...En caso de que el trabajador no estuviese totalmente recuperado, pero en condiciones de realizar "tareas livianas", puede requerir el otorgamiento de esas tareas acordes a su estado de salud, aun cuando no fueran las mismas que realizaba antes de verificarse la enfermedad o el accidente inculpable. Siempre que el trabajador no padezca de una incapacidad laborativa absoluta (mayor al 66% de la total obrera), y en la medida que la empresa cuente con puestos y tareas acordes al estado de salud disminuido por la dolencia, deberán otorgarse las tareas solicitadas. En caso contrario, el empleado podrá considerarse en situación de despido indirecto por grave injuria laboral, en los términos del art. 242 de la LCT..."

El mismo autor, en el comentario al art. 212, pág. 118/120, plantea el interrogante

de los límites de la obligación del empleador de reincorporar al trabajador incapacitado, señalando como irrazonable exigir al empleador la creación de un nuevo puesto de trabajo o el desplazamiento de otro trabajador para asignar ese lugar al obrero disminuido. Sin embargo afirma que: "...a falta de disposición expresa en el texto de la ley, los jueces han sido los encargados de marcar esos límites estableciendo como pautas rectoras que, sin perjuicio de las facultades de organización del trabajo en cabeza del empresario (crf. art. 65, LCT), éste debe adoptar un criterio de cierta elasticidad en tanto la estructura de la empresa se lo permita, a fin de poder disponer de puestos de trabajo acordes a las capacidades de sus empleados, incluyendo a los afectados por una limitación física o psíquica producto de un accidente o enfermedad inculpables...".

Asimismo, agrega que: "...La falta de puestos de trabajo acordes a la menor capacidad laborativa del trabajador no debe ser imputable al empleador, y en ese sentido se ha dicho que esa imposibilidad no se reduce a la mera inconveniencia económica para el empresario, sino que debe ser más grave. Debe consistir típicamente en la inexistencia misma de las tareas livianas, exigiéndose al empleador la realización de los esfuerzos necesarios para cumplir con la obligación de ocupación a su cargo (art. 78, LCT), que sólo podrán excusarse alegando inimputabilidad cuando resulten imposibles o sumamente dificultosos...".

Si bien podría alegarse que no resulta de aplicación el art.212 de la LCT, porque falta de uno de los presupuestos exigidos que es la definitividad de la incapacidad, lo cierto es que el deber de ocupación del empleador subsiste en los casos como el presente, en los que el trabajador no puede realizar sus tareas específicas, pero es dado de alta pudiendo desempeñarse en tareas livianas.

Esta obligación nace de la aplicación concreta de las pautas de colaboración y solidaridad prevista en el art. 62 de la LCT, que orientan la buena fe con que deben actuar ambas partes (art. 63 de la LCT). Es la respuesta solidaria que impone la ley a la empresa, frente a la disminución de la capacidad laboral de algunos de sus integrantes (Jorge Rodríguez Mancini, T. II, pág. 994).

Para Ernesto Krotoschin (Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3° Ed., T. I, pág. 318/319) esta obligación tiene su fundamento en el deber de previsión, del que "...puede deducirse la obligación de asignar una tarea apropiada, más liviana, a un trabajador antiguo que no puede ya cumplir su tarea anterior por su edad o por una enfermedad o accidente sufrido (comp. LCT, art. 212)...".

Ha de tenerse en cuenta que conforme lo establece el art.4, segundo párrafo de la

LCT., por sobre la relación de intercambio y los fines económicos, prima un fin humanista, en sentido amplio, en toda relación laboral.

A lo expuesto, cabe agregar, que en un caso análogo al presente, aunque en el aquel se trataba de una trabajadora rural y por lo tanto sujeta al régimen de la ley 22.248 -hoy derogada por la ley 26.727-, en que se encontraba habilitada para realizar tareas livianas y pretendía su reincorporación y a la vez la empresa demandada se negaba a ello, con el argumento de no poseer las mismas y en que su incapacidad no era definitiva, el Superior Tribunal de Justicia, confirmó la sentencia dictada por esta Cámara que había resuelto la obligación del empleador de brindarle tareas adecuadas a su minusvalía, en los autos "BARRIGA CATALAN, OTILIA DEL CARMEN c/ ESTABLECIMIENTO HUMBERTO CANALE S.A. c/ RECLAMO s/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 20022/ 05-STJ), Se. n° 149 de fecha 10 de noviembre de 2005. El Superior Tribunal sostuvo que: "...En su comentario al reciente fallo pronunciado por la CSJN en los autos "Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A. s/despido", Héctor y Mariano Recalde expresan: "... el máximo Tribunal ha señalado que si bien en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego tanto los intereses del trabajador como los del empleador, y que ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes, lo cierto es que "desde el ángulo constitucional, el primero (el trabajador) es sujeto de preferente tutela, tal como se sigue de los pasajes del art. 14 bis ..., así como de los restantes derechos del trabajador contenidos en esta cláusula", aclarando además, que "esta preferencia, por lo demás, es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia de esta Corte anterior a la vigencia del art. 14 bis (vgr. Fallos: 181:209, 213:214)" (autores cit., Derecho del Trabajo, setiembre 2004, pág. 1177).- En igual sentido cabe recordar que es de la esencia del Derecho Laboral la posibilidad de resolver las causas con la finalidad de alcanzar o realizar la Justicia Social, basándose para ello en normas y principios dentro de los que corresponde destacar como esencial al protectorio, para intentar atenuar la desigualdad ínsita que la relación laboral lleva consigo, una de cuyas manifestaciones es el "in dubio pro operario", junto con la norma más favorable y la condición más ventajosa, sub principio del anterior (véase nota de Mario F. Vivino en diario El Derecho, 06.10.2004, pág. 8).- - Finalmente, sobre la cuestión concreta en examen autorizada doctrina ha dicho: "Pendiente el plazo de conservación del empleo, y al igual que durante la licencia paga, persiste la obligación

del trabajador que continúa afectado por la dolencia o el infortunio inculpable de someterse a los controles médicos dispuestos por el principal, a fin de verificar su estado de salud. Desde luego que, restablecido de la dolencia sin ninguna secuela, debe poner inmediatamente su aptitud laboral a disposición del principal. También el trabajador habrá de retomar las tareas cuando su alta reconozca la existencia de una incapacidad parcial; para ese caso será obligación del empleador proveerle tareas compatibles con el déficit laborativo. Si bien esta afirmación no encuentra apoyo explícito en el texto del RNTA, que calla a este respecto (a diferencia de la expresa previsión en tal sentido del art. 212, LCT), implícitamente aparece como un razonable correlato de la facultad del empleador a que alude el art. 44 del RNTA, legitimando su decisión de hacer rotar al trabajador en las distintas labores del establecimiento. La cuestión tiene significativa importancia, pues según sea la actitud que el empleador adopte en ese sentido y las motivaciones que lo guíen, serán distintas sus responsabilidades por el despido o autodespido del trabajador" (conf. Roberto Izquierdo: "Tratado de Derecho del Trabajo", obra dirigida por Antonio Vázquez Vialard, T° 6, págs. 816/817).- En sentido análogo, Rodolfo Capón Filas y Manuel J. Candelero expresan: "... se puede concluir que si el empleador, en caso de inhabilidad parcial, pudiendo brindar tareas conformes a su nueva habilidad no lo hace, falta a la buena fe e incumple sus obligaciones negociales, debiendo, en consecuencia, indemnizar integralmente..." (autores citados, "Régimen laboral agrario", Librería Editora Platense SRL, pág. 167...").

**4.-** Volviendo al presente caso y después de evaluar toda la prueba producida en autos, no surge debidamente acreditada la imposibilidad del empleador de reubicarlo en un puesto acorde a la disminución de su capacidad de trabajo, fruto de la dolencia acreditada, que además habría sido generada en el trabajo. Sino que directamente procedió a despedir al trabajador, negando directamente tener tareas acordes a su capacidad residual (CD de despido de fecha 27-04-2016).-

No hay pruebas documentales de las que surja tal imposibilidad o gestiones realizadas. No se acompañó organigrama del personal vigente a la fecha del despido (abril 2016) y de los puestos de trabajo, listado o análisis de éstos a fin de acreditar tal imposibilidad. No se probó haber realizado gestión alguna tendiente a concretar -con las conformidades necesarias de los hipotéticos involucrados- un posible enroque,. En todo caso la demandada debió probar la imposibilidad de darle tareas

readecuadas, siendo insuficiente la prueba rendida al efecto.

En autos se recibieron declaraciones testimoniales en audiencias de vista de causa de fecha 18-06-19 y 09-06-21, ofrecidos por ambas partes.

La testigo Sandra Riffo, también embaladora del mismo galpón, dijo: "Castro era embalador.... después del accidente que tuvo le dijeron que no lo podían reubicar... es un galpón grande, con más de 60 empleados en temporada. Los trabajos livianos los hacen los peones varios: fichar, hoy romanean pasando el código de barras, o el puesto de emboquillador también es un trabajo liviano, aprieta un botón, hay dos ahí, uno ubica el bin y el otro aprieta el botón, son peones varios, antes ahí estaban Luis Rivas y Juanjo López, ellos no son reubicados, no estaban lesionados. ... el encargado organiza a los peones varios. Ahora ahí están Hugo Sepúlveda y Fajardo. ... hay una sola máquina clasificadora, antes había también una máquina chica".

El testigo Maximiliano Alfonsin dijo: "soy encargado de logística, antes fui supervisor en las dos plantas de Regina y Chichinales.... las Peras S.A. presta servicios para Emelka.... en la época que iba al galpón de Regina, Castro ya estaba, supe que tuvo una lesión en el hombro, estuvo con la ART...se había pedido reubicación, no había lugar donde reubicarlo, nos consultamos esas cosas en la parte operativa, los puestos más livianos ya estaban ocupados por embaladores lesionados. ... romaneando estaba Jorge Temperini, tiene la categoría, maneja el sistema, romanear no hace el peón vario, a veces tiene como ayudante a Retamal ...había también dos etiquetadores: Nelson Jara (tenía problemas de espalda) y Edgar Retamal (lesión hombro), los dos de antes. Los reemplaza un peón vario solo en algunos momentos, por ejemplo si va al baño.... en la emboquilladora esta Millan, maneja la botonera que acarrea el bin al agua, lleva una planilla, el peón vario solo saca el bin vacío.... las clasificadoras eran todas mujeres... el despacho lo hace Emelka, encargado de cargas eran Pizzi y Rolan, que son empleados de Emelka... en el armado de cajas hay 3 personas: Joana Parra (tiene la categoría), Hugo Sepúlveda y Fajardo que son perones varios. los perones varios primero estiban y después ayudan en otras tareas."

El testigo Edgar Retamal dijo: " en el año 2013 pasé a ser etiquetador, después de haber tenido una tendinosis, antes era embalador.... Castro tuvo problemas en el hombro, fue a la ART, ya no volvió a trabajar... en el galpón en temporada somos cerca de 70, unos 18/20 clasificadores y entre 15 y 20 peones varios. ... a la pregunta de tareas livianas en el galpón, contestó que podes etiquetar o romanear... siempre hubo un solo

romaneador... ahora sigo como romaneador, etiquetar lo hacia un peón vario. 3 años fui etiquetador, del 2013 al 2016, me cambiaron porque el romaneador anterior faltaba mucho... hubo otra persona que fue reubicada, Janet Bustamante ahora está descartando, fue en el 2018 creo. ... al lado está el frigorífico, ahí trabajan 3, 4 personas... en el puesto de emboquillador también se maneja menos peso, uno mueve el bin vacío, con una carretilla hidráulica, lo hacía Nelson Jara, que estaba reubicado, después, hace unos 3 años lo pasaron a armador de caja... ahí hay dos personas, también es más liviano, uno arma el otro acomoda, ... ahí estaban Joana Torres y Lucas Muñoz, que después paso a autoelevadorista... había dos etiquetadores, uno era yo y el otro era peón vario, ahí podía haber ido Castro".

El testigo Walter Linares dijo: "soy encargado del frigorífico... Castro estuvo de licencia, era embalador, volvió un tiempo y volvió la lesión... en el 2015 había unas 45 personas en el galpón, en el frigorifico solo 3... en el depósito de materiales, donde arman cajas y cuelgan hay 3 personas, serenos hay 4... no había trabajos para él, ya estaban reubicados Jara y Retamal... andaba una sola etiquetadora, hay dos etiquetadoras porque hay dos rieles, pero para la cantidad de bultos que había en esa época una sola era suficiente (entre 80/240 bines), ahora sí se usa, .. el de emboquillador es una tarea pesada... Romaneador era Maxi Arias, había un solo lector... para romanear tiene que levantar el brazo... Castro no podía romanear ni ir a la calesita, podía etiquetar, pero estaba Retamal, podía ir a tratamiento pero estaba Jara. Armar cajas implica hacer movimientos repetitivos, y rápido... a mi el ingeniero Monterome preguntó si se podía reubicar, me dio que no podía hacer tareas repetitivas ni levantar brazos... El sereno que estaba, milla era reubicado, desde el 2016 mas o menos. En la etiquetadora hay dos: Nelson Jara y Joana Torres, entró después... en la caelsita estaban Lucas Muñoz y Norabuena, el personal fue aumentando en los últimos años".

Si bien la actora solicitó la confesional ficta de la demandada, no obra cédula de citación a ésta a su domicilio real, que habilite tal consecuencia (art. 21 ley 1504 entonces vigente).

De las declaraciones testimoniales extraigo las siguientes conclusiones: a) en otras oportunidades, respecto de otros trabajadores lesionados (vg.Jara, Retamal), la empresa los reubicó en puestos con tareas livianas (etiquetadora, romanear, emboquilladora, armado decajas); b) No se acreditó concretamente que a abril 2016 no pudieran darse tareas a Castro en un puesto con tareas livianas acorde a las indicaciones médicas, o que los que allí se desempeñaran no pudieran ser rotados a otros puestos. Por

el contrario, de los testimonios rendidos surge que hubo varios cambios en distintos periodos en ese tipo de tareas. Por ejemplo en las etiquetadoras, tarea que pudo realizar Castro, un tiempo estuvieron Jara y Retamal, luego a Jara lo pasaron a la emboquilladora , y luego a armado de cajas y a Retamal a romanear (declaraciones de Retamal, Linares y Alfonsín).

Se ha resuelto que: "...El empleador debe extremar sus esfuerzos a los efectos de otorgar tareas al trabajador con menor capacidad laborativa, pudiendo excusarse únicamente cuando ello resulta imposible o excesivamente oneroso, así como que la prueba de tales extremos debe ser sumamente clara, concreta y contundente, toda vez que implica eximir al empleador de una de sus obligaciones principales..." (CNAT, Sala IX, 13-06-2011, Benitez, Héctor Antonio c/Smurfit Kappa de Argentina S.A. y otros/Despido").

"Si de las declaraciones testimoniales no surge que existiera una real imposibilidad del empleador otorgar tareas al dependiente acorde a su estado de salud por la enfermedad accidente que padece—en el caso, una cardiopatía provocada por stress—, la resolución del contrato de trabajo dispuesta por el primero no puede considerarse comprendida dentro de las previsiones del art. 212, 2do párrafo de la LCT" CNAT sala II "Del Sordo Jorge Daniel c. transporte Automotor Plaza S.A. s/ despido"DT 2012 Dicimbre, con nota de Amanda Pawlowki de Pose, TRLALEY AR/JUR/36336/2012.-

Asimismo, que "...La carga de la prueba de que el trabajador no se encontraba en condiciones de retomar tareas o, en su defecto, de que había tareas livianas para otorgarle conforme a su capacidad residual, incumbe a la empleadora, en virtud de lo dispuesto en el artículo 377 CPCCN y por ser quien está en mejores condiciones de probar tal extremo..." (CNAT, Sala III, 10-11-2006, Mendieta González, Epifanio c/Consortio de Propietarios del Edificio Pueyrredón 1937 s/Despido").

En tales condiciones, la decisión de la empresa de despedir al trabajador alegando no poseer tareas adecuadas para otorgarle resultó injustificada, ya que la prueba rendida al fecho resultó insuficiente, como así tampoco que para dicha fecha la incapacidad del actor fuera definitiva y permanente, resultando por tanto improcedente el encuadre otorgado en el párrafo 2º del art. 212 LCT, pues la empleadora estaba obligada a brindarle ocupación en labores acordes a sus posibilidades físicas y no acreditó que no

estuviera en condiciones de hacerlo, correspondiéndole por el contrario continuar con periodo de conservación de puesto, todo lo cual convierte al despido en incausado (cf. arts. 63, 78, 211, 212, 246 LCT).

Conforme a lo expuesto, resultan procedentes los rubros integración mes de despido, preaviso e indemnización por antigüedad, en los términos de los arts. 231, 232, 233 y 245 de la LCT. A los fines de la liquidación de dichos rubros, estaré al sueldo devengado por el actor en el mes de febrero 2016 (\$15.810.74), conforme salarios de escala para la categoría Embalador CCT 1/76 . Se tiene en cuenta que el mismo contaba con una antigüedad de 4 periodos, según certificaciones de servicios de 6/12 y lo dispuesto por los arts. 18, 96,225, 245 y cc. LCT, y criterios del fuero para su cómputo en temporada/posttemporada de la actividad de empaque.

Finalmente, el rubro vacaciones y aguinaldo proporcionales fue abonado con la liquidación de fs.17, sin que se acredite diferencia a favor del actor.

**5.- Haberes temporada 2016:** Se reclama en autos la diferencia de haberes de los meses de enero a marzo 2016, en que el actor invocó haberse encontrado bajo certificados médicos que justificaron la licencia por enfermedad paga (art. 208 LCT).

De los recibos acompañados a fs.17 y certificación de servicios de fs.6, surge que en tales meses se le abonaron 9 días en enero y 20 días en febrero y marzo, respectivamente. Ello denota el reconocimiento por parte de la empleadora del derecho a gozar de licencia por enfermedad en los términos del art. 208 LCT en dicho periodo.

Se adjuntaron en autos copia de los siguientes certificados médicos: 1) certificado Dr.Lavayen del 11/01/16 indicando reposo por 21 días (fs.160) con lo que la licencia comprendía hasta el 31/01/16.- 2) certificado Dr.Lavayen del 29/02/16 indicando reposo laboral por 3 semanas (fs.159) y certificado del 21/03/16 indicando reposo hasta el 28/03/16 (fs.158), con con lo que la licencia se mantenía por todo el mes de marzo 2016-3). No hay certificados del mes de febrero 2016.

De tal modo, corresponde el pago del mes de enero y marzo en forma completa, ante los certificados médicos que justificaron sus inasistencias, y toda vez que la licencia reconocida en los recibos resultó incompleta.

**6.- Indemnización art. 2 ley 25323:** En cuanto al incremento indemnizatorio del art. 2 de la Ley 25.323, cabe señalar, que el Superior Tribunal de Justicia en autos "SANCHEZ, JOSE HERMINIO Y OTRA C/ GREENLEAF TURISMO S.R.L. S/ SUMARIO (I) S/ INAPLICABILIDAD de ley" (Expte N° 25879/12-STJ, Sentencia del 9 de abril de 2.014), por mayoría, adoptó un criterio restrictivo con el que debe

abordarse toda cuestión punitiva o sancionatoria -dejando de lado el criterio opuesto que el Tribunal había sostenido en su anterior integración (in re "Martínez", Expte. 18356/03-STJ, Se. del 02/06/2005; y "Ortiz", Expte. 20238/05-STJ, Se. N° 92, 13/09/2006)-, ya que -según se sostuvo- una interpretación extensiva o analógica colocaría al destinatario de la pena en una situación de indefensión, objetivo que ninguna disposición de nuestro ordenamiento normativo puede buscar o convalidar y así las normas que imponen agravamientos indemnizatorios deben interpretarse restrictivamente. Si bien, en esas actuaciones se discutía el incremento indemnizatorio del art. 2 L. 25.323 con respecto a la indemnización prevista en el art. 248 de la LCT, lo cierto es que los conceptos allí vertidos se proyectan con relación a otras indemnizaciones previstas en la LCT, que no sean específicamente las previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT. Siendo ello doctrina legal de consideración obligatoria (conf. art. 43 L.O.P.J. N° 2430) corresponde el rechazo de la pretensión de autos a ese respecto.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que ha existido una controversia seria y fundada para oponerse a la intimación de la actora -aun cuando la prueba resultara insuficiente-, sin que su resistencia al pago en los términos del art. 245, LCT, haya superado el límite de su derecho de defensa, por lo que desde tal ángulo correspondería asimismo eximir la aplicación de la multa.

**7.- Responsabilidad demandados:** Ninguna duda cabe de la responsabilidad de Las Peras S.A. en su carácter de empleadora del actor, a la fecha del distracto.

Por su parte en relación a la codemandada Emelka S.A. la demanda no explicita los motivos por los que es demandada, tan solo menciona que se trata de empresas vinculadas. Tal vinculación es incluso reconocida por ésta en su conteste de fs.80, manifestando constituir un grupo económico con Las Peras S.A.-

Mas ello no basta para responsabilizar a Emelka S.A. por las deudas laborales de Las Peras S.A., pues conforme lo establece el art. 31 LCT ello requeriría que "hayan mediado maniobras fraudulentas o conducción temeraria", lo que de ningún modo fue acreditado en estos autos. Por lo que corresponde el rechazo de la demanda respecto a dicha codemandada.

**8.- LIQUIDACIÓN:** Se practica la presenta planilla al 31 de agosto de 2.023, debiendo incluirse los intereses desde la fecha de mora, a la tasa establecida en los precedentes "LOZA LONGO", "JEREZ, FABIAN ARMANDO" y "GUICHAQUEO, EDUARDO," para cada rubro. Se descuentan los montos abonados por la empleadora

los rubros aquí receptados, que fueran liquidados en la suma de \$38.922,20, según surge del recibo agregado a fs.17, abonado mediante depósito en cuenta sueldo cfr. fs.14. :

Indemnización por Antigüedad (art. 245 LCT).....	\$ 63.242,96
Preaviso c/sac.....	\$17.127,77
Integración mes de despido c/sac.....	\$ 2.283
haberes enero 2016 (9 días).....	\$ 4.743,22
haberes marzo 2016 (10 días).....	\$ 5.124,92
sac prop haberes adeudados.....	\$ 822
sub-total.....	\$ 93.343,87
Pago parcial.....	\$ 38.922,20
Diferencia .....	\$ 54.421,67
Intereses .....	\$ 232.373,62
Total al 31-08-2.023.....	<b>\$286.795,29</b>

Costas a cargo de Las Peras S.A., por su carácter sustancial de vencida, a excepción de las costas generadas por la intervención de Emelka S.A. a cargo del actor vencido.

Tal Mi voto.-

El **Dr. Nelson Walter Peña** adhiere al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

La **Dra. Daniela Andrea Perramon** se abstiene: existiendo votos coincidentes, me abstengo de emitir opinión (art. 55 inc.6 ley 5631).

Por todo lo expuesto, **LA CAMARA PRIMERA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD;**

-----

-----**RESUELVE:**

-----

-----1) Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por el actor DAMIAN RENE CASTRO , contra la demandada LAS PERAS S.A., y en consecuencia condenando a ésta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de **\$286.795,29** en concepto de diferencias de indemnizaciones y liquidación final.- Importe que incluye intereses calculados al 31-08-23, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos. Con costas a

cargo de la demandada a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Fabián Gerónimo Valencia en la suma de \$156.160, y los del Dr. Joaquin Garro por Las Peras S.A. en la suma de \$156.160 (10 ius, arts, 6,7, y cc.Ley de Aranceles).-  
  
-----

-----2) Rechazar la demanda instaurada por el actor Damian René Castro contra Emelka S.A., de conformidad a los Considerandos precedentes. Costas al actor vencido, regulando los honorarios del Dr. Adolfo Orlando Bonacchi en la suma de \$ 156.160 (10 ius, arts. 6, 7, y cc L.A)  
  
-----

-----3) 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.-  
  
-----

-----4) Líbrese cédula al Banco Patagonia S.A , a efectos de que proceda a la apertura de una cuenta judicial a nombre de estos autos y a la orden del Tribunal, haciéndole saber que deberá dar cumplimiento con la medida en plazo de 48 hs. de notificado, informando número de cuenta y de CBU, bajo apercibimiento de aplicar la suma de \$5.000 diarios en concepto de astreintes.-  
  
-----

-----5) Firme la presente, por Secretaría, practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones.  
  
-----

-----6) Regístrese, publíquese, notifíquese ministerio legis (conf. Acordada 36/2022 S.T.J.), cúmplase con Ley 869.-

Dr. Nelson Walter Peña  
Presidente

Dra. Paula I. Bisogni Dra. Daniela Perramon  
Vocal Vocal

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 se publica en el día de la fecha. Conste.

Secretaría, 13/09 /2023

Ante mi: Dra. Marcela Lopez  
-Secretaria Cámara Primera-