TOMO: XC – **SENTENCIAS**
REGISTRO: 2768
FOLIO: 056/061
Prot. Elect. A201 003 S. 191

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz, a los 19 días de febrero de dos mil diecinueve, se reúnen los señores miembros de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia en los autos: **"GALDAMES, RAUL SEBASTIÁN C/ EMPRESUR SA Y OTRO S/ LABORAL"** Expte. N° 1089/16 que tramita en el Juzgado de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial y Laboral de la ciudad Puerto Deseado que ingresara en esta instancia bajo el N° 7206/18. A estos fines se estableció el siguiente orden de estudio: Dra. Connie R. Naves, Dra. Griselda Bard y Humberto Eduardo Monelos para responder a las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia recurrida? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento se debe dictar?.-

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. Naves dijo:

I.- Que a fs. 1/54 se presenta la Dra. Mirtha Marsicano, en representación de Raúl Sebastián Galdames, e inicia demanda contra Empresur SA, por reclamo del pago de la suma de $395.733,23 en concepto de diferencias salariales, indemnización por despido incausado, sanción prevista por el art. 2 de la ley 25.323, e indemnización por despido discriminatorio.-

Señala el actor que comenzó a trabajar para la demandada el 01/03/08 cumpliendo tareas en el sector de placas de la planta. Que el 07/10/14 sufrió un accidente de trabajo (fractura de muñeca derecha) por el que fue intervenido quirúrgicamente. Que la empleadora fue informada de todos los trámites e informes médicos, tramitando al respecto los autos "GALDAMES, RAÚL SEBASTIÁN C/ EMPRESUR SA S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" - Expte. N° 1052/15. Que luego de haber sido dado de alta el 11/04/16 la

empleadora invocó que no tenía tareas acordes a su capacidad laborativa y le comunicó, mediante CD remitida el 28/04/16 la rescisión del vínculo en los términos del art. 212 segundo párrafo de la LCT, situación que rechaza, considerándose despedido por exclusiva culpa de la empresa. Reclama diferencias salariales por falta de pago del adicional frío, que dice dejó de percibir sin justificación alguna a partir de la segunda quincena de octubre de 2015 a razón de pesos $1328,26.- por mes, que a raíz de la medida autosatisfactiva que tramitó ante ese juzgado, Empresur cumplió con la obligación de cubrir los gastos médicos y de asistencia por profesionales de la salud (prestaciones en especie) y le abonaba mes a mes sus haberes (prestaciones dinerarias) hasta que recibió una misiva por la que le comunicaron que a partir del 23/02/16 comenzaba el período de reserva del puesto del trabajo conforme los arts. 208 y 211 de la LCT, que rechazó la comunicación haciendo saber a la empresa que se encontraba gozando de la extensión del plazo de ILT (periodo adicional) contemplado por la ley 26.773 y decreto 472/14 por lo que intimó a la empresa a que le siga abonando las prestaciones dinerarias y en especie, que al 23/02/16 todavía se encontraba impedido de realizar tareas habituales y a la espera de un control médico con posibilidad concreta de obtener el alta y la determinación de su incapacidad, lo que lo habilitaba a continuar percibiendo prestaciones dinerarias hasta la primera quincena de abril de 2016. Sostiene que el despido se debió a sus padecimientos de salud y no a las faltas de tareas adecuadas, lo que constituyó una conducta discriminatoria por parte de la empresa que le causó un daño moral que debe ser indemnizado en una suma igual a la de la indemnización por antigüedad. Que a fs. 113/119 vta., Empresur SA contesta demanda, pide la citación a juicio de Provincia ART niega los hechos, reconoce el accidente de trabajo por Galdames, y alega haber hecho la denuncia a la ART, no obstante tuvo que hacerse

cargo de todos los gastos que demandó la operación de la muñeca del actor y los costos que surgieron posteriormente, una vez concluido el periodo pertinente comunicó al actor la reserva de su puesto de trabajo y presentada el alta médica analizó la evaluación de la terapista ocupacional quien sugirió su reubicación como planillero, en limpieza -mientras no deba manipular más de 5 kilos de peso-, en vigilancia o como operario de auto elevador, y como esas tareas se encontraban cubiertas y la empresa carecía de un lugar para la reubicación de Galdames decidió el despido y le abonó la indemnización correspondiente (art. 212 LCT); despido que fue consecuencia de la imposibilidad de otorgar a Galdames un lugar de trabajo acorde a su capacidad laboral por lo que no corresponde hacer lugar a su pretensión de que se trató de una acción discriminatoria. Sostiene que no corresponde el pago de la diferencia salarial por frío porque desde octubre de 2015 a febrero de 2016 Galdames no cumplió ninguna tarea para su cliente y cualquier diferencia salarial fundada en la ley 26.773 y el decreto 472/14 debe ser abonada por Provincia ART SA.-

II.- Que a fs. 131/134 vta. comparece Provincia ART, citada en garantía, reconoce el contrato de afiliación, afirma haber otorgado cobertura asegurativa a las contingencias previstas por la ley 24.557, niega los hechos afirmados por el actor en su demanda y toda vez que en mayo de 2015, otorgó el alta médica a Galdames desconoce la incapacidad que este alega en su demanda.-

III.- Que a fs. 272/277, la Sra. Jueza de Primera Instancia hace lugar a la demanda interpuesta por Raúl Sebastián Galdames contra Empresur SA a la que condena a abonarle al actor en el plazo de 10 días la suma de $238.828,60 en concepto de adicional por frio, diferencia de rubros indemnizatorio por despido, indemnización del art. 2 de la ley 25.323 y daño moral por despido discriminatorio, más intereses a tasa activa del BNA desde la fecha del despido a la fecha del efectivo pago, con

costas a cargo de Empresur SA; hace lugar al reclamo de prestaciones dinerarias por ILT desde el 24 de febrero 2016 al 11 de abril de 2016 y condena a Provincia Aseguradora de Riesgos del Trabajo SA a abonarle al actor en el plazo de 10 días la suma de $26.718 con intereses a tasa activa del BNA desde la mora hasta el efectivo pago y costas a cargo de la ART y difiere la regulación de horarios de los profesionales intervinientes y la determinación del monto de la tasa de justicia hasta que haya en autos liquidación final.-

IV.- El apoderado de la demandada apeló la sentencia y expresó agravios a fs. 279/281; el recurso de apelación fue concedido libremente y con efecto suspensivo a fs. 282 y la apoderada del actor contestó agravios a fs. 284/287.-

Los autos se elevaron a esta instancia con la certificación de estilo de fs. 292 y vta., se dictó el llamado de autos a sentencia a fs. 438 y a fs. 439 se dispuso el pase a estudio de los mismos estableciendo el orden para ello.-

V.- Que el apoderado de la demandada se agravia porque se condenó a su mandante al pago de una indemnización por daño moral por despido discriminatorio argumentando que la rescisión fue dispuesta por la empleadora en virtud del estado de salud del trabajador, situación que no fue corroborada en autos y en consecuencia no corresponde su aplicación. Que a raíz de que Galdames ya no podía continuar realizando las tareas que desarrollaba previo a su accidente, su mandante le comunicó a éste mediante sendos telegramas ley, que no contando con un puesto de trabajo acorde a su capacidad, decidió poner fin a la relación en virtud de lo dispuesto por el art. 212 de la LCT, por no encontrarse obligada la empleadora a crear un nuevo puesto de trabajo a fin de encontrar un lugar que pueda ocupar el empleador que luego de un accidente de trabajo ve disminuida su capacidad. Sostiene que de autos no surgen pruebas que habiliten la posibilidad de la existencia del obrar reprochable

que se pretende imputar a su mandante, por lo que entiende que corresponde rechazar el rubro. Manifiesta que no corresponde otorgar al actor el rubro de daño moral por no existir indicio alguno.-

VI.- Que a fs. 284/287 contesta expresión de agravios la Dra. Mirtha Marsicano, expresando que la demandada se agravia específicamente por la admisión del rubro daño moral por despido discriminatorio porque la Jueza, consideró que la empresa transgredió el derecho de su apoderado a no ser discriminado por motivos de salud, afectando aun más la vulnerabilidad del trabajador, condenándola a abonar a la demandada la indemnización por daño moral diferente a la indemnización tarifada. Sostiene que la sentencia debe ser confirmada en el punto apelado por resultar ajustada a derecho, ya que su mandante luego de su accidente no pudo poner la misma fuerza que antes al servicio de la empresa, y ésta inmediatamente al conocer fehacientemente su estado de salud y su imposibilidad de retomar sus tareas habituales en forma permanente (empujar carros dentro de las cámaras de frío) se desprendió del trabajador, alegando y sin producir prueba alguna, la supuesta imposibilidad de asignar tareas acordes con su capacidad residual, por no contar con lugares disponibles para reubicarlo en ningún sector sin probar que la actitud rupturista tuvo como causa otros motivos objetivos ajenos a toda discriminación. Reitera que el despido de Galdames obedeció a su estado de salud, siendo descartado injustamente del mercado laboral, configurando tal accionar un despido discriminatorio que el fallo también ordena reparar. Sostiene que su parte, no solo alegó la existencia de motivos discriminatorios, sino aportó indicios razonables idóneos para acreditar la existencia de los mismos como: la demanda autosatisfactiva contra la empresa que fue acogida favorablemente; la percepción de sueldos inferiores a los que debió cobrar por su licencia por accidente de trabajo;

la inmediatez entre su reclamo por este concepto y la comunicación del comienzo del periodo de reserva del puesto de trabajo; la animosidad de la empresa que se evidenció cuando recibió tal reclamo, interrumpiendo intempestivamente y sin fundamento alguno el pago de las prestaciones dinerarias que venía percibiendo el actor, cuando correspondía que los siguiera cobrando como se probó en autos y tuvo acogida en la sentencia; la falta de reintegro de las sumas abonadas a profesionales médicos ordenada judicialmente; la necesidad de reiterar (21/04/16) la oportuna petición de tareas efectuada por el actor al día siguiente de recibir el alta médica (12/04/16) toda vez que no fue respondida por la empresa y que culminó con su despido; la circunstancia de que labores livianas del tipo que podía realizar el actor existen en todas las empresas y más aún en la demandada atento su importancia, dimensión y actividad; el breve lapso transcurrido entre las fechas en que la empresa fue anoticiada de la real capacidad funcional de actor y la consecuente imposibilidad permanente de cumplir sus tareas habituales, empujar carros dentro de las cámaras de frío, y la fecha de la misiva en la que la empresa comunicó la falta de puestos de trabajo acorde a su capacidad laboral actual; la imposibilidad del actor de poner la misma fuerza que antes al servicio de la empresa; la existencia en las instalaciones de tareas compatibles con la nueva capacidad del actor como: planillero, marcado de cajas de cartón, limpieza sin peso por encima de los 5 kilos, vigilancia, control de calidad, operario de auto elevador; los informes médicos que dan cuenta de su minoración laborativa parcial y definitiva íntimamente vinculada a la inconveniencia de continuación del actor en la empresa; costos económicos y estructural y eventual inconveniencia en la prosecución del contrato laboral y la negligencia de la demandada en la producción de las pruebas tendientes a determinar la existencia de tareas compatibles con la capacidad laboral de Galdames. Manifiesta que todos estos antecedentes

responden a un hecho puntual, esto es que Galdames fue despedido por su problema de salud y no porque no haya tareas adecuadas a su aptitud laboral, lo que agregó sufrimiento adicional a su ya mortificante situación personal, circunstancia que no fue contrastada por el empleador quien era que debía acreditar que la misma no existió toda vez que cuando el trabajador se considera injustamente discriminado se produce un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba hacia el empleador, tal como lo sostuvo la corte en "Pellicori", y no se trata aquí de que el despido incausado ha dejado de ser una opción para el empleador, lo que ha dejado de ser una opción es el despido discriminatorio.-

VII.- Analizados los fundamentos de la sentencia y las constancias probatorias incorporadas a la causa entiendo que los agravios de la demandada Empesur SA no pueden prosperar.-

Contrariamente a lo que sostiene el apoderado de la demandada en agravios, se ha acreditado que la empleadora rescindió el contrato por el estado de salud del trabajador, lo que sustenta la condena al pago de una indemnización por daño moral por despido discriminatorio.

Galdames luego del accidente no pudo poner la misma fuerza que antes al servicio de la empresa, y ésta inmediatamente al conocer fehacientemente su estado de salud y su imposibilidad de retomar sus tareas habituales en forma permanente (empujar carros dentro de las cámaras de frío) despidió al trabajador, alegando sin probar una supuesta imposibilidad de asignar tareas acordes con su capacidad residual argumentando que no contaba con lugares disponibles para reubicarlo y que el distracto no se debía a una discriminación por su incapacidad.

Empresur tenía puestos de trabajo que Galdames podría haber desempeñado pese a su discapacidad, la existencia en las instalaciones de tareas compatibles con la nueva capacidad del actor como: planillero, marcado de cajas de cartón, limpieza sin

peso por encima de los 5 kilos, vigilancia, control de calidad, operario de auto elevador.

Hay indicios claros, precisos y concordantes que analizados globalmente nos permiten tener por acreditado ello, tal como indica la apoderada del actor al contestar agravios: la demanda autosatisfactiva contra la empresa que fue acogida favorablemente; la percepción de sueldos inferiores a los que debió cobrar por su licencia por accidente de trabajo; la inmediatez entre su reclamo por este concepto y la comunicación del comienzo del periodo de reserva del puesto de trabajo; la animosidad de la empresa que se evidencia cuando recibe tal reclamo interrumpiendo intempestivamente y sin fundamento alguno el pago de las prestaciones dinerarias que venía percibiendo y correspondía seguir percibiendo como se probó en autos y tuvo acogida en la sentencia; la falta de reintegro de las sumas abonadas a profesionales médicos ordenada judicialmente; la necesidad de reiterar (21/04/16) la oportuna petición de tareas efectuada por el actor al día siguiente de recibir el alta médica (12/04/16) toda vez que no fue respondida por la empresa y que culminó con su despido; la circunstancia de que labores livianas del tipo que podía realizar el actor existen en todas las empresas y más aún en la demandada atento su importancia, dimensión y actividad; el breve lapso transcurrido entre las fechas en que la empresa fue anoticiada de la real capacidad funcional de actor y la consecuente imposibilidad permanente de cumplir sus tareas habituales, empujar carros dentro de las cámaras de frío, y la fecha de la misiva en la que la empresa comunicó la falta de puestos de trabajo acorde a su capacidad laboral actual; la imposibilidad del actor de poner la misma fuerza que antes al servicio de la empresa; la existencia en las instalaciones de tareas compatibles con la nueva capacidad del actor como: planillero, marcado de cajas de cartón, limpieza sin peso por encima de los 5 kilos, vigilancia, control de calidad,

operario de auto elevador; los informes médicos que dan cuenta de su minoración laborativa parcial y definitiva íntimamente vinculada a la inconveniencia de continuación del actor en la empresa; costos económicos y estructural y eventual inconveniencia en la prosecución del contrato laboral y la negligencia de la demandada en la producción de las pruebas tendientes a determinar la existencia de tareas compatibles con la capacidad laboral de Galdames.

Que estos indicios bastan porque no corresponde exigir al trabajador plena prueba del motivo discriminatorio, ya que es la empleadora la que debe acreditar que el despido obedece a otra causa y al no hacerlo, en virtud de lo dispuesto por los arts. 17 y 81 de la LCT y la doctrina sentada en el caso "Pellicori, Liliana c/Colegio Público de Abogados s/amparo" (Fallos 334:1387) deben rechazarse los agravios de la demandada, porque se ha acreditado que Galdames, fue despedido por su problema de salud y no porque no había en la empresa tareas adecuadas a su aptitud laboral.

Por estas consideraciones y conforme a lo dispuesto en los artículos 355 (carga de la prueba), 364(apreciación de la prueba) y 455 (eficacia probatoria del dictamen pericial) del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Cruz, de aplicación supletoria en el procedimiento laboral, el Juez forma su convicción respecto de la prueba producida según las reglas de la "sana crítica", entiendo que se han acreditado los extremos invocados en la demanda reconocidos por la Sra. Jueza de Primera Instancia, por lo que su decisión debe ser confirmada.-

VIII.- Que en atención a la forma en que se analizó la presente solo resta regular los honorarios de los profesionales en esta instancia, es así que de acuerdo al resultado obtenido y la labor profesional desplegada corresponde regular los honorarios del Dr. Sergio Viotti en razón de su desempeño

profesional y el resultado de la apelación (art. 24 de la Ley 3330), en un 27% de lo que se regule en primera instancia y los de la Dra. Mirtha Margarita Marsicano, en razón de su desempeño profesional y el resultado de la apelación (art. 24 de la Ley 3330), en un 32% de lo que se regule en primera instancia, dejando constancia que las sumas que resulten no contienen IVA.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. BARD dijo:

IX.- El tema traído a estudio ha merecido pronunciamientos en diferentes sentidos por parte de esta Cámara (vgr. "SANCHEZ, JAIME SEBASTIAN C/ AUSTRAL CONSTRUCCIONES S.A. S/ LABORAL - COBRO DE PESOS", EXPTE. DE CÁMARA N° 7139; Sent. T° XLI -SENT. ; R° 2750; F° 038/045, 5 de octubre de 2018.) donde en cada caso los supuestos de discriminación deben analizarse cuidadosamente en atención a la dificultad probatoria que en general conlleva. Tengo presente además que en el fallo se hace referencia al precedente "Pellicori" de la CSJN donde se trató el tema con relación a actividades gremiales. Ahora bien, en el particular se trata de un distracto derivado de un problema de salud que causó un perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual, situación que logró acreditar el actor por las pruebas médicas y periciales que acompañó al expediente. Como correlato de ello, la demandada si bien insiste que no existían puestos de trabajos acordes a la capacidad laborativa de Raúl Galdames, lo cierto es que no produce prueba al respecto, pues se lo tiene por desistido. Se impone aquí una interpretación dinámica en la producción e interpretación de las pruebas ya que en el particular recae sobre el demandado la responsabilidad de demostrar la falta de puestos de trabajos acordes, teniendo en cuenta que se trata de una empresa con numerosos empleados y diversas áreas de trabajo. Esta diferencia de trato dentro de la estructura organizacional de la empresa, hace que se entienda un acto de discriminación con relación al actor de autos, con origen en su estado de salud, y que merece por tanto la procedencia del rubro cuestionado en agravios. Por tal razón

comparto las conclusiones a las que arriba en éstos La Dra. Naves y en consecuencia adhiero a su voto.-

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra.NAVES dijo:

X.- Que en merito a los fundamentos expuestos en mi voto, propongo al Acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento que dejo a consideración de mis pares: 1°) Rechazar los agravios vertidos por el apoderado de la demandada Empesur SA y confirmar la sentencia en crisis en todo lo que fuera materia de apelación.- 2°) Costas en ésta instancia a la demandada vencida (art. 68 CPCC). 3°) Regular los honorarios de los Dres. Sergio Viotti y Mirtha Margarita Marsicano, en razón de su desempeño profesional en esta instancia y el resultado de la apelación (art. 24 de la Ley 3330), en un 27 y 32 %, respectivamente, de lo que se regule en primera instancia, dejando constancia que las sumas que resulten no contienen IVA. (art. 24 de la Ley 3330). 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra. BARD dijo:

XI.- Que comparto la propuesta formulada por la Dra. Naves y adhiero a su voto.

Por ello se dicta la siguiente sentencia:

Caleta Olivia 19 de febrero de dos mil diecinueve.-

Y CONSIDERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación, citas legales, doctrinarias y jurisprudenciales y lo dispuesto por el art. 44 de la Ley 1 Orgánica del Poder Judicial, la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial:

FALLA:

1°) Rechazar los agravios vertidos por el apoderado de la demandada Empesur SA y confirmar la sentencia en crisis en todo

lo que fuera materia de apelación.-

2°) Costas en ésta instancia a la demandada vencida (art. 68 CPCC).

3°) Regular los honorarios de los Dres. Sergio Viotti y Mirtha Margarita Marsicano, en razón de su desempeño profesional en esta instancia y el resultado de la apelación (art. 24 de la Ley 3330), en un 27 y 32 %, respectivamente, de lo que se regule en primera instancia, dejando constancia que las sumas que resulten no contienen IVA. (art. 24 de la Ley 3330).

4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.-

El Dr. Humberto E. Monelos firma la presente sin emitir opinión por no existir disidencia entre las demás firmantes.

HUMBERTO EDUARDO MONELOS
Juez de Cámara

CONNIE R. NAVES
Jueza de Cámara

GRISELDA I. BARD
Jueza de Cámara - presidente

ANTE Mí:

CAROLINA M. LIMA
Secretaria de Cámara