NEUQUEN, 27 de agosto del año 2019.

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: **"ARAVENA MANUEL ANTONIO C/ AGUAS S.R.L. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"**, (**JNQLA2 EXP** N° **501507/2013**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. José I. NOACCO dijo:**

I.- Contra la sentencia definitiva dictada el día 5 de septiembre de 2018 (fs. 247/251 vta.) que hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Manuel Antonio Aravena en contra de la empresa Aguas SRL, apela la demandada a fs. 255/258 vta., cuya expresión de agravios fue contestada por la contraria a fs. 260/265.

Se agravia la recurrente en primer lugar por la interpretación dada por el sentenciante respecto a la procedencia de la causal de despido.

Dice que pese a la cuantiosa prueba rendida sobre la inexistencia de tareas acordes a la incapacidad declarada por el actor, el a-quo interpreta todo lo contrario.

En segundo lugar, se agravia por la total imposición de costas que ordena la sentencia en tanto la demanda prospera por menos del 45% del monto reclamado y por uno solo de los tres ítems, es decir, hubo un claro vencimiento mutuo.

Solicita se rechace la demanda con costas al actor.

Corrido el traslado a fs. 260, lo contesta la actora y dice que los propios testimonios transcriptos por la quejosa advierten que no es cierto lo dicho, más de la mitad

de los testigos señalan que esa era la tarea del actor pero no era la tarea de todos los trabajadores.

Manifiesta que existieron elementos y precedentes jurídicos que justificaron el reclamo por aplicación de multas, por lo que existiendo una razón fundada para litigar su parte actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho reclamado.

II.- Entrando a analizar las cuestiones traídas a resolver, adelanto mi opinión en el sentido que el recurso interpuesto no podrá prosperar.

1) Del relato de autos surge que el sr. Manuel Antonio Aravena, se desempeñaba como operario en el área Producción de la empresa Aguas SRL, conocida como "Aqualic", dedicada a la producción, envasado, venta y distribución de agua y soda.

Luego de haber padecido un accidente laboral y sufrido diversos episodios, fue diagnosticado con "lumbalgia – hernia lumbar" y se le indicó reposo laboral a partir del 3 de septiembre de 2011.

Vencido el plazo de licencia paga y notificado del comienzo del periodo de conservación del empleo en los términos del art. 212 LCT, en fecha 17 de agosto de 2012 recibe el alta laboral con indicación de tareas livianas.

Así las cosas, el día 21 de agosto del mismo año es despedido por su empleador quien alegó "nos vemos fácticamente imposibilitados de asignarle tareas que cumplan con los requerimientos de vuestro galeno" (tareas livianas menores a 5 kg de peso).

La agraviada manifiesta que todos los testigos fueron coincidentes en describir las tareas efectuadas por el actor, y que todos los puestos existentes requerían la

manipulación de objetos pesados por la propia índole de la actividad comercial.

Señala que el fallo cuestionado lo obliga a crear nuevos puestos de trabajo, o la modificación de los existentes.

A su turno, la accionante entiende que existían tareas que podían realizarse sin vulnerar la prescripción médica y concluye que no es cierto que el trabajador no podía desempeñar ninguno de los puestos de trabajo que surgen de los testimonios.

Ahora bien, el art. 212 de la LCT establece que vigente el plazo de conservación del empleo, el empleador debe asignarle al trabajador tareas que pueda ejecutar cuando no está en condiciones de realizar las tareas que cumplía anteriormente.

No obstante ello, corresponde analizar hasta dónde puede exigirse al empleador la obligación de reincorporar al trabajador limitado.

La jurisprudencia ha sido la encargada de demarcar los límites de ese deber estableciendo como pauta rectora que el empleador debe adoptar un criterio de cierta elasticidad en tanto la estructura de la empresa se lo permita.

Para ello, tal como indica la accionada, no está obligado a crear nuevos puestos de trabajo, despedir o cambiar las condiciones de otro trabajador o duplicarlos.

Sin embargo, en caso de existir imposibilidad ésta debe radicar en algo más grave que razones económicas. Debe consistir "en la inexistencia misma de las tareas livianas".

Al respecto, se ha dicho que:

"Para gozar del beneficio del art. 212 segundo párrafo LCT, el empleador demandado debe demostrar dos extremos: 1) la imposibilidad de desempeño del actor, con su capacidad menguada, en algún puesto de trabajo de su empresa; 2) que esa imposibilidad no obedecía a una decisión suya sino a una imposibilidad objetiva. (…) La demostración de la empresa "debe ser eficaz para desplazar la regla de conservación del contrato.

"En general se ha considerado conducente los elementos de conocimiento tales como organigrama de funcionamiento, con la nómina del personal que ocupa los diversos puestos a los que podría acceder el trabajador, pruebas técnicas, contables y médicas, que justifiquen su posición de resistencia al requerimiento del trabajador, tendiente a justificar razonablemente su imposibilidad de asignar tareas acordes a la nueva capacidad del trabajador" (cfr. Gabriel TOSTO, en RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, "Ley de contrato de trabajo. Comentada, anotada y concordada", cit, T. IV, p. 45) no basta con acreditar que no existe ninguna vacante en la empresa demandada sino que el empleador debe demostrar la imposibilidad de asignar al trabajador tarea alguna compatible con su capacidad residual con arreglo a la actividad empresarial (SCBA, 16/2/88, "Chesani, Sirio c/ Fuerte Barragán S.A. s/ Indemnización art. 212, Ley de contrato de trabajo", DJBA 134- 165, AyS 1988-I, 99 y LL 1988-C- 408; ídem, 1/10/03, "Bonnano, Vicente c/ Martín Güemes SA s/ Cobro de indemnización, etc", en Juba sum. B11595; y mi voto de la causa "D. R., S. c/ A. S.A. s/ Cobro de pesos - Laboral", sentencia del 3 de Julio de 2008)".

"Se ha resuelto también que la aplicación del art. 212 LCT requiere la demostración de la realización del mínimo intento de procurar ocupación que sea realmente revelador de un inimputable impedimento, por ausencia de

labores compatibles con la capacidad residual del trabajador (SCBA, 1/10/03, "Bonnano, Vicente c/ Martín Güemes SA s/ Cobro de indemnización, etc", en Juba sum. B11595)" (Conf. A., E. F. c/ C. W. S.A. s/ Indemnización, 11/3/2010, CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA. TRELEW, CHUBUT, Sala A, Magistrados: Carlos Dante Ferrari Marcelo J. López Mesa, Id SAIJ: FA10150053).

La prueba producida por la accionada no fue concluyente en orden a comprobar dichos extremos.

Puede leerse en las declaraciones de los testigos ofrecidos por ambas partes que los puestos posibles eran de chofer, repartidor, ayudante de reparto, operarios internos. Zura, a fs. 185, quien se desempeñó laboralmente para la demandada durante 25 años dio cuenta de "un montón de sectores donde se desarrollan tareas livianas" y así las describe detalladamente.

Castillo y Álvarez (fs. 187 y 208) describen las tareas de limpieza y coinciden al afirmar que se enviaba para realizarlas al que estuviera desocupado o se repartían entre todos los operarios.

Sibilla a fs. 209 y vta. refiere a tareas menores como lavado de bidones, sifones y reparación, inspección, mantenimiento y limpieza y P. a fs. 210 describe como liviana la tarea del lavado de dispenser y el uso del autoelevador.

La eficacia probatoria de la prueba testimonial debe realizarse de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sopesando aquellas circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones. Influye la razón de ser del conocimiento del testigo, el interés en el asunto, la coherencia, etc.

Más allá de las declaraciones citadas y el manual de inducción para el operario interno de producción de Aqualic

acompañado como prueba por la parte actora, la accionada no aportó en autos ni organigramas de funcionamiento ni nóminas de personal de los distintos puestos.

No ha demostrado siquiera un mínimo intento de procurar la ocupación del actor previo a afirmar que se configuraba una causa que no le era imputable.

Se ha dicho que:

"… A los efectos de aplicar el segundo párrafo del art. 212 L.C.T., el empleador no sólo debe acreditar la inexistencia de vacantes en las cuales pudiera asignar al trabajador tareas livianas, sino además que quienes se encuentran realizándolas no pueden desempeñarse en otras, o la imposibilidad de efectuar una rotación que permita dar al trabajador tareas compatibles con su estado", (CNTrab. Sala IX, 27.083/07, SUARE, EDELMIRO CLEMENTE C/SEVENPLAST S.A. S/DESPIDO, 29/02/12, 17617).

Por lo hasta aquí expuesto, entiendo que el juez de grado ha realizado una correcta interpretación y valoración de la prueba producida en autos, motivo por el cual el agravio deberá ser rechazado.

2) En relación al segundo agravio, entiendo que también será rechazado.

Ello por cuanto, en materia laboral, las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo y, en especial, el protector del trabajador (CNAT, Sala I, 30/11/2001, D.T. 2002-A-739).

En el caso de autos, el objeto de la demanda fue el cobro de las diferencias resultantes por el único rubro reclamado en relación a la enfermedad inculpable en los términos del art. 208 y cc. de la LCT que, más allá de

progresar por un monto menor al reclamado, resultó ganancioso en su pretensión no existiendo vencimientos recíprocos que justifiquen una distribución de las costas diferente al dispuesto por el art. 17 de la ley 921.

Y "Si la accionante se vio en la obligación de litigar para que se reconozcan sus derechos y triunfó en lo sustancial, aunque la condena no alcance totalmente a la suma pretendida, no pierde por ello el demandado su carácter de vencido y por lo tanto queda obligado a cargar con las costas..." (*CNAT, Sala VIII, 28/9/89, T. y S.S. 1990-534).*

Se ha dicho que la regla general es que la imposición de costas debe realizarse con un criterio jurídico y no meramente aritmético que se deba apoyar tan solo en el resultado del pleito en números, sino que debe tenerse en cuenta el resultado de los distintos planteos (Conf. "TRATADO DE DERECHO PROCESAL LABORAL" Enrique M. Falcón, Ed. Rubinzal-Culzoni, Tomo I, pág. 867 y ss.).

Estas conclusiones encuentran asidero en la naturaleza alimentaria del crédito laboral y en el carácter tuitivo del derecho del trabajo.

Coincido además con mi coelga de Sala, la Dra. Clerici, al expresar que:

"… De acuerdo con la demanda, el actor promovió juicio laboral reclamando el pago de diferencias salariales derivadas de omisión de pago de un incremento salarial, y de la categoría Jefe de Sector Contaduría e indemnización del art. 80 de la LCT. La sentencia acoge las diferencias salariales derivadas de la omisión de pago del incremento salarial y la indemnización prevista en el art. 80 de la LCT, rechazando la restante pretensión."

"El principio objetivo de la derrota es la regla que rige en materia de distribución de las costas procesales.

Quien resulta vencido en el pleito tiene que hacerse cargo de los gastos del proceso, incluidos los de su contraria, a la que obligó indebidamente a litigar. Y este principio rige plenamente en el ámbito laboral, aunque con algunas atenuaciones en virtud del carácter alimentario que invisten las pretensiones relacionadas con el contrato de trabajo para el trabajador."

"Por esta especial circunstancia, y cuando la pretensión principal progresa, aunque se rechacen otras, en general, las costas se imponen en su totalidad a la accionada perdidosa. Y este es el supuesto de autos, ya que la demanda, en lo sustancial, ha progresado. En este sentido se ha dicho que "el vencimiento parcial y mutuo que legisla el art. 71 del ritual, debe apreciarse con criterio principalmente jurídico, no pudiendo aplicarse esta norma excepcional cuando ha habido vencimiento en lo sustancial de las aspiraciones, como en el caso de autos" (conf. en PI-1.997-I-44/45-Sala II)." (Conf. "JARA EMMANUEL CONTRA COOP. DE ENERGIA ELECT. PLOTTIER S/COBRO DE HABERES" (EXP N° 371355/8), Sala II, 24/11/2011).

III.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia de grado, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

Con costas a cargo de la demandada vencida (arts. 68 del CPCyC y 17 de la ley 921).

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

**La Dra. Patricia CLERICI dijo:**

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

Por ello, esta Sala II

**RESUELVE:**

I.- Confirmar la sentencia de fs. 247/251 vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

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

III.- Regular los honorarios del Dr. .... y los del Dr. ....., por sus actuaciones en el doble carácter por la actora y demandada, respectivamente, en el 30% de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594).

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

**Dra. Patricia Clerici - Dr. José Noacco**

**Dra. Micaela Rosales - Secretaria**