

## Despido Periodo De Prueba Indemnizacion Sustitutiva De Preaviso Base Salarial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Despido. Período de prueba. Indemnización sustitutiva de preaviso. Base salarial Se hace lugar a la demanda por despido interpuesta por el trabajador, toda vez que pese a que el despido se produjo durante el período de prueba, correspondía abonar la indemnización sustitutiva de preaviso incorporando en su base de cálculos las horas extras realizadas por el dependiente. Sin embargo, se rechazó la acción civil por accidente de trabajo, atento a que no se acreditó la relación de causalidad adecuada entre el ACV que sufrió el trabajador y las tareas efectuadas a favor de la demandada. En la ciudad de Buenos Aires, el 15 de marzo de 2017, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación. La Dra. Graciela A. González dijo: Contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar en forma parcial a la acción por despido deducida contra M.O.D.O. S.A. y, en cambio, rechazó la demanda incoada contra M.O.D.O. S.A. y Aseguradora de Riesgos del Trabajo Liderar S.A. mediante la que se persiguió la reparación del daño físico padecido con fundamento en el derecho civil -fs. 534/42- se alza la parte actora a tenor del memorial recursivo obrante a fs. 545/50, que mereció réplica de su contraria a fs. 558/60. Asimismo, el perito médico interviniente apela los honorarios que le fueron regulados, pues los reputa reducidos -fs. 562-. El demandante se queja porque no se incluyeron las horas extraordinarias en la base de cálculo remuneratoria a pesar de haberse acreditado las mismas y haber formado parte de la condena. Asimismo, sostiene que en razón de dicho reconocimiento resulta procedente la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25.323. Por otra parte, afirma que el despido no podía llevarse a cabo en razón de la enfermedad padecida por el actor. En otro orden de ideas, señala que el sentenciante de grado omitió referirse a la falta de pago de la asignación por hijo. Además, apela el rechazo de la acción por accidente interpuesta contra M.O.D.O. S.A. y la aseguradora codemandada, con fundamento en el derecho civil, pues aduce que el cumplimiento por el demandante de horas extraordinarias sin que mediara descanso implicó la ocurrencia del ACV padecido, a lo que agrega la falta de control de las tareas por parte de la ART codemandada. El actor se queja de que no se tuvieron en cuenta las impugnaciones realizadas al dictamen del perito médico interviniente e invoca el informe del Centro Médico Nogoyá, que daba cuenta de una presión arterial máxima de 140, por lo cual, afirma, las codemandadas debían tener conocimiento de los riesgos que el trabajo desempeñado en tales condiciones importaba para el trabajador. Luego de un detenido análisis de los argumentos expuestos en la demandada y en su contestación, de la prueba producida y de la sentencia apelada, como también del recurso de apelación interpuesto por el actor, adelanto que la queja del demandante debe ser desestimada en lo principal. Ello, por las razones que paso a detallar a continuación. Corresponde memorar que en su escrito de inicio el accionante denunció que el día 7 de marzo de 2011 ?siendo las 21,43 hs. sufrí un accidente de trabajo mientras conducía la unidad que me habían asignado? y que ?debido al accidente de tránsito sufrido, padecí un traumatismo encéfalo craneano con pérdida de conocimiento?. Luego, agregó que ?a raíz del accidente? sufrió un accidente cerebro vascular -ver fs. 6, ap. 3). A fs. 10 vta., el demandante adujo que ingresó a trabajar en perfectas condiciones de salud y que fue despedido mientras se encontraba convaleciente de un ACV ?que sufrió por un accidente de trabajo, ocasionado mientras utilizaba elementos de trabajo del empleador?. Ahora bien, a fs. 517/17 vta. obra la peritación médica de la que se extrae que, a diferencia de lo expuesto en la demanda, el accionante manifestó ?haber sufrido un accidente cerebro vascular, mientras conducía la unidad que le asignaron?. Si bien el galeno describe serias secuelas del ACV padecido por el accionante, lo cierto es que finaliza su informe señalando que ?no puede afirmarse nexo causal entre la sintomatología que el paciente presenta y las tareas laborales que realizaba?, por lo cual concluye en que la incapacidad del actor no se relaciona con tareas laborales. A fs. 520/21 el actor impugnó la pericia médica aludiendo que las tareas desarrolladas en exceso de la jornada ?sin lugar a dudas afectó la salud del actor?, aduciendo falta de atención médica y de diagnóstico a tiempo, para finalizar señalando una ausencia de fundamentación científica del perito médico ?ya que no guarda fundamento para rechazar el accidente (ACV) como un accidente de trabajo?. El Dr. Ricardo Diego Hierrezuelo rechazó la acción por accidente con fundamento en el Código Civil pues consideró que de las constancias obrantes en autos resultó acreditado que el actor padeció un ACV mientras conducía y no que, por el contrario, el accidente de tránsito le provocara el ACV en cuestión. A ello agregó que si bien las horas extraordinarias reclamadas fueron acreditadas, el escaso tiempo de un mes que llevaba trabajando para la demandada no resultaba determinante para el cuadro de salud del demandante. Ahora bien, el recurso del actor relacionado con el rechazo de la acción por accidente con fundamento en el derecho civil debe desestimarse toda vez que insiste con la postura ya esgrimida en la impugnación a la peritación médica, conforme la cual las horas extraordinarias y el ambiente de trabajo le habrían ocasionado un

ACV al accionante, cuando dicho extremo no fue el invocado en la demanda, oportunidad en la que adujo que el ACV había sido consecuencia de un accidente de tránsito. Cabe advertir, además, que si bien en la demanda el trabajador reclamó las horas extraordinarias laboradas y no abonadas, en ningún momento vinculó dicho extremo con el accidente cerebro vascular padecido. En tal orden de ideas, el planteo expuesto en orden a las condiciones de trabajo, concretamente las horas extraordinarias laboradas, como factor desencadenante del cuadro de salud del actor, resulta un argumento novedoso que no fue expuesto en la demanda, por lo que no corresponde su tratamiento por este Tribunal (art. 277, CPCCN), lo que resulta suficiente para desestimar este aspecto del recurso interpuesto. Por otra parte, advierto que el informe de fs. 326 que invoca el recurrente como elemento que debió ser tenido en cuenta por el empleador, en relación con una presión arterial supuestamente superior a la normal, da cuenta precisamente de la calificación del actor como apto para la conducción. A ello cabe agregar el reconocimiento del propio demandante formulado a fs. 10 vta. cuando afirma que ingresó a trabajar "en perfectas condiciones de salud", por lo que el planteo recursivo expuesto carece de sustento en torno a un supuesto conocimiento de los codemandados respecto de las condiciones riesgosas de las tareas asignadas para la salud del actor. Tampoco existe prueba de que el ACV se haya producido como consecuencia del accidente de tránsito, puesto que todos los testigos aportados por el actor y que depusieron en las presentes actuaciones -Arriondo, fs. 428/29; Bozzuto, fs. 372/73 y Esquivel, fs. 366/67- dijeron saber del accidente por lo que fueron comentando entre compañeros, es decir, en forma referencial. Al respecto, debe recordarse que, se ha sostenido invariablemente que, "testigo" es exclusivamente la persona que ha tenido conocimiento personal de los hechos a comprobar "propriis sensibus" y en esa inteligencia, las versiones aludidas en las que los deponentes cuyas declaraciones fueron recibidas en el sub júdice, resultan insuficientes en tanto no pueden afirmar más que una referencia respecto del hecho controvertido, que además de conocer por comentarios de terceras personas o por el propio accionante, resultan inidóneas para demostrar las circunstancias sometidas a debate (cfr. entre otras sentencia n° 86796 del 30/9/99 in re "Gutierrez Amacho, Carlos c/ Construcciones Finco SRL y otro s/ accidente?"). En razón de lo expuesto, toda vez que no se acreditó el nexo de causalidad entre el riesgo de la actividad desarrollada y el ACV padecido por el trabajador, como tampoco los extremos invocados en la demanda encuentran adecuado sustento en la prueba producida -testimonial y peritación médica-, propongo confirmar el rechazo de la acción por accidente con fundamento en el derecho civil (art. 1113 del Código Civil vigente a la fecha de acaecidos los presupuestos fácticos analizados). En lo referido a la acción por despido, le asiste razón al accionante en cuanto a que las sumas correspondientes a horas extraordinarias forman parte de la remuneración y por ende debieron integrar la base de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso. En este caso, toda vez que el distracto se produjo durante el período de prueba -aspecto que llega firme a esta instancia- procedía abonar al actor la indemnización sustitutiva del preaviso, rubro que si bien fue cancelado no lo fue en su totalidad pues para su cálculo se tomó en consideración la remuneración percibida y no la devengada. Ello, pues el art. 232 de la LCT dispone que se deberá abonar una indemnización sustitutiva "equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados...?", lo que determina la incidencia del valor de las horas extraordinarias que resultaron procedentes y que le correspondía percibir al actor como parte de la remuneración que debió tomarse como base de cálculo en la referida indemnización. El demandante critica que no se hiciera lugar a la indemnización dispuesta en el art. 2 de la ley 25.323, cuyo incremento indemnizatorio debe calcularse en un 50% más de lo que corresponda por las indemnizaciones derivadas del despido, entre ellas la indemnización sustitutiva del preaviso. Sin embargo, si bien por los fundamentos expuestos ut supra corresponde la diferencia por las sumas correspondientes a las horas suplementarias en la base de cálculo de la referida indemnización, no ocurre lo mismo con la prevista en el art. 2 de la ley 25.323, pues el accionante percibió una indemnización sustitutiva del preaviso por la cual no intimó a la demandada para que le abonase las mencionadas diferencias. Por ende, la falta de intimación determina el rechazo del reclamo por el rubro en cuestión. Por otra parte, el planteo por la asignación por hijo no puede tener favorable acogida por cuanto no se trata de un concepto remuneratorio y no tiene incidencia en el cómputo de la indemnización a la que se hace lugar -vgr. diferencias por indemnización sustitutiva del preaviso- y tampoco obra en las presentes actuaciones que haya puesto en conocimiento fehaciente al empleador o al sistema de asignaciones familiares de que era padre de un hijo menor de edad durante la vigencia del vínculo, lo que sella la suerte de la queja en sentido adverso al pretendido. Finalmente, en cuanto al planteo referido a que el despido no pudiera llevarse a cabo porque el actor se encontraba bajo licencia por enfermedad, dicho argumento resulta errado. En tal sentido, merece puntualizarse que la LCT dispone en su artículo 92 bis, inciso 6), que el trabajador tiene derecho a las prestaciones por accidente o enfermedad inculpable exclusivamente hasta la finalización del período de prueba si el empleador rescindiere el contrato de trabajo durante ese lapso, lo que sella la suerte adversa del agravio, pues el vínculo se extinguió por decisión del empleador dentro del período de prueba el 7/5/11, hecho notificado el 04/05/11 -ver informe del correo a fs. 176-, sin que hasta entonces el accionante hubiese exigido su reubicación a un sector en el que pudiese desarrollar tareas. Lo expuesto en torno a la incidencia de las horas extraordinarias en la base de cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso implica modificar el monto total diferido a condena tomando en cuenta que la demandada abonó por tal concepto la suma

de \$2.515,69 más una incidencia del SAC de \$209,64. Por ende, corresponde reformular el rubro tomando en consideración y fijar una remuneración de \$13.990,59 (remuneración del actor \$6.127,95 + \$7.862,64 por horas extraordinarias que llegan firmes), que en orden al preaviso de 15 días que debió mediar por el período de prueba -el demandado notificó el distracto tres días antes del vencimiento- alcanzaba la suma indemnizatoria de \$6.995,30, con una incidencia del SAC de \$582,94, es decir un total de \$7.578,24, a lo que debe deducirse lo abonado cuyo comprobante obra a fs. 38 por los montos señalados ut supra de \$2.725,33 (preaviso abonado con su incidencia del SAC) lo que arroja una diferencia adeudada de \$4852,91 en concepto de indemnización sustitutiva del preaviso con incidencia del SAC. Por lo tanto, el monto total diferido a condena debe elevarse a la suma de \$31.099,44 (\$26.246,49 establecidos en primera instancia más \$4.852,91 fijado en Alzada), importe al que deberán adicionarse los intereses dispuestos en la sentencia apelada, que llegan firmes a esta instancia, incluidos los del experto médico que fueron materia de apelación a fs. 562. El nuevo resultado del pleito implica dejar sin efecto las costas y honorarios dispuestos en primera instancia, para establecerlos en esta Alzada en forma originaria (art. 279, CPCCN). Sin embargo, en atención a las circunstancias del caso y los resultados obtenidos por cada una de las partes, como también evaluando el desempeño de los profesionales intervinientes de conformidad con el mérito y extensión de las tareas desarrolladas en el marco de la normativa arancelaria vigente (ley 21.839), propongo mantener la imposición de costas en la forma establecida en grado anterior y la regulación de honorarios dispuesta por dicha instancia incluida la labor del experto médico que fue materia de apelación a fs. 562. Asimismo, dado el modo de resolver el pleito, propongo imponer las costas de Alzada en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, CPCCN), y por las tareas desarrolladas en esta Alzada propongo regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado del actor y de la codemandada M.O.D.O. SA. De Transporte Automotor en el 25%, respectivamente, de lo que a cada una de ellas le corresponda percibir por las tareas desarrolladas en la instancia de grado anterior. Miguel Ángel Pirolo dijo: Que adhiero a las conclusiones del voto que me precede, por análogos fundamentos. Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL resuelve: 1) Modificar la sentencia apelada y elevar el monto total diferido a condena a la suma de \$31.099,44, más intereses; 2) Mantener la imposición de costas y regulación de honorarios decidida en primera instancia para dicha etapa procesal; 3) Imponer las costas de Alzada en el orden causado; 4) Por las tareas desarrolladas en esta Alzada propongo regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado del actor y de la codemandada M.O.D.O. SA. De Transporte Automotor en el 25%, respectivamente, de lo que a cada una de ellas le corresponda percibir por las tareas desarrolladas en la instancia de grado anterior; 5) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26856 y por la Acordada de la CSJN Nº 15/2013, a sus efectos. Cópiese, regístrese, notifíquese y devuélvase.- Miguel Ángel Pirolo Juez de Cámara Graciela A. González Juez de Cámara

017825E