

## Despido Encargado Propiedad Horizontal Accidente Laboral Incapacidad Laboral Parcial Deber De Ocupacion

### JURISPRUDENCIA

Despido. Encargado. Propiedad Horizontal. Accidente laboral.

Incapacidad laboral parcial. Deber de ocupación Se resuelve que fue ajustada a derecho la decisión del Consorcio de Propietarios empleador de rescindir el vínculo laboral con el trabajador en base a lo prescripto por el art. 212, segundo párrafo, de la LCT. El trabajador había sufrido un accidente laboral que le imposibilitaba realizar las tareas típicas de un encargado de edificio y, por esta razón, el tribunal interpretó que, al no poder realizar sus tareas habituales, no existía obligación del empleador de crear un nuevo puesto de trabajo para darle ocupación al dependiente.

En Buenos Aires, a los 5 días de Diciembre del 2017, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos y para dictar sentencia definitiva, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo a los fundamentos que a continuación se exponen: El Dr. Miguel Ángel Maza dijo: I) Contra la sentencia de primera instancia de fs. 533/37, dictada por la Dra. Mirta González Burbridge, que hizo lugar a la consignación articulada por la entidad accionante y, además, parcialmente al reclamo del señor Sosa, se alza el trabajador a mérito del recurso de fs. 542/44, cuya réplica obra a fs. 550/14 y, también, el Consorcio de Propietarios de la calle Ayacucho ..., quien lo hace a tenor del memorial de fs. 545/46, replicado a fs. 548/49. II) Arriba firme a esta instancia que el señor Sosa se desempeñó en favor del Consorcio entre el 1/3/94 y el 26/8/08, cuando, luego de que Federación Patronal Seguros S.A. le hiciera saber a la empleadora que su dependiente, a raíz del infortunio que sufriera el 21/9/2007, no se encontraba en condiciones de cumplir con las tareas de encargado que desempeñaba hasta ese entonces y que debía ser recalificado, el Consorcio rescindió la relación laboral en base a lo prescripto por el segundo párrafo del art. 212 de la LCT. III) Se queja el trabajador, en primer lugar, de que la magistrada a quo entendiera ajustada a derecho la decisión rupturista adoptada por la parte actora; asegura, puntualmente, que sí podía desempeñar tareas como encargado, y que, en todo caso, se situaba sobre el Consorcio de Propietarios de la calle Ayacucho ... la carga de acreditar que no tenía otras labores para otorgarle y que, a su entender, no lo ha logrado. Empero, como seguidamente explicaré, considero que no le asiste razón. Dispone el art. 7 del CCT 378/04, que enmarcara la relación laboral, que el "Encargado permanente" (...) es quien tiene la responsabilidad directa ante el empleador del cuidado y atención del edificio? y, a su vez, dentro de las labores del personal de "Consortios de Propietarios ocupados en edificios o emprendimientos sometidos al régimen de la Propiedad Horizontal, Ley 13.512 y/o sus modificatorias" (art. 2), conforme lo estipule el art. 23 del mismo cuerpo normativo, se encuentran "mantener en perfecto estado de conservación, aseo e higiene todas las partes comunes del edificio, como así también las puertas de uso común", "controlar el funcionamiento de las máquinas e instalaciones del edificio?", "entregar (...) la correspondencia?", "vigilar la entrada y salida de personas?", "barrer y recoger la basura del cordón de la vereda en toda la extensión del frente del edificio?", y sacar los residuos. Éstas fueron exactamente las labores que el señor Sosa, en su demanda (ver fs. 46/52, causa n°. 28.427/09 acumulada conforme la providencia de fs. 43), denunció haber desempeñado en favor del Consorcio de la calle Ayacucho .... Informó el perito médico, a fs. 501, que el trabajador, como consecuencia del accidente laboral que sufriera el 21/9/07, presenta "desgarro músculo ligamentario de hombro derecho-impotencia funcional [y] dolor? que empeora? cuando levanta el brazo o cuando levanta algo por encima de su cabeza? y que "puede ser lo suficientemente fuerte para impedir que el paciente realice incluso las tareas más simples?", y "limitación funcional a: abdo-elevación (normal 150°): hasta 50°? (...), "aducción (normal 30°): hasta 10° (...); elevación anterior (Normal 150°): Hasta 70°; Elevación posterior (Normal 40°): Hasta 30° (...); Rotación interna (Normal 40°-80°): Hasta 20° (...); Rotación externa (Normal 90°): Hasta 70°", y que, por tanto, "debe considerarse limitación a todas aquellas tareas que impliquen dichos movimientos?". Es evidente, en este contexto, que, contrariamente a lo alegado en la crítica, el señor Sosa no se encuentra -ni se encontraba al momento del distracto, remarco- capacitado para desarrollar la totalidad de las labores que debe cumplir un "encargado permanente" de edificios sujetos al régimen de propiedad horizontal, dentro de las cuáles, como él mismo lo expusiera en su primera presentación, están la limpieza de todas las instalaciones -vidrios, cocheras, ascensores, pisos, escaleras, patios, etc-, recoger y retirar los residuos, y controlar las máquinas -bombas, ascensores- que, generalmente, se encuentran en lugares de incómodo acceso -por ejemplo en azoteas-; es decir, actividades, todas ellas, que difícilmente puedan ser realizadas con un solo brazo - como lo refiriera el dependiente (fs. 167vta)- en tanto causan exigencia a ambas extremidades superiores y, a simple vista, no pueden ser llevadas a cabo por una persona que sufre en su hombro derecho un dolor lo "suficientemente fuerte? que empeora al "levantar el brazo o cuando levanta algo por encima de su cabeza? y le puede "impedir (...) reali[zar] incluso las tareas más simples?". A idéntica conclusión arribó la Licenciada Marina Lafranqui, Terapeuta Ocupacional que intervino en nombre de Federación Patronal Seguros S.A., la

aseguradora de riesgos del trabajo de la actora, que expuso que, a su entender, ¿los requerimientos del puesto ¿encargado?, tales como: movilizar el brazo derecho por encima del nivel del hombro, al realizar la limpieza de vidrios, escalera, cochera y garaje, superan la capacidad funcional del trabajador? y, por ello, desestimó ¿su reinserción laboral? (ver informe de fs. 205); y, me atrevo a decir, también debió hacerlo el propio señor Sosa cuando, luego de que le otorgaran una prematura alta médica el 17/4/08 y volviera a trabajar, instó un proceso revisorio ante la Comisión Médica 10F destinado a que se continuaran las prestaciones médicas por cuanto ¿mencionó no poder hacer tareas que requieran la elevación del hombro y presentar limitación funcional? (fs. 62). No puedo dejar de señalar, en este punto, que, a mi entender, el hecho de que el ex dependiente no cuestionara la desestimación de su reinserción laboral que propiciara la aseguradora de riesgos del trabajo y, además, fuera él mismo quien aseverara que, al 17/4/08, no se encontraba apto para desempeñar las labores que anteriormente hacía, generaron, en el sub lite, una inversión de la carga probatoria y situaron en su cabeza la obligación procesal de demostrar que, al momento del despido, 26/8/08, sí podría hacerlas; empero los elementos de juicio que obran en la lid, en especial, la peritación médica, no sólo que no confirman su versión sino que, además, la echan por tierra, tal como quedó dicho. Zanjando este aspecto, agregó que si bien, como apunta el señor Sosa en su memorial, es el empleador quien debe demostrar la imposibilidad de satisfacer el deber de ocupación (art. 78 de la LCT) de su dependiente incapacitado, no lo es menos que el art. 212 de la LCT no le impone la obligación de crear un nuevo puesto de trabajo innecesario sino adoptar un cierto criterio de elasticidad y mostrar solidaridad y colaboración para resolver el problema (ver, en idéntico sentido, la sent. def. n°. 101.720 del 30/4/2013 del registro de esta Sala, dictada en la causa n°. 33.665/2010, ¿Suárez, Claudio Augusto c/ Swiss Medical S.A. s/ despido?; y la n°. 102.823 del 31.222/2010 en la causa n°. 31.222/10, ¿Re, Eduardo Alberto c/ PAMI Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados s/ despido). Empero, más allá de la carga probatoria, no puede perderse de vista que, dadas las especiales características de la entidad accionante, un consorcio de propietarios de un edificio de departamentos sujeto al régimen de la propiedad horizontal (ley 13.512), su requerimiento de trabajo es muy escueto y, me atrevo a decir, salvo casos excepcionales -que, como tales, a mi entender, deben ser acreditados por aquél que los alega-, se circunscribe al personal individualizado en el art. 7 del CCT 378/04, cuyas tareas, previstas en el parcialmente transcripto art. 23, el señor Sosa, de acuerdo a lo expuesto, no está apto para realizar en su totalidad; razón por la cual coincido con la señora jueza de grado en que lo que manifestara el Consorcio actor en el escrito inicial (fs. 6/vta) y en su responde (fs. 128/29) acerca de que ¿carecía de la posibilidad de otorgarle otras tareas acordes a la capacidad residual del señor Sosa?, luce ¿verosímil? Y, en este contexto, opino que el trabajador debió, al articular su demanda (fs. 46/52), al menos, enunciar cuáles eran los puestos de trabajo que su empleadora disponía y él podía ocupar. Sin embargo, no sólo nada adujo al respecto sino que remarcó que ¿el Consorcio bien pudo haber contratado a otra persona que se desempeñe como lo hice yo en el comienzo, como [ayudante] permanente? y él continuar como encargado, es decir, crear un nuevo puesto de trabajo que no existía en ese momento, y contar con dos personas para desarrollar la misma labor que, antes del infortunio, Sosa realizaba por sí solo; exigencia que, como apunté, carece de sustento legal en la medida que excede los alcances del segundo párrafo del art. 212 de la LCT. Con sustento en las consideraciones vertidas, propongo rechazar la primera crítica que deduce el trabajador en su memorial recursivo y confirmar el pronunciamiento de grado en tanto juzgó ajustada a derecho la decisión rupturista que la ex empleadora adoptara el 26/8/08 en base a lo previsto en el mencionado art. 212 de la ley 20.744 y desestimó el reclamo indemnizatorio que el señor Sosa dedujera como si se tratara de un despido incausado. IV) Por otro lado, observo que, aunque le asiste razón al quejoso al señalar que tanto en el intercambio telegráfico (ver postales de fecha 26/8/2008 y 1/9/2008, respectivamente, a fs. 47/48) como en sus respectivas presentaciones (fs.48 y 128), discurrieron las partes en torno a la categoría profesional del ex dependiente, pues el Consorcio actor sostuvo que Sosa desempeñaba tareas como ¿Ayudante de encargado? y el trabajador aseguró que era ¿Encargado Permanente; la realidad es que no solicitó Sosa en su demanda (fs. 46/52) ni al contestar la consignación (fs. 166/70) el pago de diferencias salariales derivadas de tal cuestión. Para más, repárese en que, incluso la base salarial fijada en la instancia anterior (\$2.314,60), es superior a aquella en función de la cual el trabajador practicara sus respectivas liquidaciones (fs. \$2.172, ver fs. 48/49 y 169vta). Considero, así, que la pretensión de pago de diferencias salariales que Sosa introduce en el último punto de su queja es una cuestión novedosa en esta instancia que contraría la clara directriz que emana del art. 277 del CPCCN, y, por ello, auspicio desestimarla por improcedente. V) En otro orden de ideas, se agravia el Consorcio de Propietarios del Edificio de la calle Ayacucho ... por haber sido condenado a abonar la multa que contempla el art. 80 de la LCT. Asegura que, ante la intimación del trabajador, puso a su disposición los certificados de trabajo, y que él no concurrió a las oficinas de la Administración a retirarlo. Mediante la postal que obra en el sobre de fs. 3, cuya copia se encuentra agregada a fs. 119, el 4/9/2008 la ex empleadora puso a disposición del señor Sosa ¿el certificado del artículo 80 de la LCT?. Sin embargo, al contestar la acción instaurada en su contra, el Consorcio (fs. 3) únicamente acompañó al pleito el formulario P.S. 6.2 de la ANSES, y, al contrario de lo alegado en la queja, concuerdo con la Dra. Pereira en que su sola entrega no se cumple acabadamente con la obligación de hacer que el art. 80 de la ley 20.744 impone al principal. En efecto, carece de

relevancia material si se emite uno, dos, tres, cuatro o cinco instrumentos, pues lo relevante es que el instrumento o los instrumentos que se emitan y entreguen al dependiente contengan la totalidad de la información que resulta obligatoria de acuerdo al art. 80 LCT, que, tal como lo he postulado con anterioridad (Ley de Contrato de Trabajo Comentada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 133), debe contener cinco datos: a) la indicación del tiempo de prestación de los servicios (fecha de ingreso y egreso); b) naturaleza de los servicios (tareas, cargos, categoría profesional, etc.); c) la constancia de los sueldos percibidos; d) la constancia de los aportes y contribuciones efectuados por el empleador con destino a los organismos de la seguridad social (constancia o descripción que efectúa el principal y que no debe confundirse con la "constancia documentada" que el mismo artículo prevé en el primer párrafo como posibilidad de excepción); y e) la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación (conf. ley 24.576). Y no toda esa información se encuentra reflejada en el formulario P.S. 6.2 de la ANSES. No existe en la lid, entonces, constancia alguna que lleve a suponer que existió mora del acreedor, instituto alegado tácitamente por el Consorcio en su memorial, en tanto considero que la puesta a disposición del formulario P.S. 6.2 de la ANSES no es idónea para tener por cumplida la obligación que impone el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo. Así, atento los estrictos términos de la crítica, propongo mantener lo decidido en grado respecto de la procedencia -y extensión, en tanto no se objeta puntualmente- de la multa del art. 80 de la LCT. VI) Para finalizar, de conformidad con el resultado de los recursos interpuestos, voto por imponer las costas de Alzada en el orden causado (cfr. art. 68, 2º párr. del CPCCN); a cuyo fin, en mérito a la extensión y la calidad de las labores desplegadas ante esta sede y en orden a lo que prevé el art. 14 de la ley 21.839, sugiero fijar los honorarios de la representación y patrocinio letrado del señor Sosa y la de los representantes del Consorcio actor, en el ...% de lo que, en definitiva, le corresponda percibir a cada una por su actuación en la instancia anterior. La Dra. Graciela A. González dijo: Adhiero a las conclusiones del voto precedente por análogos fundamentos. Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de honorarios de la representación letrada de la parte actora y los de los asistentes legales del señor Sosa, por su actuación ante esta sede, en el ...% de lo que, en definitiva, les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior; 4) Hágase saber a los interesados, lo dispuesto por el art. 1 de la ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N°. 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvase. Graciela A. González Juez de Cámara Miguel Ángel Maza Juez de Cámara

Correlaciones: LCT - Art. 212 Arrigo, Juan Agustín c/Holder Seguridad SA s/despido - Cám. Nac. Trab. - Sala II - 21/11/2016 024156E