

MINISTRO REDACTOR: DOCTOR JORGE O. CHEDIK GONZALEZ

Montevideo, veinticuatro de febrero de dos mil catorce

VISTOS:

Para sentencia estos autos caratulados: "JIMENEZ, LEONARDO C/ COMPAÑIA URUGUAYA DE TRANSPORTES COLECTIVOS S.A. - DEMANDA LABORAL - CASACION", IUE: 2-24196/2012, venidos a conocimiento de esta Corporación en mérito al recurso de casación interpuesto por la parte demandada y la adhesión al mismo planteado por el actor, contra la Sentencia SEF-0014-000251/2013, del 28 de agosto de 2013, dictada por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de Tercer Turno.

RESULTANDO:

1o.) Que por la referida decisión se dispuso: "Confírmase la recurrida salvo en cuanto no hizo lugar a la condena por despido especial en lo que se revoca y se hace lugar al rubro en cuestión por el monto de \$259.200 monto al que se adiciona el 10% en concepto de multa art. 29 Ley 18.572, y los reajustes e intereses legales hasta la fecha de la paga efectiva..." (fs. 528/535 vto.).

El fallo de segundo grado contó con discordia de los Sres. Ministros Dres. Contarín Villa y Nogueira Mello, en los términos que surgen de fs. 535 vto. a 536.

Por su parte, el Juzgado Letrado de Primera Instancia de Trabajo de 11er. Turno, mediante Sentencia No. 6, del 22 de febrero de 2013, falló: "Desestimando la demanda en todos sus términos..." (fs. 480/484).

2o.) La representante de Compañía Uruguaya de Transportes Colectivos S.A., interpuso recurso de casación. Luego de justificar la procedencia formal del medio impugnativo ensayado, básicamente, sostuvo:

- La decisión recurrida vulnera: (a) las normas aplicables sobre el régimen de extinción de los contratos de trabajo y procedencia de la indemnización por despido, común y especial, efectos y alcances de la declaración de incapacidad del trabajador para el desempeño de su tarea habitual, conforme a las disposiciones del Decreto-Ley 14.407 y Ley No. 16.703 y sus modificativas, principios generales, doctrina y jurisprudencia más recibidas; y (b) las reglas legales relativas a la valoración de la prueba, artículos 139 a 141 del Código General del Proceso.

- La cuestión fundamental que se plantea en el caso, es la de determinar si ante una declaración del B.P.S. de que un trabajador se encuentra incapacitado para desempeñar su tarea habitual, el empleador tiene la obligación de conservar el puesto de trabajo por el tiempo que dure el subsidio transitorio que servirá el organismo provisional o si está facultado para dar por finalizada la relación de trabajo y, en este caso, si tiene que abonar o no una indemnización a raíz de ese cese.

- El error plasmado en la impugnada radica, especialmente, en no haber apreciado adecuadamente los efectos que provoca sobre el contrato de trabajo la incapacidad del trabajador.

Si el empleado fue declarado incapacitado para la tarea o profesión habitual con un porcentaje de Baremo de 59%, es claro que no está en condiciones de realizar la labor para la que había sido contratado, esto es, el trabajador no puede cumplir con la prestación a que está obligado en virtud del

contrato de trabajo. En esta situación el empleador no está obligado a mantener el vínculo y puede liberarse sin responsabilidad del mismo, siendo derivado el trabajador al amparo establecido por las normas sobre incapacidad laboral vigentes en el país.

En estas situaciones, la terminación de la relación laboral deriva de factores supervinientes y ajenos a la voluntad de las partes, más concretamente, inherentes al propio trabajador.

- Transcurridos los plazos máximos en los que el trabajador percibirá el subsidio por enfermedad - en el marco de lo previsto en los artículos 14 y 15 del Decreto-Ley No. 14.407- si continúa enfermo y no puede reintegrarse a su tarea, cesa su derecho a percibir el subsidio y el empleador puede darlo de baja sin que tenga que abonarle indemnización por despido (artículo 16 de la norma referida), pudiendo acogerse a las prestaciones de seguridad social conforme al régimen establecido en la Ley No. 16.713.

- La decisión del ad quem, contraria a este criterio, no resultó debidamente fundada y tiene como base una incorrecta valoración de la prueba aportada al proceso, básicamente, en virtud de una ponderación parcial de la prueba documental, en tanto no se tuvo en cuenta, por un lado, que el propio trabajador en noviembre de 2008 se había presentado al organismo de seguridad social a solicitar su jubilación por incapacidad física (fs. 408) y, por otro, que del mismo expediente administrativo surge la exhortación del B.P.S. a la empresa, a raíz de la conducta del propio trabajador, para que se pronuncie respecto de la situación del actor, esto es, si lo iba a dar de baja total o si lo mantendría en sus filas.

En definitiva, siendo un requisito indispensable para la continuación del trámite ante el B.P.S. que se presentara la constancia de cese o, en su caso, del mantenimiento del vínculo laboral "La empresa no hizo más que cumplir con el requerimiento del organismo de seguridad social, en los términos solicitados por éste -optando por dar la baja- por lo que no puede imputársele apresuramiento o falta de fundamento" (fs. 545 vto.).

- En criterio de la Sala, parecería que la única hipótesis para que el empleador no tenga que pagar indemnización por despido sería -al finalizar el período de tres años- si la condición del trabajador no cambiara, empeorara y pasare a retiro jubilatorio definitivo, equivalente, por lo tanto, a un caso de incapacidad permanente total, desconociendo la denominada "incapacidad permanente parcial", que es la que sufre un trabajador que no está imposibilitado para realizar todo trabajo pero que está impedido de forma absoluta y permanente para el empleo habitual, conforme lo preceptúa el artículo 22 de la Ley No. 16.713.

- El Tribunal se equivocó al confundir el carácter transitorio del beneficio de seguridad social que se concede al trabajador con una incapacidad parcial, con la propia incapacidad, considerando que la transitoriedad es de ésta y no del subsidio

En definitiva, solicita se case la recurrida "... resolviendo sobre el fondo, desestimando la demanda de autos en todos sus términos" (fs. 647 vto.).

3o.) El actor evacuó el traslado del recurso de casación y adhirió al mismo en los términos que emergen de fs. 553 a 564. En este orden, resumidamente, expresó:

- En autos se reclamaron los daños y perjuicios derivados de la enfermedad adquirida por el accionante en su actividad laboral.

- Surge de la prueba producida que el promotor es portador de lumbago crónico por discopatía degenerativa crónica y que dicha patología se vincula a su labor para la accionada.

- La Sala infringió las reglas de valoración de la prueba por no considerar toda la incorporada - cada una y en su conjunto- lo que determinó el derecho aplicado en autos y la solución desestimatoria del reclamo.

- "Respecto al nexo causal entre la patología y la actividad laboral del actor, no se probó que la misma surgiera por sobrecarga o sobrepeso o incluso llegar a ser congénita" (fs. 561).

- No habiéndose acreditado que la patología pudiera tener otra causa, y siendo compatible con las enfermedades derivadas de actividades como el transporte, quedó probada la conexión o nexo causal entre la actividad laboral y la patología, por lo que los daños reclamados resultan de recibo, agravando a esta parte que la sentencia de segunda instancia concluyera en mantener la decisión de primera instancia, que fallara en franca oposición a las resultancias de la probanza diligenciada.

Culmina su presentación solicitando se case la sentencia recurrida y se haga lugar al reclamo de daños y perjuicios contenido en la demanda, manteniendo dicho pronunciamiento en lo demás.

4o.) Por Interlocutoria de fecha 23 de octubre de 2013, el Tribunal dispuso la elevación de los autos para ante la Suprema Corte de Justicia, donde fueron recibidos el día 28 de octubre de 2013 (cfme. constancia de fs. 579).

5o.) Por Auto No. 2024, del 30 de octubre de 2013, se resolvió: "Pasen a estudio y autos para sentencia" (fs. 580).

CONSIDERANDO:

I.- La Suprema Corte de Justicia, por mayoría, amparará el recurso de casación movilizado y por unanimidad desestimaré la adhesión al mismo, anulado la sentencia recurrida y confirmando el pronunciamiento de primera instancia, en virtud de los fundamentos que expresaré a continuación.

II.- En primer lugar, se analizará el recurso de casación movilizado por el accionado.

II.a.- La recurrente adujo en casación infracción de las normas relativas al "... régimen de extinción de los contratos de trabajo y procedencia de la indemnización por despido, común y especial, alcances y efectos de la declaración de incapacidad del trabajador para el desempeño de su tarea habitual, conforme a las disposiciones del decreto Ley 14.497 y Ley 16.713 y sus modificativas, principios generales, doctrina y jurisprudencia más recibidas" (fs. 540). También alegó infracción de las normas relativas a la valoración de la prueba, que identificó contenidas en los artículos 139 a 140 del C.G.P.

A juicio de los Sres. Ministros Dres. Larrieux, Ruibal Pino, Chalar y el redactor, es de recibo el agravio derivado de la errónea condena al pago de indemnización por despido especial (doble, por despido de trabajador amparado al seguro por enfermedad, cfme. artículo 23 del Decreto-Ley No. 14.407).

II.b.- Hechos relevantes del caso de autos.

Como se acreditó en este expediente, el actor, Sr. Leonardo Jiménez fue empleado de C.U.T.C.S.A. entre el 7 de abril de 1988 y el 15 de junio de 2011.

El día 15 de junio de 2011, el Sr. Jiménez gestionó la obtención del "Subsidio transitorio por incapacidad parcial" (fs. 440, 441).

Esta prestación, regulada por la Ley No. 16.713 en su artículo 22, se acuerda en casos de incapacidad absoluta y permanente para el empleo o profesión habitual del trabajador. Los servicios técnicos del B.P.S. establecieron que el actor tenía una incapacidad con un porcentaje de Baremo de 59%. Viene al caso señalar que conforme al artículo 3o. del Decreto No. 381/1998: "El subsidio transitorio por incapacidad parcial se configurará con un 50% o más de invalidez, valorándose aquellas incapacidades que incidan en el desempeño del empleo o profesión habitual correspondiente. El Banco de Previsión Social podrá, en forma excepcional y por resolución fundada, conceder el referido subsidio a aquellos afiliados que no alcancen el porcentaje requerido, siempre que la incapacidad constatada incida en forma determinante y decisiva en la imposibilidad de desempeñar el empleo o profesión habitual".

El B.P.S. le otorga al Sr. Jiménez una nota con la comunicación de estilo para que se presente ante el empleador (fs. 10 y 65). Dicha nota reza:

"El Banco de Previsión Social cumple en comunicar a la empresa CUTCSA que:..LEONARDO ROQUE JIMENEZ CI...ha sido declarado imposibilitado desde 06/10/2010.

Por lo tanto el mismo percibirá durante TRES AÑOS EL BENEFICIO DE SUBSIDIO POR INCAPACIDAD TRANSITORIA.

Solicitamos a efectos de proseguir con el trámite; que se declare al trabajador en la oficina de GAFI:

De querer mantener el Vínculo Funcional con el empleado en subsidio: con código de BAJA 22 (Persona en subsidio por incapacidad transitoria) con fecha...y con un ALTA con fecha... (vínculo funcional de código 56 para que el trabajador MANTENGA el vínculo como personal en SUBSIDIO TRANSITORIO) acumulación laboral código 2 y seguro de salud código 6 (seguro de salud a cargo del BPS).

En planillas de...ATYR las declaraciones sobre este trabajador deberán ser declarados con VF 56...y con monto \$ 0 (cero).

De no querer mantener el vínculo funcional con el empleado dar BAJA TOTAL..." (fs. 10 y 65, los destapes lucen en el original).

II.c.- Tal como lo ha señalado la doctrina especializada, ante la imposibilidad del trabajador de prestar su fuerza de trabajo conforme lo convenido, se extingue la relación laboral sin responsabilidad para el empleador, toda vez que no exista una norma que imponga lo contrario.

Así Plá Rodríguez señalaba: "El caso de incapacidad del trabajador suele ser equiparado, generalmente, a la muerte, sosteniéndose que determina 'ipso jure' la extinción del contrato" (Américo Plá Rodríguez, "Curso de Derecho Laboral - Contratos de Trabajo", Tomo II, Volumen I, Ediciones Idea, pág. 233). Otro Maestro del Derecho del Trabajo, Héctor Hugo Barbagelata, señala en sentido coincidente al analizar las causas de terminación del vínculo laboral: "En lo que refiere a la incapacitación del trabajador que, en un primer momento simplemente interrumpe la relación de trabajo, cuando se consolida, como en las enfermedades incurables...imposibilidad por tiempo indefinido para el desempeño de las funciones por causas físicas...también extingue el contrato" (Héctor Hugo Barbagelata, "Derecho del Trabajo", Tomo I, Volumen 2, Fundación de Cultura Universitaria, Segunda Edición, 1999, pág. 218).

II.d.- En el caso, debe determinarse cuál es el efecto que, sobre la relación de trabajo subordinado que vinculó a las partes, tiene la declaración de incapacidad para la prestación de tareas de la que fue objeto el actor (cfme. fs. 8, 9, 430).

Analizando el subsidio por enfermedad común expresa el Dr. Larrañaga Zeni: "Existe la posibilidad de que al término de los plazos referidos, el trabajador continúe enfermo y no pueda reintegrarse a su trabajo. La Ley dispone que cesa su derecho a percibir el subsidio y puede ser dado de baja por su empleador, sin derecho a indemnización por despido. El ex trabajador a partir de esta incapacidad laboral tendrá derecho a otra prestación del Banco de Previsión Social, conforme a las disposiciones de la Ley 16.713.

Sin perjuicio del plazo máximo de servicio, la Ley prevé que el beneficiario puede en cualquier momento ser declarado física o intelectualmente imposibilitado para el desempeño del empleo, por el servicio médico del Banco de Previsión Social. Una vez que éste servicio se expida, y la resolución quede firme, la empresa puede dar de baja a su trabajador, sin que éste tenga derecho a indemnización por despido. El contrato de trabajo se extingue por imposibilidad de cumplimiento por parte del trabajador, lo que determina la exención del empleador de pagar la indemnización" ("Manual de beneficios laborales y de la seguridad social", págs. 224 a 225).

II.e.- En ese marco, no puede soslayarse que fue el propio trabajador quien puso en movimiento el proceso que terminara con su desvinculación de la empresa, tornando así aplicable la teoría del acto propio. Y resultando por ende su demanda, pretendiendo indemnización por despido, contraria al principio de buena fe.

Por lo tanto, "... como lo señaló Gelsi la doctrina del acto propio (venire contra factum proprium) se sustenta en la incoherencia o incongruencia de la conducta de un sujeto respecto de anteriores comportamientos, verificándose incompatibilidad por contradicción entre las mismas (Rev. Jur. Estudiantil No. 5, págs. 22 y sgts.).

El autor de la cita transcribe a Morillo, postulando la aplicación del principio en supuestos en que un sujeto de derecho intenta verse favorecido en un proceso judicial, asumiendo una conducta que contradice otra que le precede en el tiempo, por cuanto la conducta incoherente contraria al ordenamiento jurídico, debiendo descalificarse la contradicción con la conducta propia y previa. La Teoría del acto propio aplica el valor justicia, por cuanto realizada determinada conducta que lleva al convencimiento de los demás de que será permanente, no corresponde, de manera abrupta, introducir un cambio en aquélla en perjuicio del sujeto que, sobre tales bases, se relacionaba con el sujeto activo.

Gelsi Bidart convoca adicionalmente, como sustractum de la recepción de la teoría del acto propio el principio de la razonabilidad de las normas y el principio de la buena fe (op. cit. págs. 14-16), concluyendo que la teoría postula una conducta congruente o coherente de cada sujeto frente a quienes se relacionan con él, en consecuencia, el rechazo de actitudes contradictorias con los precedentes previos, en la medida en que éstos sean síntomas eficaces de un modo determinado de comportamiento" (Sentencia Suprema Corte de Justicia No. 2439/2010).

Coincidiendo con lo manifestado por los Sres. Ministros discordes, Dres. Contarín Villa y Nogueira Mello: "...se trata de una situación especial en tanto había mediado por parte del BPS la declaración de incapacidad para el desempeño de

las tareas y se trató del propio trabajador quien se presentó a la empresa portando la comunicación del Banco, en la cual se establece la opción otorgada a la empresa de dar de baja definitiva al trabajador, sin tener que hacer frente al pago de indemnización por despido, en tanto la finalización de la relación laboral está dada por la imposibilidad del trabajador de seguir desempeñando sus tareas, por lo que ninguna responsabilidad puede atribuírsele al empleador" (fs. 535 vto./536).

En conclusión, como sostuvo el decisor de primera instancia: "... cuando el trabajador acepta la jubilación de acuerdo a su incapacidad física, esta aceptando su egreso por enfermedad y en definitiva la opción por jubilarse" por lo que no puede luego reclamar indemnización por despido especial.

II.f.- Agrega el Sr. Ministro Dr. Chalar, que como apunta el especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social Nelson Larrañaga, "... la Ley 16.713 no estableció cuáles son los efectos laborales que provoca el amparo del trabajador que percibe el subsidio transitorio por incapacidad parcial" (cfme. "LA SEGURIDAD SOCIAL URUGUAYA", Amalio M. Fernández, 2012, pág. 255).

Esa ausencia de previsión normativa especial implica, la necesidad de acudir a las normas del Código Civil, cuerpo normativo que en su artículo 1.549 corrobora la solución propuesta por los destacados laboristas citados. El artículo 1.549 establece: "La obligación, sea de dar o de hacer o de no hacer, se extingue sin responsabilidad de daños y perjuicios, cuando la prestación que forma la materia de ella viene a ser física o legalmente imposible; salvo los casos ya designados en el artículo 1343 y lo que se dispone por los siguientes".

En función de lo expuesto es que asiste razón a la recurrente cuando señala que la Sala subsumió erróneamente los efectos de la incapacidad del trabajador en el contrato de trabajo, en tanto la declaración de incapacidad absoluta para prestar sus tareas por parte del Sr. Jiménez, implicaba el cese del vínculo laboral sin responsabilidad para la empleadora, sin perjuicio de las prestaciones de seguridad social a que hubiere lugar.

La "opción" que comunica el B.-P.S. a los empleadores reseñada supra, al transcribirla, carece de relevancia en la resolución de este caso. Es la Ley, y no lo que surja de una comunicación del B.P.S., la que determina el régimen de extinción del contrato de trabajo. Ello ha sido advertido lúcidamente por Nelson Larrañaga cuando señala: "En la práctica el BPS le da la opción a la empresa de mantenerlo activo o darle de baja, sin medir las consecuencias laborales que puede tener la baja del empleado" (loc. cit., nota 814).

III.- En relación a la adhesión al recurso de casación promovida por el actor.

III.a.- Habiendo sido cuestionada por la demandada (fs. 570 y vto.) la admisibilidad formal de la adhesión interpuesta por el accionante, corresponde pronunciarse al respecto.

La sentencia cuya anulación se peticiona fue dictada el 28 de agosto de 2013.

El recurso de casación deducido por la representante de Compañía Uruguaya de Transportes Colectivos S.A. fue interpuesto el 12 de setiembre de 2013 y la adhesión lo fue el día 27 del mismo mes y año.

Con fecha 14 de agosto de 2013 comenzaron a regir las modificaciones introducidas al Código General del Proceso por Ley No. 19.090, de 14 de junio de 2013.

Es decir que incluso a la fecha en que se dictó la sentencia de segunda instancia, la nueva normativa estaba vigente. Viene al caso recordar lo dispuesto por el artículo 3 de la Ley No. 19.090: "(Aplicación inmediata).- A partir de su entrada en vigencia, las modificaciones serán de aplicación inmediata, incluso, a los procesos en trámite.- No obstante, no regirán para los actos cuyos plazos hubieren comenzado a correr antes de su entrada en vigencia, que se regirán por las disposiciones anteriormente vigentes...".

En consecuencia al momento de presentarse la adhesión a la casación, ya se encontraba vigente la nueva redacción del artículo 274 del Código General del Proceso, el cual dispone: "...Al evacuar el traslado, podrá la contraparte, o cualquier litigante con interés distinto al del recurrente, adherir al recurso, fundando sus agravios, los que se sustanciarán con un traslado a la otra parte y a cualquier litigante con interés por el plazo de quince días...".

En definitiva, la adhesión al recurso de casación promovida en autos es admisible.

III.b.- En cuanto al fondo, la unanimidad de los integrantes de la Corporación entienden que corresponde desestimar la adhesión al recurso de casación.

Ello por cuanto los agravios expresados en vía adhesiva refieren a un aspecto de la reclamación que fue resuelto en ambas instancia de mérito en forma coincidente y sin discordia.

En efecto, el promotor expresó agravios que dicen relación con el reclamo de los daños y perjuicios derivados de la enfermedad adquirida en su actividad laboral. Dicha pretensión fue desestimada en ambas instancias y las discordias que se suscitaron en el órgano de segundo grado nada dicen en relación a dicho tópico.

Siendo así, resulta trasladable al subexamine lo expresado por la Corte en Sentencia No. 304/2013 (entre muchas otras): "Como ha sostenido reiteradamente la Corporación y `...como se sostuviera en Sentencia No. 24/03 la `ratio legis' del art. 268 del C.G.P. -con la redacción dada por el art. 37 de la Ley No. 17.243- radica en impedir que se revisen en el grado casatorio aspectos de la pretensión sobre los cuales recayeron pronunciamientos jurisdiccionales coincidentes en dos instancias, en razón de lo cual entiende la Corporación que aquellas cuestiones involucradas en el objeto de la litis y a cuyo respecto la decisión de primer grado fue confirmada en segunda instancia, se encuentran exiliadas del control casatorio...' (Cfme. Sentencia No. 895/2012)".

IV.- Las costas y costos se deberán abonar en el orden causado.

Por los fundamentos expresados en la presente, y lo dispuesto en los artículos 268 y siguientes del Código General del Proceso, la Suprema Corte de Justicia,

FALLA:

ANULASE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y, EN SU MERITO, CONFIRMASE EL PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA.

DESESTIMASE LA ADHESION AL RECURSO DE CASACION PROMOVIDO POR LA PARTE ACTORA.

SIN ESPECIAL CONDENACION PROCE-SAL.

NOTIFIQUESE A DOMICILIO, PU-BLIQUESE Y, OPORTUNAMENTE, REMITASE.

DR. RICARDO C. PEREZ MANRIQUE DISCORDE PARCIALMENTE POR CUANTO EN-
TIENDO CORRESPONDIENTE DESESTIMAR EL RECURSO

DE CASACION INTERPUESTO POR LA PARTE DEMAN-
DADA POR LOS SIGUIENTES FUNDAMENTOS.

En lo medular la recurrencia gira en torno a la infracción de las normas aplicables al régimen de extinción de los contratos de trabajo y procedencia de la indemnización por despedido, común y especial, alcances y efectos de la declaración de incapacidad del trabajador para el desempeño de su tarea habitual, conforme las disposiciones del Decreto-Ley No. 14.407 y Ley No. 16.713 y sus modificativas, así como las normas legales relativas a la valoración de la prueba (arts. 139 a 141 del C.G.P.).

Alega la recurrente que el error del Tribunal radica principalmente en no haber apreciado adecuadamente los efectos que provoca sobre el contrato de trabajo la incapacidad del trabajador. Y que el enfoque correcto del caso implica considerar que si el trabajador es declarado por el organismo competente, incapacitado para la tarea o profesión habitual con un porcentaje del Baremo del 59%, es claro que no está en condiciones de realizar la tarea para la que había sido contratado, por lo que en esta situación el empleador no tiene obligación de mantener dicho vínculo y puede liberarse sin responsabilidad del mismo, siendo derivado el trabajador al amparo establecido por las normas sobre incapacidad laboral vigentes en el país (fs. 541 vto./542).

Ahora bien, a efectos de analizar el caso, corresponde consignar que el Sr. Leonardo Jiménez el día 15 de junio de 2011 gestiona la obtención del subsidio transitorio por incapacidad parcial (fs. 440/441). El Dictamen de la Comisión Técnica del área de la Salud del B.P.S. estableció que el actor configura una incapacidad para la tarea o profesión habitual a partir del 6/10/2010 con un porcentaje de Baremo del 59%, debiéndose someter a una nueva revisión a los tres años (fs. 426).

El subsidio que otorga el B.P.S. al trabajador por incapacidad parcial es transitorio y está establecido por el art. 22 de la Ley No. 16.713 y se "...configura en el caso de la incapacidad absoluta y permanente para el empleo o profesión habitual, sobrevenida en actividad o en períodos de inactividad compensada, cualquiera sea la causa que la haya originado...".

"Esta prestación se servirá, de acuerdo al grado de capacidad remanente y a la edad del afiliado, por un plazo máximo de tres años contados desde la fecha de la incapacidad o desde el vencimiento de la cobertura de las prestaciones por enfermedad y estará gravada de igual forma que los demás períodos de inactividad compensada. Si dentro del plazo antes indicado la incapacidad deviene absoluta y permanente para todo trabajador, se configurará jubilación por incapacidad total...".

Por consiguiente, el trabajador se encontraba afectado por una incapacidad común, declarada por el B.P.S. del 59% en régimen de licencia médica, que fuera certificado por última vez entre el 6/06/2011 hasta el 6/07/2011, y egresó el día 15/6/2011 por renuncia, en virtud de haber optado la empresa demandada por una de las posibilidades que le otorgaba la referida Institución esto es: "De no querer mantener el vínculo funcional con el empleado dar de baja total" (fs. 65).

En este contexto, comparto íntegramente los fundamentos expuestos por la recurrida, en el sentido que dicha posibilidad que le es otorgada por el B.P.S. de cesar el vínculo laboral del trabajador, previo al inicio del prejubilatorio, no determina que la empresa se libere de pagar el despido correspondiente.

Es el art. 16 de Ley No. 14.407 el que establece el cese del vínculo laboral del trabajador, sin estar obligada la empresa a abonar la indemnización por despido.

En efecto, la referida norma establece que: "Si al término de los plazos referenciados en los dos artículos anteriores la enfermedad que padece el asegurado no le permite volver a ejercer sus actividades laborales, cesarán sus derechos a los beneficios del organismo, pudiendo ser dado de baja por la empresa, sin indemnización, sin perjuicio de la cobertura que le corresponda por su invalidez o desocupación forzosa...".

Siguiendo el razonamiento de la Sala la solución adoptada por la empresa demandada referente a la desvinculación del actor haciéndole firmar una renuncia claramente no obedece a la voluntad del trabajador, ello por cuanto según lo manifestado por la Jefa de RRHH Sra. Sosa (fs. 349 vto.), la renuncia era la forma en que la empresa instrumentaba la desvinculación del trabajador en situaciones como la de autos y que dicha calificación de "renuncia jubilatoria por incapacidad física" no tiene fundamento legal alguno, en la medida que todavía no había dado comienzo al amparo del prejubilatorio, pudiéndose revertir la dolencia del trabajador durante el período de amparo temporal de tres años o ser reincorporado en la empresa en una función acorde a su capacidad disminuida.

Por lo expuesto, no le asiste razón a la recurrente cuando alega que el error del Tribunal radica especialmente en no haber apreciado adecuadamente los efectos que provoca sobre el contrato de trabajo la incapacidad del trabajador.

A su vez, cabe señalar que en caso de ausencia de previsión legal especial, a mi criterio no corresponde acudir a las normas del Código Civil, a efectos de adoptar una solución, debiéndose aplicar al caso el principio protector del trabajador, puesto que con la solución exoneratoria de responsabilidad, se está desprotegiendo claramente al trabajador al dejar librado al empleador la posibilidad de poner fin al vínculo sin derecho a la correspondiente indemnización antes del vencimiento del plazo legal de espera de tres años.

En definitiva, habiendo optado la demandada por finalizar el contrato de trabajo encontrándose el actor amparado al seguro de salud, conforme el principio protector que rige los derechos que se reclaman, la solución adoptada por la Sala de condenar al pago de la indemnización por despido especial conforme lo dispuesto por el art. 23 de la Ley No. 14.407, es ajustada a derecho, en tanto dicha normativa establece que: "Las empresas no podrán despedir ni suspender al trabajador que esté ausente por razones de enfermedad si ha cumplido los requisitos que establece esta Ley y su reglamentación quedando obligadas a reincorporarlo a sus tareas habituales toda vez que haya sido dado de alta por ASSE. El trabajador dado de alta no podrá ser despedido antes de que transcurran treinta días de su reincorporación a la empresa.

La violación de esta obligación traerá aparejado que el pago de la indemnización por despido sea el doble de la normal, salvo que el empleador demuestre la notoria mala conducta del trabajador o que el despido no esté directa o indirectamente vinculado con la enfermedad o accidente de trabajo...".