En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de mayo del año dos mil nueve, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B. D. e HIJOS SRL c/ C., D. s/ EXCLUSIÓN DE TUTELA SINDICAL", expte. nro. 59/09,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 4071/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 268 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 198), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 173/180? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora contra la sentencia definitiva nro. 108/2008 del Juzgado Laboral de la jurisdicción que no hizo lugar al pedido de exclusión de la tutela sindical instaurado por B. D. e hijos SRL contra el Sr. D. C., e impuso las costas del proceso a la vencida (fs. 173/180, fs. 182).

En su memorial de agravios la sociedad comercial recurrente se queja porque la Aquo no ha

tenido en cuenta que se trata de un juicio de carácter preventivo, que muchos autores consideran de carácter o naturaleza cautelar. Cita antecedentes de esta Alzada en tal sentido. Sostiene, también, que el hecho desencadenante que origina la ruptura del vínculo laboral será motivo de un proceso posterior. Recuerda que hubo 11 días en que no concurrió a trabajar, ni justificó las inasistencias. Hubo una errada valoración de la prueba documental, habida cuenta que el certificado médico comprende un período reconocido por esa parte, pero no los 11 días que no concurrió a cumplir su débito laboral. También en las confusas declaraciones de fs. 145 se asentó la sentencia. Que el demandado envía una carta documento con su domicilio, el mismo que tiene acreditado en la empresa; hubo en tal sentido una inconducta procesal.

Es retrucado a fs. 192/193vta..

Análisis de las cuestiones.

En lo que respecta al caso en análisis, la juez de grado consideró como documentación acreditada en autos la aportada por ambas coincidentemente, ya que el actor incurrió en una falta de demostración de la comunicación (notificación y recepción) de las distintas sanciones y/o intimaciones efectuadas al trabajador al desistir de la prueba informativa (fs. 160).

Constituyendo ellas el TC de fs. 18 remitido por el operario a su empleador, en contestación de la CD X de fecha 14/9/2006 que adjuntara la actora a fs. 17, por la cual el operario niega el abandono imputado y la última del 20/12/2006 que intima a que lo reintegre a su trabajo.

Sabido es que no admite discusión el

principio que considera que en la selección, apreciación y valoración del material fáctico y probatorio, los jueces ordinarios son soberanos, salvo supuestos de excepción. La faena judicial, rectamente entendida, estriba en que en el marco de la ley y sobre la base de los hechos del caso (ponderados con criterio no meramente analítico sino integrador) se arribe como logro a un buen resultado jurídico (citar: elDial - SF1A1C).

Considero que no se ha arribado a un buen resultado en este análisis de la prueba rendida en autos al interpretar el derecho aplicable al caso en orden a la naturaleza y alcance de la acción que la ley 23.551 autoriza para pedir la exclusión de la garantía sindical y juzgar -a la luz de las pruebas producidas- que la actora no había acreditado la existencia de justa causa para el despido pretendido.

Ello por cuanto no existen razones que me induzcan a apartarme del criterio de este Tribunal, citado por la actora apelante en cuanto a considerar que se trata de una cautelar previa, que el empleador debe acreditar la verosimilitud del derecho.

El requisito mínimo para la procedencia de la acción de exclusión de tutela sindical es la acreditación de la verosimilitud del derecho invocado, y si bien no es exigible prueba terminante y plena de dicho derecho, sí en cambio debe comprobarse su apariencia o verosimilitud, que permita prever que en el proceso en el que se discutirá la cuestión de fondo se declarará la certeza del mismo ("Tiro Federal Resistencia S.R.L. c/ Miguel Rubén Guevara s/ Exclusión de Garantía Sindical" - SALA N° 1 Cámara de Apelaciones del Trabajo - RS - l000 323 RSD-20-96 - Resolución

Definitiva - 18-4-1996, citar: elDial - AR32).

De lo dicho se desprende que el empleador que pretenda ejercer la facultad disciplinaria respecto del trabajador amparado por la garantía contemplada en la ley 25.561 debe interponer la demanda en la que concretamente y con la precisión exigible en todo escrito constitutivo del proceso, describa los hechos y exprese cuál es su propuesta. Se trata de un acto complejo que se configura con una confluencia de voluntades, la del empleador que tiene la iniciativa y la del órgano judicial que la admite y legitima (ver DJ1994-1-16, con cita de "El despido nulo", Amanda Pastor Madrid, 1968, pág. 17, Ed. Legis).

En su escrito de inicio, indica la sanción pretendida para ser aplicada al trabajador, en los antecedentes mencionados que como fuera indicado ut supra por desidia del propio accionante, sólo demostró las comunicaciones entre partes a las que se hicieron referencia. Admito que el trabajador tuvo conocimiento de la imputación que da respuesta por CD del 18 de septiembre de 2006 negando el abandono imputado, como así también la exigencia al reintegro. Por lo cual encuentro suficientemente demostrado en esta etapa de aproximación a la razón, lo que constituye la verosimilitud en el derecho, que existen en el cumplimiento del débito laboral, situaciones que inducen a calificar de incumplimiento. Reitero para esta etapa en que se entiende a la verosimilitud en el derecho como la posibilidad que éste exista y no como una incontestable realidad, que solo se logrará al agotarse el pleito (CSJ fallos 306:2060, ver Fassi – Yañez "Cód.Proc. ...", t.2, pág. 42).

Frente a la escueta prueba de la parte

actora, el demandado no alcanza a desacreditar la testimonial de fs. 147 (la única producida en autos), solo da cuenta del conocimiento de la empleadora de la dolencia del trabajador, no precisa días, ni períodos en particular, no arrojando elementos de valoración que permitan rebatir en modo alguno esa factibilidad que exista razón en el empleador, como indiqué en el párrafo precedente, acogiendo favorablemente la propuesta de marras, que solo cobrará efectividad concluido el proceso de conocimiento. Por lo cual considero que debe revocarse el fallo de grado.

Las costas de ambas instancias conforme fuera resuelta la cuestión y por imposición del art. 279 del ritual, las impongo en el orden causado, por cuanto se trató de un pleito de índole laboral, el carácter similar a una cautelar interpretado de la presente acción, y que el organismo judicial es exhortado como requisito previo legal, estimo procedente la excepción contenida en el art. 68 de la ley ritual.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Por ello propongo:

1.- Receptar los agravios de la parte actora. Modificar la sentencia venida en crisis, haciendo lugar a la exclusión de la tutela sindical del Sr. D. C.

2.- Costas en el orden causado en ambas instancias, según considerando respectivo.

3.- Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero

dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A.) Después de un exhaustivo análisis de los términos en que fue planteada la apelación por parte de la apelante actora (fs. 186/188) y considerando que es pacífica la doctrina y jurisprudencia versada en la materia que: "La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido, sino que constituye una verdadera carga procesal, y para que cumpla su finalidad debe constituir una exposición jurídica que contenga una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. Lo concreto se refiere a lo preciso, indicado, determinado -debe decirse cuál es el agravio-. Lo razonado indica los fundamentos, las bases, las sustentaciones -debe exponerse por qué se configura el agravio-. Deben precisarse así, punto por punto, los pretendidos errores, omisiones y demás deficiencias que se le atribuyen al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones. Es decir, que deben refutarse las conclusiones de hecho y de derecho que vertebren la decisión de la a-quo, a través de la exposición de las circunstancias jurídicas por las cuales se tacha de erróneo el pronunciamiento, no

reuniendo las objeciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (conf. Morello-Sosa-Berizonce, en "Códigos Procesales de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", T.III, pág. 351; Cám.Nac.Civ., Sala A, 14-2-80, L.L. 1980, v.D., p.180; ídem. Sala B, 13-6-78, Der. v.80, p.378, entre otros); que como resultado de la merituación efectuada sobre el contenido de los agravios expresados por la recurrente se advierte que los mismos se limitan a consideraciones genéricas, impugnaciones subjetivas y simples afirmaciones dogmáticas sin el necesario desarrollo argumental que demostrara la pertinencia de lo aseverado, no ingresando a un análisis integral de los presupuestos jurídicos y de hecho; que, conforme emerge de los fundamentos de hecho y de derecho efectuado por la a-quo en el considerando Iero (fs. 175vta/179vta.), ésta ha analizado en forma integral los dichos de las declaraciones testimoniales y documentales obrantes en autos, siendo insuficientes los argumentos expuestos por el agraviado a fs. 186vta., ya que la jurisprudencia que cita de esta Sala "B" de la Cámara de Apelaciones, sent. def. nro. 20, del 10/04/02, no trata la misma situación.

Asimismo, observo que ni siquiera ha fundado en referencias parciales, ni mucho menos ha efectuado la individualización concreta necesaria para enervar la decisión de la a-quo que critica.

Por último, he de precisar que es criterio de la suscripta a partir de los autos caratulados: "R., M. A. c/ M., E. s/ Sumario (Daños y Perjuicios)", expte. Nro. 10.805/98, sent. def. nro. 52 del 14/12/99, que la elección de la prueba es facultad

privativa del juzgador, quien puede seleccionar aquellas que estime relevantes y decidirse por una, descartando otras que considere inconducentes o inoperantes por ser suficiente a tal efecto que haga referencia a las que han servido más decididamente a la conclusión, lo cual no supone ni permite afirmar que no hayan sido computadas; no violando las leyes que rigen la valoración probatoria la preferencia del juez por unas pruebas respecto de las otras, con lo cual el fallo puede apoyarse en determinados testimonios, o sea pruebas corroborantes de las que estos resulten y presunciones con prescindencia de otras pruebas (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1977, v.I, p.344).

Son todas éstas las razones por las cuales corresponde aplicar el art. 266 del CPCCCh y declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la apelante actora (fs. 186/188) y confirmar la sentencia de fs. 173/180 en este sentido.

I.B) En virtud de lo decidido en el presente voto, las costas de esta instancia son impuestas a la actora apelante vencida (art. 68 del CPCCCh). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 6, 7, 14, 47 ccdtes. del Dto. Ley Pcial. nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial. nro. 4335.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidencia, la siguiente:

1) Declarar desierto el recurso de

apelación interpuesto por la apelante actora a fs. 186/188 (art. 266 del CPCCCh) y confirmar la sentencia de fs. 173/180 en este sentido.

2) Costas a la apelante actora vencida (art. 68 del CPCCCh). Se difiere la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo (arts. 6, 7, 14, 47 y ccdtes. del Dto. Ley Pcial. nro. 2200 y su modificatoria Ley Pcial. nro. 4335).

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a la alzada en apelación (fs. 182) de la sentencia de fs. 173/180 que rechaza el pedido de exclusión de tutela sindical solicitada por B. D. e hijos SRL contra D. C., impone las costas al accionante y regula los honorarios.

A fs. 186/188 se agrega la expresión de agravios.

Entiende que la sentenciante no ha tenido en cuenta que no se trata de un juicio de despido sino de exclusión de tutela, de carácter preventivo y que ha seguido en la presentación la línea argumental de esta instancia en autos "T- C. SA c/ R. A. s/ Exclusión de Tutela", expte. 633/01, determinando cuál es la medida que intenta tomar sin valorar si el hecho era injuriante, por tratarse de un proceso sumarísimo (art. 52, ley 23551) y que el proceso lleva dos años.

Señala que el hecho desencadenante que originaría la ruptura del vínculo laboral será motivo de un proceso posterior con pruebas más amplias, reiterando que fueron 11 días que el Sr. C. no se presentó a trabajar, ni tampoco justificó su

inasistencia.

Agrega que de no resultar acreditado en el juicio sumario los hechos agraviantes deberá responder por la sanción aplicada.

Indica que se cumplió con el requisito esencial para la procedencia de la acción acreditando la verosimilitud del derecho.

Aduce que las faltas sin justificar están reconocidas en autos. Se refiere a la testimonial y manifiesta que el certificado médico es de fecha 27 de septiembre otorgando reposo por 30 días, hasta el 27 de octubre, lo que es posterior a las faltas, de allí que no justificó el demandado los 11 días de inasistencias anteriores.

Se agravia porque se valora de manera confusa la prueba documental, testimonial y de informes.

Hace reserva del caso federal.

A fs. 192/193 consta la contestación de los agravios.

Es cierto, la reiterada posición asumida con relación a la valoración de la prueba en los juicios laborales con apoyo en la jurisprudencia que transcribo: "La apreciación de la prueba en los juicios de trabajo queda librada a criterio del soberano juzgador, salvo el caso de ser manifiestamente absurda, entendiéndose por tal la que escapa a las leyes lógicas formales, transgrediéndolas, o lo que es impensable o inconcebible y no puede ser de ninguna manera por haber quedado al margen de las reglas del raciocinio" ("Ley de Contrato de Trabajo y sus reformas", Sardegna, pág. 222), pero no es menos cierto que en autos la única manera de avanzar con los agravios es merituar los

elementos incorporados, por entender que las escasas pruebas aportadas, desacreditan lo sostenido por la sentenciante.

Sabido es que la acción de exclusión de la garantía impuesta por la ley 23.551 es imperativa, al disponer que ante la convicción de que el representante hubiera incurrido en un incumplimiento que amerite suspenderlo o despedirlo con justa causa, el empleador tiene vedado proceder directamente conforme permiten los artículos 242 y 243 LCT, sino que debe obtener previamente autorización judicial expresada en una sentencia de exclusión de tutela sindical, ya que si el empleador procediera de modo ordinario su decisión estaría viciada de nulidad.

Y es ésta la situación de autos, donde el actor, B. D. e hijos SRL, pretende obtener la exclusión de la tutela sindical de la que goza C., para iniciar juicio de despido por las razones que invocó en la demanda y ya no de naturaleza abreviada como el presente.

En principio, como lo señala el quejoso, ya hemos sentado criterio en los autos que menciona respecto de cuál es el objeto de la exclusión de la tutela sindical y qué se requiere para que ella prospere, así como la naturaleza jurídica del instituto, entendiendo que se trata de una medida cautelar.

Según los autores y juristas a los que sigo, (Néstor Corte en "Modelo Sindical Argentino", pág. 481, el Dr. Capón Filas en la causa "Quela SA c/ Chavez", DT1989-A-73 en disidencia, Cañal, Diana, "Avances jurisprudenciales y doctrinarios en torno a la exclusión de la tutela", DT 1990-B-2067) y la Suprema

Corte de Buenos Aires, la acción no tiene otro objeto práctico que remover el impedimento legal de obrar que pesa sobre el empleador cuando de un representante gremial se trata. Se dice, metafóricamente, que la acción persigue "privar al sujeto tutelado de la cúpula que lo resguarda" en relación con los hechos denunciados y probados al demandar. Que al juez debe bastarle, para el despacho afirmativo, que los hechos estén comprobados en grado de verosimilitud suficiente y que no guarden relación alguna con la investidura sindical del demandado.

No se exige, en esta postura, que el juez se adentre en el mérito sustantivo del asunto, por ejemplo, si hay una adecuada proporcionalidad entre los incumplimientos y la medida proyectada.

Y dije en tal oportunidad que no desconocía la existencia de posiciones contrarias a las que asumía, las que fueron citadas y a las que agrego, las del Dr. Morando, acompañado por Fernández Madrid, en la causa "Machado y Ojeda", en "Acciones derivadas de la Tutela Sindical", "Revista de Derecho Procesal" "Tutelas procesales diferenciadas"-I, 2008/2.

Señalado ello, y adentrándome en la apelación, observo que asiste razón al quejoso toda vez que de la escasa prueba acumulada se desprende que el Sr. C. justificó las inasistencias desde el 27 de septiembre de 2006, mediante certificado médico por 30 días, y que el reclamo efectuado (fs. 17) se refiere a los días 12, 13 y 14 de 2006 y fue recepcionada y contestada a fs. 18, toda vez que el resto no fue probado en autos.

La testimonial de G. que la Sra. Juez otorga relevancia, ninguna incidencia puede tener en la

decisión que adoptó, pues no precisa en qué fecha la camioneta no pasaba a buscar al empleado por estar enfermo, en consecuencia, no se puede determinar si fue durante el período que justificara u otro.

Asimismo, la sentenciante reconoce que "el operario incurriera en ausencias a sus labores" y, de acuerdo a lo que vengo señalando, distintas resultan las ausencias a las que el empleador se refiere.

No dejo de observar que el Sr. C. manifestó a fs. 144, en respuesta a la 6ta. posición: Que el actor en varias oportunidades lo intimó para que se reintegre a su lugar de trabajo debido a las faltas injustificadas, respondió "me intimó pero más adelante, me mandó quince intimaciones para que vaya a mi lugar de trabajo, pero no en ese lapso.".

La Sra. Juez entiende que de las pruebas obrantes en la causa, no queda acreditado en la forma expuesta por la parte actora en su demanda, el acaecimiento del hecho desencadenante que la misma alega para proceder al despido del operario y no es ello lo que debió valorar, sino si había mérito para la exclusión pero no sobre la decisión que pretende adoptar, ya que para ello es preciso un contexto ordinario de amplitud de debate y prueba donde se demuestren que los hechos acontecieron y que permiten el despido ("Revista de Derecho Procesal", "Tutelas procesales diferenciadas"-I, 2008/2).

Reitero: se trata de una medida cautelar, la misma se basa en la verosimilitud del derecho que se invoca, lo que se encuentra acreditado en autos, no precisando prueba terminante y plena del derecho que se esgrime, pues, reitero, la misma se producirá en otro proceso donde no sólo tendrá

relevancia el hecho puntual, por lo que se pretende el despido, sino la incidencia que sobre esta medida tuviesen las otras actitudes que menciona el actor y que surgirán de la documentación y prueba que pudiera incorporarse, tomando el empleador a su cargo las consecuencias de su obrar, quedando expuesto a pagar las indemnizaciones ordinarias y las que resultan del sistema de garantías (art. 52, LAS).

Corresponde, por lo tanto, admitir los agravios y revocar la sentencia de fs. 173/180 y hacer lugar a la exclusión de tutela sindical, art. 52, ley 23551, solicitada por B. D. e Hijos SRL contra D. C..

Las costas y honorarios por mandato legal deben adecuarse.

Atento a la complejidad de las cuestiones planteadas, la naturaleza de la materia y la variada jurisprudencia interpretativa sobre la aplicación de los institutos comprendidos en juicio, corresponde que las costas de una y otra de las instancias se impongan por su orden (art. 59, Ley 69 y art. 68, 2da parte, del CPCCCh.

A fin de regular los honorarios, que los difiero para el acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los arts. 6, 7, 9, 14 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Revocar la sentencia de fs. 173/180 y hacer lugar a la demanda de exclusión de tutela sindical interpuesta por B. D. e Hijos SRL contra D. C.

2) Imponer las costas por su orden y

diferir la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia de la Dra. Melero, la siguiente

SENTENCIA:

1) Revocar la sentencia de fs. 173/180 y hacer lugar a la demanda de exclusión de tutela sindical interpuesta por B. D. e Hijos SRL contra D. C..

2) Imponer las costas de ambas instancias por su orden.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia del Dr. E. G. A. en la suma de PESOS DOS MIL ($2.000) y del Dr. A. D. F. en la suma de PESOS MIL SEISCIENTOS (1.600). Por los trabajos realizados en la alzada se regulan los honorarios profesionales del Dr. E. G. A. en la suma de PESOS SETECIENTOS ($700) y del Dr. A. D. F. en la suma de PESOS CUATROCIENTOS ($400).

4) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 193vta.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"