En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de agosto del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo E. Fiordelisi y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de Villafañe y Dr. Mario Luis Vivas, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"B. B. S.A. C/ C., W. D. V. S/ TUTELA SINDICAL**"(Expte. N º 126 Año 2012), venidos del Juzgado Laboral N º 1 (Expte. N º 121/11), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 293.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1. La Sra. Jueza de grado dictó sentencia a fs. 266/270, rechazando la demanda incoada por B. B. S.A. en contra de W. d. V. C., por exclusión de tutela sindical.

Tras realizar una serie de consideraciones jurídicas, concluye en primer lugar que la gran mayoría de la doctrina y la jurisprudencia sostienen que en casos como el de autos, sólo es posible un pleito único ya que, aunque reducido en sus plazos por tratarse de un juicio sumarísimo, el proceso de exclusión de tutela no deja de ser pleno y permite el derecho de defensa, debiendo el empleador solicitante de la remoción precisar y probar los hechos que motivan su decisión.

En esos términos, analizó el supuesto bajo análisis, indagando si en el caso, la empleadora logró acreditar que el demandado debía ser merecedor de dicha exclusión.

Para ello, consideró que debía determinarse cuál era la conducta agraviante del demandado que habilitara su despido, y que motivó el pedido de exclusión.

Entendió que, a poco de analizar la demanda y su prueba, la actora no denuncia claramente el hecho detonante que provoque la reacción de la empresa, sino que parecería que intenta justificarse en una sucesión de hechos desfavorables ya sancionados.

Concluyó que la totalidad de los hechos fueron sancionados, inclusive los dos últimos denunciados como acaecidos el 05.08.11 y 17.08.11, mediante apercibimiento, a través de los despachos de fs. 10/11 y 4, respectivamente.

Estimó que el hecho del 18.07.11 no fue sancionado, sea porque la actora no lo consideró de envergadura, sea porque se encontraba fuera de la órbita laboral.

Además, sostuvo la inexistencia de contemporaneidad entre el hecho indicado y la presente demanda, iniciada recién el 25.08.11, de lo que infiere que se interpuso la presente acción para poder despedirlo en la "próxima oportunidad", a modo de exclusión de tutela preventiva.

Apreció también que los hechos anteriores denunciados recibieron la correspondiente sanción, la más leve por cierto, y que de haber entendido que el demandado era merecedor de una mayor, debió promover oportunamente la correspondiente exclusión.

Sostuvo que la sanción aplicada debe ser proporcional a la falta cometida, y que la intensidad del elemento subjetivo interesa para valorar la gravedad de la falta y graduar la sanción, salvo que exista una que, por su importancia y gravedad, consienta la aplicación de la máxima sanción, por sí sola. Impuso costas a la actora y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

La parte actora fundó sus agravios a fs. 276/281, los que fueron contestados por el demandado a fs. 285/289.

2.1. Se agravia el apelante del decisorio recaído en autos, por considerar que el mismo resulta confuso. Refiere en tal sentido que comenzó reseñando las dos posturas que se plantean sobre el tema: el quid de si se trata el presente proceso de una propuesta de despido o de un proceso de desafuero.

Considera que es confuso, pues, dio una imprecisión inicial de recostarse sobre la primera posición doctrinal, para concluir que el empleador no está habilitado para aplicar la sanción hasta que la sentencia de exclusión quedase firme, tratando a renglón seguido, los efectos de esa exclusión.

Señala el agravio que el pronunciamiento de autos se manifestó por un cambio en su propia jurisprudencia, inclinándose en definitiva a sostener la inadmisibilidad de un juicio posterior.

Tras analizar la opinión de los autores que el decisorio cita, manifiesta que debe atenderse la expresa letra del Art. 52, ley 23.551, recordó que la jurisprudencia sentada por la Excma. Cámara de Trelew, tanto cuando contaba con una sola Sala, como cuando se sumó el funcionamiento de una segunda, fue conteste en señalar que si las causales invocadas ameritan el despido, éste debe analizarse en el marco de un proceso posterior, si se plantea esa segunda contienda judicial.

En tal sentido, el recurrente estima que esta Excma. Cámara mantendrá el criterio sostenido por su colega de la Circunscripción de Trelew, y que en definitiva es la que procede del cimero Tribunal bonaerense, de Tucumán y Jujuy, entre otros, los que se basaron en un análisis apriorístico para determinar la exclusión, la que habilitaría la vía posterior de un pleito que analizara, eventualmente, la justa causa del despido de que se trate.

Esta Excma. Cámara de Apelaciones ha tenido oportunidad de fijar posición doctrinaria frente a la disyuntiva que el apelante plantea.

En el caso “R.” (CAPM SDL 09/12, del 22.03.2012), con votos de los Sres. Jueces de Villafañe y Fiordelisi, y pese a que la cuestión bajo tratamiento

contaba con otros ribetes (no se había invocado la propuesta sancionatoria), dejó sentada las bases del rumbo en que habría de resolver en lo futuro al respecto.

En tal sentido, y si bien es cierto que en autos dicha medida fue expresamente consignada en el libelo de demanda (intención de despedirlo), el lineamiento de sus argumentaciones bien valen para aplicarlos al presente caso.

La Dra. de Villafañe sostuvo que *"resulta ajeno al sistema dispuesto por la ley, otorgar al empleador la autorización de exclusión, sin comprobación del sentido y alcance con que habrá de utilizar tal habilitación pues en definitiva, si bien resulta razonable devolverle al empleador el ejercicio pleno de sus facultades ordinarias de dirección y disciplina, la pérdida del control sobre los alcances de la decisión patronal deja sin resguardo la figura protectoria respecto de quien el régimen ha otorgado la garantía".*

Por su parte, el Dr. Fiordelisi, citando doctrina, señaló que el empleador, al promover la acción de exclusión *"no busca una declaración judicial abstracta de exclusión de garantía para luego no producir el acto vedado, porque ello se considera a mas de "absurdo como inmoral en tanto dispendio jurisdiccional sin justificativo en la práctica".*

Señaló también el Sr. Camarista de segundo voto que autorizar la exclusión de la tutela sindical, dejando supeditada la decisión del empleador a un juicio posterior, constituye una suerte de "autorización en blanco" para que aquél pueda adoptar la medida sin la exigencia de su explicitación, lo que significa inseguridad jurídica para las partes. Debe, en consecuencia, considerarse la cuestión contractual en el juicio de levantamiento de tutela, pues ello congenia con el propósito protector de la libertad sindical del Art. 52, ley 23.551 y del Art. 14, CN.

Es decir, adhiriendo a la posición de los Sres. Jueces integrantes de esta Excma. Cámara, resta, a mi juicio sumar el argumento que sostiene que

esta acción impetrada en autos por la actora, es un proceso autónomo de conocimiento pleno, lo que implica la inadmisibilidad de un juicio posterior. De modo tal que la sentencia que se dicte en él hace cosa juzgada respecto al despido. Se trata de un juicio con demanda y defensa, con amplitud de pruebas, donde se encuentra debidamente resguardado el derecho de defensa en juicio, por lo que la única diferencia con los procedimientos comunes de despido, es que se trata de un trámite más abreviado, por aplicársele las reglas del juicio sumarísimo.

Verlo de otro modo, atentaría además contra el principio de economía procesal.

Dejo a salvo que, como bien señala el apelante en posición que comparto, las tendencias doctrinarias suelen ser más útiles en los gabinetes de investigación que en la realidad de los hechos, respecto de los cuales el Juez debe juzgar.

Por ello, juzgo atendible en el caso bajo análisis que, con la causal invocada y la prueba rendida en autos, resulta imposible al juzgador realizar un "análisis superficial" en esta Instancia, resultándome difícil creer que a más de lo aportado pudiera haberse incluido algún otro elemento en juicio posterior.

Con la prueba documental acompañada a fs. 4/100, la actora pretendió acreditar los antecedentes disciplinarios disvaliosos del trabajador, manifestando en su demanda, la empresa B. B. S.A., que las sanciones impuestas no cumplieron el efecto correctivo al que estaban destinadas, agravándose su conducta desde que obtuvo la protección gremial, mereciendo, más que "llamados de atención", otras más severas, de las que no fue destinatario en virtud del fuero sindical que detentaba.

Sin perjuicio de tales antecedentes, en la medida en que hubieren sido sancionados con "medidas correctivas", ello hubiera impedido despedir al trabajador sin fueros, hasta que llegado un punto, uno o más hechos se

hubieren convertido en causales del despido, haciéndole saber al trabajador los hechos concretos que había llevado a su empleador a tomar tal decisión.

Ello así, pues el despedido debe conocer sin ningún margen razonable de duda, cuáles son los hechos que se le imputan como incumplimiento del contrato que justifique la rescisión, entendido esto con el alcance de que deben quedar claros los hechos y sus circunstancias, sobre todo eso de cuanto y cuándo ocurrieron esos hechos (cfr. CAPM, "C., C. H. c/ ALUAR S.A.I.C. s/ Cobro de Pesos. Laboral "(Expte. N º 92/ 2012)SDL N ° 43/12", Conf. Ramírez Bosco, Luis E, "Ley de contrato de trabajo" (Rodríguez Mancini – Director).

Si el principio de congruencia impone a los tribunales del trabajo ajustar su juzgamiento a los hechos articulados por las partes, con mayor estrictez se tiene que observar cuando de analizar las causales del despido se trata, cuidando de no introducir motivaciones que impliquen cambiar las causales invocadas al tiempo de rescindir el vínculo porque de lo contrario se infringen las normas sustanciales que impone la prohibición de modificación de las mismas (arts. 243, ley de contrato de trabajo) (cfr. Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, "Luca, Carlos S. c. Lloyds Bank", 27/12/1991, AR/JUR/2120/1991).

Es decir, por más juicio posterior que se ventilara, no hubiese podido la parte actora invocar tales antecedentes como causales de despido en la medida en que cada uno de ellos hubiese merecido la sanción correspondiente.

Tal como lo señala la Sra. Jueza de grado, cada "sanción" impuesta, concepto al cual me referiré luego, no hacía más que "purgar" cada conducta disvaliosa, por lo que fue la misma empresa quien, a través de su actitud, fue postergando la decisión que en definitiva trae a análisis: así lo expresa, cuando afirma en su demanda que "la medida expulsiva con justa

causa, de haberse tratado de un empleado sin fuero especial – a no dudarlo – se habría aplicado con anterioridad".

Tales son las razones por las que considero en el caso bajo juzgamiento la falta de necesidad de habilitar la vía de la exclusión, para luego, ante el despido consecuente, volver eventualmente a tratar una cuestión ya debatida que no llegaría a obtener un resultado distinto.

2.2. Señala el apelante que el cargo sindical que ostenta el demandado amerita una conducta igual, cuando no mejor, que la del resto de los empleados, y que la actora, ante el comportamiento disvalioso de Cornejo como empleado decidió requerir la exclusión de la tutela sindical. Que ello lo hizo sobre la base de inconductas que fueron señaladas como llamados de atención, no como sanción (ya que es inocua), sino como "señalamiento", "marcación", "constancia de hechos reprochables".

Por tales razones, entendió la sentencia de la otra Instancia, equivocadamente según sus apreciaciones, que tales "llamados de atención" eran sanciones que "purgaban" las inconductas sucesivas y en grado creciente iba cometiendo Cornejo.

En tal sentido, sostuvo el recurrente que la ley aplicable sólo ha considerado como sanciones la de "suspensión" y "despido", tal lo que surge de los arts. 218 y ss. y 231 y ss, LCT, afirmando que no se acusó al empleador por esos "llamados de atención".

Por su parte, agrega, el Art. 52 de la ley 23.551 sólo hace referencia a "suspensiones" y "despidos" como actos prohibidos al empleador hasta que obtenga el desafuero.

No obstante, refiere, no advirtió la sentenciante que los últimos hechos cometidos por el demandado, fueron remarcados como "desbordantes" para pedir la exclusión de la garantía. Tales hechos no fueron objeto de sanción como para que el empleado se sintiera afectado. Un "llamado de

atención" no es una sanción sino una mera "advertencia", una "exhortación" dirigida al destinatario para que recapacite.

En función de lo expresado por el apelante y que se da cuenta más arriba, considera que la sentencia en análisis es incongruente, contradictoria, pues ésta afirma que el empleador no se encuentra habilitado para extinguir o modificar el contrato de trabajo y/o aplicar sanciones disciplinarias al delegado gremial, sin iniciar previamente la exclusión de la tutela. Recién cuando por sentencia judicial firme y pasada en autoridad de cosa juzgada se excluya la garantía, estará el empleado habilitado para sancionarlo o no y hasta reducirla.

A estas afirmaciones senténciales, el apelante embate del siguiente modo: la sentencia señala que si ella no se encuentra firme, no puede sancionárselo, pero más adelante sostiene que la actora sancionó a C. por la enorme cantidad de faltas cometidas. Se pregunta entonces el apelante si estaba habilitada o no la actora para sancionar. Concluye en el sentido de la contradicción del pronunciamiento, afirmando que, si lo sancionó a través de un "llamado de atención", debió declarar su nulidad, o considerar dicha medida como "vías de hecho" en la terminología utilizada por E..

Concluye el apelante en que el "llamado de atención" no tiene entidad sancionatoria en la relación laboral entre privados. No lo afecta al trabajador, ni en su salario, ni en su permanencia, ni en la forma en que cumple su débito laboral.

Por tal razón sostiene que deben tenerse por "manifestados o denunciados" los hechos reprochables cometidos por el demandado, mas no como sancionados, haciendo hincapié en: a) el envío de la misiva electrónica enviada al servicio médico en fecha 25.07.11; b) el abandono de servicio del 05.07.11; c) la apropiación de un vehículo de la empresa el 05.08.11, siendo tales hechos temporáneos en virtud de la fecha en que formalizó su presentación judicial.

Imputa a esos hechos concretos - respecto de los cuales di cuenta al tratar el anterior agravio- como causales de despido, reprochando al decisorio haber afirmado que "no se denuncia claramente un hecho detonante que provocase la reacción de la Empresa como para justificar la máxima sanción a aplicar, sino que parecería que intenta justificarse la acción en una sucesión de antecedentes desfavorables ya sancionados".

La ley de contrato de trabajo establece en su Art. 67 que el empleador podrá aplicar medidas disciplinarias al trabajador en caso de incumplimiento por éste del débito laboral.

Por su parte, el recurrente señala que dicha ley sólo ha considerado como "sanciones" a la suspensión y al despido, términos a los que también hace referencia la ley 23.551.

Dos consideraciones debo hacer al respecto.

En primer lugar, que es el propio apelante actor quien en su demanda afirma que al demandado "se le fue aplicando llamados de atención aunque su merecimiento eran las otras sanciones" (se refiere a la suspensión y expulsión, mencionadas párrafos más arriba), dando por sentado que él mismo consideraba al "llamado de atención" como una de entre varias sanciones, razón por la cual mal podría invocar en esta Instancia que dicha medida disciplinaria no era tal, cuando de sus propios dichos surge todo lo contrario.

En segundo lugar, y sin perjuicio del principio cardinal del *iura novit curia*, es dable señalar que el actor invocó la aplicación del CCT 460/73/75 aplicable al sector.

El mencionado Convenio Colectivo norma en su Art. 27 que se considerarán medidas disciplinarias por orden de importancia, las siguientes: a) apercibimiento, b) amonestación, c) suspensión sin goce de sueldo; d) despido.

Justamente, la sanción prevista en el apartado a) precedentemente mencionado fue el impuesto al demandado como consecuencia de los últimos hechos denunciados por el actor en la demanda y a que la sentencia también hace referencia: el de fs. 4 (17.08.11) y fs. 11 (05.08.11).

El apercibimiento, como se ha visto, es una sanción que el poder disciplinario permite aplicar a los trabajadores del sector, extremo que no se compadece con los dichos del actor en cuanto a que no se encuentra previsto en el ordenamiento (arg. Art. 1, inc. c), LCT).

El decisorio señala que no se observa un hecho detonante que justifique la máxima sanción a aplicar, sino que parecería justificar su acción en una sucesión de antecedentes desfavorables.

Sabido es que cuando se apliquen sanciones disciplinarias, más allá de si las medidas adoptadas por el actor se encuentren o no probadas en autos y haciendo abstracción por un momento de los fueros sindicales del accionado, es necesario observar el cumplimiento de los principios de contemporaneidad, proporcionalidad, razonabilidad, *non bis in ídem*, notificación por escrito, expresión clara de las causales invocadas, invariabilidad de las mismas y derecho de defensa.

Si bien únicamente se podrá aplicar sólo una sanción por cada falta cometida, es de valorar una nueva falta. En caso de reiteración, y haciendo uso del principio de gradualismo, se podrá aplicar una sanción más grave que lo habitual en función de la contumacia y la reiteración de faltas sistemáticas, aun cuando las mismas, individualmente consideradas, sean leves. (cfr. De Diego, Julián A, "Manual del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", 5ª ed. actualizada, Ed. Lexis Nexis – Abeledo Perrot, p. 260).

Lo que resulta claro entonces es que una sucesión de antecedentes disciplinarios no puede constituir la causa del despido; servirán para ir graduando la sanción en la medida de la reiteración de faltas.

Además, he de valorar que, más allá de si las anteriores faltas fueron o no sancionadas, y si tal sanción consistió en un "llamado de atención" u otra de connotaciones "correctivas" (como lo denomina el apelante), lo cierto es que a esta altura de los acontecimientos carece del requisito de contemporaneidad. El paso del tiempo aunado a la ausencia del poder disciplinario conducen, en todo caso, a concluir que el empleador no hará uso de tal poder.

La circunstancia de que el trabajador despedido haya tenido antecedentes disciplinarios carece de entidad para convalidar el distracto que encontró motivo en otras circunstancias si no se ha acreditado el hecho concreto y específico que constituyó la causa de la desvinculación, ya que debe tenerse presente el principio *non bis in ídem*. Es decir, sólo podrán servir de sustento para despedirlo si media un último hecho que pueda ser invocado como desencadenante de la sanción impuesta, toda vez que los incumplimientos anteriores determinarán la valoración de la gravedad de la injuria contemporánea a la ruptura. No pueden ser considerados cuantitativa y cualitativamente injuriantes para justificar la extinción del vínculo laboral (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala V, "Crisafulli, Gabriel Alejandro c. Creskotec S.A. s/Despido", 21/11/2011, La Ley Online, AR/JUR/81470/2011; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, "Nattero, Pablo J. c. Incay S.R.L. y otros", 14/04/2011, DT 2011 (julio), 1745, AR/JUR/14333/2011; Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de 4a Nominación de Santiago del Estero,"Ibarra, Luis A. c. Agüero, José R.", 21/03/2007,La Ley Online, AR/JUR/3272/2007).

De tal guisa, se deduce que los únicos hechos desencadenantes mencionados en la demanda, resultaron ser los acaecidos en fechas 05.08.11 y 17.08.11 y que merecieran la sanción de "apercibimiento" que dan cuenta los despachos telegráficos de fs. 10/11 y 4.

Descarto el hecho denunciado como acaecido en 18.07.11 pues no se ha acreditado en autos la autenticidad de la documental traída al efecto ya que tengo en cuenta el desconocimiento formulado por el demandado en el conteste de su demanda.

Las facultades disciplinarias son las atribuciones que la ley reconoce al empleador para aplicar sanciones a los trabajadores por sus acciones u omisiones que impliquen faltas o incumplimientos a sus obligaciones dentro del ámbito del contrato de trabajo, para asegurar o preservar los fines de la empresa (cfr. Vázquez Vialard, Antonio, "Tratado de Derecho del Trabajo", T ª III, Ed. Astrea, Bs. As, 1982, p. 672).

Particularmente el apercibimiento – tal la sanción impuesta por los últimos dos hechos a que refiere el decisorio – es la sanción más leve. Consiste en una manifestación verbal del empleador con vistas a corregir un incumplimiento u omisión menor en la prestación, y esta medida lleva consigo la intimación al trabajador que de continuar en el futuro persistiendo en la actitud reprochada, se lo sancionará más gravemente (fr. Ackerman, Mario, "Tratado de Derecho Laboral", T º II, Ed. Rubinzal Culzoni, 2005, p. 840). El empleador la aplica en el marco de su poder de organización y dirección, y el disciplinario es una derivación concreta de aquellos, que se fundamenta en el Art. 14, CN y en los arts. 64, 65 y cc. del Régimen de Contrato de Trabajo. La sanción que el empleador aplique lo será procurando satisfacer las exigencias de la organización y teniendo en cuenta la lesión que la conducta infractora ha producido en los legítimos intereses de la empresa, evaluando si se ha lesionado o no el orden u organización que debe existir en ella (cfr. Ruprecht, "Derecho Disciplinario Laboral", p. 129).

En esa inteligencia, no es necesario – pese a las afirmaciones del apelante – que la sanción no afecte al trabajador en su salario, en su permanencia, o en la forma en que cumple su débito laboral.

Durand y Jaussaud clasifican a las sanciones en: morales (tal el caso del apercibimiento), pecuniarias (por ejemplo, una multa) y profesionales (es el caso de las suspensiones o el despido) (cfr. Stefanelli, Carlos A. R, "Los nuevos límites de la facultad sancionatoria del empleador", publicado en La ley, DT 2007 (marzo), 284). Siendo la aplicada en autos de orden moral (de acuerdo con esa clasificación), considerada como la más leve, es porque así lo ha considerado el actor. Mal podría hoy desdecirse de su propia conducta, pues sería un *venire contra factum*, vedado por el principio de la buena fe.

Hasta aquí, el análisis de la sanción disciplinaria en la parcela de aquellos trabajadores que no se encuentran "protegidos" por la garantía sindical que les confiere los arts. 47 y ss. de la ley 23.551.

Ahora bien. El Art. 52 de la ley 23.551 establece que los trabajadores no podrán ser "suspendidos ni despedidos" sin resolución judicial previa.

Como se advierte de la letra de la norma, lo que ésta impide es la suspensión o el despido. Es decir, no indica que no pueden ser "sancionados", sino que señala que no pueden ser ni suspendidos ni despedidos.

Se ha dicho en tal sentido que las medidas de exclusión preventiva fundadas en el Art. 52 de la ley 23.551 deben ser interpretadas estrictamente (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VIII, "Artes Gráficas Rioplatenses S.A. c. Siri, Luis Alberto y otros", 22/03/2010, La Ley Online, AR/JUR/8551/2010).

De allí parte el error, a mi humilde criterio, del apelante, quien confunde "sanción" con "suspensión" o "despido".

Como dejé expresado anteriormente, el Convenio Colectivo del sector, a diferencia de la ley de contrato de trabajo, contempla el "apercibimiento" como una sanción, dejando establecido párrafos atrás que éste último es una medida de carácter leve.

Es que las fuentes de regulación del poder disciplinario son la ley, los estatutos especiales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y los reglamentos que dictaren, que no pueden dejarse sin efecto en la medida que integran el *ius cogens* (cfr. Ackerman, op. cit, T º I, p. 729/731, CJ Mendoza, Sala II,23.02.06, "Correa, Gustavo c/ Otis Argentina S.A.", LL Gran Cuyo 2006 (junio) 63.)

De allí que, como no ha de hacerse decir a la ley, lo que ésta no dice, no advierto razones por las cuales quien detenta un fuero sindical no sea objeto de "apercibimiento".

Las inconductas a las que hace mención la parte actora fueron sancionadas con "apercibimiento", lo que veda la posibilidad de obtener una nueva sanción en esta sede judicial, pues se ha expresado que la posibilidad de ejercer el poder disciplinario se agota por su uso respecto de tal caso determinado (cfr. López Centeno –Fernández Madrid, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T º II, p. 811, SCJBA, SC Bs. As., 22.11.94, "D. de F, A. M. c/ Coop. Agrícola Ganadera Ltda. de Cnel. Suárez", LLBA, 1995-378 – DJBA, 148-896).

Además, soy del criterio que sostiene que la ley ha querido evitar en el supuesto del Art. 52, ley 23.551 una modificación o suspensión de las condiciones de trabajo (cfr. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Laboral y Contencioso-Administrativo Laboral, "Romero, Oscar R. c. Micro Ómnibus 3 de Mayo S.A.", 21/09/2005, LL Patagonia 2006, 41, AR/JUR/5855/2005), hecho que no se configura con la sanción de un apercibimiento, tal como le fue aplicado al demandado en autos.

De esa manera, mal pudo la parte actora acudir a esta Instancia para lograr el despido, intentando remover como paso previo, la barrera de la tutela, cuando había sancionado, dentro de las facultades que la ley le confiere, una inconducta del trabajador. En todo caso, debió acudir a esta sede invocando como causal del despido que persigue los hechos "detonantes" o

“desencadenantes” mencionados en su demanda, a fin de lograr la remoción de los obstáculos legales que le impiden adoptar la mencionada decisión.

Es decir, ni los antecedentes disciplinarios, ni los últimos hechos denunciados que merecieron la sanción de apercibimiento, pueden erigirse en causales de exclusión de tutela, con miras a obtener el propósito del despido justificado.

Por tales razones propondré al Acuerdo la confirmación del decisorio de grado.

3. Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención al principio objetivo de la derrota (Art. 69, del CPCC), las mismas han de ser soportadas por la parte actora. En consecuencia regulo los honorarios profesionales de los Sres. letrados de la parte demandada, A. M. S. y A. P. A. en el 15%, para cada uno de ellos, de los que correspondieren en la Instancia anterior, y los del Sr. Letrado de la parte actora, J. G., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5, 9, 13 y cc. de la ley XIII Nº 4).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1. Dado que el Magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada, en el mismo orden de tratamiento que propone en su voto.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V N º 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2. En el marco de una acción sumarísima de exclusión de tutela, la actora se agravia por el rechazo del desafuero solicitado, con el objeto de producir el despido del Sr. W. C..

El sistema garantista implementado por la ley 23.551 a favor de los dirigentes y delegados gremiales, hace presumir sin admitir prueba en contrario que el despido o las modificaciones de las condiciones de contratación se fundan en discriminación antisindical cuando se adoptan tales medidas, sin recurrir previamente al proceso de exclusión de tutela.

El Art. 52, Ley 23551, ha instituido un procedimiento preliminar preventivo de carácter obligatorio, y que opera como requisito de validez de la conducta del empleador por el cual, quien desea adoptar alguna de las decisiones comprendidas en el ámbito de protección del instituto (despido, suspensión, modificación de las condiciones de trabajo), respecto de los sujetos legalmente amparados por esta garantía, debe previamente requerir la aprobación del órgano judicial competente, acreditando la existencia de circunstancias que lo justifican y que excluyen la posibilidad de motivación antisindical del comportamiento patronal.

Por lo tanto la acción a tal fin deducida, lo que en esencia persigue es levantar esa tutela especial cuando existan razones justificadas (Conf. arts. 48 y 50 ley 23551) lo que deberá llevarse a cabo inexorablemente, con carácter previo a la adopción de la medida. De manera tal, que la eficacia de esos actos del empleador exceden su mera voluntad unilateral, ya que para perfeccionarse requieren ineludiblemente la concurrencia del pronunciamiento que los autorice.

a) Luego de lo dicho, ingresaré al primer agravio de la parte referido a la naturaleza del proceso incoado y al alcance de la sentencia dictada.

No me es ajeno el debate en doctrina y jurisprudencia respecto del alcance de la exclusión de la tutela sindical en función si la decisión hace cosa juzgada o no respecto de la sanción.

Esta Cámara de Apelaciones, en el precedente que cita la Magistrada de grado y que, en los términos de su voto, el Magistrado que me precede en este Acuerdo, comparte ("R. S.A. c/ Q., G. s/ Exclusión de Tutela Sindical".Expte. 300 Año 2011. SDL N º 9/12) ha tenido oportunidad de anticipar criterio respecto de la cuestión.

La sentencia que se dicta en el procedimiento sumarísimo de exclusión de tutela debe ser una decisión de carácter pleno y definitivo en el que la resolución de las cuestiones controvertidas requieren que el juez se expida sobre los hechos por los cuales se pretende la exclusión y la propuesta sancionatoria, pues 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.

No adhiero a la postura que asume que el trámite de exclusión opera como un proceso cautelar, pues ello implicaría aceptar una decisión jurisdiccional dispuesta con posterioridad a un pleno debate, como si se hubiera hecho un análisis provisorio. No porque estemos ante un proceso sumarísimo se ha de apreciar en grado de apariencia.

En el proceso de exclusión de tutela, el juzgador debe tener la certeza de la ausencia de implicancias sindicales o propósito discriminador, de los hechos que justifican el levantamiento de la protección y de la integridad de cuanto ha de generar la exclusión y dictará la sentencia con certeza jurisdiccional y la seriedad que el haber escuchado a las partes y producido la prueba requiere, garantizando de tal manera la adecuada defensa del representante sindical.

La ley otorga al juez la facultad de apreciar en concreto la proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la sanción que se pretende aplicar y la certeza

de que no hay en ello una discriminación al representante de los trabajadores por su condición de tal. El hecho de que ello se disponga en el marco de un proceso sumarísimo, no cercena la producción de prueba, permite válidamente la indagación de los hechos y lo único a lo que apunta el tipo procesal elegido por la ley, se relaciona con el acortamiento de los tiempos decisorios, en atención a las cuestiones que se ponen en consideración que contemplan el privilegio que representa la tutela y la limitación de derechos como empleador. *"El procedimiento sumarísimo -dispuesto por el Art. 52, Ley 23551- es un proceso pleno que permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa y juzgar la pertinencia o no de la medida, otorgando a la sentencia dictada -en el sentido de la exclusión o no de la garantía sindical- el carácter de cosa juzgada, impidiendo la revisión ulterior de las circunstancias fácticas que el juez analiza en ese proceso."*(CNAT Sala IX "Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires vs. Sandoval, Elsa; 17-05-2006; Rubinzal on line; RC J 4116/07)

Luego de lo expuesto, el agravio de la parte actora referido al alcance de la sentencia, debe ser desestimado.

b) El segundo agravio tiene como eje la cuestión de las sanciones.

Señala el apelante, que sin perjuicio de lo expuesto en su anterior agravio y dentro de la tesitura de la Magistrada de grado, quedó demostrado por su parte, las conductas intolerables adoptadas por C. abusando de la protección legal, incumpliendo con sus deberes como empleado.

Marca que inadecuadamente la Señora Jueza, interpretó que los llamados de atención eran sanciones que "purgaban" las sucesivas inconductas de C.; que ha dicho la Jueza que sin sentencia firme de exclusión de garantía el empleador no está habilitado para aplicar sanciones y que luego indica que la empleadora lo sancionó resultando el razonamiento contradictorio y que por otro lado no indica la Magistrada en que parte del ordenamiento

laboral está prevista “la medida más leve”. Por otro lado, se queja, que la Señora Jueza sostuvo que debe existir un hecho detonante merecedor del despido.

Adelanto que no advierto contradicción ni error en el razonamiento de la Magistrada.

Tal como señala el Dr. Vivas, es el mismo apelante quien al promover la exclusión de la tutela refirió que al demandado se le fueron aplicando llamados de atención aunque era merecedor de las otras sanciones. Dijo allí “*El Señor W. d. V. C. fue generando, durante su vínculo laboral con mi representada, un frondoso legajo disciplinario; no obstante las sanciones no cumplieron el efecto correctivo al que estaban destinadas y desde que obtuvo la protección gremial fue aumentando su actitud disvaliosa, no ya en defensa de los intereses de sus compañeros, sino cometiendo actos de transgresión ajenos a su actividad sindical. Dado que la ley de protección gremial prohíbe la suspensión o expulsión del protegido, se le fue aplicando llamados de atención aunque el merecimiento eran las otras sanciones. La medida expulsiva con justa causa de haberse tratado de un empleado sin fuero especial- a no dudarlo- se habría aplicado con anterioridad “*. Por lo que no es dable atribuirle a aquellos -como indica la parte en el agravio- el carácter de un mero señalamiento para poner en evidencia los hechos reprobados por la Empresa y que procura tenerlos como antecedentes para el distracto que subyace a la exclusión de tutela demandada. No tengo dudas, que los severos llamados de atención aplicados constituían para la empresa, el ejercicio de su facultad disciplinaria.

Conforme el texto expreso del Art. 52 de la Ley 23.551, los trabajadores no podrán ser suspendidos ni despedidos, sin resolución judicial previa, que los excluya de la tutela sindical. Por lo que, la trascendencia de los derechos involucrados y la imperiosa necesidad de que sus garantías resulten idóneas a fin de preservar el bien que se busca tutelar, no autorizan ampliar

el supuesto a otras sanciones disciplinarias, de modo tal que no existe contradicción en lo señalado por la Magistrada.

En cuanto a la inexistencia de medidas más leves, debo reiterar lo sostenido por el Dr. Vivas. En el marco convencional que rige a las partes, el CCT 460/73/75, su artículo 27 establece como medidas disciplinarias en orden de importancia: a) apercibimiento; b) amonestación, c) suspensión sin goce de sueldo y d) despido. Debe inferirse que ese fue el ordenamiento que sirvió de sustento jurídico a los apercibimientos o amonestaciones con los que se sancionó al Sr. Cornejo, oportunamente (v por Ej. fs.33, fs. 15 y 17).

Sentado lo que antecede, memoro que los antecedentes desfavorables del actor no pueden servir de apoyo a un despido si, como en el caso, no se demostró la existencia de un último suceso que habilite la medida adoptada. Recién, de haberse dado este último supuesto, los incumplimientos anteriores se agregarían al hecho último para determinar la "injuriosidad" de la causal y la justicia del despido que se anuncia una vez dispuesta la exclusión. Pero hasta que ese detonante no se verifique, los antecedentes no pueden ser analizados porque pretender hacerlos prevalecer afectaría el principio de simultaneidad entre la injuria y la sanción. *"Los antecedentes de conducta desfavorables y las faltas disciplinarias anteriores del trabajador, no bastan para justificar el despido sino se acredita la existencia de un incumplimiento actual sancionable que fuese contemporáneo a la decisión resolutoria"* (CNAT Sala III "M c/P. F. D. G. S.A. s/ despido, 29/03/06).

Y es que, conforme el alcance de la decisión jurisdiccional en el juicio de exclusión de tutela que adoptó la Magistrada y que recepta esta Cámara, la decisión que se adopte hará cosa juzgada respecto no solo del efectivo acaecimiento de los hechos denunciados, sino también en cuanto a la sanción que se proyecta imponer, consistente en el despido del trabajador.

De modo tal que necesariamente deben considerarse determinadas pautas entre ellas el principio *non bis in ídem*, la contemporaneidad y la proporcionalidad.

En esa tarea, no existe margen de duda que los hechos reprochados y contemporáneos con el inicio de estas actuaciones han sido los del 5 de agosto de 2011 (interrupción del recorrido) y el del 17 de agosto de 2011 (desvío del recorrido) sancionados conforme surge de las comunicaciones obrantes a fs. 4 y 10 /11, por lo que ello presupone la extinción del poder disciplinario en relación con esas faltas; en cuanto al hecho del día 18 de julio de 2011, negada la documental no existe otra prueba ofrecida que respalde la ocurrencia del mismo.

Luego de lo expuesto, teniendo en cuenta la finalidad de la ley 23.551 y no acreditado la existencia de un hecho actual sancionable y contemporáneo que acredite la justa causal de despido, es decir de una injuria que no consienta la prosecución de la relación laboral, debe confirmarse la sentencia de grado que desestimó la exclusión de la tutela sindical con la que cuenta el Sr. Walter Cornejo.

3. Las costas en esta instancia se imponen al apelante vencido (Art. 69 del CPCC y 57 Ley XIV N ° 1). Los honorarios propuestos por el Dr. Vivas para los letrados que han intervenido en esta sede, se ajustan al mérito y resultado de la actividad cumplida conforme las pautas de la norma arancelaria (Art. 5 y 13).

Voto a esta cuestión por la **AFIRMATIVA**.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1.-**CONFIRMAR** el decisorio de fs. 266/270 en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2.-**IMPONER** las costas de alzada a la actora vencida en esta Instancia (cfr. Art. 57, XIV N º 1).

3.-**REGULAR** los honorarios profesionales de los Sres. letrados de la parte demandada, A. M. S. y A. P. A. en el 15%, para cada uno de ellos, de los que le correspondieren en la Instancia anterior, y los del Sr. Letrado de la parte actora, J. G., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5, 9, 13 y cc. de la ley XIII N º 4).

4.-**De forma**.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Mario Luis Vivas.

Así lo voto.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N ° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de Agosto de 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A:

1) CONFIRMAR el decisorio de fs. 266/270 en todo cuanto ha sido materia de agravios.

2) IMPONER las costas de alzada a la actora vencida en esta Instancia (cfr. Art. 57, XIV N º 1).

3) REGULAR los honorarios profesionales de los Sres. letrados de la parte demandada, A. M. S. y A. P. A. en el 15%, para cada uno de ellos, de los que le correspondieren en la Instancia anterior, y los del Sr. Letrado de la parte actora, J. G., en el 25% de lo que le correspondiere en la Instancia anterior (arts. 5, 9, 13 y cc. de la ley XIII N º 4).

4) REGISTRESE. NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N ° 56/12. SDL. CONSTE.