En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de abril del año 2014, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R. R. G. c/ A. P. P. M. S/ ACCIÓN DE NULIDAD DE DESPIDO" (Expte. N° 282 - Año 2013)**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo laboral de esta ciudad, en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente el recurso interpuesto por la demandada contra el trámite impuesto al proceso? ; **SEGUNDA:** ¿Es procedente el "hecho nuevo" invocado por la demandada?; **TERCERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? **CUARTA:** ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora? **QUINTA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme al orden de sorteo practicado a fs. 807.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – Antecedentes

Se han radicado por ante esta Alzada las presentes actuaciones en virtud de los recursos de apelación que interpusieron tanto la parte demandada (fs. 716) como la parte actora (fs. 718), los cuales fueron concedidos a fs. 720. A su vez, los letrados de la parte actora han apelado la regulación de sus honorarios (fs. 719 y vta.), concediéndoseles el recurso a fs. 720. Expresó agravios la demandada a fs. 728/744, siendo contestado oportunamente su traslado por la contraria (fs. 772/784 vta.) y lo hizo la actora a fs. 745/746 vta., habiendo contestado su traslado la demandada a fs. 785/786.

2 – <u>Recurso de la demandada sobre el procedimiento "Sumarísimo"</u>

<u>asignado al proceso</u>

Dice a fs. 728 la parte demandada que viene a: *"…recurrir el proceso sumarísimo asignado a autos…"* y agrega más adelante: *"…solicitamos tenga a bien revocar la resolución de fecha 02 de octubre de 2012 e imprimir el trámite sumario correspondientes al presente proceso laboral…"* (fs. 728 vta.).

La citada providencia dictada en día 02/10/2012 dispuso que correspondía imprimir a estas actuaciones el trámite *"sumarísimo"* (art. 502 y concs. CPCC). Al contestar la demanda (fs. 115/145 vta.), la parte demandada interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio con respecto al trámite "sumarísimo" asignado al proceso. A dicha interposición la a quo proveyó: *"…toda vez que la clase de juicio fijada por el Juez de irrecurrible, por improcedente, no ha lugar (Art. 322 CPCC)…"* (fs. 146). Esta decisión adquirió firmeza, conforme surge de autos.

La norma del art. 157 es muy clara al decir que los plazos legales o judiciales son *perentorios*. La perentoriedad es una cualidad del plazo, según la cual producido su vencimiento, fenece automáticamente el derecho a realizar el acto o actividad que era factible llevar adelante durante su transcurso. Los plazos procesales son perentorios ya que su mero vencimiento determina la caducidad del derecho dejado de usar (conf. C2a.C.C.Quilmes, 09/02/99, L. 2324, RSI 3/99, JUBA).

El ordenamiento procesal tiene consagrado un sistema de plazos perentorios, y el efecto propio de dichos plazos -también llamados en doctrina preclusivos o fatales- es la pérdida irreversible del derecho que se haya dejado de ejercer dentro del término, sin necesidad de declaración judicial ni petición alguna de parte (conf. Cám.C.C.Trenque Lauquen, 12/02/91, 9902, RSI 22/05, JUBA). Es que opera la preclusión y cualquier trámite posterior resulta extemporáneo.

La preclusión agrega a la noción de perentoriedad la idea de consumación y no retrogradación de una etapa concluida. No obstante, se usan en forma indistinta las voces preclusión y perentoriedad para aludir a los efectos de la decadencia o pérdida del derecho o facultad procesal por agotamiento del plazo. Se ha sostenido que la preclusión no sólo opera la extinción de las facultades no ejercidas en tiempo propio, sino que también gobierna la actividad del órgano jurisdiccional, impidiendo que *ex officio* se retroceda a etapas procesales agotadas (conf. ARAZI-BERMEJO-DE LAZZARI-FALCON…, "Cód.Proc.Civ.Com…Anotado y Comentado", T. I, pág. 274, Ed. Rubinzal Culzoni).

He dicho ya que la providencia dictada a fs. 146 adquirió firmeza para las partes, lo cual surge de las propias actuaciones dado que la parte demandada, en lo que aquí interesa, ningún acto procesal realizó en tiempo y forma para no consentir tal decisión. Es recién en forma simultánea con su expresión de agravios cuando dicha parte pretende recurrir de la misma, lo cual es inadmisible. El art. 157 del CPCC establece la perentoriedad de los plazos judiciales, o sea que si una actuación en el proceso no se cumple en el tiempo fijado por la ley o por el juez, ya no puede realizarse en el futuro. Con esto se persigue dar seguridad a las partes, en cuanto a que las etapas cumplidas no pueden retrotraerse, con lo cual se cumple acabadamente con el principio de la preclusión procesal. Es decir que por el solo transcurso del tiempo se produce la caducidad del derecho que se ha dejado de usar, pasándose a la etapa siguiente (conf. C2a.CC La Plata, Sala I, 10/09/98, B. 88.666, RSI 192/98, JUBA).

En virtud de lo expuesto, el recurso interpuesto deviene manifiestamente improcedente y así debe declararse.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

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

1.

Que los antecedentes de autos han sido expresados por el Dr. Fiordelisi, razón por la cual a ellos me remito. Ingresaré directamente en el análisis de los agravios, siguiendo el orden metodológico propuesto por el Sr. Camarista de primer voto.

2.

Solicita la demandada se revoque por contrario imperio el auto que dispuso imprimir trámite sumarísimo al presente proceso. Señala al respecto que introdujo esa cuestión al contestar la demanda, entendiendo que la disposición judicial dictada en tal sentido es ajena a la normativa vigente, y que la Sra. Jueza *a quo* estimó irrecurrible la medida adoptada.

Solicita, por ser la primera oportunidad procesal que se le presenta, que esta Alzada revoque por contrario imperio el auto que otorgó al proceso el trámite sumarísimo, imprimiéndose el del juicio sumario.

Ello así, pues dicho trámite es inherente a las causas de naturaleza laboral, en un todo de conformidad con el art. 48, de la ley de rito, de modo tal de permitir un amplio debate y prueba, siendo que no ha habido ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. El despido del actor, resalta, obedeció a causa justificada en la injuria impeditiva del vínculo en la que incurrió para con su mandante y directivos.

También destaca que el art. 324, CPCC no es de aplicación al presente caso, ya que no existe lesión de derecho actual o inminente.

Cabe señalar en primer lugar que el trámite sumarísimo del presente proceso dispuesto por la Sra. Jueza *a quo* a fs. 110, 2° párr, fue objetado por la parte demandada al contestar la demanda, a través de recurso de

revocatoria y apelación en subsidio. A fs. 146, 6° párr, la Sra. Jueza de grado desestimó tales remedios procesales, con fundamento en el art. 322, del CPCC, providencia que se encuentra firme y consentida a la fecha.

En el mismo sentido que lo señalado por el Sr. Juez de voto anterior, es dable apuntar que la preclusión procesal supone que los actos que componen el proceso se suceden e incorporan en el orden previsto, quedando sus efectos fijados de forma irrevocable, por lo que la reedición de cuestiones ya decididas resulta improcedente, en tanto de otro modo se rebasarían las pautas mínimas de orden y seguridad que el desarrollo de todo juicio requiere (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, "Di Baggio, Enrique José c. Di Baggio, María Asunción", 18/03/2010, DJ 29/09/2010, 2699, AR/JUR/12395/2010).

Es que la preclusión es de orden público y con ella se persigue que los actos procesales cumplidos queden firmes y no pueda volverse sobre ellos, prolongando indefinidamente la duración de los procesos, pues si bien el proceso no puede conducirse en términos estrictamente formales, el hecho de dar certeza y estabilidad a los actos procesales, asegura la garantía de la defensa en juicio de los derechos.

Por tal razón, tal principio, en el marco de los actos procesales, produce el mismo efecto que la cosa juzgada (Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, sala II, "Hussar, Otto c. ANSeS", 27/09/1995, LA LEY 1996-B, 83, DT 1995-B, 2157, DJ 1995-2, 821, AR/JUR/887/1995), impidiendo el replanteo de cuestiones decididas en forma expresa o implícita en el juicio.

Consecuentemente, corresponde desestimar el planteo de la accionada.

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA.**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – <u>El “hecho nuevo” invocado por la demandada</u>

A fs. 729 vta./730 plantea la parte demandada como “hecho nuevo” la recepción de una carta documento que habría sido remitida por el actor.

Tengo en cuenta que los recursos de apelación que han interpuesto las partes en autos contra la sentencia dictada en la inferior instancia han sido concedidos *“en relación”* (conf. fs. 720); por lo tanto, es aplicable la norma que contiene el art. 278 del ritual y concs.

Conforme lo dicho, destaco que el citado art. 278 del CPCC dispone que si el recurso se concede “en relación” *“…no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos…”*.

Es por ello que se ha decidido que cuando el recurso se hubiera concedido en relación, no se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos, y el tribunal deberá fallar teniendo únicamente en cuenta las actuaciones producidas en primera instancia (conf. C1a.CC La Plata, Sala I, 23/03/2000, JUBA B350186).

Lo hasta aquí expuesto y fundamentado me conduce a decidir que no corresponde en el caso la alegación de “hechos nuevos” y de allí la improcedencia de su planteo por parte de la demandada (arg. art. 278 y concs. CPCC).

Subsidiariamente -dice la demandada- y para el caso de que esta Alzada entienda que no corresponde la denuncia de hecho nuevo, solicita que la prueba que presentara sea agregada como “medida para mejor proveer”, en los términos de la doctrina sentada in re *“M. L. S.R.L. c/ A. P. d. P. M. s/ Daños y Perjuicios”*.

En primer término, he de decir que si la pretendida prueba fue acompañada por una de las partes -en este caso la demandada- y la misma pretende su incorporación al proceso, no estaríamos en presencia de una “medida para mejor proveer” sino de la pretensión de una de las partes de

sumar al proceso una probanza (instrumento) que fue presentada por ella fuera de la etapa pertinente y bajo la invocación de un "hecho nuevo". Es evidente que no puede pretenderse que ello configure una "medida para mejor proveer". Y ello es así porque las facultades de dictar las referidas medidas revisten carácter privativo, y son en definitiva una prerrogativa discrecional de la que está investido el intérprete, tal cual ha quedado concretado en el inciso 2° del artículo 36 (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1959, IV, pág. 484; 1962, II, pág. 192; 1962, III, pág. 1059; 1963, II, pág. 1065; 1963, III, pág. 343; 1966, III, pág. 538; DJBA, 70, pág. 82; Cám.1ª. La Plata, JA, 1946, II, pág. 65; La Ley 66-688).

A su vez, los litigantes no pueden agraviarse de que no se haya decretado alguna de las medidas instructorias, pues la utilización de la palabra "podrán" en el inciso 2° del art. 36 del ordenamiento adjetivo, define de un modo indubitable el carácter facultativo y no obligatorio del ejercicio de las posibilidades que la norma acuerda a los órganos jurisdiccionales. Ni tampoco pueden ser solicitadas o sugeridas por las partes, pues, como ha quedado expuesto, constituyen una prerrogativa discrecional de la que está investido el intérprete, tal cual ha quedado concretado en el inciso 2° del artículo 36 del ritual (conf. Cám.2ª., Sala I, La Plata, causa B-45.043, reg. sent. 158/78; MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE, "Códigos Procesales", T. II-A, pág. 648, Ed. Platense - A.Perrot).

En consecuencia, el sentenciante no puede, en uso de sus facultades instructorias, suplir las omisiones o inactividades de los litigantes, desde que las medidas en tratamiento tienen por objeto salvar las dudas emergentes de las pruebas rendidas por las partes. De lo contrario, se afectaría el principio constitucional de igualdad ante la ley. Dicho de otro modo, esta facultad no llega hasta el extremo de sustituirse a las partes y hacerles su prueba. Tienen su ámbito de aplicación cuando los justiciables

han producido alguna prueba, por deficiente o elemental que fuera (ver MORELLO…, ob. cit., pág. 650).

Por último, con respecto a la mención de la doctrina sentada por este Cuerpo in re *"M.L."*, debo destacar que ninguna relación tiene este proceso con lo que se debatiera en aquél y de allí que no pueda aceptarse la pretensión de la recurrente.

Lo expuesto me conduce a proponer el rechazo de la petición.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

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

Introduce la demandada un hecho nuevo en autos. En tal sentido, señala que el actor envió a su parte un despacho epistolar con anterioridad al dictado de la sentencia de la Instancia anterior, en el que reclamaba el pago de rubros indemnizatorios, lo que a su juicio, implica un reconocimiento del distracto laboral, lo que se contradice con el objeto del presente juicio.

Solicita, a todo evento, que la prueba documental que aneja sea agregada como medida para mejor proveer.

Tal como lo pusiera de resalto el Dr. Fiordelisi, la norma del art. 278, 2ª parte del CPCC veda la apertura a prueba y la alegación de hechos nuevos cuando el recurso de apelación se hubiera conferido en relación, tal como sucede en el caso de autos.

Frente a la precisión y claridad de la norma, corresponde desestimar el pedido formulado.

En cuanto al dictado de una medida para mejor proveer, con relación a la carta documento agregada por esa parte, es menester señalar al apelante que ella constituye una facultad (y no un deber) propia de los jueces, la que

es amplia e independiente de la actividad que pudieran haber cumplido u omitido los litigantes, pues en tales supuestos ponen en ejercicio facultades que les son privativas y que se relacionan directamente con el deber que les incumbe de administrar justicia rectamente, según derecho y sobre la base de la verdad averiguada sobre los hechos (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "Guerchicoff, Ivana Valeria c. Sosa, Mónica Cristina", 03/09/2008, DJ 21/01/2009 , 119, AR/JUR/6745/2008).

Para que el tribunal haga uso de la potestad de disponer una medida para mejor proveer, en miras a determinar la verdad, deben confluir en la causa circunstancias fáctico-jurídicas que así lo aconsejen, pues en ejercicio de tal facultad instructoria debe ser respetada la vigencia del principio dispositivo, el derecho de igualdad de las partes y la garantía de defensa en juicio, extremos éstos que quedarían vulnerados, de acceder al requerimiento de la demandada. En tal sentido, es oportuno resaltar que el pedido que se formula en el marco del presente proceso, ninguna relación ni similitud fáctico jurídica guarda con el caso "M. L.", que trae a colación.

Por tales razones, soy de la opinión que el pedido formulado debe ser desestimado.

Por ello, voto por la **NEGATIVA.**

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1 – La Sentencia

La sentencia apelada hizo lugar a la acción de nulidad de despido interpuesta por R. G. R. contra la A. P. d. P. M., condenando a ésta a reinstalar al Sr. R. G. R. en el término de cinco días en el puesto de trabajo, categoría y remuneración que tenía al 21 de Septiembre de 2011, con más los aumentos salariales que se hayan producido hasta la reinstalación.

Asimismo, condenó a la demandada a abonar al actor, en el término de cinco días, los salarios caídos desde el 21 de Septiembre de 2011 hasta su efectiva reincorporación, con más los intereses a la tasa activa del Banco del Chubut S.A.

Por último, la decisión de la anterior instancia admitió el reclamo por Daño Moral condenando a la demandada a resarcirlo abonando la suma de $ 20.000.- (Veinte Mil Pesos) a la fecha del pronunciamiento.

Las costas fueron impuestas a la parte demandada, regulándose los honorarios de los profesionales intervinientes.

Consideró la sentenciante que correspondía tratar la cuestión en debate encuadrando la misma en los términos de la Ley 25.392 por resultar más abarcativa que la Ley 23.551, teniendo en cuenta las decisiones de la CSJN que determinaron la aplicación de la Ley 23.592 a las relaciones laborales.

Dejó sentado que el actor estaba por cumplir doce años de antigüedad a la fecha del distracto, sin que tuviera otro antecedente disciplinario comprobado y alegado que una "severa advertencia disciplinaria" y que a partir de allí se sucedieron la denuncia de malos tratos efectuada por el actor y otro trabajador ante la Secretaría de Trabajo; la desafiliación de R. de la APDFA; una nueva denuncia del actor en el año 2011 ante la Secretaría de Trabajo local como representante de la U. F., donde se plantearon distintos reclamos, algunos de ellos personales de R. y la inconducta evidenciada por la demandada en el trámite de renovación del certificado OPIP del actor. Con respecto a este último trámite, la a quo concluyó afirmando que el proceder de la demandada había sido decididamente arbitrario, explicando las razones.

Se refirió luego al cambio de funciones dispuesto por la patronal con respecto al actor, expresando que la actitud de la demandada -en esas circunstancias- no respetó los parámetros mínimos de buena fe.

La conclusión fue que todo lo analizado constituía una clara muestra de acreditación de la prueba indiciaria de la discriminación, dejando en claro que en el contexto de franco enfrentamiento en que ya se desenvolvía la relación, el despido tuvo su antecedente con la pública y promocionada actividad sindical del actor el que, conforme las noticias periodísticas, podía tener representación sindical.

En lo que hace a la dificultad del tema en estudio, plasmó la a quo que la demandada estaba en mejor posición para demostrar que no hubo discriminación, a pesar de los indicios y que ella misma debió demostrar que el despido del actor no obedeció a su actividad sindical y no lo hizo. Agregando que no se acreditaron causas reales que llevaran al distracto y que las declaraciones periodísticas si bien pueden tildarse de fuertes, no constituyeron la causa real del despido. Es por lo dicho que se consideró que el reclamo del actor con fundamento en el art. 1 de la Ley 23.592 resulta viable por lo que se declaró nulo el despido, condenando a la demandada a la reinstalación del actor, además del resto de la condena que ya he referido supra.

2 – <u>Los agravios de la parte demandada</u>

2.1) Comienza su queja la demandada esgrimiendo la existencia de un apartamiento injustificado de la sentenciante con respecto a la aplicación de la Ley 23.551, afirmando que la a quo ha hecho una interpretación en exceso del principio *"iura novit curia"*. Agrega que no pretende la no aplicación de la Ley 25.392 sino que la sentenciante debió realizar una lectura conjunta, complementaria y abarcativa de la norma específica (Ley 23.551) que el mismo actor invocara.

Insiste en que si el actor sostiene que su despido fue discriminatorio porque se fundó en su actividad sindical, la norma que regula la protección de los representantes sindicales es la Ley 23.551 y que si la sentencia hubiera

tenido presente sus disposiciones hubiera advertido que R. no se encontraba realizando propia y estrictamente “actividad sindical” y no gozaba de la tutela que dicho régimen proporciona.

2.2) En su segundo agravio, plantea la recurrente que la a quo prejuzgó al decidir encuadrar el caso en los términos de la Ley 23.592 y que el hecho de que la sentencia no haya considerado ni mencionado ninguna de las pruebas aportadas por la demandada, es evidencia del prejuzgamiento incurrido por la resolución en crisis.

2.3) El tercer agravio está planteado en relación a las pruebas de la demandada que la a quo no ha considerado y que, de haberlo hecho, la decisión final hubiera sido contraria a la que dictó.

Hace la apelante un planteo sobre la conducta del actor y que ello ha sido acreditado en autos. Refiere un carácter difícil y agresivo por parte de R., que incurrió en conductas graves, que no fue despedido por su actuación sindical sino que los problemas devenían de su talante y personalidad agresiva, prepotente, pendenciera y violenta. Concretamente afirma la quejosa que el despido fue como consecuencia de su beligerante y agresiva personalidad, que se replica en los términos desafortunados que el mismo esbozó para con los directivos de la empresa.

En este mismo punto muestra su disconformidad la apelante con la calificación que ha hecho la sentencia con relación al trámite de renovación del certificado OPIP, que sus conclusiones son caprichosas, infundadas, antojadizas, parciales y prejuiciosas y que la APPM no solicitó a la Prefectura Naval que le niegue la habilitación al actor.

Agrega que ante la no renovación del certificado, su parte dio una solución satisfactoria para las partes al designar a R. como Auxiliar en Seguridad e Higiene del Puerto, que ello lo hizo dentro del proceso de reorganización portuaria contemporáneamente encarado y que si su parte hubiese querido “discriminar” al actor, le hubiera asignado un puesto de trabajo con menor

remuneración, menor categoría, menor responsabilidad o en otro lugar de trabajo.

Con respecto al proceso de reorganización portuaria, afirma que lo agravia que la sentencia haya dicho que su parte no logró acreditarlo y que lo probó con la prueba instrumental y testimonial. Es por ello que considera que la sentencia realizó una valoración antojadiza, caprichosa, subjetiva y parcializada de la prueba y no ha considerado la aportada por su parte de la cual surge que no hubo discriminación hacia R.

2.4) En cuarto lugar, hace referencia la recurrente a que la discriminación es de interpretación restrictiva. Con transcripciones jurisprudenciales sostiene que para hacer lugar a la misma es necesario una prueba muy convictiva, una apreciación muy exigente de los elementos acompañados y que debe demostrarse en forma clara que el despido dispuesto ha sido con motivo de una actividad gremial.

Afirma que existe sobrada prueba que acredita que el despido tuvo como motivo objetivo y razonable la conducta violenta, agresiva y mal educada de R. y que es agraviante que la sentencia haya tenido por acreditada la discriminación únicamente a través de meros indicios, cuando la aplicación del art. 1 de la Ley 23.592 exige de una fuera probatoria mayor, convictiva y de rigurosa interpretación.

2.5) El quinto agravio (que erróneamente la demandada lo menciona como "sexto") se basa en que la sentencia le ha exigido una justificación del despido mayor a la que la norma y la jurisprudencia le obligan ante denuncias de discriminación. Agrega que la sentencia de grado exige la "justa causa" del art. 242 LCT cuando debió acreditarse la existencia de un "motivo justo y razonable ajeno a la discriminación".

Luego de una serie de consideraciones aclara que la sentencia debió revisar si los hechos invocados en el telegrama rupturista existieron. Según afirma la agraviada, los mismos existieron y que existe razonabilidad en el despido

de un trabajador si el mismo tiene mal trato con sus compañeros de trabajo, es agresivo y violento, tiene un incidente por uso ilegítimo de su posición para darse un provecho económico indebido e insulta violentamente a personal jerárquico, tanto en público como en medios de comunicación masiva.

Concluye afirmando que la sentencia es arbitraria porque ha evaluado si el despido tuvo una "justa causa" y no si existió un motivo "objetivo y razonable", el cual se encuentra acreditado en autos.

2.6) Culmina la fundamentación agraviándose por el "daño moral" concedido al actor. Sostiene que no ha existido discriminación y que dicho rubro debe ser rechazado.

3 – <u>Agravios de la parte actora</u>

Se agravia la parte actora por considerar escueta la suma resarcitoria del daño moral invocado por el reclamante. Afirma que el actor experimentó profundos padecimientos; que estaban enfermo al ser despedido; que durante más de dos largos años tuvo que soportar las resultas de su afección sin medios de vida suficientes para sostener a su esposa e hijas menores; que estas circunstancias eran conocidas por la accionada quien pretendía coaccionar al actor ofreciendo sólo la indemnización por despido en tres cuotas; que los directivos de la demandada sabían de la afección de R. al tiempo del distracto y que la situación de pauperización soportada por el actor expandió sus efectos al grupo familiar que tuvo que soportar molestias y privaciones al carecer de ingresos por no poder trabajar debido a su enfermedad. En base a estos argumentos, pretende el aumento de la indemnización por daño moral.

4 – <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>

4.1) Conforme expresa la agraviada, al basar la a quo su decisión en los postulados de la Ley 25.392 ha hecho una interpretación en exceso del principio *"iura novit curia"*.

En realidad, la demandada no explica con claridad en qué o dónde radicaría el *exceso* al cual hace referencia, dado que reconoce que su pretensión no es excluir la aplicación de la Ley 25.392 sino que la sentenciante debió realizar una lectura conjunta con la Ley 23.551.

De todos modos no encuentro razonable el agravio esgrimido. Y ello así porque es dado al juzgador adjudicar al complejo de hechos relatados por las partes un encuadre distinto del que éstas propician, conforme a la fórmula "da mihi factum dato tibi ius" -dadme los hechos, yo pondré el derecho-; "venite ad factum, curia novit ius" (conf. SENTIS MELENDO, "Iura novit curia", Rev. D.Procesal, 1967, 2ª. parte, pág. 208 y sigs; SCBA, Ac. 15.267, 21/10/69).

Es decir, que con ajuste a los hechos denunciados y probados, el juzgador queda en libertad de efectuar la calificación jurídica pertinente con prescindencia de la rotulación legal efectuada por las partes, pero siempre dentro de los hechos o categorías de hechos puntualizados en los escritos de demanda y contestación.

Por lo tanto, incumbe a los jueces el encuadramiento legal del caso de acuerdo a los hechos acreditados en la causa, con prescindencia del derecho invocado (conf. SCBA, DJBA, 122, pág. 237; 123, pág. 370). No hay dudas en que interpretar y aplicar la normativa de fondo reguladora de la cuestión debatida configura una esencial atribución de la judicatura que se ejerce con independencia de la calificación jurídica efectuada por las partes (conf. SCBA, DJBA, 126, pág. 281).

En consecuencia, es sabido que el juez no se halla constreñido por la invocación legal que hicieran las partes, teniendo el deber de aplicar el derecho que juzgue regulatorio del caso y cuidando tan sólo de no alterar la

situación procesal, o de no cambiar los hechos constitutivos de la demanda y la causa petendi que la fundamenta, en grado que las torne distintas en su contenido.

Surge así como misión que alcanza el nivel de deber, la de aplicar el derecho objetivo, con independencia del invocado por las partes (conf. CSJN, 07/04/75, La Ley, 1975-D, pág. 456, sum. 1614; 20/08/75, "Fallos", 292, pág. 398). Es decir, que si el tema planteado remite a consideraciones de orden jurídico inherentes al derecho vigente, su aplicación es deber irrenunciable de los jueces, careciendo de efectos vinculatorios la fundamentación jurídica argüida por los justiciables (CSJN, 21/10/76, La Ley, 1977-A, pág. 502; ED, 70-165).

No surgiendo de autos que la a quo haya alterado los términos de la litis, acordando al actor lo que no pidió en su demanda o reconociendo defensas que la accionada no hizo valer en su responde, o que haya modificado los hechos expuestos o la cosa pedida alterando los supuestos iniciales de la demanda o que haya sustituido la acción interpuesta o sus fundamentos por otros distintos, corresponde concluir que no le asiste razón a la agraviada cuando afirma que la sentencia ha hecho una interpretación en exceso del principio *"iura novit curia"*, por lo que su agravio debe ser declarado desierto (arg. arts. 268, 269 CPCC).

4.2) Esgrime luego la quejosa que la sentenciante *"prejuzgó"* al decidir encuadrar el caso en los términos de la Ley 23.592 y que ello también se produjo al no haber considerado ninguna de las pruebas aportadas por su parte.

El *prejuzgamiento* se refiere al aporte subjetivo del magistrado, que ha de consistir en emitir opinión o juicio que haga entrever la decisión final que ha de tener la causa, formulado intempestivamente (conf. MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE, "Códigos Procesales", T. II, pág. 129).

Queda en claro, entonces, que el prejuzgamiento implica la emisión de opinión o dictamen preciso y fundado sobre el o los puntos concretos que deben ser materia de decisión, que se realizan después de comenzado el pleito, ya sea fuera de los autos o con relación a los mismos, o bien en el expediente pero antes de la oportunidad fijada por la ley para pronunciarse (conf. ALSINA, "Tratado", 2ª. edic., T. II, pág. 300/302, N° 53, nota 127; PALACIO, "Derecho Procesal Civil", T. II, pág. 323; PODETTI, "Tratado de la Competencia", pág. 518; SENTIS MELENDO, "Estudios de Derecho Procesal", T. I, págs.. 280/281; CSJN, Fallos 236:626).

En el caso en tratamiento, la a quo ha formulado su postura sobre la normativa aplicable al caso en el momento de dictar sentencia y no antes. Por lo tanto, no hubo aquí *prejuzgamiento*, como afirma la agraviada. Y ello así porque la opinión vertida por el magistrado en la oportunidad procesal y sobre los puntos sometidos a su consideración, no importa otra cosa que el cumplimiento de un deber impuesto por la ley, de manera que no configura prejuzgamiento (conf. Cám. 1ª., Sala II, La Plata, C. 139.277, reg. int. 628/69).

Ninguna duda cabe en cuanto a que el prejuzgamiento se configura cuando con anticipación a la sentencia de mérito media pronunciamiento sobre la cuestión de fondo a decidir, pero no cuando el magistrado expresa su postura al dictar sentencia. Es que los jueces no pueden rehusarse a juzgar, por lo cual las opiniones vertidas en la debida oportunidad procesal y sobre los puntos sometidos a su decisión no importan otra cosa que el cumplimiento de un deber impuesto por la ley y de ningún modo autorizan a considerar que ha prejuzgado. Constituye así presupuesto del prejuzgamiento el adelanto de la decisión final, lo que aquí no ha ocurrido y de allí que el agravio no proceda.

La cuestión planteada en el agravio con respecto a que la sentencia en crisis no consideró pruebas aportadas por la demandada y que ello habría hecho

incurrir en *prejuzgamiento* a la a quo, se derrumba con solo tener presente los requisitos ya analizados supra y que se exigen para que se el mismo se configure.

Los fundamentos vertidos me conducen a proponer al Acuerdo declarar desierto este punto del agravio (arg. arts. 268, 269 CPCC).

4.3) Se agravia la demanda porque -según afirma- la a quo no consideró las pruebas que ofreciera y que, de haberlo hecho, la decisión final hubiese sido contraria a la que dictó.

Adelanto que en esta parte de su fundamentación recursiva, la apelante muestra una clara disconformidad y discrepancia con lo decidido por la a quo pero no demuestra con nitidez porqué la sentencia hubiese sido distinta en caso de haberse merituado sus pruebas, sobre todo teniendo en cuenta que la sentenciante ha fundamentado su decisión.

Es sabido y constituye un principio afianzado en la praxis judicial que los jueces no están obligados a ponderar una a una todas las probanzas producidas, bastando con que se mencionen en forma clara aquellas que consideren conducentes para la resolución del caso (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1959, IV, págs.. 246 y 405; 1964, III, pág. 592; DJBA, 125, pág. 12; Cám.1ª.C.C.B.Blanca, La Ley 107-502; Cám.1ª.C.C.M. del Plata, JA, 1963, I, pág. 175; 1963, II, pág. 212; 1965, III, pág. 239; Cám.1ª.C.C.San Martín, Sala I, La Ley 979-380).

Es facultad del juzgador, por lo tanto, preferir unas pruebas a otras, haciendo referencia expresa a las que han servido más decididamente a las conclusiones a que arriba, sin que ello autorice a suponer ni afirmar que las otras no han sido computadas (conf. Cám.1ª.C.C.L. de Zamora, Sala II, RDF, 979-8-42, sum. 68). En consecuencia, no cabe descalificar la sentencia de primera instancia por no mencionar de manera minuciosa la prueba producida o -en lo que aquí interesa- por no hacer referencia concreta a la

prueba de la demandada, si de su lectura surge que el acto de decisión prudencial que vivifica el fallo no puede haber sido logrado sin la consideración de los medios de convicción arrimados (conf. Cám.1ª.C.C.Mercedes, Sala II, SP La Ley 979-304).

Lo hasta aquí expuesto y ante la insuficiencia del agravio, me conduce a considerar desierto el recurso en este punto (arts. 268, 269 CPCC).

Refiere luego la demandada, dentro de este mismo punto, el carácter difícil y agresivo de R. y afirma que fue despido por los problemas que devenían de su talante y personalidad agresiva, prepotente, pendenciera y violenta; luego reitera que su despido fue como consecuencia de su beligerante y agresiva personalidad. Esta afirmación no condice con los términos que surgen de la causal del despido obrantes en la C.D. del día 21 de Septiembre de 2011 que remitiera la empleadora al actor notificándole su despido (ver fs. 1). En efecto, en dicho instrumento se dijo: *"Habiendo incumplido Ud. sus deberes laborales, al haber incurrido en deslealtad manifiesta y falta de los deberes de fidelidad y buena fe para con esta A. P., y al mismo tiempo en falta de respeto e insulto al honor y honra de quienes dirigen como Presidente y Director; en manifestaciones públicas materializadas en los medios radiales y gráficos locales (LU17, D.d. M.), publicados y explicitados en la presente semana; y cuyos términos calumniantes e injuriantes han sido reiterados en manifestaciones personales en lugar, ocasión y circunstancias del trabajo en la presente semana; le hacemos saber que por decisión unánime de los Consejeros presentes en la reunión del día de la fecha, prescindimos de sus servicios a partir del día de hoy, por la causal mencionada…"*.

De la atenta lectura de la notificación del despido surge con evidencia que el agravio hace referencia a una causal de despido que no es la que la patronal invocó al despedir al actor. Es sabido que, esgrimida una causal no es posible con posterioridad pretender hacer jugar otra u otras. Una vez invocada la causa de rescisión contractual no se la podrá modificar ni

ampliar por declaración unilateral ni en el juicio posterior, por ninguna de las partes. Es lo que dice la última parte del art. 243 LCT: *"Ante la demanda que promoviere la parte interesada, no se admitirá la modificación de la causal de despido consignada en las comunicaciones antes referidas"*. La ley impone una suerte de fijeza prejudicial al acto de invocación de justa causa de rescisión (conf. ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", pág. 661, Ed. Astrea). Lo hasta aquí dicho desvirtúa lo expuesto en la queja.

Avanzo en el análisis de los agravios contenidos en este apartado y vemos que la demandada hace referencia al trámite de renovación del Certificado OPIP. En esta cuestión muestra su disconformidad con la calificación que hace la a quo y refiere que sus conclusiones son caprichosas, infundadas, antojadizas, parciales y prejuiciosas y que su parte no solicitó a la Prefectura que se le niegue la habilitación al actor.

A la luz de lo expuesto por la a quo en su sentencia con relación a este tema, es importante comprobar si la demandada ha logrado rebatir con éxito sus fundamentos.

En lo que a este punto se refiere, ha dicho la a quo: *"…desde el año 2005 en que el actor se le otorgó anualmente la renovación para actuar como OPIP, sistemáticamente los certificados de aptitud psicofísica fueron presentados por profesionales independientes de la demandada…"* (fs. 709 vta.). Seguidamente, la sentencia enumeró uno a uno los certificados médicos que fueron expedidos durante los años 2005 a 2011 inclusive y quiénes fueron los profesionales que en cada caso los otorgaron, con la indicación específica de la foja en que cada uno de ellos obra y destacando también las constancias obrantes en los autos *"R. R.G. c/ A. P. d. P. M.s/ Acción de Reinstalación"* (Expte. N° 10.087). Y continúa diciendo: *"…No obstante ello y tal como se desprende de la documental también remitida por Prefectura a fs. 379 -refoliado- y sgtes. de las presentes actuaciones, a menos de un mes del referido certificado de apto -esto es el 18/04/11- el Administrador de la demandada Dr. A., mediante la*

nota obrante a fs. 380 denunciaba ante la Prefectura la existencia de un informe médico confidencial, que evidentemente no es otro que obra a fs. 528 suscripto por Dr. R. -médico del servicio de la demandada-. Mientras ello sucedía se ocultaba deliberadamente tal proceder al actor (ver fs. 62 del expediente administrativo remitido por la Secretaría de Trabajo nro. 0564/11). Evidentemente, frente al informe peticionado por la demandada al Dr. R., la Prefectura no completó el trámite. El proceder en este aspecto de la cuestión de la demandada es decididamente arbitrario. En primer lugar, no pudo dar preeminencia a la opinión de su médico por encima de la opinión del profesional que había firmado el apto. Menos, pudo no solamente ocultar frente al trabajador la presentación que había efectuado ante Prefectura, sino decididamente brindar al actor información falaz... …lo cierto es que la actitud de la demandada en la emergencia no ha respetado los parámetros mínimos de buena fe (art. 63 y sgtes. LCT)…" (fs. 709 vta./710).

Estas claras y terminantes conclusiones de la sentencia en modo alguno son rebatidas con solidez por el agravio en tratamiento. Por lo tanto, han adquirido firmeza para la demandada (arg. arts. 268, 269 CPCC) y de allí que su queja no logra conmoverlas.

Con respecto al cambio de funciones de R., afirma la agraviada que con ello se dio una solución satisfactoria para las partes ante la no renovación del Certificado OPIP. Considero que no fue así y lo explico.

El cambio de funciones se asignó mediante Resolución N° 018/11 CAPPM, dictada el 19 de Mayo de 2011, otorgándole la función de Auxiliar de Seguridad y Medio Ambiente en zona operativa del muelle A. S. (fs. 39/40 Expte. 10.087). En los Considerandos de dicha resolución se menciona el proceso de reorganización.

Haciendo una comparación entre las funciones y responsabilidades que se establecen para el cargo de Oficial de Protección de Buques e Instalaciones Portuarias y el de Auxiliar de Seguridad (conf. fs. 135/137 del proceso de "Amparo" que tengo a la vista), surge una clara diferencia en lo que hace

tanto a la naturaleza como a la importancia y jerarquía de las mismas. Con lo cual tengo en claro que tal proceder (cambio de tareas) implicó una discriminación ilegítima dado que la empleadora actuó de modo tal que incurrió en un uso abusivo del *ius variandi* asignando al actor funciones inferiores a las que venía desempeñando desde el año 2004, lo cual es demostrativo de una evidente, improcedente y arbitraria discrecionalidad al privar injustificadamente al dependiente de obtener su reválida anual para poder continuar desempeñándose en el cargo de OPIP. Es por ello que no puede compartirse la afirmación de la recurrente en cuanto a que el cambio de tareas por ella dispuesto *"dio una solución satisfactoria para las partes"*.

Ante lo expuesto precedentemente, ninguna relevancia en favor de la demandada tiene la cuestión relativa a la acreditación o no del "proceso de reorganización portuaria" dado que, como acabo de concluir, el cambio de tareas del Sr. R. implicó un uso abusivo del *ius variandi* por parte de la empleadora.

Por lo hasta a aquí fundamentado, el rechazo de los agravios analizados deviene inevitable.

4.4) Plantea la demandada que la discriminación es de interpretación restrictiva y que para hacer lugar a la misma es necesario una prueba muy convictiva y demostrarse en forma clara que el despido fue dispuesto con motivo de la actividad gremial. Seguidamente plantea que se le ha exigido a su parte una justificación del despido mayor a la que la norma y la jurisprudencia le obligan ante denuncias de discriminación y agrega luego que los hechos invocados como causal del despido existieron. He de dar respuesta a los planteos.

Resulta importante destacar que la regla de "no discriminar" es uno de los pilares fundamentales del respeto a la dignidad humana y tal premisa está

consagrada en el plexo de derechos que integran nuestra Carta Magna -máxime con la incorporación de los instrumentos de derechos humanos, tras la reforma de 1994-. También cuenta con respaldo legal en la Ley de Contrato de Trabajo y en la Ley 23.592 sobre Actos Discriminatorios, que reglamenta las consecuencias de la comisión de tales actos y regula las sanciones para quienes los ejecuten.

El derecho fundamental a no ser discriminado no es un derecho específicamente laboral por cuanto no tiene su origen o razón de ser, exclusiva o principalmente, en las relaciones laborales. Sin embargo, la existencia de conductas de ese tipo en el ámbito laboral constituye una realidad presente que lesiona la dignidad de los hombres y mujeres que trabajan y vulnera, en definitiva, sus derechos fundamentales.

Resulta oportuno recordar que en la Declaración de Filadelfia de la OIT (1944) la comunidad internacional reconoció que "el trabajo no es una mercancía". El trabajo no es un objeto susceptible de negociación para obtener el mayor provecho económico o el más bajo precio; es parte de la vida diaria de todas las personas y el factor determinante e imprescindible para alcanzar la dignidad, el bienestar y el desarrollo humano (conf. PLAZA, M.E., *"Discriminación por motivos sindicales"*, La Ley 2012-C, 477).

Como enseña el maestro Krotoschin, conviene definir lo que debe entenderse por "discriminación". En cuanto discriminación es el acto de distinguir y de diferenciar, el término no tiene, por sí mismo, ningún sentido peyorativo, sino que al contrario puede indicar una actitud lícita y necesaria. En cambio, se califica la discriminación como ilícita cuando implica una desigualdad de trato no justificada. La expresión contraria a "discriminación" sería entonces "igualdad de trato" respecto de personas que por sus condiciones pueden pretenderla. Otra expresión equivalente sería "prohibición de trato diferente arbitrario" (conf. KROTOSCHIN, E., *"Discriminación e igualdad de trato en el derecho del trabajo"*, LT, 1971-305).

La garantía contra la discriminación es tan importante que ha encontrado su afirmación en el texto constitucional, así como también en distintos Tratados Internacionales de Derechos Humanos, que alcanzaron a destacarse luego de la reforma constitucional de 1994 (conf. lo dispuesto en el art. 75, inc. 22 CN, además, resultan de aplicación: Declaración Univ. De Derechos Humanos (arts. 1, 2 y 7), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Preámbulo y art. 2), Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto San José de Costa Rica (arts. 1.1 y 25), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.2), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2 inc. 1°). En los instrumentos internacionales sobre derechos humanos la dignidad aparece siempre conectada con la igualdad en un binomio inescindible, del que nace la prohibición de discriminación, en tanto que los motivos discriminatorios prohibidos colocan a ciertas personas y grupos en una situación adversa o de inferioridad que supone una negación de esa igualdad básica de todos, y por ende, una afrenta a la dignidad humana (conf. ZAS, O., *"Discriminación Laboral"*, Diario La Ley, 29/02/2012, pág. 6; PLAZA, M.E., ob. cit.).

La discriminación, pues, *"hiere el principio de igualdad garantizado por el art. 16 de la C.N."* (conf. VAZQUEZ, G.A. (Direct.), *"Tratado Jurisprudencial y Doctrinario – Derecho del Trabajo: Responsab. Civil y Penal en el Derecho Laboral"*, 1ª. edic., vol. 7, Ed. La Ley, 2010, pág. 251).

Concordando con lo hasta aquí expuesto, el art. 17 L.C.T. establece que se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivos de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad. La igualdad de trato es un bien jurídico protegido por esta norma, no pudiéndose realizar en perjuicio del trabajador cualquier diferenciación. Sin embargo, la existencia de conductas de ese tipo en las relaciones laborales constituye una realidad que lesiona la dignidad de los trabajadores.

Por su parte, la ley 23.592 contra la discriminación, específica en el tema, reglamenta las consecuencias que trae aparejada la comisión de actos discriminatorios, tanto en el ámbito del derecho penal (arts. 2° y 3°) como en el del derecho común (art. 1°) (conf. PLAZA, M.E., ob. cit.).

Con respecto a la actividad y/o cargas probatorias en las cuestiones como la que aquí estamos analizando, se ha dicho que *"...las formas de discriminaciones no son abiertas ni explícitas, no se apoyan en normas legales y como tales actitudes tienen un amplio repudio general, el encubrimiento y la disimulación del acto discriminatorio es lo habitual para quienes discriminan e incluso para las víctimas de la discriminación. Frente a ello, es necesario efectuar una lectura de los hechos más allá de su expresión literal en concordancia con el principio de primacía de la realidad comprendido dentro del derecho protectorio respecto del cual juega como un comportamiento a fin de que éste no pueda ser marginado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad... Aún cuando existe una norma legal sustantiva que establece la prohibición de discriminar en forma genérica por cualquiera de las causas, la víctima de dicha acción ilegal tiene gran dificultad en hacer valer el derecho violentado, si se ve obligada a presentar todos los elementos de prueba de la discriminación..."*(CNTrab., Sala VI, 30/06/2011, TySS 2011 (Sept.), 717).

En lo que respecta al *onus probandi*, destaca PLAZA (ob. cit.) que existen en doctrina básicamente tres posturas: a) la primera, considera que la discriminación debe ser probada por quien la alega, según las reglas generales de la prueba. Esta tesitura, actualmente, encuentra poca aceptación por la doctrina y jurisprudencia; b) una segunda opinión sostiene que cuando el trabajador se siente discriminado por alguna de las causas de distinción reprobadas por el ordenamiento jurídico como base de diferenciación, el onus probandi pesa sobre el empleador. Así, el Dr. Kiper sostiene que resulta mucho más difícil para el trabajador probar la discriminación, que para el empleador acreditar la justa causa, si es que

existe. Y agrega que el trabajador debe demostrar que se encuentra en un estado de igualdad efectiva con otro; y el patrón su derecho a un tratamiento desigual (conf. KIPER, C.M., *"Derechos de las minorías ante la discriminación"*, pág. 239, Ed. Hammurabi, 1998); c) la tercera tendencia afirma que basta que el trabajador proporcione un cuadro indiciario que permita la sospecha del acto discriminatorio, para que se desplace hacia el empleador la carga de acreditar que su actuación obedeció a causas extrañas a la vulneración de los derechos fundamentales ofendidos. Como bien destaca Gabriela Vázquez, se trata de una expresión concreta de la idea de las cargas dinámicas que, con emplazamiento en el principio general de buena fe, permite exigir la acreditación de un hecho a aquella parte que se encuentra en mejor situación de hacerlo; directriz que ha sido consagrada como regla en algunos códigos procesales locales (vg. Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, art. 360, párrafo final) (conf. VAZQUEZ, G., ob. cit., pág. 258). Actualmente, es ésta la tesis dominante en la jurisprudencia de los tribunales laborales.

En efecto, la jurisprudencia mayoritaria adoptó la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas según la cual no corresponde exigir al trabajador plena prueba de la razón o causa discriminatoria, bastando que aporte indicios verosímiles y concordantes de dicho extremo (art. 163, inc. 5° CPCC). Así, se produce una inversión de la carga de la prueba (art. 377 CPCC), con base en la premisa que el empleado se encuentra en mejores condiciones para demostrar los hechos objetivos determinantes del distracto (conf. CSJN, in re *"Alvarez, M. y Ots. c/ Cencosud SA s/ Amparo"*, 07/12/2010, Fallos 333:2306; CNAT, Sala V, 20/12/2007; ídem, Sala IX, 18/03/2010; CNCiv., Sala H, 21/05/09, entre otros, citados por ZAMORANO, E., *"El despido discriminatorio por razones gremiales"*, DT 2011 (Mayo), pág. 1093).

Nuestro Máximo Tribunal ha dicho al respecto: *"...resultará suficiente, para la parte que afirma dicho motivo [discriminación], con la acreditación de hechos que, prima facie evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica..."*(CSJN, *"Pellicori, L.S. c/ Colegio Púb. de Abog. de la Cap. Federal"*, 15/11/2011, DT, 2011 (Dic.), 3231).

Son numerosos y uniformes los pronunciamientos dictados sobre este tema por casi todas las Salas de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Así, se ha señalado: *"...procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar; tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba...ello no quiere decir que se va a tener por acreditado el hecho discriminatorio desencadenante sin más, sino que se debe dar pie a la inversión de la carga de la prueba debiendo el empleador probar que su accionar encontró una causa distinta, quedando descartada la violencia a la dignidad o discriminación, acoso o lo que fuere..."*(CNAT, Sala VII, 13/09/2011, DT 2012 (Enero), 87; ídem, Sala VII, 31/03/2011, DT 2011 (Junio), 1481; ídem, Sala III, Sent. Def. N° 91.189, 29/07/09, La Ley 02/12/09; ídem, Sala I, Sent. Def. N° 86.238, 26/10/2010, LL Online AR/JUR/71189/2010).

La misma Cámara, Sala II, dijo: *"...es el empleador quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas probatorias, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones, es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la constatación de los hechos negativos..."*(in re *"Cresta, E. c/ Arcos Dorados SA s/*

Daños y Perj.", 07/07/05, sent. N° 93.623); sosteniendo la Sala VIII que *"...basta que el trabajador proporcione un cuadro indiciario que permita la sospecha del acto discriminatorio para que se desplace hacia el empleador la carga de acreditar que su actuación obedeció a causas absolutamente extrañas a la vulneración de los derechos fundamentales ofendidos..."*(in re *"Romero, S.H. c/ Hipódromo Arg. de Palermo SA s/ Juicio Sumarísimo*", 18/11/08, TySS 2009-150), como así también que *"...si se establece el acto objetivo que obliga a inferir razonablemente una decisión de represalia frente al actuar lícito, incumbe a la demandada demostrar la existencia de una causa adecuada que excluya la presunción de discriminación..."*(CNAT, Sala VI, 10/03/04, TySS 2004-689).

Es interesante destacar que en el caso *"D'Errico, L.M. c/ Le Lis S.A. s/ Despido"*, sentencia definitiva N° 73.671 del 30/11/ 2011, de la Sala V de la CNAT, el Dr. Zas, vocal preopinante en Cámara, destacó la dificultad probatoria de los actos de discriminación emanados de particulares y afirma que, en estos casos, debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de las cargas de la prueba, tal como lo advierte la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), al referirse al convenio nro. 111 sobre Discriminación en el empleo y la producción (de 1958).

Seguidamente, menciona el art. 5° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para puntualizar la igualdad de todas las personas ante la ley y los tribunales, señalando también que la Corte Interamericana de Derechos Humanos consagra el derecho al debido proceso legal derivado de la dignidad inherente a la persona humana. Estima que la desigualdad en el proceso entre el trabajador -litigante débil- y el empleador -provisto de todos los medios de defensa- permite que la ley introduzca factores de compensación o corrección que favorezcan la igualdad entre ambas partes.

Destaca que la reforma constitucional del año 1994, con la jerarquización constitucional de tratados, declaraciones y pactos, permitió que la jurisprudencia se convierta en una guía de interpretación de sus preceptos (entre ellos, CSJN, 7/4/95, *"Giroldi, Horacio David y otro s/Recurso de Casación"*; CSJN, 26/9/06, *"Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus"*, CSJN, 3/5/05; *"Almonacid"*, entre muchos otros), y puntualiza la necesidad de ejercer un control de convencionalidad por parte del Poder Judicial.

Insiste que el trabajador tiene la carga de aportar un 'indicio razonable' de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél. Precisa que no basta una mera alegación, sino que debe acreditarse la existencia de algún elemento que dé creencia racional sobre su posibilidad para formar de una manera plena la convicción del tribunal. De este modo, queda configurado un cuadro indiciario y recae, pues, sobre el empleador la carga de acreditar que su actuación tiene causas reales, extrañas a la invocada vulneración de derechos fundamentales. Así, la sospecha de discriminación es el nivel al que debe tender la actividad probatoria del demandante.

Afirma que la articulación del *'onus probandi'* en materia de despidos discriminatorios y lesivos de derechos fundamentales del trabajador responde no sólo a las serias dificultades de la prueba del hecho discriminatorio o lesivo del derecho fundamental, sino también a las exigencias de tutela de tales derechos.

Comparte y hace suyos los fundamentos que expuso el Alto Tribunal en la causa *"Pellicori, Liliana Silvia c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal"* (sentencia del 15/11/2011), los que coinciden en lo sustancial, con los argumentos vertidos por el Dr. Zas (conf. PLAZA, M.E., ob. cit.).

Lo que hasta aquí he desarrollado configura una acabada y fundada respuesta a la postura de la agraviada en cuanto sostiene que para que se

admita la discriminación es necesario una prueba muy convictiva y debe demostrarse en forma clara que el despido fue dispuesto con motivo de la actividad gremial desplegada por el dependiente. Tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria ha sentado la doctrina contraria, según hemos visto hasta aquí y de allí que el agravio no deba ser admitido.

He de compratir la conclusión de la a quo en el sentido de que el análisis de las pruebas rendidas en la causa permiten tener por acreditada la existencia de un panorama indiciario suficiente en orden a la alegada discriminación antisindical. No ha demostrado lo contrario la recurrente.

Por otra parte, la sentencia ha hecho un análisis de los distintos antecedentes obrantes en autos, de las pruebas aportadas, de las denuncias efectuadas por R., de las actuaciones administrativas y judiciales oportunamente instruidas y acompañadas al proceso, del irregular procedimiento cumplido para el trámite de la renovación del Certificado OPIP al actor y arribó a la conclusión de que el proceder de la demandada fue "*decididamente arbitrario*", destacando que en el cambio de funciones de R., "*…la actitud de la demandada… no ha respetado los parámetros mínimos de buena fe (art. 63 y sigtes LCT)…*". Es por ello que concluyó diciendo: "*…El raconto efectuado muestra a las claras que se encuentran más que acreditada la prueba indiciaria de la discriminación…*" (fs. 710).

Debo destacar que, sin perjuicio de lo ya dicho sobre los indicios y su relevancia en el presente caso, la sentencia fue muy clara también cuando ha dicho que el cuadro se completa con la aparición en escena del SUTAP y la información periodística hasta ese momento de que el actor sería designado delegado normalizador. Pues bien, surge de la sentencia en crisis que en el contexto de franco enfrentamiento en que ya se desenvolvía la relación, el despido tuvo su antecedente –reconocido por la demandada en su comunicación rupturista- en la pública y promocionada actividad

sindical del actor el que, conforme las noticias periodísticas, podía tener representación sindical (ver fs. 710 vta.). Esto no lo rebate la recurrente.

Remarcó también la a quo que en el D. d. M. del 16/09/11 obra una nota titulada *"Cuestionan el desempeño de A. en la A. P."* en donde integrantes de la conducción nacional del SUTAP formulan declaraciones y pueden leerse declaraciones críticas formuladas por G. R."*…quien encabezará la normalización en el sindicato a nivel local…"*. Tres días después, agrega la a quo, información similar respecto al actor aparece en el diario E. C. (ver fs. 710 vta.).

Seguidamente dijo la sentenciante: *"…El despido, por las causas que se mencionan en la comunicación rupturista…, se produjo el 21/09/11 y si bien es cierto que no es motivo de la discusión de autos estrictamente la calificación de la causa de despido, también lo es que en el contexto ya señalado, evidente para mí resulta que el distracto tuvo su razón de ser en la actividad sindical del actor, sin entrar por ende a analizar ya que escapa al marco del presente pleito, si el SUTAP podía actuar ante el puerto local o no. En el presente caso, la dificultad del tema en estudio hace que la demandada estuviera en mejor posición para demostrar que no hubo discriminación, a pesar de los indicios. Ella misma es quien debió demostrar que el despido del actor, no obedeció a su actividad sindical y no lo ha hecho, más allá de las calificaciones peyorativas sobre el carácter del actor y el episodio que mereció la advertencia disciplinaria no se han acreditado causas reales que llevaran al distracto –ya que las declaraciones periodísticas mencionadas si bien pueden tildarse de fuertes, decididamente no constituyen, a la luz de lo relatado, la causa real del despido…"* (fs. 710 vta./711). Ningún elemento o probanza surge de los fundamentos del recurso con lo cual puedan descalificarse estas conclusiones de la sentencia y de allí que la queja no pueda ser admitida.

Con respecto a las manifestaciones públicas de R. y que fueran causal del despido, conforme los términos de la comunicación rupturista (fs. 1) y sin perjuicio de la liviandad del agravio en este punto, no advierto que tengan

el carácter de injuriante que le atribuyera la demandada. Por otra parte, del análisis realizado de las declaraciones en cuestión y de las distintas publicaciones acompañadas, surgen que las mismas son exteriorizaciones de la actividad sindical desempeñada por el actor y acreditan también el ejercicio de una representación gremial, lo cual es más que evidente que no puede ser desconocido por la patronal.

Es por ello que no se alcanza a comprender en qué funda su postura la agraviada cuando afirma que las causales del despido se encuentran acreditadas, dado que ello ni surge de autos ni lo ha demostrado la empleadora.

Por último y a la luz de lo hasta aquí analizado y fundamentado, es evidente que no le asiste razón a la queja cuando menciona que se le ha exigido una justificación del despido mayor a la que la norma y la jurisprudencia le obligan ante denuncias de discriminación. La sentencia ha sido muy clara en sus fundamentos y conclusiones, las que no han sido rebatidas por la demandada, según lo he destacado supra. Todo ello, sin perjuicio de lo que hasta aquí he fundamentado dando respuesta a la agraviada.

Por lo tanto, el agravio no tiene razonabilidad.

Es indudable que la demandada no ha logrado demostrar que el despido del accionante obedeció a causas reales extrañas a la discriminación antisindical, de modo tal que puedan explicar objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas la decisión extintiva, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión del derecho fundamental del trabajador.

Por ello, destaco que se impuso la idea que se requiere que el trabajador sólo despliegue una actividad probatoria tendiente a demostrar un cuadro indiciario y 'sospecha de discriminación' con hechos concretos y conducentes para presumir un acto discriminatorio. Así lo ha entendido

calificada doctrina y la mayoría de las decisiones judiciales también se han inclinado en tal sentido, según hemos visto supra.

En tal contexto, si el empleador no refuta tal presunción con prueba idónea de un motivo legítimo no discriminatorio, asume plena virtualidad la discriminación enrostrada, y permite que el juez de la causa tenga por demostrado el acto discriminatorio invocado (conf. PLAZA, M.E. ob. cit.).

Cabe destacar, asimismo, que la propia doctrina sentada por la CSJN en la causa *"Pellicori"* ya citada, refuerza y coincide con tal tesitura. De allí que la decisión adoptada en la sentencia en crisis se ajusta al criterio sentado por el Máximo Tribunal Nacional con respecto al *onus probandi* en materia de discriminación y acompaña la protección del trabajador, víctima de una situación desigual, arbitraria o lisa y llanamente, discriminatoria, por lo que la misma debe ser confirmada por este Cuerpo. Es mi voto.

4.5) El último agravio de la demandada hace referencia a la improcedencia de haber sido condenada a indemnizar el "daño moral" causado al reclamante. Según ella, al no haber existido "discriminación" el rubro en cuestión debe ser rechazado.

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente, el tratamiento de esta cuestión ha devenido abstracta.

5 – <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>

Se agravia la parte actora por considerar escueta la suma fijada en la sentencia para indemnizar el "daño moral".

Adelanto que toda la fundamentación expuesta en sus agravios por la actora no tiene precedente alguno en el escrito inicial de demanda. Surge de la misma que el actor -en lo que a la reparación del Daño Moral se refiere- dijo: *"…solicito también se resarza el daño moral ocasionado a mi mandante…"* (fs. 81) y en el Petitorio solicitó *"…la reparación del daño moral causado…"* (fs.

103 vta.), sin plantear ningún argumento o fundamento en sustento de su pretensión indemnizatoria.

Es por ello que al analizar los términos de la queja, se advierten la introducción de planteos y cuestiones que no se hicieron en la presentación inicial para dar sustento a la pretensión indemnizatoria. O sea, en el agravio se plantean circunstancias y hechos que no fueron puestas a consideración de la a quo para la evaluación del "daño moral" causado al reclamante por la conducta de la patronal. Por lo tanto, la norma del art. 280 del ritual impide su consideración en esta instancia. Ello es así porque la Cámara de Apelaciones únicamente puede pronunciarse respecto de las cuestiones involucradas en los escritos constitutivos de la Litis, todo ello sin perjuicio de la excepción que puedan ofrecer los hechos nuevos o bien respecto de aquellas materias que, por razones de índole temporal, no fueron susceptibles de decisión por parte del "iudex a quo" (conf. PALACIO, L.E., "*Derecho Procesal Civil*", T. V, págs.. 81/82 y 460). Por otra parte, se envuelve en un atentado al derecho de defensa en juicio si la Cámara incursiona en cuestiones no propuestas oportunamente por el demandante, alterando el contenido de la relación procesal.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, solo le queda por considerar a esta Alzada la disconformidad vertida por el recurrente por considerar insuficiente la indemnización fijada por la a quo, la cual -según afirma- no puede ser inferior al 25% de los salarios adeudados actualmente por la demandada.

El agravio no demuestra con solidez los errores en que habría incurrido la Sra. Magistrada a quo al fijar el monto en cuestión y los fundamentos que aconsejan su elevación.

Obviamente -permítaseme reiterarlo- tengo en cuenta lo expuesto precedentemente con respecto al planteo de cuestiones en el agravio que no fueron puestas a consideración en la anterior instancia a los efectos de la

evaluación de la reparación del daño en tratamiento. Por lo tanto, es evidente que la exposición del agraviado relacionada con el daño moral y que conducirían -según su postura- a un incremento de la indemnización, carecen de peso ya que no pueden ser aquí consideradas en razón de su extemporaneidad.

De lo expuesto surge que el agravio no alcanza a tener una estructura sólida, concreta y precisa para convertirse en una cabal demostración del error cometido por la sentenciante al fijar la indemnización por daño moral, por lo que el mismo debe ser rechazado. Así lo voto.

6 – <u>Conclusión</u>

En atención a que los agravios de los recurrentes no logran hacer mella en la decisión recurrida, he de concluir que corresponde confirmar la misma en todo lo que ha sido materia recursiva.

7 – <u>Costas de la Alzada</u>

Con respecto a las costas de la Alzada, corresponde que sean impuestas de la siguiente manera: **a) <u>por el recurso interpuesto por la parte demandada</u>,** las mismas se le imponen a la recurrente que resulta vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de sus letrados, Dres. D. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia y a los apoderados de la parte actora, Dres. E. A. I. y M. B. I., en conjunto, en el 30% de los que les correspondieren por su actuación en primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); y **b) <u>por el recurso interpuesto por la parte actora</u>**, corresponde imponer las costas de esta instancia a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC). Con respecto a la actuación en la Alzada de su letrado apoderado, Dr. E. A. I., propongo

regular sus honorarios en el 25% de los que les corresponda por su labor en la anterior instancia y los de los letrados de la parte demandada, Dres. D. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su intervención en primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA TERCERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

A LA TERCERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

1.

1.1.

Se agravia la demandada por estimar que el decisorio aplicó erróneamente la ley 23.592, apartando el caso de la aplicación de la ley 23.551, con el argumento de resultar ser más "abarcativa". Considera al respecto que el decisorio hizo una aplicación excesiva del *iura novit curia*, sin respeto por el principio de congruencia y afectando en consecuencia el derecho de defensa en juicio y el debido proceso.

Estima que la ley especial debe aplicarse por sobre la norma general de modo que la ley 23.551, destinada a regular a las asociaciones sindicales debió primar por sobre la ley 23.592, dirigida a sancionar y prevenir actos discriminatorios de cualquier tipo.

Señala que el pronunciamiento es arbitrario en cuanto no aplicó el régimen específico de protección sindical, debiendo evaluar el supuesto acto discriminatorio en forma complementaria e integrada con las disposiciones normativas destinadas a quienes invocan representación y/o tutela sindical.

En esa línea de ideas, estima que el decisorio realizó una interpretación

forzada de la doctrina de la Corte Suprema, ya que ésta sostiene la necesidad de aplicación, en supuestos como el presente, que la ley 23.592 debe ser aplicada en forma armónica, complementaria y razonable.

Debo dejar establecido que el principio *iura novit curia* no se contrapone con el principio de congruencia amparado por los arts. 17 y 18, CN, ya que la subsunción jurídica del *thema decidendum* es una tarea plenamente autónoma, pudiendo la sentencia suplir el derecho silenciado o prescindir del encuadre normativo erróneo que algunas o todas las partes invocaran, aun cuando estuvieran de acuerdo en ello.

Como regla general en materia de derechos rige el principio de absoluta libertad del juzgador, tanto en la elección como en la aplicación de la norma jurídica. Lo que significa que, partiendo de los hechos proporcionados por las partes, los jueces y tribunales pueden aplicar los preceptos que estimen justos y adecuados cuando concurren diversas normas jurídicas reguladoras de la misma relación; y no falta a la congruencia la resolución que, sin apartarse de los hechos alegados por los litigantes, matiza con apreciaciones jurídicas y aplicación de preceptos no alegados (cfr. Serra Domínguez, Manuel, "Estudios de Derecho Procesal", p. 403-406, Ed. Ariel (Barcelona), ED, 107-666 y ED, 109-185 y fallo de la CSJN en la causa C.79.XXIII, "Chilar S.A. v. Junta Nacional de Granos s/ordinario", fallada el 22/2/94 (JA, 1996-I, síntesis).

Claro está, que dicho principio no habilita a los jueces a efectuar interpretaciones más allá de lo peticionado por las partes, razón por la cual deben tener en cuenta las pretensiones deducidas en el juicio y una vez determinada la realidad de los hechos, calificarlos según corresponda por ley. Tampoco le permite al juzgador enmendar a las partes variando las causas o el objeto, pues ello les está absolutamente vedado y tornaría nula la sentencia (cfr. López Carusillo, María Magdalena - Martínez, Verónica A,

“ El principio *iura novit curia*: límites”, LLC 2006 , 881 , Cita Online: AR/DOC/3438/2006).

De modo tal que, dejando a salvo el exceso en el marco de la interpretación de lo pedido por las partes, la modificación del objeto o de la causa, que son sus límites, el Juez cuenta con un terreno amplio para la aplicación del derecho, aun no invocado o erróneamente invocado por las partes.

El apelante no puntualiza cuáles de esos límites fueron sobrepasados por la sentencia en análisis. Más bien entiende, desde su óptica, que debió hacer prevalecer una norma sobre la otra por cuestiones de especificidad, considerando que con ello quedó desbordada su facultad de decir el derecho. A la luz de sus expresiones, pareciera ser que la ley 23.592 es subsidiaria más que “general”, tal como la califica, y ello no surge de su texto. En síntesis, brinda en su agravio un parecer distinto de cómo debió el pronunciamiento aplicar la norma y ello, a mi juicio, deja vacua a la queja de los requisitos de razonada y concreta.

Esta parcela del agravio, debe ser declarada desierta (arts. 268 y 269, del CPCC).

1.2.

Señala en lo que intitula como segundo agravio, que el pronunciamiento realizó un prejuzgamiento al adelantar que lo dictaría en los términos de la ley 23.592.

Agrega que el decisorio hizo mención a que tuvo en cuenta como “premisa de trabajo” la conducta discriminatoria del empleador, en tanto debió -mas no lo hizo- analizar y sopesar la prueba rendida.

Se ha señalado que el prejuzgamiento se configura cuando el juzgador emite opiniones intempestivas y que versan sobre la cuestión de fondo a decidir en el litigio pendiente de sentencia (cfr. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de La Rioja, sala B en lo Civil, Comercial y de Minas,

"Banco Hipotecario S.A. s/casación", 22/08/2012, La Ley Online, AR/JUR/47477/2012), es decir, cuando el juez, sin que el estado del proceso lo exija, emite opinión precisa y fundada sobre el o los puntos concretos que deben ser material de decisión en la sentencia definitiva, después de comenzado el pleito, ya sea fuera de los autos o con relación a estos.

De modo tal que, para que exista tal perjuzgamiento, es menester que el Juez haya adelantado opinión sobre aquello que es cuestión a dilucidar en la sentencia.

Que yo sepa, lo que se está analizando en autos es el decisorio definitivo dictado en la Instancia anterior, y claro está que esa y no otra era la oportunidad procesal en que el juzgador debía hacer mérito de los antecedentes fácticos de autos, su prueba y la subsunción en el derecho aplicable.

A la luz de lo dicho por nuestro Máximo Tribunal, la sentencia constituye un todo indivisible demostrativo de una unidad lógico-jurídica en que la parte dispositiva no es sino la conclusión final y necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Belagardi, Julio A. c. Lotería Nacional Soc. de Estado", 10/04/2007, La Ley Online, AR/JUR/3613/2007), razón por la cual, que el juzgador adelante que aplicará tal o cual norma, en el cuerpo de la sentencia, no responde al concepto de prejuzgamiento a la luz, precisamente, de esa unidad lógico-jurídica.

De allí que la queja traída carezca de todo razonamiento lógico, y deba ser declarada desierta (arts. 268 y 269, del CPCC).

1.3.

Tal como lo realizó el Dr. Fiordelisi, esta queja debe desbrozarse en cuatro partes.

La primera de ellas, refiere a una evaluación arbitraria de la prueba. Considera que sólo se han considerado alguna de ellas, torciendo su significado e incurriendo, en consecuencia, en una interpretación equivocada de los hechos probados.

De la lectura de esta primera porción del agravio, se desprende que el apelante realiza remisiones genéricas a prueba rendida, sin señalar de qué modo el fallo hubiera adoptado una decisión distinta de haberse considerado otra prueba, sin percatarse, además, que el juzgador no está obligado a hacer referencia a toda la prueba, sino a aquella necesaria para la dilucidación del caso.

Desde esta perspectiva, esta porción de la queja no ha de ser considerada tal, sino una mera discrepancia con el fallo apelado y por lo tanto, declarada desierta (art. 268 y 269, del CPCC).

La segunda parcela del presente agravio, da cuenta del carácter agresivo del actor, su antecedente disciplinario y las causas que lo originaron, la especial atención que debiera prestarse al hecho de valerse de su condición de Oficial OPIP, y que, en definitiva, la causal del despido se centró en su personalidad y no en su actividad sindical.

No obstante ello, resulta estéril dicha referencia, en tanto -tal como lo señala y cita expresamente el Sr. Juez de primer voto- las causales invocadas en el despacho epistolar de fs. 1 han sido otras, cuando es sabido que no es permitido modificar la causal de despido invocada en las comunicaciones previas (arg. art. 243, LCT.

La pretendida circunstancia de poner de resalto prueba tendiente a acreditar una causal de despido que no fue la invocada al comunicar la voluntad de prescindir de los servicios del actor, resulta abstracta y por ende, ha de conllevar al rechazo de la queja.

La tercera queja critica los términos sentenciales referidos a lo que dicha pieza dio en llamar “inconducta” de la demandada, habiendo ocultado ésta

en forma deliberada su proceder, privilegiando el informe del Dr. R., a la sazón, su consultor técnico, respecto del de la Dra. G. Concluye que tales términos han sido antojadizos, parciales y prejuiciosos.

Rebate esta porción del decisorio, sosteniendo lo contrario, sin dar fundamento de ello, emitiendo al respecto una opinión distinta.

El Sr. Juez de voto anterior realizó una transcripción textual de los términos sentenciales en tal sentido, los que puedo resumir del siguiente modo: a) desde 2005, los certificados de aptitud psicofísica fueron presentados por profesionales independientes de la demandada, dando cuenta detallada de ello; b) la denuncia del A. d. P. (fs. 380) de la existencia, ante Prefectura, de un informe confidencial, que era el labrado por R., en tanto, se ocultaba tal proceder al actor y frente a ello, surge evidente, que Prefectura no completó el trámite a consecuencia de ello; c) no pudo la demandada dar preeminencia a la opinión de su médico respecto del profesional que había suscripto el apto, concluyendo que no han sido respetados los parámetros de la buena fe.

Al brindar la queja una opinión distinta, sin hacerse cargo de los fundamentos que en prieta síntesis acabo de exponer, demás está señalar que no rebate, de modo razonado y concreto, los términos sentenciales y la suerte del agravio no puede ser otro que el de su deserción (arts. 268 y 269, del CPCC).

En cuarto lugar, se queja la apelante por considerar que el decisorio no ha evaluado que su parte dio solución satisfactoria para todas las partes al designar al actor como auxiliar en Seguridad e Higiene. Ello, teniendo en cuenta que el certificado emitido por su propio médico sembraba dudas sobre la aptitud del actor para obtener el certificado OPIP, a lo que habría de sumársele la decisión de Prefectura de no otorgarle la renovación de aquél, asignándosele un nuevo puesto de trabajo en el marco del proceso de reorganización portuaria.

No tengo dudas que el cambio en las funciones (ver fs. 135/137, del juicio de "Amparo") redundó en perjuicio del actor, pues se le otorgaron menores responsabilidades en una nueva función de menor jerarquía e importancia, implicando ello un ejercicio abusivo del *ius variandi*. De allí, que la "solución" al conflicto suscitado al que refiere el agravio no deja de constituirse en una opinión personal, insusceptible como tal, de conmover las afirmaciones del pronunciamiento. Estimo, al igual que el Dr. Fiordelisi, que esta parcela de la queja debe ser desestimada.

1.4.

Plantea la recurrente que la sentencia ha otorgado a los indicios un valor indebido, en el marco de una errónea valoración probatoria. Era menester, a su criterio, la producción de una prueba verdaderamente convictiva y una apreciación sumamente exigente para concluir en una nulidad de despido.

Agrega que el decisorio ha exigido a su parte una justificación de despido aun mayor a la que exigen la norma y la jurisprudencia en supuestos de discriminación, cuando en verdad ésta es de interpretación restrictiva.

En sintonía con lo expresado por el Sr. Juez de voto anterior, y sin perjuicio del espectro normativo del derecho internacional en la materia descripto por el Dr. Fiordelisi es dable señalar que, en el orden interno, amén de los arts. 14, 14 bis y 16, CN, el art. 17, LCT prohíbe cualquier tipo de discriminación entre trabajadores por razones de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

Esta norma, responde a los derechos de igualdad y no discriminación de las personas que son trabajadores, y que por haber sido reconocidos por nuestra Carta Magna, son fundamentales.

Siendo la arbitrariedad inherente a la discriminación, y la ilicitud su ámbito natural, no empecen los criterios que establecen distintas categorías de discriminación: la hay, o no la hay, pero no puede haberla a medias.

Finalmente, en lo específico, la ley 23.592, señala en su art. 1° que "quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados".

Establecido el marco normativo de la problemática traída a análisis, cuadra determinar el funcionamiento de la prueba del antecedente fáctico de autos, a fin de dilucidar si ha existido o no el acto discriminatorio del que da cuenta el presente proceso, y sobre el cual alza su queja la demandada. Ello así, a fin de no desviar el hilo conductor que ha trazado el primer voto y en atención a los términos de la quejosa en cuanto a la necesidad de una prueba convictiva y de una apreciación muy exigente de los elementos traídos a análisis.

La Corte Suprema de Justicia, en el fallo citado por el Dr. Fiordelisi, señaló que "en los procesos donde se controvierte la existencia de un motivo discriminatorio del acto en juego resultará suficiente, para la parte que afirma haber sufrido tal acto, la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resulten idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado, a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación" (cfr. CSJN, Fallos: 334:1387, LL, online: AR/JUR/68958/2011).

Para arribar a tal conclusión, la Corte Suprema consideró que resultaba suficiente, para la parte que afirma la discriminación, con la acreditación de hechos que, *prima facie* evaluados, resultasen idóneos para inducir su existencia, caso en el cual corresponderá al demandado a quien se reprocha la comisión del trato impugnado, la prueba de que éste tuvo como causa un motivo objetivo y razonable ajeno a toda discriminación. La evaluación de

uno y otro extremo, naturalmente, es cometido propio de los jueces de la causa, a ser cumplido de conformidad con las reglas de la sana crítica (cfr. fallo citado).

En esa línea de ideas, el decisorio de autos realizó un exhaustivo análisis de la prueba producida en autos: a) la denuncia de malos tratos efectuada por R. ante la Secretaría de Trabajo el 26.04.10 en el expte. 04-0691/10, en donde la única respuesta de la demandada fue declinar la vía administrativa y el simultáneo pedido de desafiliación de APDFA; b) la denuncia de R. en el expte. 0564/11 de la Secretaría de Trabajo; c) la inconducta de la demandada en cuanto a la renovación del certificado OPIP; d) su cambio de funciones en el marco de un proceso de reorganización de la Administración (no acreditado) sin respetar el principio de buena fe del art. 63, LCT; e) la información periodística de la posible designación de R. como delegado normalizador de SUTAP, extremo que la demandada apelante no rebate en el agravio.

Las circunstancias mencionadas en los ptos. a) a d) fueron tomadas por la pieza sentencial como prueba indiciaria de la discriminación, en tanto la demandada debió -y no logró- demostrar que el despido del actor no obedeció a su actividad sindical, tal cual lo edicta el pronunciamiento de la Corte Suprema en el fallo "Pellicori" citado precedentemente, siempre y cuando claro está, sea juzgada esa prueba a la luz de la sana crítica, lo que a mi juicio ha quedado plasmado en el desarrollo de las consideraciones sentenciales.

Finalmente, tengo para mí que la apelante no ha dado cuenta de la afirmación que formula en su queja sobre la exigencia de la sentencia a su parte de una justificación mayor del despido a las propias directivas de la norma y la jurisprudencia.

Así las cosas, soy partidario de desestimar las quejas y confirmar el fallo apelado por la demandada.

2.

Se agravia la actora por estimar que el monto de la condena en concepto de daño moral ha sido escueto.

Señala que, para arribar a la suma de condena, no han sido tenidos en cuenta los padecimientos de R. quien se encontraba enfermo al momento de decidirse su despido, soportando las consecuencias de su afección por más de dos años, sin medios de vida suficientes para sostener a su grupo familiar, circunstancias éstas que eran conocidas por la demandada. Considera que el monto resarcitorio debe estimarse en no menos del 25% de los salarios adeudados por la demandada.

El art. 280, del CPCC veda a esta Alzada decidir sobre cuestiones no propuestas al Juez de la Instancia anterior.

La instancia revisora de la Alzada, no se instituyó para producir un segundo juicio independiente del formalizado en la Instancia de origen. De allí que en virtud del art. 280, del CPCC resulta inaudible el agravio, cuando el apelante pretende hacer ingresar al ámbito de revisión de la Alzada hechos no alegados idóneamente en la etapa postulatoria del proceso.

Las facultades del Tribunal de apelación sufren una doble limitación, la que resulta de la relación procesal y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso. Ello es así, pues no deben expedirse respecto de capítulos no invocados ni propuestos a su consideración, porque de hacerlo producirían el menoscabo de los límites de su propia competencia, conculcando también los derechos de propiedad y defensa en juicio garantizados en los arts. 17 y 18, CN (cfr. CSJN, 29.09.09, LL online AR/JUR/33622/2009).

Por tales razones, estimo que el agravio debe ser rechazado.

3.

Coincido con el Sr. Juez prevotante en que las costas de esta Instancia deben ser impuestas de la siguiente manera: a) por el recurso interpuesto por la demandada, a la recurrente vencida (art. 69, del CPCC), b) por el recurso interpuesto por el actor, al apelante vencido (art. 69, del CPCC), y que los honorarios de los letrados intervinientes, atento el mérito, extensión de la tarea y resultado obtenido en esta sede deben ser regulados en el modo en que lo practica el Dr. Fiordelisi, para cada uno de los respectivos recursos interpuestos (arts. 5 y 13, ley arancelaria).

Por las razones expuestas, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA CUARTA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

Los letrados de la parte actora han interpuesto recurso de apelación contra la regulación de sus honorarios por considerarlos insuficientes y dando fundamento de su pretensión.

Estamos en el caso ante un reclamo de la parte actora que no está circunscripto solamente al decreto de nulidad de su despido sino que hay también un concreto reclamo de índole patrimonial conformado por todos los salarios caídos, la reparación del agravio moral causado al actor y los correspondientes intereses. Es por ello que considero aplicable al caso la norma contenida en el art. 6 de la Ley Arancelaria dado que existe una específica petición de sumas de dinero.

En virtud de lo expuesto, considero justo y razonable que la regulación de los profesionales apelantes no se fije en Jus sino fijando un porcentual sobre el monto del proceso conforme lo determina la citada norma arancelaria.

En consecuencia, corresponde dejar sin efecto la regulación de honorarios practicada en la instancia de origen a los recurrentes y regular los honorarios de los Dres. E. A. I. y M. B. I., en conjunto, por la actuación

cumplida en primera instancia, en el 18% del monto del proceso que resultará de la liquidación que oportunamente se practique conforme las pautas fijadas en la sentencia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

A LA CUARTA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **NEGATIVA**.

A LA CUARTA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Los abogados de la actora apelan los honorarios regulados a su favor por considerarlos bajos.

Coincido con el Sr. Camarista de voto anterior en que el presente pleito, además de la nulidad planteada y tratada, ha versado sobre cuestiones relativas a sumas de dinero, por lo que es de aplicación el art. 6 de la ley arancelaria.

En tal sentido, es dable señalar que no correspondía la aplicación de la unidad de medida arancelaria (jus), habiendo debido fijarse en un porcentaje del monto del proceso, sujeto ello a liquidación respecto de los salarios caídos y el daño moral, que constituyen monto de la condena.

Por ello, debe dejarse sin efecto la regulación de los honorarios de los recurrentes efectuada en la Instancia anterior y practicar una nueva, del modo en que lo expresa en su voto el Dr. Fiordelisi (arts. 3, 5, 6, 9 18 y 38, ley arancelaria), con más IVA, si correspondiere.

Por tales razones, voto por la **NEGATIVA**

A LA QUINTA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De ser compartido por mi colega de Cámara los fundamentos expuestos precedentemente, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1 – DECLARAR INADMISIBLE el recurso interpuesto por la parte demandada contra el trámite impuesto al proceso.

2 – NO ADMITIR el hecho nuevo alegado por la parte demandada (art. 278 CPCC).

3 – CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 704/712 en todo lo que ha sido materia de agravio.

4 – IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a)** **por el recurso interpuesto por la parte demandada**, se le imponen a la recurrente que resulta vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de sus letrados, Dres. D. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia y a los apoderados de la parte actora, Dres. E. A. I. y M. B. I., en conjunto, en el 30% de los que les correspondieren por su actuación en primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); y **b)** **por el recurso interpuesto por la parte actora,** se le imponen a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios a su letrado apoderado, Dr. E. A. I., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los letrados de la parte demandada, Dres. D. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5 – DEJAR SIN EFECTO la regulación de honorarios practicada en primera instancia a los Dres. E. A. I. y M. B. I. y regular los mismos, en conjunto, en el 18% del monto del proceso que resultará de la liquidación que oportunamente se practique conforme las pautas fijadas en la sentencia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6 – REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

A LA QUINTA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de abril de 2014.

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 – DECLARAR INADMISIBLE el recurso interpuesto por la parte demandada contra el trámite impuesto al proceso.

2 – NO ADMITIR el hecho nuevo alegado por la parte demandada (art. 278 CPCC).

3 – CONFIRMAR la sentencia dictada a fs. 704/712 en todo lo que ha sido materia de agravio.

4 – IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA de la siguiente manera: **a)** **por el recurso interpuesto por la parte demandada**, se le imponen a la recurrente que resulta vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios de sus letrados, Dres. D. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 25% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia y a los apoderados de la parte actora, Dres. E. A. I. y M. B. I., en conjunto, en el 30% de los que les correspondieren por su actuación en primera instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.); y **b)** **por el recurso interpuesto por la parte actora,** se le imponen a la recurrente en su calidad de vencida (art. 69 CPCC), regulándose los honorarios a su letrado apoderado, Dr. E. A. I., en el 25% de los que les correspondan por su labor en primera instancia y los de los letrados de la parte demandada, Dres. D. G. L. y G. N. W., en conjunto, en el 30% de los que les correspondan por su intervención en la anterior instancia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de así corresponder (conf. arts. 3, 5, 9, 13, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

5 – DEJAR SIN EFECTO la regulación de honorarios practicada en primera instancia a los Dres. E. A. I. y M. B. I. y regular los mismos, en conjunto, en el 18% del monto del proceso que resultará de la liquidación que oportunamente se practique conforme las pautas fijadas en la sentencia, sin perjuicio de lo normado por el art. 7 de la Ley Arancelaria y con más el I.V.A. de corresponder (arts. 3, 5, 6, 9, 18, 38 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

6 – REGISTRESE, NOTIFIQUESE y oportunamente, **DEVUELVASE**.

REGISTRADA BAJO EL N° /14. SDL. CONSTE. SECRETARIA.