------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Jorge Luis Früchtenicht y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Claudio Alejandro Petris y Günther Enrique Flass, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"S. R. A. c/ A. M. D. S.A. s/ Cobro de Pesos e Indemnizaciones de Ley"*** (Expte. N°: 239 – Año: 2016 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

-----Practicado a fs. 116 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FRÜCHTENICHT - FLASS – PETRIS .----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 101/104 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

-----A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:-

------Arriban estos autos a esta Alzada a fin de atender el recurso de apelación intentado por el actor y concedido a fs. 108. Habiendo expresado agravios el quejoso en el memorial que corre agregado a fs. 109/11 (no respondidos por la accionada apelada); firme que se encuentra el llamado de autos para sentencia de fs. 115 y practicado a fs. 116 el sorteo que dispone el art. 271, la presente causa se halla en estado de resolver y en su consecuencia me dispongo a emitir mi voto, conforme las prescripciones del art. 274, ambos del rito provincial y en función de lo dispuesto por los arts. 168 y 169 de la Carta Magna provincial, anticipando que las quejas serán tratadas en el orden en que han sido propuestas a esta Alzada y atendiendo la exigüidad del plazo que tengo para expedirme.----------

---La sentencia hoy puesta en crisis rechazó en todos sus términos la

demanda laboral entablada por R. A. S. contra A. M. D. S.A., impuso las costas al actor y reguló honorarios a los profesionales que Asistieron a las partes.----------

------El actor apelante expresó agravios a través de la pieza que luce glosada a fs. 109/111 y luego de realizar una reseña de los antecedentes de la causa sostiene que el Juez *a quo* aplicó de manera errónea el art. 178 de la LCT, apartándose de las reglas de la sana crítica y así excluyó del análisis el legajo personal del actor que la empleadora incorporó como prueba documental y afirma que la empresa demandada tuvo y lo acreditó que el trabajador notificó fehacientemente el estado de embarazo de su mujer y de las constancias del expediente y recibos de sueldo surge que percibió el concepto de asignación prenatal y la asignación por nacimiento. Insiste en que no es lógico pensar que el actor pudo haberse hecho acreedor de sumas de dinero por esos ítems si no hubiera anoticiado a la patronal, que se estaría frente a una circunstancia de ilegalidad pasible de persecución penal en el ámbito previsional. Siendo ello así, todo el devenir probatorio ha sido mal ponderado por el judicante y quedó desvirtuado y equivocado su posicionamiento para fundar la sentencia.----------

------Sostiene su postura impugnaticia en que el actor fue despedido por la patronal en los términos del art. 245 LCT y que acude a la justicia en pos del *plus* protectorio de la protección del despido por maternidad/paternidad en los términos del art. 178 LCT y que el sentenciante no advirtió ni observó como objeto del proceso. Se detiene en citas legales, en las declaraciones testimoniales de A. y L. y de los instrumentos acompañados surge que el hijo de Siso nació contemporáneamente con el despido, que se le abonó el concepto de nacimiento por medio de la Seguridad Social por el informe que el actor realizó sobre ese evento (v. fs. 110 vta.). Finalmente, pide se revoque el decisorio que ataca.----------De la

lectura de la sentencia atacada se desprende que el juez de origen rechazó la demanda laboral que afrticulase Siso por cobro de las indemnizaciones agravada por despido discriminatorio por causa de paternidad y daño moral (fs. 20 pto. II), por entender que no se acreditó en autos que el actor haya comunicado a la empresa el estado de gravidez de la pareja del accionante al no existir ninguna prueba en todo el proceso que demuestre que A. M. D. S.A. conociera que la conviviente del actor estuviera embarazada por lo que de ninguna manera puede considerarse operativa la presunción

prevista por el art. 178 LCT (v. fs. 103 aps. Tercero y Cuarto).----------

-----El recurrente y en ocasión de plantear sus quejas, omite referir tal argumento sentencial y no se hace cargo del mismo, introduce el tema del legajo personal de Siso que dice que la empleadora incorporara como prueba documental cuando de la lectura del libelo de contestación de la demanda que obra a fs. 44/49 no surge que se haya acompañado tal pieza.----------En efecto, en aquella oportunidad se acompañaron 3 cartas documentos; 3 telegramas y notificaciones de sanciones sueltas, que obran a fs. 40; 41; 42 y 43.----------Ya he dicho que debió la accionada impugnante -y no lo ha hecho - sustentar su agravio con un cuestionamiento concreto y eficaz de los fundamentos esenciales que exhibe el pronunciamiento objetado, tarea que no aparece cumplida cuando las alegaciones formuladas por la apelante sólo exteriorizan una mera discrepancia subjetiva tendiente a descalificar aspectos que son privativos de la función axiológica del magistrado y apoyándose en su propia versión sobre los hechos y de cómo en su opinión debieron apreciarse las pruebas agregadas a este legajo. Lo hasta aquí expuesto, configura en la apelación que trato una técnica carente de idoneidad para representar la efectiva y manifiesta configuración de un vicio en el razonamiento sentencial en orden a la

apreciación de las pruebas. Sucede que el agravio transita por un camino que resulta privativo del sentenciante en tanto la valoración de los elementos de convicción agregados a estos autos resulta ser una función propia y privativa de la jurisdicción. También es del caso tener presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha decidido en repetidas oportunidades que los jueces no están obligados a analizar todos los argumentos articulados por las partes o probanzas producidas en la causa, sino únicamente aquéllos que a su juicio resulten decisivos para la resolución de la contienda (Fallos 276:132, 280:320, 303:2088, 304:819, 305:537 y 307:1121, entre muchos otros). Así las cosas, atendiendo la deficiente técnica recursiva expuesta y erigiéndose el agravio que trato en una reedición de los planteos contenidos en el escrito postulatorio inaugural de la instancia, el que por otra parte ha recibido suficiente respuesta de la jurisdicción (v. *Considerandos* de la sentencia hoy puesta en crisis), todo ello inhibe al progreso de la queja pues el judicante dio razón suficiente de la decisión arribada al fallar.----------A su vez dice ahora en esta instancia que de los recibos de haberes percibió el concepto de prenatal, cuando ningún recibo de sueldo acompañó al tiempo de demandar (ver fs. 22 pto. IV Prueba Documental) y que percibió el concepto de nacimiento cuando tampoco lo sometió a la consideración del Juez laboral de origen, cuestión que estamos impedidos de asumir por imperio de la regla alojada en el art. 280 CPCC que textualmente reza: "*El Tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante, deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios, u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia."* Tal circunstancia obsta su consideración en esta Cámara y ya lo hemos sostenido en reiteradas oportunidades de ocurrencia. (conf.: SD 32/16; 24/16, entre otras).----------

------Por otra parte no puede pretender el quejoso tener por notificada a la patronal con la información sumaria que obra a fs. 4 el estado de embarazo de su pareja cuando de la lectura del instrumento no se desprende tal anoticiamiento a la empleadora.----------

-----Debo señalar que desde antiguo vengo sosteniendo que quien omite probar, no obstante la regla que pone tal actividad a su cargo, se expone al riesgo de no formar la convicción del juez y a la perspectiva de una sentencia desfavorable. Y tal regla surge de la tradicional adscripción de nuestra ley de rito al sistema dispositivo con más lo dispuesto puntualmente en el art. 381 del CPCC (por remisión alojada en el art. 73 de la Ley XIV N° 1 DJP). En la inteligencia descripta, las reglas procesales referidas a la carga de la prueba permiten, en caso de no haberse acreditado los debidos extremos invocados en ocasión de trabarse la litis, saber cual de las partes será la que deba sufrir las consecuencias de aquella ausencia probatoria (cfr. CNCiv., Sala F; sent. 26.04.79, Rep. LL XLI, J-Z, 2392, Sum. Nro. 11).----------

-----Sucede que para resultar operativa la protección –particularmente si aquella protección que se pide lo es en relación al padre – se requiere una notificación formalmente dirigida a la empresa empleadora, a fin de que sus órganos competentes tengan conocimiento del embarazo. El supuesto conocimiento que podrían tener los compañeros de trabajo o un supervisor o las constancias que pudieran llegar a existir en la obra social o en la seguridad social son insuficientes a los fines de considerar cumplido el recaudo establecido por los arts. 177 y 178 de la LCT (Cfr. CNAT, Sala IV, DT, 1995-B-1634).----------

-----En este caso de paternidad, donde no es la mujer la trabajadora en que podría resultar notorio o de conocimiento público el embarazo, el actor y padre debe probar efectivamente que comunicó y acreditar de manera fehaciente el hecho del embarazo de su pareja mediante la

entrega del correspondiente certificado médico, pues ante el incumplimiento de tales condiciones, pierde el derecho a la indemnización especial que se persigue.----------

-----No probó tales extremos el actor. Tal y como lo vengo diciendo, la información sumaria que se agrega a fs. 4no es hábil para ello, máxime cuando tampoco acreditó haberla presentado o hecho conocer oportunamente a la demandada.----------

--Los testimonios con los que insiste el quejoso tampoco resultan conducentes a los fines de su apelación, máxime cuando se trata en el caso de una persona jurídica (S.A.), a la que no cabe atribuirle percepciones sensoriales ajenas a su naturaleza.----------

----Siendo ello así no cabe otra solución -por resultar ajustada a derecho - el rechazo de los agravios intentados y la consecuente confirmación del fallo que se intentara poner en crisis. Así lo voto.----------Resta ponderar las costas de esta Alzada. Atendiendo la solución que propondré al Pleno, estimo que ellas deben ser impuestas al apelante por imperio del criterio objetivo de la derrota, no advirtiendo motivo alguno para apartarme de él (art. 69 del CPCC). Así lo voto también.----

----------**------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:----------**La sentencia en crisis rechazó la acción por dos argumentos: el primero de ello es por entender que la presunción de discriminación por embarazo, incluida en el art. 178, no se aplica al padre, salvo que el actor demuestre que el motivo de despido fue, efectivamente, la paternidad. El segundo de ellos es que el actor no demostró haber comunicado fehacientemente el embarazo a la patronal.----------El apelante se queja. Sostiene que sí comunicó fehacientemente al adjuntar una información sumaria. Aduce que, según los recibos de haberes, cobró asignación prenatal. Explica que según testigos, la empresa sabía del embarazo.----

----------Antes de entrar al análisis

específico de las quejas considero imprescindible decir que la discriminación es el trato desigual y lesivo fundado en un juicio deleznable. Con ello queda claro que son tres los extremos que deben constatarse para sostener que hubo discriminación. Se debe probar no solo que hubo un trato desigual; no solo que ese trato desigual tuvo un resultado lesivo; sino además que la causa o fundamento de ese trato desigual y lesivo fue un juicio deleznable.----------

------El juicio deleznable (o "infrajuicio" como también suele llamárselo) puede, a su vez, consistir en un "prejuicio", como por ejemplo atribuir características intelectuales a una raza; o un "juicio" que, si bien puede resultar estadísticamente comprobable, tiene una finalidad reprochable, como cuando alguien se abstiene de contratar mujeres afirmando que toman más licencias. Quizás sea cierto en atención a la fisiología femenina y al rol que la sociedad les atribuye, pero la finalidad misma del juicio (excluir a la mujer del ámbito laboral) es reprochable.----------Como en toda acción, quien debe probar la existencia de los tres elementos es quien invoca la discriminación. Hay una sola excepción a ello: cuando la víctima pertenece a un grupo de riesgo, es el demandado quien debe probar la inexistencia del elemento subjetivo, es decir, que el trato desigual no respondió a un juicio deleznable sino a una causa legítima plausible. Esta última afirmación surge tanto de la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, como desde la interpretación del art. 1 Ley 23.592 en cuanto manda que las discriminaciones contra los grupos de riesgo que a continuación enumera, tendrán una *"consideración particular"*.----------

------Ahora bien, por grupo de riesgo entenderemos aquellos colectivos humanos agrupados en atención a una característica común y que suelen ser discriminados en determinadas circunstancias. Cuando la

discriminación está dirigida contra alguien que pertenece a un grupo de riesgo, la víctima debe probar la existencia del trato desigual, el carácter lesivo de tal trato desigual y su pertenencia a un grupo de riesgo. Esto último lo exonerará de probar el elemento subjetivo y será el demandado quien deba justificar el trato desigual y lesivo----------Aparte de ello, debemos distinguir, también, aquellas circunstancias en que la pertenencia al grupo de riesgo es ostensible (raza, género o características físicas); de aquellas otras en que la pertenencia al grupo de riesgo es subrepticia (ideología, orientación sexual, creencias religiosas etc.)----------Tratándose de un grupo de riesgo cuya pertenencia es, por naturaleza, subrepticia, la víctima, es decir aquel que aduce haber sido discriminado, debe acreditar además que el demandado conocía su pertenencia al grupo de riesgo. Es decir, aquella característica propia que lo incluye en un colectivo humano frecuentemente discriminado.

No puede haber discriminación si el victimario no sabía que la víctima tenía precisamente esa característica que motiva aquella. Dicho de otra forma. Nunca puede nacer el elemento subjetivo de la discriminación si el victimario desconoce la característica individual que motivaría el juicio deleznable o infrajuicio.----------

-----En el caso de marras, el actor debía probar que sufrió un trato desigual y lesivo (esto fue efectivamente probado); que pertenecía a un grupo de riesgo (paternidad o maternidad reciente) y que el supuesto victimario sabía de esta pertenencia, es decir, que el empleador conocía la circunstancia del embarazo de la mujer de Siso, pues el embarazo de aquella persona con quien alguien convive, no es, evidentemente, ostensible.----------

-------No voy a expedirme, por ahora, respecto a si la presunción del art. 178, y la indemnización punitiva tasada en él, corresponde cuando se despide al padre. Esta cuestión es superflua a los efectos de resolver la

causa, pues ya sea que el artículo 178 reproche la discriminación contra el padre, o se limita solo a la que se practica contra la madre, hay un requisito que en ambos casos debe cumplirse inexorablemente y es el de *"notificar y acreditar en forma el hecho del embarazo así, en su caso, el del nacimiento"*.----------

-------La sentencia entiende que no notificó y el recurrente dice que sí. Veamos en que funda su afirmación este último, para determinar si ello es cierto.----------

-----Aduce el recurrente que de los recibos de haberes surgiría el cobro de una asignación por natalidad. No explica donde obran tales recibos y no están adjuntados al expediente. Expresado así, el agravio bajo análisis se aproxima peligrosamente a la temeridad.----------

------- Es cierto que el actor realizó una información sumaria ante el juez de Paz, pero no hay constancia de que tal información sumaria haya sido presentada a la empleadora o, al menos, no explica el recurrente donde obra tal cosa. Era su carga hacerlo.----------Por último, cita la prueba de testigos. El Sr. López nada aporta, pues solo dice que cree que lo despidieron cuando su mujer quedó embarazada. Se trata de una mera duda que hace alusión al tiempo del despido, no a la causa. La Sra. A. dice más concretamente que al actor lo despidieron *"Por el tema del embarazo de su señora"*, no obstante, no explica cómo es que ella conoce ese dato. La cusa subjetiva del despido, por naturaleza, solo habría estado en la mente de quien lo dispuso, salvo que hubiera habido alguna manifestación externa de ello, único supuesto en que la testigo podría haberla conocido. Acevedo no explica como accedió al conocimiento de lo que afirma y no hay forma plausible de suponerlo. Coincido con el Sr. Juez a quo en que este único testimonio no puede ser suficiente para sostener que el despido fuera discriminatorio.----------

----------Voy a coincidir con el distinguido colega que me precedió, en el sentido de que el agravio bajo análisis debe

ser rechazado. Así lo voto.-------Resta referirme a las costas de la presente instancia y, en atención a que el actor fue nuevamente vencido y el vencimiento es total y absoluto, las costas han de imponérsele a él conforme principio objetivo de la derrota. Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:----------

------Conforme lo expuesto al analizar la primera cuestión, propongo al Pleno: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de la presente instancia al apelante vencido (art. 69 del CPCC.); y **III.- REGULAR** los honorarios del Dr. D. A. S. en la suma de OCHO (8) JUS, con más el IVA -si correspondiere- por su actuación en esta instancia (arts. 13; 6bis y 7 de la Ley XIII N°: 4) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------

------A IDÉNTICA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo:----------

---En atención a lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **1) CONFIRMAR** la sentencia apelada; **2) IMPONER** las costas de esta instancia al actor (art. 69 del CPCC.); y **3) REGULAR** los emolumentos del Dr. D. S. en la suma de OCHO (8) JUS, con más el IVA pertinente por la labor desarrollada esta Alzada, (arts. 7 y 13 de la Ley XIII N°: 4), conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

--Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

-----I.- CONFIRMAR la sentencia apelada.----------

-----II.- IMPONER las costas de la presente instancia al apelante

vencido (art. 69 del CPCC.).----------

-----III.- REGULAR los honorarios del Dr. D. A. S. en la suma de OCHO (8) JUS, con más el IVA -si correspondiere-, por lo actuado en esta Alzada. (arts. 6 bis; 7 y 13 de la Ley XIII N°: 4), conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia.----------**-----IV.- REGÍSTRESE**, notifíquese y devuélvase.----------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS JORGE LUIS FRÜCHTENICHT

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2017. CONSTE.