----En la ciudad de Trelew, a los días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, se reúne la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y la presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Raúl Adrián Vergara, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **“T., F. H. c/ A.J. T. S.A.C.I.F. s/ Cobro de Pesos e Indemnización de Ley” (Expte. 402 - Año 2018 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?, y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 168.----------**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto dijo:----------

----Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 149 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 139/146, por el cual se hace lugar a la demanda promovida por F. H. T. contra A.J. T. S.A.C.I.F. -ver aclaratoria de fs. 161-, condenando a esta última a que abone a aquélla, en el plazo de diez días, la suma de $342.406,35, con más intereses y costas.----------

-----A fs. 150 se concede el recurso de apelación, a fs. 152/155 vta. luce la expresión de agravios de la demandada, de la que se confiere traslado a fs. 156, el que fuera contestado por la contraria a fs. 157/160.----------

----I.- Comenzaré por reseñar los agravios de la demandada, para luego aludir brevemente a la contestación de los mismos por la actora.----------

----1) La apelante se agravia, en primer lugar, de que se decidiera que su parte hizo un uso abusivo de sus facultades de modificar las modalidades de las condiciones de trabajo y, de esa manera, provocara la injuria invalidante del vínculo contractual que fuera invocada por la actora para el distracto. Objeta que el juzgador tomara como constitutivo de la injuria que la empleadora, luego de varios años de efectuarlo, omitiera adjudicar a la actora un horario distinto algunos días en la semana, a los fines de que pudiera cursar sus estudios. Arguye que la causal de despido invocada consistió en que se alteró las condiciones de trabajo dado que el gerente excedió el límite fijado por el art. 66 de la LCT, en el sentido de que se hizo un uso abusivo del “ius variandi”, no pudiendo considerarse como tal la negativa al cambio de horario y mucho menos que dicha negativa importe una injuria grave como para extinguir el contrato de trabajo. Señala que sólo hubo una negativa al requerimiento de la accionante pero no existió un ejercicio irracional de las facultades de modificar las modalidades del contrato. Añade que T. jamás acreditó que a mediados del año 2013 se encontraba cursando estudios, ya que de acuerdo al informe de la universidad, los cursó durante los años 2010, 2011 y 2015, cuando el uso abusivo del “ius variandi” se imputó por la negativa referida en el año 2013. Refiere que la actora contó con la autorización del cambio de horario durante 2010 y 2011, y después de esos años no asistió a cursar estudios, por lo que califica que la conducta de la contraria, al momento de la extinción del contrato se confunde con la mala fe contractual. Considera que todo esto refuerza la hipótesis de que no existió la injuria que se imputa a su parte. ----------

-----Destaca que T. siempre cuestionó que se le otorgara una mayor carga de tareas, las que fueron ordenadas dentro del marco de las facultades de organización y dirección. También entiende que la negativa al cambio de horario no le causó daño alguno a la accionante, debido a que en 2012 interrumpió sus estudios, lo que desmiente la comunicación de fecha 15/10/13. Reitera que la negativa al cambio de horario pretendido por la actora nada tuvo que ver con el ejercicio de uso abusivo del "ius variandi", y su falso impedimento de continuar con su carrera universitaria. A todo evento remarca que la negativa no puede considerarse como incumplimiento suficiente que impida la prosecución del vínculo laboral.----------

-----Como segunda queja se agravia de la condena a abonar la suma de $30.000 por daño moral. Sostiene que es preocupante la liviandad con la que el sentenciante de manera "cuasi" temeraria concluye en que su mandante causó un daño moral a la actora durante la relación laboral. Destaca que la indemnización por este tipo de daño es susceptible de un enfoque contractual y de otro extracontractual. Si es contractual, señala que en el contrato de trabajo todo daño moral se encuentra incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho a una indemnización tarifada. Desde el punto de vista extracontractual sostiene que debe darse una actitud dolosa del empleador. Conceptualiza este daño y expresa que la accionante jamás probó que padeció daños psicofísicos graves como consecuencia del trato que le dispensara el director de planta.----------

-----En cuanto a las pruebas de las que hiciera mérito el juez, considera que no acreditan un hecho tan grave como lo es el daño moral, ya que un testigo es "de oídas", y el otro sólo refiere que el ingeniero B. se dirigió a T. en voz alta y que ésta estaba llorando pero no escuchó nada. Destaca que en todo caso lo que se denuncia respecto del director de planta es un hecho aislado. ----------

-----De manera subsidiaria y para el caso que se concluya que existió injuria laboral a los fines de que proceda el distracto, solicita que se exima a su parte del pago de la indemnización prevista en el art. 2 de la ley 25323 dado que su mandante pudo haberse considerado asistida de mejor derecho. Fundamento ello en que su representada no invocó una defensa antojadiza ni tampoco dejó de aportar prueba en sustento de su derecho. Efectúa el petitorio de estilo. ----------

----2) La demandante contesta los agravios, y refiriéndose al primero, destaca que tanto en el telegrama del 18/09/13 como en el del 15/10/13 se detallaron dos causas graves que ocasionaron el despido indirecto. Expresa que el juez analizó la primera causal, la falta de asignación del horario solicitado por la actora, para concluir que, dada la trascendencia de dicha causal invocada y probada, la misma justificaba el distracto. Destaca la contradicción de la demandada cuando al contestar la demanda negó que el horario solicitado por la actora fuera autorizado por la dirección de la empresa, mas al expresar agravios admite que lo autorizó el gerente W.. ----------En cuanto a que su parte no acreditó que a mediados de 2013 se encontraba cursando estudios, dice que ello se encuentra probado con la prueba testimonial. Añade que de la

prueba informativa que cita la apelante surgen los años en los que la actora aprobó materias, ya que la misma cursó como alumna regular la carrera de Geografía desde el año 2010 al 2015 ininterrumpidamente. Cita doctrina y jurisprudencia relativa a la apreciación de la prueba. Agrega que del telegrama del 18/09/13 surge que la actora intimó a la accionada a que se le asigne el cambio de horario bajo apercibimiento de considerarse injuriada y despedida por su exclusiva causa. ----------

----En lo que respecta a la segunda causal de despido, indica que también se acreditó con la prueba testimonial y documental, ya que sus tareas consistían en la limpieza de áreas no fabriles, por lo que las nuevas tareas encomendadas no se correspondían a su categoría laboral en el área de administración de la empresa.----------

----En lo que respecta al segundo agravio, resalta que se probó con las denuncias realizadas y las declaraciones testimoniales que T. sufrió maltrato en varias oportunidades por parte del gerente R. B., lo que generó la intervención del sindicato y de la Secretaría de Trabajo. Agrega que a raíz de esta situación la actora recibió una injustificada amonestación. Cita la ley 23592, así como refiere a la tutela constitucional que se confiere a la mujer. Cita doctrina. Efectúa el petitorio de estilo.----------

-----II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, comenzaré el análisis de los agravios de la actora, en el orden en que fueron expuestos y contestados por la demandada, ya que el primero se refiere a las causales de despido y el segundo al reconocimiento indemnizatorio por daño moral, resultando el tercero subsidiario del primero. ----------

----1) En la primera queja, la recurrente sostiene que no se refleja en la intimación previa ni en la ruptura laboral que hiciera la actora, el incumplimiento que pueda imputarse al empleador (ver fs. 152, antepenúltimo párrafo). El juez de grado refirió concretamente que la intimación que antecedió al despido indirecto de la actora consistió en la asignación del horario especial del que gozaba para poder continuar con sus estudios, así como el reclamo por una supuesta ampliación de tareas. Agregó que tales hechos también fueron invocados en el mismo orden en la comunicación de ruptura del vínculo (ver sentencia a fs. 142, último párrafo/vta., tres primeros párrafos). De la documental reservada surge que en el telegrama de fs. 91 del 18/09/13 la actora hizo referencia a ambas circunstancias bajo apercibimiento de considerarse injuriada y despedida por exclusiva causa de la empleadora. Y en el telegrama del 15/10/13 (ver fs. 87 de la documental reservada), la actora vuelve a aludir a ambas circunstancias: la negativa del cambio de horario y la asignación de nuevas tareas de manera arbitraria, para darse por injuriada y despedida por exclusiva culpa de la empleadora. Es así que ambas causales fueron debidamente explicitadas tanto en la intimación como en la misiva que comunicara el despido indirecto, no asistiendo razón en este aspecto a la apelante. ----------

----En lo que se refiere a la negativa al cambio de horario, el juez “a quo” destacó que ante la intimación de T., la empresa contestó que la rechazan por considerar un privilegio otorgarle un horario como el requerido, así como se negó que dicho cambio de

horario hubiera sido autorizado por la dirección de la empresa (ver sentencia a fs. 142 vta., antepenúltimo párrafo). Dicha afirmación del juez, se corresponde con los términos de la carta documento del 23/09/13 que obra a fs. 90 de la documental reservada. El juzgador tuvo por acreditado el horario denunciado por la accionante con las declaraciones testimoniales de fs. 70/71, 73/vta., 74/75 y 76/77, así como con el informe de la universidad de fs. 64 (ver sentencia a fs. 143). Es así que consideró que dicha negativa, al impedir a la actora continuar sus estudios, le provocó un daño relevante, por lo que excedía la facultad del empleador de modificarlo. Es así que al tener por acreditada la primera causal de despido indirecto invocada, consideró superfluo avanzar en el examen de la segunda (ver sentencia a fs. 143 vta., tres primeros párrafos). ----------La quejosa cuestiona este razonamiento aduciendo que la negativa en cuestión no puede considerarse un ejercicio irracional de sus facultades de modificar las formas y modalidades del trabajo (ver fs. 152 vta., anteúltimo párrafo). Esta mera aserción no se hace cargo de lo argumentado por el juez en cuanto a que los testigos adujeron que el horario denunciado por la actora era el que venía desempeñando por autorización del anterior gerente W., hecho este último que ahora sí reconoce la apelante (ver fs. 153, 3er. párrafo), contradiciéndose con lo que sostuvo en la misiva de fs. 90 de la documental reservada. Y menos confuta lo razonado por el sentenciante respecto al daño importante causado a la actora dado que le impedía continuar con sus estudios universitarios.----------

----Ahora bien, sobre este punto, la recurrente aduce que en el año 2013 la actora no cursaba estudios, ya que el informe de la universidad hace referencia a los años 2010, 2011 y 2015, por lo que durante los años 2012, 2013 y 2014 no asistió a cursar (ver fs. 152 vta. “in fine”/154). Sin embargo, la mención en el informe de fs. 64 en cuanto a que T. no tuvo actuación académica en los años 2013 y 2014, no importa “per se” que la misma no continuara en la carrera, hasta podría considerarse que en 2013 no cursó por la negativa del cambio de horario, pero ello es una mera conjetura. Lo dirimente respecto de esta queja, radica en que la demandada no invocó dicha circunstancia al contestar demanda. En efecto, en su responde fs. 24/31 la empleadora no invocó el hecho de que la actora no cursara estudios durante 2013 y que por ello la negativa al cambio de horario no podía causarle el daño que se alegara para darse por despedida.----------

-----En tal sentido cabe tener en cuenta lo dispuesto por los arts. 274 y 280 del CPCC, en virtud de los cuales la Cámara no puede conocer sino de las cuestiones planteadas previamente a la primera instancia, a consecuencia de obrar como controladora de las decisiones del juez recurrido (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado y Concordado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 951). Es que el tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia (art. 277, párr. 1º -280 del CPCC Chubut-), quedando vedado a la Alzada tratar argumentos no propuestos en los escritos introductivos de la demanda, contestación, o reconvención en su caso (conf. CSJN, 12/2/87, JA, 1988-I-246; SCBA, 5/5/77, DJBA, 113-41 CN. Civ., Sala A, 14/6/80, ED, 87-178; íd., Sala E, 20/11/81, LL, 1982-A-550; íd.,

Sala F, 1/12/81, LL, 1982-B-198; entre muchos otros), precisamente como destaca Chiovenda, porque a la demanda nueva propuesta en apelación le faltaría el primer grado de jurisdicción (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit. ídem, pág. 958). De allí que la expresión de agravios no sea la vía pertinente para introducir nuevos planteamientos o defensas que debieron deducirse en el correspondiente estadio procesal (conf. CN. Fed. Cont. Adm., Sala III, 10/5/88, JA, 9189-III-321; C. Apel. Civ. y Com. San Martín, Sala I, 31/3/78, LL, 1978-C-441). ----------

-----En consecuencia de lo anterior no cabe considerar la circunstancia apuntada por la apelante en cuanto a que la actora no acreditó que cursara estudios durante el año 2013, ya que ello no fue un extremo invocado al contestar demanda y por ende no fue sometido a la decisión del juzgador como argumento defensivo. Por lo demás, el resto del agravio, en lo que se refiere a esta causal de la negativa del cambo de horario refiere a que sólo en la imaginación del juez dicha negativa pudo acarrear un daño a la actora dado que la misma no asistía a cursar desde el año 2011 (ver fs. 153 vta., último párrafo/154, 1er. y 3er. párrafo), también resulta inaudible dado que se sustenta en una circunstancia que no fue invocada en la instancia anterior. ----------

-----Por último, en cuanto a lo señalado con relación a que el rechazo al cambio de horario no puede calificarse como un incumplimiento suficiente que impida la prosecución del vínculo laboral (ver fs. 154, último párrafo/vta., 1er. párrafo), se trata de una aserción de la apelante que no se hace cargo de las consecuencias negativas que ello acarreó para la actora. Es que ha quedado expresamente aclarado por el sentenciante que el gerente anterior había autorizado dicho cambio de horario circunstancia que ahora sí reconoce la quejosa-, y que ello se debía para permitirle a T. cursar sus estudios universitarios, por lo tanto la calibración del daño inferido a la misma como grave, fue basado por el “a quo” en dicha imposibilidad de continuar sus estudios y por ende obtener un trabajo con un mayor salario o para desarrollar tareas que le permitan desarrollar su plan de vida de acuerdo a sus deseos y expectativas (ver sentencia a 143/vta., dos primeros párrafos). Toda esta argumentación fue obviada en la aserción que se desliza en el agravio, por lo que en esta porción encuentro que la apelante incurrió en deserción parcial (conf. art. 60 de la ley XIV N° 1). ----------

-----En síntesis de todo lo expuesto al no confutarse las razones que llevaron al juzgador a tener por acreditada una de las causales del despido indirecto, tal como el mismo razonara, deviene innecesario examinar las quejas relativas a la causal relativa al cambio de tareas (ver sentencia a fs. 143 vta., 3er. párrafo, fs. 152 vta., 3er. y 4to. párrafos, y fs. 153 vta., 2do. párrafo). En consecuencia postulo el rechazo de este primer agravio.------

-----2) En segundo lugar se objeta el reconocimiento de la indemnización de $30.000 por daño moral. Entiende la recurrente que si este daño se encuadra desde el enfoque contractual, en el derecho laboral se encuentra tarifado, y para que sea enmarcado en la responsabilidad extracontractual se requiere una actitud dolosa del dañador, lo que no ha ocurrido. Amén de ello considera que la actora no probó daño psicofísico grave dentro del marco del contrato de trabajo por el trato dispensado por el director de planta y que

en la demanda sólo se esgrimió un hecho aislado del mismo en cuanto a que de mala manera y a los gritos sumó tareas a la actora (ver fs. 154 vta./155).----------
-----La actora, en su demanda, esgrimió que el gerente R. B., la increpó a los gritos y con mal vocabulario, ordenándole tareas no correspondientes a su categoría, lo que generó la intervención del sindicato SETIA y de la Secretaría de Trabajo. En base a dicho hecho es que solicita la indemnización por despido discriminatorio basado en el art. 1 de la ley 23592 (ver fs. 05, pto. IV, B). El juez de grado tuvo por acreditado el maltrato referido, y la angustia que ello ocasionó a la accionante, con las declaraciones de los testigos T. y G. (ver sentencia a fs. 144, dos últimos párrafos/vta. dos primeros párrafos). ----------
-----El testigo T. (ver fs. 70/71) dice que el gerente nuevo maltrataba a las chicas, les gritaba y que lo llamó P. G., el delegado, quien le dijo que este gerente le había faltado el respeto a la actora y que ella estaba llorando. Cuando fue a la empresa la vio llorando y con un ataque de nervios, acompañándola para hacer la denuncia (ver respuesta tercera). Sin embargo más adelante dice que no vio que B. maltratara a T. (ver respuesta a segunda repregunta), lo que demuestra que se trata de un testigo de oídas. En cuanto al testigo G. (ver fs. 76/77) sí dice haber presenciado el episodio, señalando que vio a B. gritándole a la actora y ella llorando saliendo de la oficina, que ello aconteció en un descanso, no sabe qué le gritaba porque B. cerró la puerta. Agrega que T. no les dijo nada, sólo lloraba y no recuerda qué dijo respecto del motivo de los gritos, sólo añade que ella les decía que B. la perseguía pidiéndole más tareas y poniéndole trabas en el estudio (ver respuesta a primera ampliación de pregunta). Luego dice que escuchó los gritos pero no se distinguió qué decía B. (respuesta a novena repregunta). Sobre este hecho la testigo V. (ver fs. 73/vta.) sólo dice que no lo recuerda exactamente pero que vio a la actora salir llorando de la oficina de B. más de una vez (ver respuestas a ampliación de primera y segunda preguntas).----------
-----En el precedente de esta Sala “B”, SDL N° 20/13, del 24/06/13, razoné que sobre este aspecto debe tenerse en cuenta que no existen razones para alejar al trabajador de la protección en lo que hace a su identidad dinámica, su privacidad, vida de relación, etc., que puede ser afectadas por una actitud del empleador. En palabras de Vázquez Vialard, se puede señalar que si en algún ámbito del Derecho el concepto de daño moral puede tener alguna aplicación es, precisamente, en el Derecho del Trabajo. Incluso, aceptando la reparación del daño moral “dentro del contrato”, Pizarro señala que si el agravio al trabajador es provocado como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales -expresión que involucra el ejercicio abusivo del derecho por parte del empleador-, la responsabilidad será contractual. Si en cambio, el daño a la dignidad del trabajador es causado sin conexión causal con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, o por una circunstancia meramente ocasional con su extinción, la responsabilidad civil por daño moral es extracontractual. Aunque el daño moral ocasionado con motivo de la extinción de la relación laboral “más común” resulta ser el extracontractual, dependiendo de la forma en que se produzca la acción dañosa, puede ubicarse también “dentro del contrato” (acción dañosa derivada del incumplimiento

contractual), como puede ser un daño intencional o por acoso, y así justificar también una reparación distinta a la tarifada. Es que debe repararse en que el daño moral puede producirse antes del despido, por ejemplo, ante el acoso sexual (conf. Raúl Ojeda, Marisa Ortiz e Ignacio Hermida: “Indemnizaciones extratarifadas por la extinción de la relación de trabajo”, en Ackerman-Sudera: “Extinción de la relación laboral”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, págs. 689/690). ----------

----En la especie, como puede observarse desde la demanda, el reclamo de indemnización agravada por daño moral no está motivado en las causales por las que la demandada se dio por despedida -negativa al horario solicitado y asignación de tareas que no le correspondían- sino en el maltrato expresado por gritos y mal vocabulario que le dispensaba el gerente B. (ver fs. 05, pto. IV, B).----------

Para que el daño resulte resarcible el trabajador debe invocar y probar el hecho imputable al empleador, aunque puede estar relevado de demostrar dolo o culpa en el ofensor sólo en ciertas y limitadas circunstancias, como en el caso discriminatorio que justifica la procedencia de la reparación del daño moral aun cuando no se acredite que medió dolo, culpa, negligencia o ligereza por parte del empleador (conf. CNAT, Sala X, 31/12/97, DT, 1998-A-1237). Debe señalar específicamente la responsabilidad contractual o extracontractual del empleador. Y finalmente si se demuestra el hecho, aunque la determinación de su entidad no requiere de prueba alguna, debe señalarse el daño extrapatrimonial, su nexo causal con el hecho imputable al empleador y justificar la razón por la que no se encuentra reparada por la tarifa indemnizatoria del artículo 245 de la LCT (conf. Ojeda, Ortiz y Hermida, op. cit., págs. 691/692).----------

----En cuanto a la jurisprudencia se ha admitido la reparación del daño moral por despido indirecto ante el trato desconsiderado hacia el trabajador por parte de un superior jerárquico (conf. CNAT, Sala V, 24/11/93, DT, 1994-A-742). Sin embargo, reitero, en la especie la causal por la que se pide la indemnización agravada no tiene vinculación con las causales que motivaron el despido indirecto. Pero amén de ello, el maltrato en el que se basa el pedido, según la prueba arriba citada, habría consistido en un episodio donde se vio al gerente gritar a T. y a ésta salir llorando de su oficina. Es claro que el superior jerárquico debe dirigirse de manera respetuosa a los empleados y gritarles no se condice con dicho deber, pero no se ha acreditado en la especie que se hubiera afectado la dignidad y honor de la actora mediante insultos, agravios o expresiones discriminatorias que pudieran dar motivo al daño moral que cuyo resarcimiento se requiere. Nótese que se invoca el art. 1 de la ley 23592 por considerarse que el maltrato en cuestión radicó en un trato discriminatorio en razón del sexo o del género, pero lo cierto es que de la prueba reunida se trató de un hecho que consistió en gritos pero que no pueden vincularse -al menos no se acreditó- con el género de la actora ya que el contenido de tales gritos parecieran referirse a cuestiones laborales y no relativas a su condición de mujer. ----------

------En resumen de lo anterior es que propongo hacer lugar a esta queja, por lo que se revoca la sentencia en cuanto al reconocimiento de la indemnización por daño moral de

$30.000.----------

----3) Por último, y dado que se rechazó el primer agravio, procede examinar el último relativo a la indemnización del art. 2 de la ley 25323. La apelante sostiene que de acuerdo a la prueba producida cabe concluir que su parte pudo haberse considerado asistida de mejor derecho, por lo que solicita su eximición (ver fs. 155, pto. III).----------

-----Al respecto en el párrafo 2 del art. 2 de la ley 25323 se dispone que *"Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".* Debe señalarse que la jurisprudencia ha entendido que para eximirse de la multa no alcanza con que el empleador asevere haber puesto a disposición del trabajador la liquidación final, máxime cuando en general los importes indemnizatorios se abonan luego de la condena judicial, sino que es menester que ante la negativa del trabajador de recibir el pago, el empleador consigne judicialmente el importe debido. Ello pues la mera puesta a disposición fuera del marco judicial no significa cumplimiento de la prestación debida (conf. CNAT, Sala VI, 13/04/07, in re: "Figueroa, Sandra Romina c/ Cucor SA s/ despido", SD 59.500, exte. 1344/2007; cit. en Salpeter, Pablo y Pepe, Carlos: "Indemnizaciones tarifadas y agravadas", en Ackerman-Sudera: "Extinción de la relación laboral", Rubinzal-Culzoni Editores, 2008, pág. 639).----------

-----Más allá de ello, la norma les da la posibilidad a los jueces de reducir o eximir al empleador de tal imposición, en caso de existir causas que justifiquen la conducta del empleador de no pagar en tiempo y forma las indemnizaciones. Para ello es menester que los jueces realicen una prudente valoración de las circunstancias que justificaron al empleador a no abonar las indemnizaciones en legal tiempo y forma. Es cierto que también sería viable la excepción cuando el empleador de buena fe pagó las indemnizaciones que a su criterio correspondía abonar, más allá de que la sentencia luego establezca que las mismas no eran suficientes. Sin embargo esta facultad está dirigida a situaciones en las que exista un razonable debate respecto del derecho que tenía el empleador de disponer el despido, pero no cuando el mismo resultó injustificado y arbitrario (conf. Salpeter y Pepe, op. cit., págs. 639/640).----------

-----De manera concordante se ha sostenido que el legislador ha previsto causas de justificación que operan como circunstancias típicas negativas de la intensificación indemnizatoria. Las mismas comportan presupuestos fácticos circunstanciales de entidad objetiva que legitiman la conducta omisiva del dador de trabajo respecto del oportuno pago de las indemnizaciones legales, habilitando al órgano jurisdiccional para disponer, en el caso generador de proceso concreto, la reducción del *quantum* e inclusive la eximición de pago del recargo resarcitorio. De modo que, si bien, el despido *ad nutum* determina el incremento indemnizatorio, nada impide que el empleador invoque y acredite la existencia de causas de justificación, que la doctrina laboral identifica en dos órdenes: 1) imposibilidad material o jurídica de satisfacción del crédito ----------

v.gr.: insuperables dificultades financieras, fuerza mayor no imputable, abandono de trabajo, proceso penal, etc.-, la que supone que el empleador reconoce el derecho del trabajador a percibir las indemnizaciones derivadas del distracto, pero invoca un motivo habilitante para el retraso del pago; 2) pertinencia de la justa causa de despido invocada. Asimismo la providencia desestimatoria del recargo indemnizatorio por el sentenciador deberá sustentarse en los elementos fácticos de la litis, en el material probatorio colectado y el Derecho aplicable, apreciados con carácter restrictivo y con sujeción a estándares de razonabilidad o de sana crítica racional (conf. Toselli, Carlos Alberto y Solá Torino, Victorino: “Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del dictracto”, Alveroni Ediciones, 2009, págs. 623/624).----------

-----Dado lo expuesto en el primer considerando, ha quedado demostrada la existencia de la causal invocada por la actora para darse por despedida, por lo tanto no encuentro sustento fáctico para proceder a la petición de la demandada en cuanto a que se la exima de la indemnización en cuestión, ni siquiera para que se morigere la misma. A la luz de lo señalado es que propongo el rechazo de este último agravio. ----------

------III.- En consecuencia de lo expuesto y razonado, corresponderá propiciar al acuerdo que se revoque parcialmente el fallo apelado a los meros efectos de reducir el monto del capital de condena a la suma de trescientos doce mil cuatrocientos seis con treinta y cinco centavos ($312.406,35), dado que se rechaza la indemnización por daño moral, confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de agravios. ----------

-----Atento a que se revoca parcialmente el fallo corresponde examinar si procede la readecuación prevista en el art. 282 del CPCC. Sobre este punto debe recordarse que se ha sostenido que el hecho de que la acción no haya prosperado en toda su extensión, no justifica la liberación de costas a quien no se allanó ni parcialmente, y obligó a litigar al acreedor para obtener el reconocimiento de su derecho (conf. Cám. 1era. Apel. Bahía Blanca, DJBA, v. 83, p. 177; LL, 130-769, 17-412-S). Consecuentemente, el que ha sido condenado, aunque fuese en medida inferior a la pretendida por el accionante, reviste el carácter de vencido (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1957, V. II, p. 62; DJBA, v. 81, p. 521; Cám. 2da., Sala III, La Plata, causa 90.807, reg. sent. 157/58, DJBA, v. 55, p. 97; Cám. 1era. Apel. Mercedes, LL, 72-124). Es que no se pierde así la calidad de vencida, por el hecho de que la accionada hubiera sido condenada por una cantidad menor de la que fuera objeto de la pretensión (conf. SCBA, DJBA, v. 95, p. 169). En el mismo sentido se ha decidido que la noción de vencido (la cual indica que debe soportar las costas) ha de ser fijada con una visión sincrética del juicio; y no por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. Con tal base es notorio que las costas deben ser impuestas íntegramente a la parte que se opuso negando la procedencia de la pretensión, pues aunque el pedido fuera exagerado cuantitativamente, la litis resultó igualmente necesaria al no haber la demandada pagado aquello procedente (conf. CN. Com., Sala D, 30/7/82, LL, 1982-D-465).----------

-----De lo expuesto hasta aquí entiendo que la disminución del monto acogido no implica que no se cargue la totalidad de las costas al condenado en la pretensión principal. Al

respecto se sostuvo que el carácter de vencido en costas se configura, para el demandado, si la demanda prospera aunque lo sea en mínima parte en cuanto al monto; si la actora triunfó en todas las cuestiones litigiosas. Ello así, aunque el actor estimara su reclamación en una suma superior a la que correspondía, pero demandando el importe que resultara -en más o en menos- de las constancias del juicio (conf. SCBA, 26/2/80, DJBA, 118-133 y RepLL, XL-627, sum. 8; íd., 9/12/80, ac. 29.540, “Doctrina de los Fallos”, dic. 1980, nº 71; íd., 6/5/80, ac. 28.931, “Doctrina de los Fallos”, may. 1980, nº 89).----------

------Ahora bien, en la especie no se trata de una mera disminución del monto, sino que se ha desestimado la indemnización por daño moral. Así se sostuvo que la condenación de la demandada al pago de los gastos causídicos ha de ser proporcionada en general a la medida del progreso de la acción (conf. CN. Com., Sala A, 14/3/68, LL, 132-179 y 290; ídem, Sala D, 31/10/69, JA, 1970, v. 5, p. 276, L, 138-930, 23.590-S). No obstante ello, debe recordarse que para determinar la noción de vencido debe aplicarse una visión global del juicio y no reducirse a un análisis aritmético de las pretensiones y resultados (conf. CN. Com., Sala C, 13/7/90, LL, 1990-E-283). En el mismo sentido se consideró que para la imposición de las costas lo que vale es la razón o la sin razón de las respectivas posiciones que el magistrado extrae de lo expuesto y probado en el pleito. Él está autorizado a dar al complejo de hechos relatados por los desavenidos, un encuadre jurídico distinto del que éstos perciben, en atención a la fórmula *da mihi factum, dabo tibi ius* (conf. Sentís Melendo, *Iura novit curia,* en Revista derecho procesal 1947, 2da. parte, págs. 208 y sigtes.; C. 1era., Sala III, La Plata, causa 178.895, reg. sent. 186/80, entre otras). También se sostuvo que para establecer el carácter de vencido en una contienda judicial no es admisible parcelizar el litigio con relación a los distintos reclamos, sino que ha de estarse a un enfoque global del resultado de la controversia (conf. SCBA, DJBA v. 100, pág. 130; LL, 152-140. Y en similar orden de ideas, el máximo tribunal provincial, decidió que es dable discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. STJCH, in re: “Catalán Labbe c/ Pcia. del Chubut”, SD 07/91 y “Celi de Reucci c/ Chubut Construcciones y otro”, SD 03/93). ----------

----En atención de lo expuesto, encuentro que, dada la relevancia cuantitativa y cualitativa del rubro rechazado, resulta adecuado distribuir las costas de grado en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora, por reflejar apropiadamente el vencimiento parcial y mutuo entre ellas (conf. art. 72 del CPCC). Respecto de los honorarios, y dado el resultado del pleito, así como el mérito y extensión de las tareas realizadas, propongo regular a la letrada apoderada del actor, Dra. M. M. C., un 18,5%; y al letrado apoderado de la demandada, Dr. R. O. C., un 15,5%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA (conf. arts. 5, 6, 8, 10, 36, 38 y 46 del arancel; y leyes 23349 y 23871).----------

----Respecto de las costas de esta sede, dado que la demandada ha resultado vencedora en uno sólo de los tres agravios, propongo imponerlas en un 75% a la misma, y en un

25% a la actora (conf. art. 72 del CPCC, conforme remisión del art. 73 de la ley XIV Nº 1). ----------

----Propongo asimismo regular los honorarios de los letrados actuantes en esta sede, atendiendo a la extensión y eficacia de las tareas, así como a los resultados respectivamente obtenidos, como sigue: para la letrada apoderada del actor, Dra. M. M. C. en un 5,36%; y para el letrado apoderado de la demandada, Dr. R. O. C., en un 4,18%; en ambos casos sobre el monto total de condena a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, con adición del I.V.A. correspondiente (arts. 5, 6, 8, 13, 46 y concs. de la ley XIII Nº 4, y leyes 23349 y 23871).----------

-----Voto entonces a esta cuestión PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA. ----------

-----**A LA PRIMERA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo:----------

------1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 149, que fuera concedido a fs. 150, contra la sentencia definitiva dictada a fs. 139/146 y su aclaratoria de fs. 161 que hizo lugar a la demanda laboral entablada por F. H. T. y condenó a A. J. T. S.A.C.I.F. para que en el plazo de diez días abone a la actora la suma de $342.406,35, con más sus intereses a la tasa que utiliza el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones generales vencidas desde la mora y hasta su pago, con capitalización desde la notificación de la demanda, y con imposición de costas a la accionada vencida.--------

-----Los agravios vertidos por la demandada lucen a fs. 152/155 y vta., el traslado conferido a fs. 156 fue contestado por la actora a fs. 157/160, y la relación sucinta de las cuestiones planteadas fue desarrollada por el Dr. De Cunto, motivo por el cual y atendiendo a razones de brevedad procesal me remito a tales expresiones, sin perjuicio de las consideraciones que en su caso corresponda realizar.----------

-----2. En su primer agravio la patronal sostiene que jamás efectuó un uso abusivo del ejercicio de su derecho de organizar la empresa, y que en este caso la negativa al cambio de horario requerido por la accionante jamás puede considerarse un uso abusivo de esa facultad y en consecuencia no se extralimitó en ese ejercicio y menos haber provocado injuria de tal gravedad a la Sra. T. para romper el contrato de trabajo.----------

-------Sobre esa negativa el juzgador a fs. 142 vta. señaló que ante la intimación efectuada por la trabajadora la sociedad contestó que rechazaba esa pretensión por considerar un privilegio otorgarle un horario como el requerido, y que también negaba que ese horario haya sido autorizado por la dirección de la empresa. Esa es la postura asumida por la patronal y que resulta de la carta documento de fecha 23 de septiembre de 2013 (CD 31908888 6) que luce a fs. 90 de la documentación reservada que tengo a la vista. ----------

-----Al respecto, cabe considerar que el sentenciante concluyó que de la prueba colectada (testimonios de T., V., J. A. y G., fs. 70/71, 73/vta., 74/75 y 76/77, respectivamente; e informe de la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco, fs. 64) se acredita el horario denunciado por la actora (ver fs. 142 vta./143). ----------

-----Con ese alcance el fallo en crisis entendió que la empresa demandada al modificarle su horario le provocó un daño al no poder continuar sus estudios universitarios y ello excede la facultad del empleador y le otorga a la actora el derecho a considerarse despedida con el cobro de las indemnizaciones de ley.----------

-----Así lo expuso a fs. 143/vta.: ***Por ello es que considero que durante varios años el horario de la actora era de lunes a viernes de 8 a 12 y de 14 a 18, salvo durante el ciclo lectivo para la carrera de "Técnico en Sistemas de Información Geográfica y Teledetección" en el que su horario era de 6 a 14, y que al no continuar con el mismo se lo modificó de forma tal que le provoca un daño importante a la actora, como es el de no poder continuar sus estudios universitarios, razón por la cual excede la facultad del empleador de modificarlo, y le otorga el derecho a la actora a considerarse despedida con el cobro de las indemnizaciones por antigüedad, por falta de preaviso e integrativa del mes de despido con más el S.A.C. sobre estas últimas indemnizaciones***. ***Es que el daño causado a una trabajadora, tener que interrumpir sus estudios universitarios, que seguramente los hacía para obtener algún puesto de trabajo con un salario mayor, o en el que pudiese desarrollar una tarea que le deparara más satisfacciones que la que llevaba a cabo como maestranza, o simplemente por el afán de saber, es muy importante y por eso la ley la autoriza a considerarse despedida y cobrar una reparación***.----------

-----De tal modo, acreditada esa causal de despido consideró innecesario ingresar en la restante causal al señalar que: ***Resuelto esto, la otra causal invocada no debe ser tratada, pues por su trascendencia alcanza para tener por configurado legalmente el despido indirecto***. ----------

-----Y la queja de la recurrente se sustenta en que a su criterio la negativa al cambio de horario no puede considerarse un uso abusivo de la facultad del empleador, destacando que no hubo un ejercicio irracional de sus facultades de modificar las formas y modalidades de contrato de trabajo.----------

-----Tales manifestaciones evidencian que la apelante no se hizo cargo del razonamiento dirimente del juzgador en el sentido que de la prueba testimonial rendida en la causa surge que el horario de la actora había sido autorizado (arreglado) con el anterior gerente W. por razones de estudio. Dato fáctico admitido por la demandada en su expresión de agravios ("…la Sra. T. contó con la autorización del ex gerente W. para cambiar su horario de labores…", fs. 153, tercer párrafo), reconocimiento que importa adoptar una postura contraria a la anteriormente asumida en la carta documento de fs. 90 de la documentación reservada ("…rechazamos vuestra infundada pretensión de que se la privilegie con una asignación horaria fuera de la adjudicada … como también rechazamos que cambio alguno que Ud. *detentara* haya sido autorizado…").----------

-----Tampoco la recurrente formula crítica concreta y razonada respecto al daño ocasionado a la actora al no poder continuar sus estudios universitarios. ----------

----Nótese entonces el cambio de postura de la patronal ya que extrajudicialmente negó que se le autorizara un cambio de horario y ahora al expresar agravios admite que hubo

una autorización por parte del anterior gerente, lo que evidencia una conducta contraria a la anteriormente asumida y esa dualidad de criterios merece su repulsa.----------

-----Es que, la dualidad de actitudes sobre un mismo asunto importa un "***venire contra factum proprium nemo potest"*** que merece en derecho su repulsa, toda vez que a nadie es dado contradecir su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. ----------

-----Se trata de la doctrina de los actos propios que, emanada de los términos del art. 16 del Código Civil, constituye un principio general del derecho. Es derivación directa del principio de buena fe con fundamento en los arts. 1071 y 1198 del Código Civil, y su aplicación es deber inexcusable para el órgano jurisdiccional, de acuerdo al art. 34 inciso 5 apartado d) del C.P.C.C. (López Mesa, Marcelo J., "La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia", Depalma, 1997, págs. 74/76, y cita de fallos). Una pretensión o una defensa que se formula dentro de una situación litigiosa en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto no puede prosperar, ya que ello infringiría el principio de buena fe ante la imposibilidad de "venire contra factum", del cual es derivación necesaria e inmediata (conf. Díez Picazo, Luis, "La doctrina de los actos propios", Bosch, Barcelona, 1963, págs. 223 y 163, respectivamente).----------

-----Además, ante ese cambio de postura la recurrente introdujo en forma extemporánea una cuestión que no sometió a la decisión del juez de primera instancia. En efecto, al contestar demanda nada dijo y recién ahora viene a sostener que la autorización para cambiar su horario lo fue para los años 2010 y 2011 y que no asistió a cursar estudios posteriormente en el 2012 y que tampoco lo hizo en el año 2013 y 2014. ----------

-----Aclaro que nada tiene que ver en esta causa el año 2014 ya que la comunicación rescisoria de la actora lleva fecha 15 de octubre de 2013 (ver telegrama, fs. 87 de la documental reservada). A su vez, si bien el informe de fs. 64 indica "Sin actuación académica años 2013 y 2014", de ello no puede inferirse que la actora no continuara con sus estudios. Es más, con referencia al año 2013 podría llegarse a sostener que no cursó materias ante la negativa al cambio de horario.----------

-----Pero en definitiva lo trascendente es que este novedoso planteo de la demandada no fue invocado como defensa en su escrito de contestación (ver p. V. "Los hechos según la demandada", fs. 25/29). ----------

-----De tal modo, la falta de invocación oportuna de esta defensa (la actora no cursó estudios en el año 2013 y entonces la negativa al cambio de horario no le ocasiona daño de gravedad tal como para considerarse despedida) se traduce en que dicha cuestión no fue capítulo propuesto a la decisión del juez de primera instancia, por lo que no corresponde ingresar al análisis de la presente queja. Ello como consecuencia del alcance previsto para la sentencia de segunda instancia en la última parte del art. 274 del C.P.C.C. ("…*se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios.*") y prohibición impuesta por el art. 280 del citado ordenamiento ("*El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia*.").----------

-----En ejercicio de la jurisdicción plena que tiene el tribunal de alzada, tiene dos limitaciones que expresamente señala el art. 271 del Cód. Procesal de la Nación (art. 274 del C.P.C.C.): por un lado se encuentra limitado, siguiendo la terminología del citado artículo, por las pretensiones y oposiciones y las cuestiones de hecho y de derecho sometidas al juez de primera instancia; y por el otro, por lo que haya sido materia de agravios. Es decir, se tratan de limitaciones que se producen por la actitud de los propios litigantes. Si el tribunal de alzada no respeta tales limitaciones y se pronuncia más allá de lo permitido, la sentencia respectiva resulta incongruente, y vulnera las garantías constitucionales de la defensa en juicio y del derecho de propiedad. Como una manifestación o derivación del principio dispositivo, rige el principio de congruencia, en virtud del cual, debe existir conformidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional. El principio de congruencia constituye una manifestación del principio dispositivo en sentido material, dado que si el juez no respetara esa conformidad que debe existir entre su fallo, por un lado, y las pretensiones y oposiciones a las mismas, por el otro, estaría incursionando de esta manera en un campo que el ordenamiento jurídico ha reservado exclusivamente a la voluntad de los particulares, cual es la disposición de los derechos materiales o de fondo; igual conclusión cabe inferirse en caso de que sea un tribunal de alzada. Señala Fassi que los poderes del tribunal de apelación tiene como límite máximo los capítulos propuestos a la decisión del juez de primera instancia, salvo el surgimiento de cuestiones referentes a intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia. Como lo destaca Palacio, la regla general que consagra la norma (art. 280 del C.P.C.C.) es coherente con la naturaleza jurídica de la apelación, que no configura un nuevo juicio en el que sea admisible la deducción de pretensiones o de oposiciones ajenas a las que fueran objeto de debate en la instancia precedente (Loutayf Ranea, Roberto G., “El recurso ordinario de apelación en el proceso civil”, Astrea, 1989, vol. 1, par. 29, 37 y 60, págs. 76, 115, y 165/166, respectivamente). En cuanto se supera este marco de operatividad se produce el quebrantamiento del principio de congruencia. Dicho de otro modo, se lo infringe cuando el fallo recae sobre puntos no sometidos al juez de primera instancia, planteados recién en la expresión de agravios (AzpelicuetaTessone, “La Alzada. Poderes y deberes”, Librería Editora Platense S.R.L., 1993, págs. 176/177). Incluso quedan fuera de la decisión del tribunal de alzada los temas extraños a los escritos de constitución del proceso, aunque se lo introdujere bajo la apariencia de meros argumentos de derecho (CNCiv., sala B, julio 2-975, E.D. 64-514; ídem, sala F, junio 22-983, E.D. 105-357).----------

-----Por ello, la defensa recién introducida en esta instancia en el sentido que la actora no acreditó que cursara estudios durante el año 2013, descartado el 2014 ya que la relación laboral se extinguió con anterioridad, resulta inaudible ante la prohibición impuesta por el art. 280 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV Nº 1. ----------

-----Tales consideraciones deben hacerse extensivas a la manifestación vertida por la quejosa en el sentido que la afirmación del sentenciante -al no otorgarle el cambio de horario le causó daño a la actora al tener que interrumpir sus estudios universitarios- solo tiene sustento en la imaginación del Sr. Juez dado que en el año 2012 no asistió a estudiar y en el 2013 tampoco, pues también se refiere a un dato que no fue introducido en la anterior instancia. ----------

-----Tocante a que el rechazo del cambio de horario de trabajo no puede calificarse como un incumplimiento suficiente que impida la prosecución del vínculo laboral, es una mera afirmación dogmática, en todo caso una apreciación personal, que tampoco se hace cargo del fundamento del juzgador acerca del daño causado ya que el anterior gerente autorizó el cambio y ello le permitió cursar estudios universitarios y que la posterior negativa se tradujo en daño causado a la trabajadora al tener que interrumpir sus estudios universitarios con la finalidad de obtener algún puesto de trabajo con un salario mayor o en el que pudiera desarrollar una tarea que le deparara más satisfacciones o simplemente por el afán de saber.----------

-----En este aspecto pongo de relieve que el “ius variandi” que se refiere a la modificación de las condiciones que hacen a la prestación de la labor tienen su fundamento en el poder de dirección o reglamentario del empleador, ya que las condiciones esenciales de una relación contractual no pueden ser cambiadas por decisión unilateral de una de las partes, pero tampoco el poder de dirección puede ser ejercido arbitrariamente por lo que la ley lo reglamenta en el art. 66 de la L.C.T. (CNTrab., Sala II, junio 6-993, “Forastieri, Juan A., c. Astra Compañía Argentina de Petróleo S.A.”; CNTrab., Sala I, marzo 13-987, “Viñas, Miguel Ángel y otros c. Obra Social Supervisores Ind. Metalúrgica de la República Argentina”) y, debe recordarse que el núcleo duro del contrato es inmodificable. Por eso el trabajador se incorpora a la producción en una categoría y por una remuneración establecida, en un horario y lugar determinado, teniendo derecho a permanecer en tales condiciones (CNTrab., Sala VII, julio 12-996, “Herrera, Gabriel A c. Comafifri S.A.”. Para Capón Filas son elementos estructurales la calificación profesional, la categoría laboral alcanzada dentro del escalafón convencional, la remuneración, el horario y el lugar de trabajo asignado al operario al ingreso. Conforman, por el contrario, elementos coyunturales la integración de equipos de trabajo y la determinación de las normas técnicas procesales de labor. Por lo expuesto, en principio, el trabajador no puede ser obligado a prestar sus servicios en tiempo, lugar o condiciones diversas de las convenidas sin su consentimiento, pues ello afectaría su derecho de propiedad del empleo. La modificación del contrato de trabajo “ius variandi” está sujeta a los siguientes requisitos: a) razonabilidad; b) no alteración esencial del contrato; c) indemnidad (ausencia de perjuicio material y moral) del trabajador. En primer lugar el cambio debe ser razonable, es decir, debe responder a las necesidades de producción de bienes o de servicios (interés colectivo de la empresa); se excluye por tanto el uso no funcional (arbitrario) del jus variandi (Fernández Madrid, Juan Carlos, “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo”, La Ley, 3ra. ed. act., 2007, T. II, págs. 1160/1161 y 1164/1165). -

-----A partir de ello, cuando se afirma como condición del ejercicio del *ius variandi* que se lo efectivice de modo razonable, no es necesario recurrir a ninguna pauta abstracta o de difícil aprehensión como podría sugerir el siempre discutido concepto de razonabilidad, sino tan sólo tener en cuenta que, tratándose de un contrato sinalagmático, el reconocimiento que se hace a una de las partes de modificar de algún modo la prestación de la otra no puede hallar respuesta en un interés particular de la primera, sino que sólo estaría justificado en necesidades de la organización empresaria en que se desarrolla aquel contrato (Ackerman-Tosca, "Tratado de Derecho del Trabajo", Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, T. II, pág. 807).----------

-----En segundo lugar no puede alterarse, en perjuicio, lo sustancial del contrato como el salario, el tiempo de trabajo o la calificación contractual (Fernández Madrid, Juan Carlos, obra y tomo citado, pág. 1167). En consecuencia, el *ius variandi* sólo puede referirse a elementos accidentales, secundarios del contrato, o si afecta alguna condición sustancial, sólo podrá hacerlo en aspectos mínimos y siempre, claro está, que no implique un perjuicio para el empleado (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, pág. 808).----------

-----Y en esa dirección el cambio de horario es un elemento esencial del contrato. La duración de la jornada en la que el trabajador debe prestar servicios, como se adelantara, constituye también una condición esencial del contrato, por lo que su modificación unilateral resulta inadmisible. La jurisprudencia ha sido rígida en este aspecto, ocupándose de señalar no sólo la inmutabilidad del elemento en consideración, sino también de indicar que aún tratándose de un cambio avalado por razones funcionales justificadas, resulta ilegítimo (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado, págs. 819/820).------

-----De tal modo, bien señaló el juzgador que en atención al anterior horario convenido con el ex gerente W. por razones de estudios, el rechazo al no poder continuar con tales estudios le produjo un daño a la actora por las razones antes apuntadas y que resultan de fs. 143 vta., dos primeros párrafos, lo que importó un ejercicio abusivo del *ius variandi* y le otorgó el derecho a la actora a considerarse despedida y percibir las indemnizaciones de ley. ----------

-----De tal modo, al encontrarse acreditada una de las causales del despido indirecto en el que se colocó justificadamente la trabajadora, innecesario resulta ingresar a las restantes quejas referidas a la causal vinculada al cambio de tareas, tal como lo expusiera el fallo a fs. 143 vta., tercer párrafo. ----------

-----Por tales razones, se rechaza el primer agravio.----------

-----3. Como segundo agravio la quejosa impugna la condena al pago de la suma de $30.000 por daño moral. Señala que esa indemnización es susceptible de dos enfoques: el contractual y el extracontractual. Si se trata del contractual, en el ámbito del contrato de trabajo todo daño moral se encuentra incluido en el concepto de injuria laboral y da derecho a una indemnización tarifada. Desde el punto de vista extracontractual, el daño moral procedería en los casos en que el hecho que lo determina fuese producido por una actitud dolosa del empleador. Manifiesta que en el caso de autos la actora jamás probó

que padeció de daños psicofísicos graves como consecuencia del trato dentro del marco del contrato de trabajo que le dispensara el Director de planta Ingeniero R. B. que puedan meritarse fuera del ámbito contractual. Agrega que sólo un testigo se refirió a un hecho aislado y que como ya se esgrimió en el responde es un hecho aislado respecto del Ingeniero B. en lo que hace a que de mala manera y a los gritos le sumó tareas. ----------Sobre el particular pongo de relieve que en demanda la actora invocó que sufrió maltrato por parte del gerente R. B. quien la increpó a los gritos y con mal vocabulario, ordenándole tareas no correspondientes a su categoría, situación que originó la intervención del sindicato SETIA y de la Secretaría de Trabajo. Por ello peticionó una indemnización por despido discriminatorio con sustento en el art. 1° de la ley 23.592 (fs. 5, punto IV.B.).----------Al respecto, el juzgador a fs. 144/vta. tuvo por probado el maltrato y la angustia que la citada persona le ocasionó a la actora en base a las declaraciones de T. y G., por lo que paso a valorar los dichos de tales testigos.----------N. T. cuya declaración luce a fs. 70/71 manifestó que el gerente nuevo tenía maltrato hacia las chicas, les gritaba, que lo llamó por teléfono P. G. que era el delegado diciendo que el gerente le había faltado el respeto a esta chica (por la actora) y que estaba llorando. Agregó que cuando fueron a la empresa con el Secretario General estaba llorando con un ataque de nervios, la retiramos y la llevaron a la Seccional 3ra. (respuesta la 3ª pregunta). Posteriormente aclaró que no vio que el Sr. B. maltratara a T. (respuesta a la 2ª repregunta). De tal modo, es evidente que ese testigo nada aporta por cuanto no presenció el hecho y es entonces un testigo de oídas. ----------P. I. G. cuya declaración obra a fs. 76/77 manifestó que vio que el Sr. B. iba gritándole y ella llorando saliendo de la oficina, fue en un descanso, no sabe qué le gritaba, él estaba adentro de la oficina, él los vio y cerró la puerta. Cree que ella no les dijo nada, lloraba nada más. No recuerda qué dijo ella respecto del motivo de los gritos, siempre les decía que B. siempre la perseguía ya que le quería hacer otros trabajos extras, que quería que le limpie todas las oficinas de toda la planta y después le ponía trabas por su estudio (respuesta a la 1ª ampliación). También dijo que vio y escuchó los gritos y que no distinguió lo qué decía (con referencia a B.) (respuesta a la 9ª repregunta). -----Y Viviana Elizabeth V. cuyo testimonio luce a fs. 73/vta. respecto del episodio que sufrió en el año 2013 con B. dijo que no lo recuerda exactamente, salió llorando de la oficina, más de una vez salió llorando (respuestas a la 1ª y 2ª ampliación). ----------Acerca de tal cuestión en c. 477.12, S.D.L. 20/13 tuve oportunidad de señalar que si el agravio al trabajador es provocado como consecuencia del *incumplimiento de las obligaciones contractuales* -expresión que involucra el ejercicio abusivo del derecho por parte del empleador- y éste no degenera en un delito del Derecho criminal (arg. art. 1107, Cód. Civil), la responsabilidad será *contractual*. Si, en cambio, el daño a la dignidad del trabajador es causado sin conexión causal con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo, o por una circunstancia meramente ocasional con su extinción, la responsabilidad civil por daño moral es *extracontractual* (Pizarro, Ramón Daniel, “Daño

moral", Editorial Hammurabi, 1996, pág. 598). Incluso se sostiene que es factible el resarcimiento del daño moral aun cuando no esté extinguido el contrato de trabajo. Así, se afirma que por nuestra parte pensamos que la ausencia de normas que resuelvan en forma expresa la cuestión no puede ser interpretada como rechazo del resarcimiento del daño moral (o patrimonial) por incumplimiento de obligaciones laborales, cuando no opere la extinción del contrato de trabajo (Pizarro, Ramón Daniel, ob. cit., pág. 606).----------Por eso, el daño moral puede ser ocasionado durante la ejecución del contrato y aún durante el período pre y poscontractual, sea que la responsabilidad consiguiente tenga que regirse por los principios de la responsabilidad contractual o extracontractual según el caso (Mosset Iturraspe, Jorge, "Responsabilidad por daños", Rubinzal – Culzoni Editores. 1999, T. V, "El daño moral", pág. 286).----------De tal modo, es posible admitir el resarcimiento del daño moral cuando deriva de un hecho distinto a la denuncia del contrato de trabajo producido con motivo de la ruptura del contrato o durante el curso de la relación, sea de origen contractual o extracontractual. ----------Y en materia de responsabilidad contractual el equívoco sobrevino al error de pensar que la tarifa viene a resarcir *todos los daños contractuales* cuando, en rigor, sólo lo hace respecto de *uno de ellos*, el atinente a la frustración de la vocación de permanencia inherente a toda relación laboral considerada en sí misma. Fuera de dicho campo concreto de aplicación que concierne al despido en cualquiera de sus modalidades (directo o indirecto; incausado, injusto por falsedad o insuficiencia causal, o fundado en incumplimiento injurioso del patrón), pueden verificarse otros incumplimientos autónomos *a deberes específicos* de las partes que excepcionalmente se encuentran también tarifados (vgr. art. 80, LCT) pero que en general no reciben previsión laboral alguna que descarte, por especialidad, la actuación del derecho común (Ackerman-Tosca, ob. cit., T. IV, págs. 408/409).----------Y con relación al daño a la persona (daño moral) en el contexto de una relación de trabajo se sostiene que la *incomodidad* viene provista por la circunstancia de la subordinación inherente al vínculo que, en cuanto instituye una relación de poder entre las partes (entiéndase: como potestad de mando-sanción y correlativo deber de obediencia) es idónea para crear una amplia "zona de frontera" en la que resulte razonable dudar acerca de lo que resulta exigible que el trabajador soporte. Esta especial ponderación guarda también una estrecha relación con la circunstancia de la *dependencia económica*, en tanto crea un ámbito propicio para que las tendencias naturales del hombre al uso abusivo del poder se expresen trasvasando, en el ejercicio de las facultades jerárquicas del empleador, "los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos". Y que, simétricamente, induce al asalariado a soportar situaciones (y a veces verdaderos vejámenes) cuando el costo de oportunidad de defender su dignidad o sus derechos es la pérdida del empleo (Ackerman-Tosca, obra y tomo citado precedentemente, págs. 413 y 414, respectivamente).----------Destaco también que esta sala "B" en c. 122/10, S.D.L. 15/10, al confirmar la

sentencia de primera instancia, tuvo en consideración que el daño moral puede ser resarcido en el caso de maltrato verbal por parte del empleador que derivó en una situación de ruptura laboral. ----------

-----Ahora bien. A pesar de que la actora reclamó indemnización por “DESPIDO DISCRIMINATORIO”, en la presente causa la indemnización por daño moral no se vincula con las causales de despido invocadas en demanda (negativa al cambio de horario y asignación de mayores tareas) sino por el maltrato que le profiriera el gerente R. B. al increparla a los gritos y con mal vocabulario (p. IV.B., fs. 5). Agrego también que aún cuando la trabajadora alegó en su favor el art. 1 de la ley 23.592 y por ende una conducta discriminatoria que se entiende en razón de su género, de la prueba rendida en este proceso no surge acreditado que los gritos tuvieran relación con su sexo sino con la cuestión laboral referida al pedido de B. a fin de realizar más tareas.----------

------Por ello, al no tratarse de un despido discriminatorio, sumado a que el testigo G. aludió a un solo episodio y a que los gritos de B. estuvieron referidos a una cuestión laboral (asignación de otras tareas), también considero que debe revocarse el fallo en crisis en lo que hace a la indemnización por daño moral.----------

-----4. En su tercer agravio la demandada manifiesta que para el caso que se interprete que existió injuria que por su gravedad impidió la prosecución del contrato de trabajo, y eso es lo que se resolvió al desestimar el primer agravio, estima que de la prueba producida resulta que pudo haberse considerada asistida de mejor derecho, razón por la que debe ser eximida del pago de la indemnización prevista por el art. 2 de la ley 25.323.----------

-----En tal sentido destaco que acerca del agravamiento indemnizatorio previsto por el art. 2 de la ley 25.323 se expresa que la intención legislativa no es otra que compeler a los empleadores a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido evitando pleitos innecesarios (Pose, Carlos, “Primeras reflexiones sobre el incremento indemnizatorio dispuesto por ley 25.323”, D.T. 2000-B, 2305) (el subrayado me pertenece). Se trata de una conducta, *la omisión del deber legal de abonar lo adeudado* como consecuencia del despido arbitrario, *en tiempo, forma y lugar adecuados*. Hasta aquí, hemos dicho que la norma repara un daño autónomo, distinto al despido. Y es que la falta de pago es el daño indemnizable, distinto al daño del despido injusto. Lo que se repara por medio de esta tarifa es la mora en el pago de las indemnizaciones (Elffman y Teuly, “Las “indemnizaciones laborales” de la ley 25.323”, Cap. VI, D.T. 2001-A, 242) (la cursiva me pertenece).----------

-----A su vez, dicha norma establece que: “Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago”. ----------

-----Y acerca de la posibilidad de la reducción y hasta la eximición total se precisa que en puridad el legislador ha previsto *causas de justificación* que operan como circunstancias típicas negativas de la intensificación indemnizatoria. Las mismas

comportan presupuestos fácticos circunstanciales de entidad objetiva que legitiman la conducta omisiva del dador de trabajo respecto del oportuno pago de las indemnizaciones legales, habilitando al órgano jurisdiccional para disponer, en el caso generador de proceso concreto, la reducción del *quantum* e inclusive la eximición del pago del recargo resarcitorio. La providencia desestimatoria del recargo indemnizatorio por el sentenciador deberá sustentarse en los elementos fácticos de la litis, en el material probatorio colectado y el Derecho aplicable, apreciados con carácter restrictivo y con sujeción a *standards de razonabilidad o de sana crítica racional* –reglas de la lógica, psicología y experiencia común (Toselli, Carlos Alberto y Solá Torino, Victorino, "Régimen de la ley 24.013 y normas agravantes del distracto", Alveroni Ediciones, 2009, págs. 623/624). Y acerca de un ejercicio prudente de esa facultad se expresa: ¿Qué debe entenderse por el ejercicio prudente por parte de los jueces de la atribución acordada por la norma? La prudencia está ligada a la razonabilidad de la decisión en un caso dado, a una valoración de los hechos que revele como justificable –aunque no lícito- el obrar omisivo patronal. Pero además atiende al modo de ejercitar esa facultad, lo prudente nos habla de una manera ciertamente restrictiva y evitando las generalizaciones que puedan hacer caer en letra muerta la télesis básica de la norma (Ruiz, Alvaro Daniel, "Los alcances de la ley 25.323: algunas definiciones necesarias", D.T. 2000-B, 2276).----------

-----Con ese alcance, no se observan datos fácticos de entidad objetiva que puedan legitimar la conducta asumida por la sociedad demandada, por lo que no hay razón alguna que permita siquiera eximirla parcialmente del agravamiento indemnizatorio, máxime si se considera que al analizar el primer agravio se tuvo por acreditada una de las causales invocadas por la trabajadora para colocarse en forma justificada en situación de despido indirecto.----------

-----Por tales razones, se desestima este agravio. ----------

------5. En consecuencia, también propicio al Acuerdo revocar parcialmente la sentencia venida en apelación para disminuir el capital de condena a la suma total de $312.406,35, confirmando el fallo en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

-----La revocatoria que se propicia conduce a efectuar las adecuaciones previstas por el art. 282 del C.P.C.C., de aplicación por remisión del art. 73 de la Ley XIV N° 1.----------

-----Tocante al régimen de costas debe señalarse que la noción de vencido se establece con una visión global del juicio y no por análisis aritméticos de las pretensiones y resultados (Arazi-Rojas, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal – Culzoni Editores, 2001, T. I, pág. 261 y nota nº 48). Por otra parte, el art. 57 de la Ley XIV Nº 1 no establece un principio general de aplicación mecánica y automática, ya que permite siempre discernir la condición de derrotado o vencido en un enfoque global del resultado del pleito, mediante un prudente análisis particularizado a la cuestión en debate (conf. S.T.J. en autos caratulados "Catalán Labbe c/Pcia. del Chubut", S.D. 7/91; y "Celi de Reucci c/Chubut Construcciones y otro", S.D. 3/93). ----------

Desde esta perspectiva, por "parte vencida" debe entenderse, a los efectos de la norma

que analizamos (art. 68, apartado primero, del C.P.C.C.) a aquélla que obtiene un pronunciamiento judicial totalmente adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso (Palacio, Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil”, Abeledo-Perrot, 1970, T. III, par. 312 b), pág. 369). Es el hecho objetivo de la derrota lo que determina la condena en costas. Su fundamento no es otro, que el de haber sostenido, sin éxito, una pretensión jurídica (Alsina, Hugo, “Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, EDIAR, 1961, T. IV, pág. 527). Litigante vencido o perdidoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (Arazi-Rojas, obra y tomo citado, pág. 261, y nota nº 45, con cita de doctrina y de fallos). ----------

-----Con tales alcances, cabe ponderar que la actora resultó vencedora en la principal pretensión referida a la situación de despido indirecto en la que se colocó en forma justificada, pero resultó vencida en su reclamo de indemnización por despido discriminatorio y también en la multa prevista por el art. 132 bis de la L.C.T., sin perjuicio de ponderar también la conducta asumida por la demandada al solicitar el rechazo de la demanda con costas (ver contestación, p. II y VII 4, fs. 24 y 31).----------

------En síntesis, también estimo prudente propiciar al Acuerdo la imposición de las costas de primera instancia en un 80% a cargo de la demandada y en un 20% a cargo de la actora, por ajustarse así en forma proporcional y adecuada al resultado de la litis, en concordancia con el principio antes señalado y los vencimientos recíprocos habidos (art. 57 de la Ley XIV Nº 1 y art. 72 del C.P.C.C.).----------

------En cuanto a los honorarios de la anterior instancia, atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos, pero también a que el actor no resultó vencedor en todas sus pretensiones y los porcentajes que en tal caso esta Alzada regula habitualmente, entiendo adecuados los honorarios que propicia regular el Dr. De Cunto a favor de los Dres. M. M. C. y R. O. C., en su carácter de letrados apoderados de las partes actora y demandada, en la sumas porcentuales equivalentes al 18,5% y 15,5%, respectivamente, en todos los casos sobre el monto de condena a calcularse en la etapa de ejecución de sentencia (arts. 5, 6, 8, 18, 38 y 46 de la Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. que pudiera corresponder.----------

-----El fracaso de dos de los tres agravios traídos por la apelante y el éxito del segundo lleva a imponer las costas de Alzada en un 75% a la demandada y en un 25% a la actora, por responder adecuadamente a las porciones de fracaso y éxito obtenidos en esta instancia por la recurrente (art. 72 del C.P.C.C.).----------

Con las pautas antes señaladas y lo previsto por el art. 13 de la ley del arancel, respecto de los trabajos profesionales cumplidos en esta segunda instancia, estimo prudente establecer los honorarios de los Dres. M. M. C. y R. O. C., en las cantidades equivalentes al 5,36% y 4,18%, respectivamente, del ya aludido monto de condena, con más el I.V.A. pertinente.----------

-----Cierro mi intervención y a la primera cuestión voto PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA.----------

-----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó: ----------

-----En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto: I.- Revocar parcialmente el fallo apelado a los meros efectos de reducir el monto del capital de condena a la suma de pesos trescientos doce mil cuatrocientos seis con treinta y cinco centavos ($312.406,35), confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios. ----------

-----II.- Imponer, por readecuación, las costas de grado en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora.----------

-----III.- Determinar, por readecuación, los honorarios por las tareas realizadas en la instancia anterior, de la Dra. M. M. C., en un 18,5%; y los del Dr. R. O. C., en un 15,5%; en ambos casos sobre el monto total de condena; con adición del I.V.A. correspondiente.----------

-----IV.- Imponer las costas de esta sede en un 75% a la demandada y en un 25% a la actora. ----------

-----V.- Regular los honorarios por las tareas realizadas ante la Alzada, a la Dra. M. M. C. en un 5,36%; y al Dr. R. O. C., en un 4,18%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA correspondiente. ----------

-----Así lo voto. ----------

-----**A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Vergara dijo: ----------

-----El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. De Cunto, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado por mayoría con la anterior votación.----------

----Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el Acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría y encontrarse de licencia el restante integrante de la Sala Dr. Sergio R. Lucero al momento de efectuarse el sorteo (Arts. 7º y 8º Ley V Nº 17), pasándose a dictar:----------

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

-----Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Trelew; RESUELVE:----------

-----REVOCAR PARCIALMENTE el fallo apelado a los meros efectos de reducir el monto del capital de condena a la suma de pesos trescientos doce mil cuatrocientos seis con treinta y cinco centavos ($312.406,35), confirmándolo en todo lo demás que fuera materia de agravios.----------

-----IMPONER, por readecuación, las costas de grado en un 80% a la demandada y en un 20% a la actora.----------

-----DETERMINAR, por readecuación, los honorarios por las tareas realizadas en la instancia anterior, de la Dra. M. M. C., en un 18,5%; y los del Dr. R. O. C., en un 15,5%; en ambos casos sobre el monto total de condena; conadición del I.V.A. correspondiente.-

-----IMPONER las costas de esta sede en un 75% a la demandada y en un 25% a la actora. ----------

----REGULAR los honorarios por las tareas realizadas ante la Alzada, a la Dra. M. M. C. en un 5,36%; y al Dr. R. O. C., en un 4,18%; en ambos casos sobre el monto total de condena y con más el IVA correspondiente. ----------

-----Regístrese, notifíquese y devuélvase. ----------

RAUL ADRIÁN VERGARA
JUEZ DE CÁMARA

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

----REGISTRADA BAJO EL N° _____ DEL AÑO 2018 - SDL - CONSTE.----------

UBALDO RENÉ AGUILERA
SECRETARIO DE CÁMARA