En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de septiembre del año dos mil veintiuno, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI y la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Julián E. JALIL y para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"G., E. C. C/ C. S.A. S/ Cobro de Pesos e indem. de ley " (Expte. N° 110 - Año 2021)** venidos del Juzgado Laboral N° 2 (Expte. N° 10010/18), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 257.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL dijo:

1. Antecedentes del caso. Obra a fs. 221/231 la sentencia definitiva dicta en las presentes actuaciones, la cual fue apelada por la parte demandada a fs. 232.

El recurso fue concedido a fs**.** 233, obrando el memorial a fs. 234/241.

La parte actora contesto el traslado del memorial a fs. 243/246.

2. La sentencia. En el pronunciamiento de grado el Señor Magistrado dictó sentencia: "1º) Haciendo lugar a la demanda, y en consecuencia, condenando a C. S.A., CUIT X. a abonar al señor E. C. G., DNI X., dentro del quinto día y mediante depósito judicial, previo los descuentos legales que correspondan, la suma de PESOS UN MILLON CUATROCIENTOS SESENTA MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SEIS CON CINCUENTA CENTAVOS ($1.460.266,50), más los intereses de acuerdo a lo expresado en el Considerando 8. 2°) Intimar a la demandada C. S.A. para que en el término

de diez (10) días de quedar firme la presente sentencia, haga entrega al Sr. E. C. G., DNI X., del certificado de servicios y remuneraciones, conforme art. 80 LCT, ajustado a los términos de la presente sentencia".

Las costas fueron cargadas en la cuenta de la demandada al tiempo que se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes.

La sentencia consideró que el despido operado carecía de causa legal, ordenando que la demanda prospere por los siguientes rubros: 1°) Integración del mes de despido: $7.568,22; 2°) SAC s/ Int. mes despido: $630,43; 3°) Preaviso (2 meses): $75.681,90; 4°) SAC s/ Preaviso: $6.304,30; 5°) Indemnización por antigüedad: $567.614,25, lo cual arrojó una suma de $657.799,10.

Fue acogido también el incremento indemnizatorio contemplado en el art. 2 de la Ley 25.323 por valor de $328.944,55, y declarada procedente la indemnización prevista por el art. 45 de Ley 25.345, por la suma de $113.522,85.

En lo relativo al planteo que reclama con base en que el despido fue discriminatorio, se declaró que correspondía hacer lugar al resarcimiento reclamado con fundamento en concepto de daño moral, fijándose un monto equivalente a $360.000.

Surge de lo expuesto que la demandada hubo de proceder por un total de $1.460.266,50, computándose sobre esa suma, intereses liquidados conforme la tasa activa para operaciones de descuento de documentos comerciales que fija el Banco del Chubut S.A. desde la exigibilidad de cada crédito y hasta su total y efectiva cancelación

3. Los agravios de la parte demandada. La recurrente se agravia con base en tres ejes temáticos.

El primero de ellos es que la sentencia le atribuyó a la demandada un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Se queja la parte demandada porque el cambio de tareas fue notificado al actor durante el mes de septiembre de 2015 siendo consentido por el reclamante.

Solo al momento en el que se le notificara el despido, durante el mes de marzo de 2016, el accionante puso de relieve que la nota que instrumenta su aceptación de las nuevas tareas, fue suscripta bajo presión, estando en su consecuencia, viciada la voluntad mediante la cual se otorgó el acto.

Plantea que el tiempo durante el cual la actora se desempeñó en sus nuevas tareas convalidó la modificación de las mismas, y que la sentencia, desconociendo las facultades consagradas por el art. 66 de la LCT (Conf. Ley 26.088), soslaya la prueba aportada sin dar razón del rechazo, dejando en cabeza de la demandada la carga de probar la legitimidad de su obrar, todo lo cual es lesivo del derecho de defensa de su parte (art.18 de la CN).

En segundo término, cuestiona la liquidación que se hace en la sentencia.

La quejosa se agravia partiendo de la base de que la indemnización por antigüedad fue calculada sin atender al tope indemnizatorio dispuesto por el CCT 372/04 que regía la relación al momento del distracto, el cual se situaba en $ 13.211,49 al mes de febrero de 2016. El rubro, debió cuantificarse en $ 198.172,35.

Acto seguido, cuestiona que la indemnización sustitutiva de preaviso fue calculada partiéndose del mismo haber que se adoptó para establecer la indemnización del artículo 245 de la LCT.

Entiende que el criterio que se emplea para tomar la base del cálculo de la indemnización del artículo 232 de la LCT es el de la normalidad próxima, en tanto que el criterio para calcular la indemnización del artículo 245 de la LCT es el de la mejor remuneración mensual, normal y habitual.

En su concepto, en el caso presente, siendo que la remuneración correspondiente al mes de enero de 2016 fue de $ 11.646,85, la

indemnización de por falta de preaviso del actor no puede superar los $ 23.293,70 y el cálculo del SAC los $ 1.940,36.

Continúa señalando que la indemnización correspondiente a la integración del mes de despido es subsidiaria de la indemnización sustitutiva de preaviso, debiendo en consecuencia situarse en la suma de $ 1941,14, (conforme su criterio, despido operado el 25/02/2016), con más la suma de $ 161,60 en concepto de SAC.

Refiere que las objeciones que ya han sido planteadas al cálculo de la indemnización en los párrafos que preceden, determinan que desde su prisma, también sea incorrecto el cálculo del agravamiento de la indemnización dispuesto por el art. 2 de la Ley 25.323, debiendo dicho rubro situarse en la suma de $111.703,59.

Por último, la quejosa cuestiona la sentencia en cuanto acuerda al actor una indemnización por haber considerado que el despido era discriminatorio.

Plantea que la causa del despido fue la ausencia injustificada que fue puesta de relieve en la comunicación del distracto. Sin perjuicio de ello, aun siguiendo el razonamiento de la sentencia, la causal que el Señor Magistrado de la instancia de grado pone de relieve como emergente de la prueba testimonial, serían las supuestas diferencias del actor con el jefe del sector redería. De ahí concluye que ya sea que se considere una u otra causal, ninguna de ellas se relaciona con la pretendida discriminación a la que se hace alusión en los fundamentos de la sentencia.

Indica que la SDL 78/2018 dictada por la CAPM da argumentos para desestimar el planteo de discriminación efectuado en autos, y no para acogerlo.

4. **Suficiencia de los agravios.** Los agravios vertidos por la apelante, refieren a la parte del fallo que ponen en crisis, e indican los errores del judicante de grado que son considerados como causa eficiente de dichos

agravios, por lo tanto, constituyen una crítica suficiente, concreta y razonada de la sentencia de grado, en los términos del art. 268 del CPCC lo que habilita su estudio.

5. Metodología empleada para el tratamiento de las cuestiones. Es jurisprudencia arraigada de la CSJN que a los jueces no están obligados a tratar todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino sólo aquellos que estimen pertinentes para la solución del caso, ni tampoco a ponderar todos los elementos y pruebas aportados al juicio, bastando sólo aquellos que consideren conducentes para fundar sus conclusiones. (Conf. CSJN, Fallos, t. 294, p. 466, t. 295, ps. 135, 356 y 362; t. 276, ps. 132 y 311; t. 280, p. 320 y t. 302, p. 1564 -Rep. LA LEY, t. XXXVIII, J-Z, p. 1182, sum. 20; p. 1183, sum. 21; p. 1182, sum. 20; Rev. LA LEY, t. 139, p. 764, fallo 24.057-S; t. 139, p. 617; t. 144, p. 611, fallo 27.641-S; Rep. LA LEY, t. XLII, J-Z, p. 2370, sum. 45-, entre otros; CNCiv., sala B, E. D., t. 59, p. 250 -Rep. LA LEY, t. XXXV, J-Z, p. 1670, sum. 141-; ídem, sala C, E. D., t. 59, p. 154 -Rev. LA LEY, t. 156, p. 850, fallo 31.874-S-; ídem, sala D, L. 272.208, del 2/9/82; ídem, sala E, E. D., t. 80, p. 272; ídem, sala F, L. 208.621, del 21/6/83. Asimismo: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, J., F. M., 16/02/1984, LA LEY 1984-C, 414, AR/JUR/192/1984. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, Vieyra, Witcomb, Jorge R. c. Caisso, María M, 27/08/1982, AR/JUR/1829/1982; y jurisprudencia local: CACR, en autos: "V, J y otro c/ T. C. M. SA (M) s/ Sumarísimo", Expte. Nro. 556/15, entre otros).

Teniendo en cuenta el art. 7 de la Carta de Derechos de los Ciudadanos de la Provincia del Chubut ante la Justicia (Ley V - Nº 108), el presente acto jurisdiccional se redactará de la forma más clara y comprensible para sus destinatarios, intentando emplear una sintaxis y estructura sencilla, sin perjuicio del rigor técnico que sea necesario.

6. **El tratamiento de los agravios de la parte demandada.** Abordaré los agravios en el orden en el cual han sido descriptos en el punto 3 de este voto, distinguiéndolos en títulos sucesivos.

6.1. Ejercicio abusivo del *ius variandi*. La recurrente plantea que no se ha probado en autos, ejercicio abusivo del *ius variandi*, por cuanto el tiempo durante el cual la actora prestó tareas en el sector redería, convalidan el traslado instrumentado por escrito, lo cual importa novación objetiva del contrato de trabajo.

La jurisprudencia ha sentado concretos criterios respecto de los alcances de la noción del *ius variandi*, con el objeto de determinar cuáles conductas suponen un ejercicio abusivo de las facultades patronales en la organización del trabajo.

En este orden, para que no se configure un ejercicio abusivo del *ius variandi*, debe tratarse de modificaciones que respondan a razonables cuestiones de naturaleza funcional (por ejemplo, en el caso en el que la empresa había mudado sus instalaciones de una zona a otra dentro de la misma ciudad, trasladándose por ello a todo su personal; Conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII; 01/03/2021, "Alfonso, Gabriela Laura c. Water Technologies & Solutions Argentina S.C. s/ Despido", TR LALEY AR/JUR/1035/2021; también cuando exista necesidad de circulación de personal por las diferentes sucursales de la empresa; Conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 23/12/2020, "Rojas, Gustavo Armando c. ABC Sociedad Anónima s/ despido", RDLSS 2021-9, 66, TR LALEY AR/JUR/69937/2020), obrándose sin que los cambios conlleven una disminución en la remuneración, la jornada o la categoría de la dependiente (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, 23/12/2019, "Correa, Silvina Noemi c. Transporte Automotor Plaza S.A.C. E.I. s/

Despido", La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/61236/2019). En este sentido se ha considerado que existe deterioro económico hasta por la pérdida de la posibilidad de percibir comisiones (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, 20/11/2018, "Tescari Mora, Patricia Isabel c. MJA S.A. s/ Despido", La Ley Online, TR LALEY AR/JUR/61882/2018).

La queja en tratamiento no ha logrado conmover los fundamentos de la sentencia de grado, por cuando en el caso de marras, las modificaciones en las tareas del actor, el cual pasó a desempeñarse en el sector redería, supuso un perceptible deterioro económico causado por la sensible disminución de su salario, lo cual fue tenido especialmente en consideración por el Señor Juez de grado al fundamentar su pronunciamiento.

Se ha considerado a la remuneración como condición esencial en el contrato de trabajo, no siendo susceptible de modificación por imperio de las facultades consagradas en el artículo 66 de la LCT, En este sentido "La remuneración integra el núcleo del contrato de trabajo y no puede modificarse en perjuicio del trabajador ni está comprendida en el art.66 de la ley de contrato de trabajo" (Conf. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VIII, 12/04/2013, "B., P. c/ Bridgestone Firestone Argentina S.A.", La Ley Online TR LALEY AR/JUR/16727/2013).

Tampoco es óbice a que se considere que en autos ha existido ejercicio abusivo del *ius variandi*, el hecho de haberse el actor desempeñado en el sector de redería durante los meses que van desde el mes de octubre de 2015 hasta el mes de febrero de 2016, sin haber articulado cuestionamiento alguno al cambio de tareas.

En este orden, la jurisprudencia ha puesto énfasis en que solo la prestación de servicios en forma incuestionada por más de dos años, permite inferir prestación de consentimiento al cambio de tareas (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, 31/10/2017, "Chunco, Hugo César c.

Organismo Regulador del Sistema Nacional de Aeropuertos Orsna s/ despido", La Ley Online TR LALEY AR/JUR/85728/2017).

La sentencia destacó que las acciones de la demandada vulneran el principio de irrenunciabilidad consagrado por el art. 12 de la LCT que establece que "...será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción...", sin que el embate de la recurrente haya logrado conmover tal argumento.

Por lo expuesto, el agravio será rechazado.

6.2. La liquidación de los rubros. Abordaré la queja que cuestiona los importes por los cuales han prosperados los rubros de la liquidación.

6.2.1. El tope indemnizatorio. La recurrente objeta que no se ha hecho aplicación del tope consagrado en el CCT 372/04.

Tendré especialmente en cuenta que tal como surge del informe de la pericia contable a fs. 207/207 vta. al ser requerido el experto para que indique "bajo qué convenio colectivo de trabajo, se le liquidaba al actor su salario" (punto 5.3.), la respuesta fue: "Los salarios del Sr. G. E. C. fueron liquidados desde su ingreso hasta el mes de septiembre de 2.015 de acuerdo al Convenio Colectivo de Trabajo 356/03 correspondiente al Sindicato de Obreros Marítimos (S.O.M.U), y desde octubre de 2.015 al distracto, esto es febrero de 2.016 de acuerdo al Convenio Colectivo de Trabajo 372/04 del Sindicato Trabajadores Industria Alimentación (S.T.I.A)".

Se ha determinado por la sentencia de grado y se confirma tal criterio en el punto 6.1. del presente voto, que el desplazamiento del actor desde su puesto de "marinero" al de "dependiente en el sector redería", entrañó un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Por ello, la liquidación de haberes a partir del mes de octubre de 2015 conforme el régimen del CCT 372/04 contraviene el ordenamiento laboral, debiendo haberse aplicado el régimen originario del CCT 356/03.

De lo expuesto surge con claridad meridiana que no asiste derecho a la recurrente al pretender que sea de aplicación el tope indemnizatorio consagrado en el CCT 372/04 que rige la actividad de los Trabajadores Industria Alimentación (S.T.I.A); convenio colectivo éste, que jamás debió ser empleado para liquidar los salarios de un trabajador que encontrándose emplazado en la categoría de "marinero", se rigió durante más de diez años de relación laboral por el CCT 356/03 que dispone las remuneraciones y condiciones de trabajo de los Obreros Marítimos (S.O.M.U.).

Con fundamento en ello, el agravio será desestimado.

6.2.2. La indemnización por preaviso y su SAC. La quejosa plantea que la base para la indemnización por falta de preaviso debió ser la remuneración correspondiente al mes de enero de 2016, con fundamento en la noción de "normalidad próxima" que es el criterio que invoca.

No asiste razón a la recurrente, toda vez que la liquidación correspondiente al mes de enero de 2016 abonada al actor, fue hecha de conformidad a la deducción salarial que se derivó de la indebida categorización en las tareas dispuestas por imperio del ejercicio abusivo del *ius variandi*.

En este sentido han sido claras tanto la pericia contable (punto 5.5. a fs. 207 in fine y 208), como la respuesta a la impugnación (obrante a fs. 214), pues

al serle cuestionado al experto, que tomó para el cálculo de la indemnización por falta de preaviso y por la integración del mes de despido, el perito sostuvo: “La indemnización final de la actora se realizó de acuerdo a lo requerido en el punto pericial solicitado por la actora que en su parte pertinente se transcribe: continuación se reproduce "..efectué el cálculo para el caso de QUE SE LE HUBIERA RESPETADO LA REMUNERACION PARA EL PUESTO DE TRABAJO QUE DESARROLLO DURANTE LOS PRIMEROS 11 AÑOS DE TRABAJO (COMO MARINERO DE PLANTA DE PROCESAMIENTO DE LANGOSTINO EN ALTA MAR)..." Este Perito se circunscribió a responder el punto en los términos que fuera planteado por el requirente”.

Toda vez que el pronunciamiento de grado dispuso que existió ejercicio abusivo del *ius variandi*, las remuneraciones percibidas desde octubre de 2015 a febrero de 2016 entrañaron una indebida disminución de los haberes del actor, lo cual no puede redundar en su perjuicio en el cálculo del rubro indemnización por preaviso y su SAC correspondiente.

Con fundamento en lo expuesto, el agravio será desestimado.

6.2.3. La indemnización por integración del mes de despido y su SAC. La queja tiene por base el mismo argumento que ha sido resuelto en el punto anterior, por lo cual corresponde desestimar el agravio por el que se cuestiona el mondo de condena por indemnización por integración del mes de despido y su SAC.

6.2.4. El incremento de la indemnización dispuesto por el artículo 2 de la Ley 25.323. La recurrente objeta que el incremento de la indemnización dispuesto por el artículo 2 de la Ley 25.323, se encuentra mal liquidado, con

fundamento en los planteos formulados contra el cálculo de la indemnización falta de preaviso e integración del mes de despido, con más los SAC correspondientes a ambos rubros. En su concepto el incremento dispuesto por la norma no puede superar los $111.703,59.

De acuerdo a la manera en la que se propone que los agravios tratados en los puntos 6.2.2. y 6.2.3. que anteceden sean resueltos, corresponde rechazar el agravio en curso, toda vez que ha sido correcto el criterio de la sentencia de grado en cuanto a los montos de condena respecto de los rubros falta de preaviso e integración del mes de despido, con más sus SAC correspondientes.

En consecuencia, el agravio será rechazado.

6.3. La procedencia de la indemnización fundada en el criterio de trato discriminatorio para disponer el despido. Ha objetado la recurrente la condena por daño moral basada en que el despido fue discriminatorio.

La sentencia ha invocado el precedente de esta Alzada "L.M., E. c/ I.F.S.A. s/ Cobro de pesos e indem. de ley" (Expte. N°148 Año 2018), para decretar en autos la existencia de trato discriminatorio, en tanto que la recurrente con base en el mismo caso reclama el rechazo del rubro en cuestión.

En aquel precedente, bueno es recordarlo, se rechazó el pedido de que el despido sea considerado como fundado en discriminación por la enfermedad padecida por la parte actora.

Sin perjuicio de que en los presentes autos se encuentra acreditada la enfermedad y que la parte demandada tenía conocimiento de la misma, no existe de la prueba colectada en autos, indicio alguno que permita inferir que el despido tiene por causa jurídica un obrar discriminatorio fundado en la enfermedad de la parte actora.

El testigo C. a fs. 125 séptima pregunta puso de relieve que el actor tenía desaveniencias con en el responsable del sector que complicaban su rendimiento; la testigo A. a fs. 129, respondiendo a la séptima pregunta destacó que el actor tenía diferencias con el jefe de sector y poco interés; la testigo V. a fs. 130 en ocasión de responder a la primera repregunta, indicó que no estaba cumpliendo con un buen desempeño en el sector redería.

Surge de la prueba que el actor padeció una enfermedad la cual dio lugar a un proceso y a una condena que debió ser afrontada por la empresa aseguradora de riesgos del trabajo. Que como producto de esa enfermedad fue trasladado a un sector distinto de aquel en el cual se desempeñaba, con merma en su salario, lo cual, tal como se lo sostuvo en la sentencia de grado, constituyó un obrar antijurídico que da lugar a la procedencia de la indemnización por despido.

Sin perjuicio de ello, la prueba de que el mismo obedeció a razones del tenor de la discriminación exige mínimamente un plus indiciario, que vinculen causalmente en forma más o menos directa e inmediata a la enfermedad del actor con el temperamento del demandado a la hora de disponer el distracto.

De todo lo expuesto surge que la mera acreditación de la enfermedad dio lugar a la indemnización de las consecuencias lesivas por los canales que el derecho provee ordinariamente para enjugar el menoscabo; empero, no resulta suficiente para decretar la procedencia de la indemnización del daño moral fundada en despido discriminatorio.

Por lo expuesto, el agravio será acogido.

7. Conclusión. Corresponde en consecuencia hacer lugar parcialmente al recurso incoado y revocar parcialmente la sentencia de grado, debiendo dejarse sin efecto la condena por daño moral de $ 360.000 que tuvo por fundamento el sesgo discriminatorio del despido.

8. La readecuación de costas. Sin perjuicio detratarse de una resolución revocatoria de la sentencia de primera instancia, lo resuelto no altera lo dispuesto de manera medular en la sentencia de grado, por lo que no corresponde modificar ésta última en lo que concierne la regulación de honorarios profesionales y a la imposición de costas.

9. La imposición de costas en la alzada. La imposición de costas al vencido forma parte del principio objetivo de la derrota, siendo que este sólo puede dejarse de lado en caso de que se demuestren circunstancias objetivas especiales que justifiquen lo contrario (Ver, entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F, Dunas y Mar S.A. c. Tejerina José y otro, 10/06/2010, Exclusivo Doctrina Judicial Online, AR/JUR/38811/ 2010. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Frigorífico La Colorada S.A. s/conc. prev. s/ inc. de verific. por: AFIP -DGI", 24/ 06/2010, AR/JUR/39782/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Club ciudad de Buenos Aires asociación civil", 12/ 04/ 2010, La Ley Online, AR/JUR/21510/2010; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, "N., Nelly Alejandra y otro c. O.S.F.A. (Obra Social de la Fuerza Aérea) y otros", 19/04/2010, La Ley Online, AR/JUR/15518/2010), ello por cuanto, quien resulta vencido debe cargar con los gastos que debió realizar su contraria para obtener el reconocimiento de su derecho.

Bajo este criterio, y teniendo en cuenta el resultado al que se ha arribado luego del acogimiento parcial del recurso, considero que corresponde imponer las costas en un 70% a la demandada y en un 30% a la parte actora (Conf. art 57, Ley XIV N°1, arts. 69 y 72 del CPCC)

10. La regulación de honorarios a los profesionales intervinientes en la Alzada. A los fines de la regulación de honorarios por los trabajos realizados

en esta instancia se tendrá en cuenta la labor desarrollada, naturaleza del proceso, éxito obtenido en esta alzada y demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados. Al ser el presente un proceso susceptible de apreciación pecuniaria, dicha regulación se efectuará en porcentual (cfr. art. 46 Ley XIII N° 4).

Teniendo en cuenta el destino de los agravios planteados y las demás pautas orientadoras de la ley de aranceles para abogados, corresponde regular los honorarios de los letrados de la parte actora, Abogados S. L. F. y V. A. F. en el 30%, en su conjunto y al letrado de la parte demandada, Abogado L. A. N. en el 25%; todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último (Conf. arts. 5, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL vota por la **PARCIALMENTE POR LA AFIRMATIVA**.

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

1 – Antecedentes – Sentencia y Agravios

El Dr. Julián Emil Jalil ha desarrollado en su voto precedente los antecedentes del presente proceso, los postulados y fundamentos de la sentencia en crisis y las quejas esgrimidas por la recurrente como sustento del recurso que se le concediera. Por lo tanto, corresponde remitirme a los mismos en orden a la brevedad y encontrándose cumplimentados los recaudos de ley que permiten me avoque directamente a responder los agravios de la apelante, procederé a ello.

2 – <u>Tratamiento de los agravios de la demandada</u>

2.1 – <u>Ius variandi – Novación objetiva de las condiciones de trabajo</u> La apelante se agravia en cuanto el Sr. Magistrado de grado tuvo por acreditada la existencia de un ejercicio abusivo de ius variandi. Centra su agravio en el hecho de que, a su entender, ha operado una novación objetiva de las condiciones de la prestación laboral entre la empresa y el actor.

Adelanto que no asiste razón a la misma atento que para que exista una novación objetiva del contrato de trabajo debemos encontrarnos con una una secuela temporal prolongada frente a la modificación de las condiciones laborales en cuestión lo que, claramente, aquí no ha ocurrido.

Entre la fecha del distracto y la impuesta en la nota por medio de la cual se notificó al actor la modificación de las condiciones laborales solo transcurrió un período de cuatro meses.

Si bien en ciertas ocasiones se puede considerar que las condiciones de la relación laboral han novado por el transcurso del tiempo, para ello debemos estar frente a períodos mucho más prolongados de tiempo que los aquí referidos -por lo menos de varios años- y, aun así, el factor temporal no resulta la única variable a tener presente, ya que se debe analizar cada caso a la luz de los principios fundantes del derecho laboral como lo es, entre otros, el de irrenunciabilidad (art. 12 LCT).

Así las cosas, no debe prosperar el agravio aquí tratado.

2.2 – <u>Aplicación del tope del CCT 372/04</u>

Se agravia la demandada en cuanto el a quo no ordenó aplicar para el cálculo de la indemnización por despido el tope del CCT 372/04. Atento lo resuelto en 2.1, el presente agravio tampoco prosperará.

Tal como surge del informe del perito contador a fs. 207 vta. 1º párrafo, el CCT aplicable desde el ingreso del actor hasta el momento de la modificación abusiva de las condiciones laborales -ver apartado 2.1- era el

CCT 356/03 y, en consecuencia, es dicho convenio el que debe considerarse aplicable a la relación laboral hasta su distracto y no el que invoca la recurrente.

Es por ello que corresponde desestimar el presente agravio.

2.3 – <u>Cálculo de la indemnización sustitutiva del preaviso y de la integración del mes de despido</u>

Se agravia la demandada en cuanto al monto de condena que el a quo establece para los rubros indemnización sustitutiva del preaviso como, asimismo, para la integración del mes de despido.

Se observa a fs. 226 vta. 4º párrafo que el Sr. Magistrado de grado replica la liquidación practicada por el perito contador a fs. 208. La apelante intenta reeditar en esta instancia la impugnación a la pericia de fs. 212, cuando surge que ha consentido -con su silencio- la respuesta oportunamente brindada por el experto contable a dicha presentación a fs. 214, cuyo traslado le fue conferido a la aquí apelante a fs. 215.

En razón de lo expuesto, el agravio en cuestión no prosperará.

2.4 – <u>Agravamiento indemnizatorio art. 2º Ley 25.323</u>

Atento el modo en que se resuelven los agravios en los puntos 2.2 y 2.3 precedentes, el presente no prospera.

2.5- <u>Indemnización por despido discriminatorio</u>

Se agravia la recurrente en cuanto se la condena a abonar una indemnización en concepto de daño moral por un monto de $ 360.000.- al considerar el a quo que el distracto reviste el carácter de discriminatorio.

Adelanto que asiste razón a la demandada. Que el actor padeciera una enfermedad no puede considerarse per se como un indicio suficiente -bajo la óptica del precedente *"Pellicori"* de la CSJN citado en el decisorio atacado- de la existencia de un trato discriminatorio.

Si bien el Sr. Magistrado de grado se esmera en realizar una copiosa cita tanto de precedentes jurisprudenciales como de normativa internacional relacionada con el trato discriminatorio en las relaciones de trabajo, ninguna de las constancias del expediente citadas (ver fs. 228 5º y 6º párrafo, 228 vta 1º y 2º párrafo) permiten presumir la existencia de un trato discriminatorio.
Por el contrario, las cuestiones fácticas que el a quo reseña solo dan certeza de la existencia de una dolencia médica, pero, tal como he indicado, no permite calificar la decisión rupturista como discriminatoria.
En consecuencia, coincido con mi colega preopinante en cuanto a que el presente agravio debe ser acogido.

3 – <u>Conclusión</u>

En razón de lo precedentemente expuesto y fundamentado es mi conclusión que corresponde: a) **revocar parcialmente** la sentencia recurrida en cuanto condena al pago de la suma de $ 360.000.- en concepto de daño moral y b) **confirmar** la misma en todo lo demás que ha sido materia de agravios. Es mi voto.

4 – <u>Adecuación de costas y honorarios</u>

El alcance de la revocación parcial propuesta de la sentencia en crisis no amerita realizar la adecuación que establece el art. 282 del CPCC respecto de la imposición de costas y regulación de honorarios.

5 – <u>Las costas de la Alzada</u>

Teniendo en cuenta el resultado que ha tenido el recurso, se imponen las costas de la Alzada en un 70% a la demandada y en un 30% a la actora (art. 72 CPCC), correspondiendo regular los honorarios de los letrados intervinientes en los porcentuales propuestos en su voto precedente por mi

colega el Dr. Julián Emil Jalil, en razón de adecuarse los mismos a las pautas aplicables de la Ley Arancelaria, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 7 de la misma y más el IVA de así corresponder (arts. 5, 13, 38, 46 y concs. Ley XIII N° 4 y modificat.).

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

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Julián Emil JALIL, dijo:

En base a los argumentos expuestos considero que pronunciamiento que corresponde dictar es el siguiente:

1. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación incoado y en su consecuencia **REVOCAR PARCIALMENTE** el decisorio puesto en crisis **DISPONIENDO** que sea dejada sin efecto la condena por valor de $ 360.000 por el rubro daño moral por despido discriminatorio, **CONFIRMÁNDOSE** la sentencia en todo lo demás que decide;

2. **IMPONER LAS COSTAS** en un 70% a la demandada y en un 30% a la parte actora atendiendo a que la parte actora (Conf. art 57, Ley XIV N°1, arts. 69 y 72 del CPCC).

3.-**REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora, Abogados S. L. F. y V. A. F. en el 30%, en su conjunto y los del letrado de la parte demandada, Abogado L. A. N. en el 25%; todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales,

o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

4.-REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

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

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez Dr. Julián Emil Jalil, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de septiembre de 2021.

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

S E N T E N C I A

1. **HACER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de apelación incoado y en su consecuencia **REVOCAR PARCIALMENTE** el decisorio puesto en crisis **DISPONIENDO** que sea dejada sin efecto la condena por valor de $ 360.000 por el rubro daño moral por despido discriminatorio, **CONFIRMÁNDOSE** la sentencia en todo lo demás que decide;

2. **IMPONER LAS COSTAS** en un 70% a la demandada y en un 30% a la parte actora atendiendo a que la parte actora (Conf. art 57, Ley XIV N°1, arts. 69 y 72 del CPCC).

REGULAR los honorarios de los letrados de la parte actora, Abogados S. L. F. y V. A. F. en el 30%, en su conjunto y los del letrado de la parte

demandada, Abogado L. A. N. en el 25%; todos ellos de la cantidad fijada en la Instancia anterior con más el IVA si correspondiere, siempre que el monto resultante supere el mínimo previsto en la Ley de Honorarios Profesionales, o en su defecto se aplicará éste último. (Conf. arts. 5, 6, 7 y 13 de la Ley Arancelaria).

3. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /21.SDL