

NEUQUEN, 9 de noviembre de 2022.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**MONSALVEZ VICTOR GERARDO C/ CASINO MAGIC NEUQUEN S.A. S/ PRACTICA DESLEAL**", (JNQLA1 EXP N° 500740/2013), venidos a esta **Sala II** integrada por los vocales Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el juez José I. NOACCO dijo:**

I. Contra la sentencia definitiva dictada el día 28 de julio de 2020 (fs. 306/315) que hace lugar a la demanda interpuesta por Víctor Gerardo Monsalvez contra la empresa Casino Magic Neuquén S.A. apela la parte demandada a fs. 331/334 con agravios contestados por su contraria a fs. 336 y vta.

En primer lugar, se disconforma por considerar que excedió el marco de los planteos de demanda y contestación vulnerando el principio de congruencia y por ello resulta arbitraria.

Señala que el actor al demandar circunscribió su reclamo a la práctica desleal antisindical sobre la cual su parte planteó su defensa y omitió argumentar y encuadrar su pretensión en los términos de la ley 23.592.

Sostiene que si bien en el ámbito laboral la aplicación del principio de congruencia se puede flexibilizar dicha potestad no puede extenderse ilimitadamente y deben respetarse las garantías mínimas del debido proceso.

En el segundo agravio se queja de que el juez de grado omitió tratar el planteo de falta de legitimación activa.

Aduce que la legitimación para promover querellas por práctica desleal es exclusiva de las asociaciones sindicales y eventualmente el damnificado puede participar en forma conjunta.

Sostiene que debe ser interpuesto por la entidad que tenga personería gremial y el actor no contaba con legitimación activa para iniciar el reclamo.

En el tercer agravio, entiende que la valoración de la prueba fue errónea dado que quedó acreditado que las sanciones impuestas al actor estaban justificadas y ninguna guardaba relación con la actividad sindical.

Aclara que las sanciones se correspondieron a incumplimientos laborales que quebrantaron el Manual de normas y disposiciones generales para el personal sin que hubiera prueba que sustente que fue sancionado por pertenecer a un sindicato.

Considera que el juez sancionó a su parte en base a meras conjeturas o presunciones, presumiendo la intencionalidad antisindical de tal conducta a la luz del precedente "Pellicori".

Por último, sostiene que el juez no puede incorporar tardíamente a la Provincia a la instancia de ejecución de sentencia de la sanción administrativa del art. 55 de la ley 23551 por no haber sido parte en el juicio.

Afirma que en autos no se probó la práctica desleal y el actor no estaba legitimado para promover dicha acción, por lo que la aplicación de la sanción vulnera el debido proceso.

Subsidiariamente, considera debe tenerse presente el plazo de caducidad de la sanción conforme art. 6 de la ley 25212.

Hace reserva del caso federal y peticiona.

II. Corrido el traslado la contraria contesta diciendo que el primer agravio es una falacia dado que el actor específicamente fundó su acción en la ley 23.551 y 23.592 conforme surge del objeto de la demanda, la jurisprudencia citada y al citar el derecho aplicable.

Así también menciona que tampoco es cierto que el actor carezca de legitimación dado que la propia ley establece en el art.

54 que la acción puede llevarse a cabo en forma conjunta o indistinta.

En cuanto a la errónea valoración de la prueba asevera que además de la cantidad desmesurada de sanciones aplicadas e impugnadas por el actor, la demandada no probó ni ratificó la motivación de las sanciones; y que el marco y clima del conflicto laboral existente entre la demandada y el sindicato SECNER y sus afiliados quedó probado con los expedientes ofrecidos como prueba y los testigos que declararon respecto del clima hostil que se vivía.

Finalmente, considera que el planteo de incorporar a al provincia en la etapa de ejecución es una cuestión ajena al proceso y excede el marco de la apelación debiendo cuestionarse cuando corresponda.

Solicita se rechace la apelación y se confirme la sentencia con costas.

III. Entrando a analizar las cuestiones traídas a resolver, luego de un exhaustivo análisis concluyo que la sentencia habrá de ser confirmada desestimando el recurso interpuesto de acuerdo a los siguientes argumentos.

1. En primer lugar cabe destacar que para que la **arbitrariedad** se configure debe existir entre otras cosas, un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista en la ley o una falta absoluta de fundamentación y se omite fallar y considerar sobre cuestiones planteadas por las partes.

Así también, ha dicho la doctrina y la jurisprudencia que las reglas del debido proceso se lesionan cuando la decisión no deriva razonablemente del tema propuesto por las partes.

“El principio de congruencia, impide el pronunciamiento fuera del objeto procesal propuesto por las partes, el juez no puede bajo ninguna circunstancia apartarse del mismo, este mandato constituye un límite preciso al deber de juzgar impuesto al tribunal

por la ley objetiva. (Conf. Simón, Luis Maria, "Justicia Civil y Congruencia", Revista de Derecho Procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, Sentencia I, 2007-2, pág. 141).

Siendo su razón de ser la garantía constitucional de la defensa en juicio por la que nadie puede ser condenado o vencido en juicio sin ser oído previamente (art. 18, CN) y ese es precisamente el argumento en el que se funda el agravio por la condena por daño moral y días caídos.

No obstante ello es necesario hacer notar que en autos el juez de grado tomó debida nota de los términos de la demanda y así lo hizo saber al referir que el reclamo no sólo se fundó en la norma del art. 53 de la ley 23.551 sino que además "... menciona la ley 23.592, dejando con ello entrever que también pretende encuadrar la pretensión en la ley antidiscriminatoria que prevé consecuencias distintas..."

Continuó diciendo que aun cuando fue la única mención y no haya incorporado alguna consideración jurídica, ni fáctica ni probatoria para justificar el encuadramiento solicitado y la reparación del daño moral habilitada por la norma, por aplicación del principio "iura curia novit" y porque las prácticas desleales también constituyen actos discriminatorios, corresponde analizar la subsunción de los hechos a la norma y resolver como una acumulación de pretensiones.

En el caso, observo que no asiste razón al apelante al decir que el actor circunscribió su reclamo a la práctica desleal antisindical, puesto que en virtud de los padecimientos que atravesó, su antigüedad laboral y lo que la ley 23.592 prevé en relación a la reparación de las cosas al estado existente previo al acto discriminatorio, formuló el reclamo y realizó la liquidación de los daños y perjuicios y devolución de los días descontados, permitiendo a la recurrente ejercer su derecho de defensa al contestar la acción.

Además, siendo la discriminación un acto prohibido resulta nulo haciendo imperante la reposición de las cosas al estado anterior del acto lesivo. Así, se ha dicho que "...Ante un acto discriminatorio corresponde acoger el reclamo por "daño moral" toda vez que de conformidad con lo dispuesto por los arts. 14 bis y 16 de la Constitución Nacional. 81 de la ley de contrato de trabajo (D.T. 1976-238), 1° de la ley 23.592 y 1044 y 1056 del Cód. Civil, un acto discriminatorio produce los efectos de un acto ilícito. (CNAT, Sala X, 31-12-97, "Monsalvo, Jorge O. c/ Cafes Chocolates Aguila y Productos Saint Hnos. S.A.).

Es por ello que la aplicación del principio iura novit curia efectuada por el magistrado, ocurrió dentro de los límites marcados por los principios de congruencia, contradicción, igualdad entre partes y de defensa, no observándose condena distinta a lo pedido ni afectación alguna de la garantía de la defensa en juicio invocada por la accionada, motivo por el cual el agravio es desestimado.

2. En lo que respecta al planteo de **falta de legitimación activa del actor** en la querrela por práctica desleal, cabe señalar que efectivamente como lo indica la parte actora, no es exclusiva de las asociaciones sindicales ni es una eventualidad la participación conjunta con el trabajador afectado.

Acerca de ello se ha dicho que dicha posibilidad es coherente con el concepto adjetivo de querrela donde la pretensión punitiva puede ser instada tanto por la asociación sindical de trabajadores como por el trabajador damnificado en forma conjunta o indistinta porque la antijuridicidad de la conducta achacada al empleador, afecta tanto al dependiente considerado como individuo como así también al grupo colectivo. (Conf. Álvarez, Eduardo en "Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo, Tomo I, Editorial La Ley, pág.728).

Por otro lado el juez no omitió su tratamiento cuando primeramente aclaró que la legitimación para actuar por práctica desleal se circunscribe a las prácticas que lo afecten en forma directa y en el caso concreto, el actor relató haber sido perseguido por su empleador por su afiliación al sindicato manifestado en las numerosas sanciones disciplinarias que consideró sin motivo.

Entonces, no obstante lo que se resuelva en definitiva, lo cierto es que la legitimación debe analizarse desde lo establecido por el art. 54 de la ley 23.551 y los hechos que se denuncian como prácticas desleales.

Es por estas razones que corresponde que el agravio sea rechazado.

3. En cuanto a la supuesta **omisión de valorar correctamente las pruebas**, encuentro necesario reiterar conforme se señala precedentemente, que en la causa se acumuló tanto la querrela por práctica desleal como el reclamo por días caídos y daños y perjuicios.

Ahora bien resulta que ambas acciones se encuentran relacionadas íntimamente puesto que además de haber sido la primera encuadrada por el sentenciante dentro de los supuestos de los incisos e) y g) de la normativa (adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical u otras actividades sindicales y, suspender al personal con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a los que refiere la ley), la sentencia también mencionó que los hechos que buscan alterar u obstruir el ejercicio de la actividad sindical constituyen actos de discriminación en los términos de la ley 23.592.

Por lo tanto, considero que la cuestión a resolver también quedo subsumida en la hipótesis del inciso j que establece la prohibición de practicar trato discriminatorio en cualquier forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales.

Vale recordar que art. 1° de la ley 23.592 establece que “...Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos.”

Por ello, quien se considere afectado en razón de cualquiera de las causales previstas en la ley debe demostrar primeramente tener las características que considera motivantes del acto que ataca y luego entonces, los elementos de hecho u objetivos, que sumados evidencian a modo de indicio que la conducta achacada al empleador tuvo carácter discriminatorio.

Tiene dicho la jurisprudencia, que uno de los problemas que presentan los actos de discriminación emanados de particulares se encuentra en su dificultad probatoria. Por ello, siendo que el derecho a la no discriminación arbitraria se encuentra tutelado por normas de jerarquía constitucional y supralegal, cuando el trabajador se considera injustamente discriminado debe producirse un desplazamiento de las reglas tradicionales de distribución de la carga de la prueba (Conf. “Parra Vera, Máxima c. San Timoteo s. acción de amparo” CNAT, Sala V, 14-6-2006).

“Es el empleador entonces quien debe aportar los elementos convictivos que excluyan la tipificación enrostrada, todo lo cual encuentra sustento en la teoría de las cargas dinámicas de las pruebas, según la cual, sin desmedro de las reglas que rigen el onus probandi, quien se encuentra en mejores condiciones es quien debe demostrar objetivamente los hechos en los que se sustenta su obrar, máxime cuando las probanzas exigidas pudieran requerir la

constatación de hechos negativos. Asimismo, se ha señalado que procesalmente deberá tenerse en cuenta la existencia de indicios que puedan conducir a los hechos o al hecho que hay que acreditar, tener presente que los indicios son indicadores o conductores que en el marco de pequeñas acciones guían a los hechos sometidos a prueba (conf. **La ley 23.592 y la jurisprudencia en materia laboral.** por Santiago José Ramos, Septiembre de 2009, www.saij.jus.gov.ar, Id SAIJ: DACF090063, ["Rybar Héctor C/ Banco de la Nación Argentina S/ Despido"](#), SD 20.175 del 8.06.07, Sala VII CNAT, BTJ CNAT).

De tal forma que es el empleador quien debió acreditar que las sanciones tuvieron una motivación distinta y a su vez excluyente por su índole de la animosidad alegada.

En autos, los hechos objetivamente indicados por el juez a quo fueron el "largo y profundo conflicto sindical con la demandada" conclusión que obtuvo de tener a la vista las diversas causas judiciales en las que se ventilaron (Exptes. N° 468535/2012 del Juzgado Laboral N°1, N° 419481/2010 del Juzgado Laboral N° 2, N° 469443/2012 del Juzgado Laboral N°3 y N° 473731/2013 del Juzgado Laboral N°4) y los doce llamados de atención y apercibimientos y las dos suspensiones del actor en el lapso de 13 meses.

Cabe agregar que también consideró como elementos indiciarios de la discriminación que el actor contara con veinte años de antigüedad en su puesto, que las sanciones fueron oportunamente impugnadas por él y particularmente consideró relevante "el consentimiento por parte de la patronal de que el trabajador niegue sistemáticamente la autenticidad de los hechos que le atribuyen y esto no produzca consecuencia alguna."

Ahora bien conforme se menciona anteriormente acerca de la inversión de la carga de la prueba, también fue señalado por el sentenciante al citar el antecedente de la CSJN en autos "Pellicori" y que en tal virtud la accionada no logró acreditar que las sanciones disciplinarias hubieran respondido a una causa distinta.

En efecto, aun cuando los incumplimientos laborales señalados en las sanciones consten en el Manual de Normas y disposiciones generales para el personal del Casino Magic no se probó que los hechos alegados por la empresa hubieran ocurrido, en tanto las declaraciones testimoniales de Domene y Ferrer, mencionaron cuestiones generales que no se refirieron a las faltas imputadas al Sr. Monsalvez y por las cuales fue sancionado, ni tampoco ninguna otra prueba en la causa donde surjan acreditados los hechos atribuidos al actor.

Por todo lo expuesto, no considero que el juez de grado hubiera omitido o valorado incorrectamente las pruebas producidas en la causa debiendo rechazarse el agravio.

4. Finalmente, en relación al agravio por la mentada incorporación tardía de la Provincia a la instancia de ejecución de la multa administrativa por práctica desleal prevista en la normativa cabe señalar que su citación y notificación no fueron dispuestas arbitrariamente por el sentenciante sino que surgen del texto del propio art. 55 de la ley 23551 que no ha sido cuestionado en autos correspondiendo además que la caducidad cuya declaración solicita sea opuesta en el momento procesal oportuno.

IV. Por consiguiente, propongo al Acuerdo rechazar en su totalidad el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y confirmar la sentencia dictada en todo lo que ha sido materia de recurso y agravio.

Atento al modo que se resuelve el recurso, las costas del presente serán impuestas a cargo de la demandada vencida (arts. 68 del CPCyC y 17 de la ley 921).

Los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia se regulan en el 30% de lo que se establece en la instancia de grado, para los que actuaron en igual carácter, de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

La jueza Patricia CLERICI dijo:

I.- Adhiero al voto del señor Vocal preopinante y entiendo pertinente agregar lo siguiente.

La parte actora ha promovido querrela por práctica desleal, solicitando la aplicación de las leyes 23.551 y 23.592. Asimismo resume su pretensión en: 1) cese de las medidas y conductas adoptadas; 2) aplicación de la sanción de multa; 3) indemnización del daño moral; y 4) días descontados por las sanciones.

Para Guillermo López, las prácticas desleales son las acciones u omisiones contrarias a la ética de las relaciones de trabajo. Por su parte Calos Alberto Etala señala que la noción de práctica desleal es más amplia que la de práctica antisindical, limitada a los comportamientos -provenientes de los empleadores, grupos de empleadores o asociaciones de empleadores- dirigidos contra los trabajadores y sus organizaciones y destinados a limitar, perturbar o suprimir la acción sindical.

Precisa Etala: *"Se trata de actos u omisiones prohibidos por la ley (antijuridicidad) descriptos en ella (tipicidad) y que, por ser pasibles de sanciones, si bien no son asimilables a los delitos previstos por el Código Penal deben aplicarse a su juzgamiento ciertos principios de todo derecho contravencional (principio de legalidad, proporcionalidad entre la falta y la graduación de la sanción, non bis in ídem, aplicación de la norma sancionatoria más benigna y principio a favor del imputado)"* -para las distintas definiciones ver Altamira Gigena, Raúl Enrique, "Tratado de Relaciones Colectivas del Trabajo", Ed. La Ley, 2015, T. I, pág. 728 y sgtes.-.

La ley 23.551 regla las prácticas desleales en su art. 53, el que contiene una enumeración de los distintos supuestos que constituyen práctica desleal; enumeración que la doctrina considera, en forma casi unánime -con la única excepción de Juan Carlos Fernández Madrid- como taxativa.

En tanto que la jurisprudencia también se inclina por el carácter taxativo de la enumeración del art. 53 de la ley 23.551: *"La enunciación del art. 53 tiene un carácter rígido y taxativo, y no existe la posibilidad de una interpretación amplia que implique la punición de conductas que no responden al principio de tipicidad.*

"Como conclusión se ha sostenido que no puede reprimirse en el marco de la los arts. 53 y 55 de la ley 23.551 cuestiones que representan una interpretación debatible, y que toda duda debe recaer a favor del imputado ya que no existe la posibilidad de extender la tipicidad..." (cfr. CNAT, Sala I, "Sindicato Único de Trabajadores del Neumático Argentino c/ Pirelli Neumáticos S.A.", 21/2/2018, LL 2018-B, pág. 279).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que *"la querrela por práctica desleal ha sido regulada por la ley 23.551, título XIII, con el fin de conjurar las conductas contrarias a la ética de la relaciones profesionales del trabajo (conf. art. 53, ley citada). Como se sostuvo, para la aplicación de este régimen se requiere el examen de las actitudes impugnadas..."*, ya que las conductas denunciadas sólo resultan sancionables si encuadran en los supuestos fácticos descriptos por dicho ordenamiento (autos "Asociación de Trabajadores del Estado c/ Entre Ríos, Provincia de", 21/10/2003, Fallos: 326:4309).

En lo que refiere a la legitimación activa, no asiste razón a la recurrente ya que el art. 54 de la ley 23.551 otorga la facultad de promover la querrela por práctica desleal, tanto a la asociación sindical de trabajadores como al damnificado, *"conjunta o indistintamente"*, por lo que entiendo que el actor cuenta con legitimación para promover la querrela.

Debe tenerse presente, en este aspecto, que la mayor parte de los supuestos que contempla la norma del art. 53 de la ley 23.551 presentan una doble faceta de afectación, ya que comprometen tanto al trabajador individualmente considerado como al grupo

colectivo, por lo que resulta razonable que la ley haya previsto la posibilidad de que el trabajador damnificado promueva la querrela ante la pasividad de la asociación sindical.

Matías F. Lanchini destaca el carácter amplio de la legitimación activa en materia de prácticas desleales: *"La legitimación es amplia en tanto abarca a cualquier trabajador, con o sin tutela sindical, afiliados o no, como a todas las organizaciones sindicales, tengan o no tengan personería gremial, quienes pueden querellar a los sujetos infractores por práctica desleal, de manera independiente y autónoma de otras acciones de reparación de daños"* (cfr. aut. cit., "Análisis crítico de las prácticas desleales en el derecho positivo argentino", DT 2020, pág. 10).

Ahora bien, el juez de primera instancia ha tenido por probadas conductas de la demandada que encuadran en los incisos e) y g) del art. 53 de la ley 23.551, desechando los demás supuestos invocados en la demanda. Este extremo llega firme a la Alzada por lo que he de circunscribir mi análisis de los agravios referidos a la valoración de la prueba a estos supuestos.

Siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponde verificar si la conducta denunciada se ha probado en la causa, y si ella encuadra en los supuestos referidos del art. 53 de la ley 23.551.

El actor ha denunciado la existencia de persecución por parte de la empleadora, configurada o evidenciada a través de la aplicación de una excesiva cantidad de sanciones disciplinarias -14 sanciones en 13 meses determinó el juez a quo-, las que no se encontrarían justificadas en falta alguna, y que serían un modo de presión hacia el trabajador por encontrarse afiliado al sindicato SECNER.

La aplicación de las sanciones no se encuentra controvertida, la cuestión a dilucidar es si esta conducta de la demandada configura una práctica desleal.

Es conocida la situación de conflicto casi permanente que ha tenido la demandada con SECNER, y en general con los empleados que pertenecían al casino cuando éste se encontró bajo la órbita del estado provincial y que continuaron desempeñándose en él a partir de su privatización. Han sido numerosos los procesos que han llegado en apelación a esta Cámara referidos a la situación en cuestión.

Cabe señalar también que todas las sanciones fueron cuestionadas por el actor, extremo que tampoco se encuentra controvertido en la Alzada.

Vayamos a la prueba testimonial. A fs. 157/158 declara el testigo Oscar Domene, quién se desempeña como inspector de la demandada, función que también cumplía el actor de autos. Dice en su declaración: *"...el testigo está afiliado al sindicato ALEARA. Que yo trabajé en alguna oportunidad con el actor, por la tarde. Que yo trabajo 8 horas, no sé cuántas horas trabajaba él... Las tareas de inspector es que uno tiene a cargo un módulo donde hay cuatro mesas de ruleta con cuatro pagadores y la función del inspector es que todo funcione con normalidad y que si hay algún error, el inspector está para corregirlo. Que el pagador debe estar muy concentrado y el inspector más aún porque tiene cuatro mesas que controlar...Hay normas en cuanto al trabajo, que el pagador tiene que guardar compostura, estar concentrado en su trabajo, porque manejamos dinero más allá que sea de plástico. Que hay un manual de normas y procedimiento y nos indica como tenemos que estar...Que ese manual se entrega a cada empleado...que eso fue cuando llegó la empresa nueva, al tiempito nos entregaron el manual, lo entregaba recursos humanos. No recuerdo la fecha...cree que hace 7 años...Para que diga el testigo si sabe si los empleados han acatado la nueva forma de trabajo: que algunos si pero otros se muestran rebeldes a acatar esas nuevas normas. Para que diga el testigo si sabe si los pagadores cumplen las órdenes que les dan los inspectores: que algunos sí, pero otros hay que decirles dos veces sea cual fuere la situación. Para que diga el testigo que horario cumplía con anterioridad y como fue el cambio: antes*



trabajaba 6 y 1/ 2 horas y hacía 5 x 2 y 6 x 1, eran cinco días que trabajaba y dos de descanso, y seis que trabajaba y uno de descanso. A mi me consultaron si quería trabajar 8 horas y yo dije que sí porque me servía el descanso y económicamente”.

El testigo Alberto Michay Miguez Iñarra, ex empleado de la demandada, declara: “que al actor lo conocí cuando empecé a trabajar en el sector juegos donde el actor trabajaba. Que esto fue en el 2005. Que el actor era pagador...Que luego fue inspector...Que el actor realizaba la misma jornada de trabajo que yo, 6 y 1/ 2 horas. Que siempre hicieron la misma jornada. Que había otros empleados que trabajaban 8 horas. Que este cambio para algunos empleados derivó por conflictos de convenio. Que hay una camada que ya ingresó a trabajar con 8 horas. Y hay otros chicos que trabajaban 6 y 1/ 2 horas y pasaron a trabajar 8 horas. Que el actor debía controlar las mesas de juego, ruleta, black Jack, etc., controlaba la mayoría de los juegos...Durante el año 2012 hubo mucho conflicto, el sindicato no se pudo poner de acuerdo con la empresa para firmar un convenio colectivo, lamentablemente. A partir de ahí hubo un cambio en el trato hacia varios trabajadores. Más que nada el problema se centró en la jornada de trabajo...Que ese cambio en el trato era respecto era respecto de todos los que tenían la jornada de 6 y 1/ 2 horas. Estaba incluido el actor...Que yo sabía lo del trato diferenciado, pero no sé si el actor tuvo algún problema específico con la empresa...me hubiera enterado si era grave...Para que diga el testigo en que se reflejaba la diferencia de trato aludido: en los errores cotidianos que cometemos a la hora de trabajar. La cantidad de sanciones o el porqué de las sanciones, éramos mucho más sancionados por simplezas o errores cotidianos los que teníamos jornada de 6 y ½ horas. Un error cotidiano en los pagadores e inspectores es por ejemplo pagar de menos o pagar de más, y eso se corregía enseguida, antes eso se nos hacía “novedades” y esas se acumulan y generan sanciones. Esa acumulación puede generar suspensiones, es una cadena. Que esas sanciones se concentraban mucho en los empleados de jornada de 6 y ½



horas. Que era la diferencia más grosera que se notaba. Habían otras cosas también, el trato del día a día, y cuando se termina la jornada el empleado que tiene una novedad se queda para hacer un descargo, yo ví que Monsalvez se ha quedado, y ha llegado a firmar 4 novedades en un día, que a mí me pedía asesoramiento para hacer los descargos porque en ese momento yo era delegado de SECNER. Que también está ALEARA...Que el sindicato por asamblea decidió que la gente que estaba afiliada a SECNER y firmaba con la empresa para realizar la jornada de 8 horas, se le iba a pedir la desafiliación. Que hay mucha gente que luego de la conflictividad, empezó a tener dudas razonables, miedos razonables, por toda esta situación fea que se había vivido. Mucha de esta gente optó por 8 horas y trabajar tranquilo, sin tanto control, sin tantas novedades...Hay gente que no aguantó la presión...Lo de las 8 horas tenía su beneficio de tener un franco más y alguna compensación económica de \$ 400 aproximadamente...cada sector tiene su forma de trabajar. Pero en general hay una normativa de trabajo, es un librito que nos entregaron apenas entramos donde están las normas de trabajo...Todos los tenían muy claro" (fs. 159/161vta.).

El testigo Carlos Fautino Ferrer dice: "...el testigo ingresó a trabajar para la demandada en el año 1976. Que al actor lo conoce desde hace más de 20 años. Que Monsalvez el último tiempo que trabajó era supervisor de juego...Que el desempeño del actor era regular. Se distraía mucho conversando con los pagadores. Eso hacía que no hiciera la tarea como debía, el control que tenía que hacer. Que sabe que el actor recibió sanciones disciplinarias. Que los motivos era por no realizar el control como correspondía...Que el trato de la empresa respecto del actor era normal...Que tenemos un manual de normas y disciplina, de cómo se tiene que trabajar, Que cuando la empresa se hizo cargo, Casino Magic, es decir cuando cambiamos de firma allí se entregó un manual de normas y procedimientos...Para que diga el testigo si mientras Monsalvez trabajó como inspector, los pagadores acataban las órdenes de los inspectores...: en general acatan las órdenes y el caso de Monsalvez no tanto porque tenía mucha

afinidad con los empleados y entonces los empleados muchas veces no le respondía como debía...yo creo que eran amigos, y no lo respetaban como debían respetarlo..." (fs. 162/163).

El testigo Julio Oscar Cejas ingresó al casino cuando éste era provincial y se desempeña como supervisor y declara: *"...Que hasta hace cuatro o cinco años que entró la nueva empresa, antes no había ningún manual de procedimiento. Que con la nueva empresa sí nos dieron un manual...Que hubo mal uso del manual por parte de la empresa. Porque se contraponen muchas cosas con lo que dice el manual. No puede decir qué...Que el trato es mucho más riguroso con el personal que trabaja 6 y ½ horas. Porque los empleados que trabajan 6 y ½ horas no se pueden equivocar nunca en cambio los de 8 horas sí se equivocan y no los sancionan nunca. Que a Monsalvez o a cualquiera de la jornada de 6 y ½ horas se equivocaba y lo sancionaban enseguida...Que el actor fue sancionado muchas veces, que en realidad no son por cosas que el ocurren a él sino son cosas cotidianas que ocurren en las mesas, pero lamentablemente no se puede estar en todas las mesas al mismo tiempo y se lleva el control de la mesa que más juego tiene, y como es cotidiano uno sabe lo que paga. Que muchas sanciones es por eso, por el momento que no está controlando. Que esto de las sanciones a unos y a otros no lo sabe porque yo lo veo, a mí también me han sancionado. Que esos errores ocurren siempre, son cotidianos...Que antes de que entrara esta empresa nueva hace 5 años, los errores que eran diarios no se sancionaban como lo está haciendo esta empresa. Los legajos estaban limpios. Por ejemplo, una llegada tarde mía de 20 minutos, me mandaron una carta documento, como que fui un empleado que siempre llega tarde, y sólo fue una vez que equivoqué el horario, que por eso me mandaron una carta documento, que antes no pasaba eso...Al actor muchas veces lo llamaron de gerencia para que se vaya o para que se pase a la jornada de 8 horas.. Que lo sabe porque Monsalvez se lo comentó directamente. Al testigo no lo llamaron...Par que diga el testigo si el mismo ha sido sancionado por incumplir el manual de normas y procedimientos: que si, fue una de*



las primeras sanciones que hicieron cuando llegó la empresa. Porque según ellos yo tenía una mesa trabajando y no estaba controlándola. Para que diga el testigo si el mismo ocupa o ha ocupado un cargo directivo de SECNER: que si, que ocupó un cargo, soy segundo vocal. Para que diga el testigo cuál es la postura de SECNER respecto del empleado que opta por cambiar de jornada...: se los ha dejado cambiar de jornada,...Que cuando se cambia la jornada la empresa les exige que cambien de sindicato y se pasaron a ALEARA, a excepción de uno o dos que no se afiliaron a ningún sindicato, porque es libre...Para que diga el testigo si existe algún afiliado que realice 8 horas: en este momento si hay, de uno sé...que había renunciado al sindicato y ahora se volvió a afiliarse" (fs. 164/165vta.).

El testigo Pablo Alberto Figueroa es empleado de seguridad de la demandada y relata cómo se informó, en su sector, respecto de la posibilidad de cambio de la jornada de trabajo, señalando que él hacía una jornada de 6 y $\frac{1}{2}$ horas: "...el encargado de sector...reunió al sector seguridad por una jornada de trabajo de una hora y media más, con un beneficio en un porcentaje en el sueldo. Yo no estuve porque tuve parte de enfermo, Les pregunto quién quería cambiar. No estábamos obligados. El sector nuestro nos cambiamos porque nos convenía por la plata. Algunos no se cambiaron" (fs. 166/167).

Quizás resulte tediosa la transcripción de parte de las declaraciones testimoniales, pero entiendo que los dichos de los testigos resultan ilustrativos respecto de la situación en la que se generaron los hechos que denuncia la parte actora. En primer lugar tenemos un cambio en la persona de la empleadora, adoptando la nueva empresa una política referida al personal diferente de la que se venía desarrollando hasta ese momento, principalmente en orden a tener un reglamento escrito de procedimiento para el desempeño del trabajo, y menor tolerancia ante los errores e infracciones a dicho reglamento. Estos extremos no resultan reprochables, ni contrarios a

derecho, en tanto se corresponden con las facultades que la LCT otorga al empleador (arts. 64, 65 y 67).

Luego, tenemos la existencia de dos asociaciones sindicales que pujan por la representación de los trabajadores de la demandada: SECNER (Sindicato de Empleados de Casino de las Provincias de Neuquén y Río Negro) y ALEARA (Sindicato de Trabajadores de Juegos de Azar, Entretenimiento, Esparcimiento, Recreación y Afines de la República Argentina), contando ambas con afiliados dentro del personal del casino demandado.

El actor es afiliado a SECNER y entiende que la excesiva aplicación de sanciones disciplinarias es una persecución en su contra para presionarlo por encontrarse afiliado a dicho sindicato.

Sin embargo, no surge de las declaraciones testimoniales que la demandada favoreciera a una de estas asociaciones sindicales, en perjuicio de la otra. Si bien un testigo dice que, cuando se cambiaba de jornada laboral se le exigía al empleado afiliarse a ALEARA, luego el mismo testigo sostiene que la afiliación o la no afiliación a uno de los dos sindicatos es libre para los trabajadores, y que el gremio SECNER tiene afiliados que han optado por la jornada de trabajo de ocho horas.

De las planillas adjuntadas con el informe pericial contable en CD, y que tengo a la vista, surge que la demandada cuenta con personal afiliado a ALEARA, SECNER y UTHGRA, como así también sin afiliación, y que aplica los respectivos CCT, y que también cuenta con personal fuera de convenio.

No existen pruebas en autos que corroboren lo dicho por un testigo en orden a una preferencia patronal hacia uno de los sindicatos.

En lo que son contestes las declaraciones testimoniales de autos es en la existencia de un conflicto durante el año 2012, referido a la extensión de la jornada de trabajo. El casino venía trabajando con una jornada de trabajo de 6 y $\frac{1}{2}$ horas -período

correspondiente a su pertenencia al estado provincial-, la que por imposición legal fue mantenida para los trabajadores transferidos en oportunidad de su privatización, pero que fue alterada para los nuevos trabajadores incorporados que pasaron a una jornada laboral de 8 horas diarias.

Los testigos dan cuenta de ofrecimientos de la demandada a los trabajadores que desarrollaban la jornada laboral reducida, a efecto que aceptaran la jornada más extendida a cambio de un reconocimiento económico (plus salarial) y un día franco más. En esta conducta tampoco encuentro una falta a la ética de las relaciones de trabajo, en tanto no se conculca el orden público laboral (existe compensación por la extensión de la jornada de trabajo), a la vez que la opción era libremente decidida por el trabajador.

La cuestión más problemática a efectos de resolver la apelación es la de determinar si la aplicación de sanciones y la carga de novedades (cuya acumulación desembocaba en la aplicación de una sanción) era diferencial, o discriminatoria, acentuándose en perjuicio de aquellos trabajadores que -como el actor- rechazaron el ofrecimiento de pasar a la jornada de ocho horas, por encontrarse afiliado al sindicato que rechazó esta extensión de jornada.

Del historial de sanciones correspondientes al año 2012 y del informe sobre afiliaciones sindicales adjuntados con el informe pericial contable -que constan en el CD acompañado por el perito- tenemos que en el año referido se aplicaron medidas disciplinarias a 200 empleados (computando tanto las novedades como las sanciones propiamente dichas). De esos 200 empleados y empleadas, 107 eran afiliados a SECNER, 1 afiliada a ALEARA, 18 afiliados a UTHGRA, y 74 personal sin afiliación a sindicato alguno.

Durante el año 2013 se aplicaron medidas disciplinarias a 385 empleados, de los cuales 142 eran afiliados a SECNER, 97 afiliados a ALEARA, 32 afiliados a UTHGRA y 114 sin afiliación sindical. También se advierte que durante este año se verifica un

importante cambio de afiliaciones y desafiliaciones, existiendo personal que no tenía afiliación sindical y se afilia a ALEARA, afiliados a SECNER que pasan a ser afiliados a ALEARA, y afiliados a SECNER que se desafilian y permanecen sin afiliación sindical.

Los datos objetivos, brindados por la propia demandada al perito contador, y que no han sido impugnados por las partes, dan cuenta de que existió, cuanto menos durante los años 2012 y 2013, una utilización de la facultad disciplinaria por parte de la empleadora más severa hacia aquellos empleados y empleadas que se encontraban afiliados a SECNER, que fue el sindicato que se opuso al cambio de jornada laboral.

Consecuentemente comparto la opinión de mi colega de Sala y del juez de primera instancia en orden a que las pruebas aportadas a la causa acreditan la configuración de conducta antisindical de parte de la demandada, que encuadra en los incisos e) y g) del art. 53 de la ley 23.551. Ello sin perjuicio de señalar que la conducta asumida por la accionada también puede ser encuadrada dentro del supuesto previsto por el inciso j) del ya citado art. 53.

II.- Vayamos ahora al reclamo enmarcado por la ley 23.592.

Debo reconocer que la demanda no es todo lo clara y precisa que se requiere de este escrito inicial, pero lo cierto que el actor invoca la aplicación de la ley 23.592 (fs. 57), a la vez que pretende el resarcimiento del daño moral y la devolución de los días caídos correspondientes a las sanciones de suspensión impuestas (fs. 64vta.), rubros que solamente pueden ser peticionados con fundamento en la manda de la ley 23.592.

Por su parte la demandada, en su contestación de demanda, niega que sea de aplicación en autos la ley 23.592 (fs. 93, punto 7), lo que determina que dicha ley formó parte del objeto de la litis, siendo improcedente el agravio que refiere que el juez de grado ha violado el principio de congruencia.



Luego, habiéndose acreditado en el marco de la querrela por práctica desleal la conducta discriminatoria de la demandada en relación a los afiliados al gremio SECNER, entre los que se encontró el actor, dicha prueba se proyecta hacia el reclamo fundado en la ley 23.592, debiendo tenerse por acreditada la discriminación sufrida por el actor como consecuencia de su afiliación sindical, que habilita la reparación del daño moral, como así también la devolución de los días caídos por no haber acreditado -la demandada- la efectiva comisión de la falta o faltas imputadas, las que fueron negadas oportunamente por el demandante.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I. Confirmar la sentencia dictada el 28 de julio de 2022 (fs. 306/315) en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II. Costas a cargo de la demandada vencida (arts. 68 del CPCyC y 17 ley 921).

III. Regular los honorarios en esta instancia de los letrados intervinientes, a saber ... e ..., ambos por su actuación como apoderada y patrocinante de Casino Magic S.A. y los de ..., en el doble carácter por el actor, en el 30% de lo que se establece para la instancia de grado, para los que actuaron en igual carácter, de conformidad con la Ley Arancelaria vigente.

IV. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JOSÉ I. NOACCO
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria