



ACUERDO N° 26. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los dos (2) días del mes de agosto de dos mil veintiuno, en Acuerdo, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Justicia integrada por los señores Vocales doctores Evaldo Darío Moya y Roberto Germán Busamia, con la intervención del señor Secretario Civil doctor Joaquín Antonio Cosentino, procede a dictar sentencia en los autos caratulados **"GONZÁLEZ MARCELO FABIÁN C/ CAPEX S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENÉRICAS"** (Expediente JNQLA3 N° 501.559 - Año 2013), del registro de la Secretaría Civil.

ANTECEDENTES:

La parte demandada (Capex S.A.) dedujo recurso por Inaplicabilidad de Ley (fs. 370/390vta.) contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad (fs. 352/364), que hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por el actor y, en consecuencia, revocó la sentencia dictada en primera instancia, admitiendo la demanda en su totalidad.

Corrido traslado, la parte contraria contestó y solicitó la desestimación del recurso extraordinario deducido, con costas (fs. 395/406vta.).

A través de la Resolución Interlocutoria N° 119/20, se declaró admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto.

El Sr. Fiscal General dictaminó propiciando se declare la improcedencia del remedio casatorio interpuesto (fs. 424/429).

Firme la providencia de autos y efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que esta Sala resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley?, b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.



VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. **Evaldo Darío Moya**, dice:

I. 1. Para ingresar al análisis que nos convoca, es preciso sintetizar los extremos relevantes de la causa, de cara a los concretos motivos que sustentan la impugnación extraordinaria planteada por la parte demandada.

2. El Sr. Marcelo Fabián González mediante letrados apoderados inició demanda contra su empleadora (Capex S.A.) persiguiendo el cobro de las indemnizaciones derivadas del despido indirecto previstas en la Ley N° 20.744 (LCT) con más el resarcimiento estipulado en el artículo 52 de la Ley N° 23551 (LAS) y las multas establecidas en la Ley N° 25323 (fs. 29/47vta).

Refirió haber prestado tareas para la empresa demandada como técnico electromecánico desde su ingreso en septiembre del año 1999, luego como operador y coordinador de las actividades dentro de la planta generadora de la accionada.

Sostuvo ser integrante de la conducción de la Asociación del Personal Jerárquico de Agua y Energía (APJAE) desde el 15/12/10 que resultó electo vocal suplente.

Relató que en abril del 2011 fue notificado de una serie de modificaciones en el diagrama de turnos y descansos que fueron puestos en vigencia a partir del 09/05/11, que a su entender excedieron la facultad conferida por el artículo 66 de la LCT.

Describió que los cambios en la jornada de 12 horas a 8 horas diarias, habrían incrementado en 20 las horas de viaje por cada período, impactando en 4 horas semanales de labor, a la vez que se habrían reducido los francos y descansos y extendido la duración de cada turno de 3 ó 4 días a 7 días, viendo perjudicada su vida familiar y su actividad sindical.

Manifestó que al no obtener respuesta favorable al reclamo de restablecimiento de las condiciones labores, y



habiéndose visto sometido a prácticas desleales por parte de la empresa, tomó la decisión de desvincularse de manera indirecta.

Expuso que el diagrama de turnos importó un tema histórico de la empresa que motivó que a inicios del año 2011 representantes de la APJAE habrían realizado diversas propuestas de organización de la jornada, dando inicio en esa oportunidad a las negociaciones paritarias para establecer el Convenio Colectivo de Trabajo.

Denunció que al no haberse iniciado el procedimiento previo que regula el artículo 52 de la Ley de Asociaciones Sindicales (LAS), resultó acreedor de la indemnización agravada que prevé la norma.

Relató el intercambio epistolar, ofreció prueba, practicó liquidación y pidió que se haga lugar a la demanda, con costas.

3. La parte accionada (Capex S.A.) compareció mediante letrados apoderados a contestar demanda.

Efectuó las negativas de rigor en particular y general, impugnó la planilla de liquidación practicada y la procedencia de las multas.

Reconoció la relación laboral y categoría denunciada, aunque sostuvo que el actor jamás habría ejercido de manera efectiva el cargo para el cual resultó elegido.

Manifestó que el cambio en el diagrama de turnos obedeció a planteos realizados por los trabajadores para morigerar la carga horaria de 12 horas diarias -por resultar extenuante-, iniciando conversaciones con la entidad gremial APJAE sobre la posibilidad de una modificación.

Sostuvo que ambas partes (APJAE y Capex S.A.) comenzaron tratativas con el propósito de facilitar un marco convencional a los empleados jerárquicos, y fue en ese contexto de diálogo que se introdujo un diagrama a implementar



en reemplazo del vigente en ese momento, reduciéndolo de 12 horas diarias a 8 horas.

Adujo que el actor cuestionó el cambio recién a los 2 meses de ser implementado, y luego por otro extenso plazo hasta que requirió el restablecimiento del anterior diagrama y decidió considerarse despedido, aunque las conversaciones continuaron a tal punto de aplicarse nuevos cambios con posterioridad.

Fundamentó en derecho, ofreció la prueba de su parte y solicitó el rechazo de la acción con costas.

4. La sentencia de primera instancia resolvió rechazar la demanda interpuesta en su totalidad, con costas al actor (fs. 327/332vta.).

El Sr. Juez estimó que el cambio del régimen de turnos y horarios de trabajo no importó un ejercicio abusivo del *ius variandi* (artículo 66, LCT), ni irrazonable la facultad de dirección y organización de la parte demandada (artículo 197, LCT) por haber resultado del consenso de los integrantes de la empresa con el gremio que nuclea a los trabajadores jerárquicos (APJAE), a raíz de planteos efectuado por éstos, habiéndose aplicado de manera general a todos los empleados.

Concluyó, tras valorar las pruebas producidas, que la decisión de cambio no tuvo como finalidad la afectación de la actividad gremial del actor ni de su persona. Afirmó que no estuvo probado suficientemente el rol activo del accionante en la actividad sindical.

Consideró que la modificación en el diagrama de turnos fue consentida por el actor y que dejó de aceptar cuando su interés cambió para incorporarse a prestar servicios para otra empresa.

Estimó apresurado y desproporcionado el despido indirecto dispuesto por el trabajador, sin haber ejercido de manera previa la opción de requerir judicialmente el



restablecimiento de las condiciones alteradas, dado que ello habría determinado la innecesariedad de denunciar el contrato de trabajo.

En relación a la tutela sindical del accionante y la pretendida necesidad de iniciar el procedimiento previo dispuesto en el artículo 52 de la LAS, el Magistrado remarcó que el cambio en el diagrama de turnos resultó del consenso entre empresa, empleados y Sindicato, logrando incluso ajustes posteriores para el mejor funcionamiento de la tarea, a la vez que se aplicó de manera general para todo el personal y no puntualmente para el actor en su perjuicio o por su condición gremial. Culminó resolviendo la desestimación del planteo.

5. El actor apeló la sentencia (fs. 335/341vta.) y contestó la demandada (fs. 343/348vta.).

6. La Cámara de Apelaciones dictó sentencia revocando en su totalidad el fallo de grado (fs. 352/364).

Examinó en primer lugar la suficiencia del recurso de apelación, en función de lo dispuesto por el artículo 265 del CPCyC. Sostuvo que una interpretación razonable de los términos de la presentación permitió inferir el sentido de la crítica del apelante.

A continuación, encuadró el examen del caso en orden al alcance de la garantía prevista en el artículo 52 de la LAS como cuestión previa al abordaje de la legitimidad y causal del distracto.

Apreció que el actor, dado su cargo de representante gremial electo, contaba con una tutela legal que impedía que fueran modificadas sus condiciones de trabajo sin mediar de manera previa la remoción de la protección en la instancia judicial, so riesgo de declararse nulas, tal como culminó resolviendo en el caso.

Entendió que el hecho de que fueran dispuestos en el marco de una negociación colectiva no impidió la ineficacia de



los cambios de las condiciones laborales en el caso del actor, porque la tutela es conferida en resguardo de la faceta individual de la libertad sindical, que permite sobreponerla a la conducta orgánica del Sindicato, no resultando disponible.

Sostuvo que el representante sindical no está obligado a solicitar el restablecimiento de las condiciones modificadas, resultándole opcional darse por despedido indirectamente, tal como sucedió en el caso.

Estimó justificado el distracto decidido por el actor ante las modificaciones dispuestas por el empleador, en orden al diagrama de turnos de la jornada laboral, sin respetar el procedimiento de exclusión de la garantía que reconoce la Ley N° 23551.

Condenó a la demandada a pagar la cantidad de \$1.429.617,43.- comprensiva de los rubros indemnizatorios por despido incausado, la multa prevista por el artículo 2 de la Ley N° 25323 y la reparación prevista por el artículo 52 de la LAS. Impuso las costas de ambas instancias a la demandada vencida.

7. La empresa accionada (Capex S.A.) dedujo recurso por Inaplicabilidad de Ley, por los motivos previstos en los incisos "a" y "b" del artículo 15 de la Ley N° 1406.

En orden al primero, adujo que el fallo habría violado los artículos 265 y 266 del CPCyC.

Afirmó que, al controlar la admisibilidad del recurso de apelación, la decisión habría afirmado su debilidad e insuficiencia técnica al señalar que los agravios no contenían una crítica de todos los fundamentos de la decisión de primera instancia, pero no habría aplicado la sanción dispuesta en el artículo 266 del CPCyC.

Manifestó que la sentencia establecería que la carga procesal del artículo 265 del CPCyC sería un mero formalismo, lo que contravendría el principio de congruencia y la garantía del debido proceso, siendo un deber del apelante la



demostración de las razones por las que considera necesario revocar la decisión recurrida.

Reputó que el pronunciamiento infringiría el artículo 266 del CPCyC, dado que la sentencia aseguraría que la interpretación de la presentación recursiva tendría como límite la ausencia absoluta de inteligibilidad, ignorando que la norma procesal no sancionaría eso sino -dijo- a quien no formula una crítica razonada y concreta.

Expresó que se violentaría ese dispositivo, ya que la Cámara de Apelaciones no aplicaría la sanción con el pretexto de que la contraparte habría podido contestar el recurso de apelación. Manifiesta que la deserción por ella petitionada en la réplica se habría basado en la falta de un ataque analítico y razonado del fallo recurrido y no en un defecto en el discurso de la presentación recursiva que le hubiera impedido responderla.

Por otro lado, aseveró que el fallo habría violado el artículo 277 del CPCyC, por cuanto la Alzada habría modificado arbitrariamente los términos en que habría quedado trabado el litigio.

Denunció que la sentencia relacionaría los motivos del despido con la tutela sindical y la actividad gremial del actor, mientras que -a su criterio- tanto en las misivas remitidas por éste, como en el escrito inicial y en el memorial de agravios, habría denunciado que el distracto se encontraría motivado en el alegado ejercicio abusivo de la facultad de variar las condiciones laborales por parte del empleador.'

Indicó que la cuestión sindical solo se habría considerado como un agravante del monto indemnizatorio.

En el marco del inciso "b" del carril aludido, cuestionó la decisión entendiendo que se pronunciaría sobre la interpretación y alcance del artículo 52 de la Ley N° 23551, no obstante que el apelante no habría impugnado lo decidido



sobre ese precepto por el Juez de primera instancia. Acotó que jamás se habría puesto a consideración de éste la nulidad del despido ni que el accionante habría decidido darse por despedido por la falta de realización previa del procedimiento de exclusión de tutela sindical.

Refirió que la sentencia de la Cámara de Apelaciones partiría de hechos distintos a los planteados por las partes, reprochando lo expuesto en el fallo en orden a encontrarse impedido el órgano revisor de analizar el artículo 66 de la LCT para ponderar la conducta de la empleadora, a pesar de que sería la parte apelante quien habría argumentado, ofrecido pruebas, alegado y fundado sus agravios en relación a ese dispositivo legal.

Aseveró que el vicio se patentizaría en tanto el pronunciamiento construiría su decisión sobre una premisa errada. La sentencia erróneamente consideraría que el trabajador justificó su despido en la violación de la tutela sindical, cuando -en rigor- se habría basado en el supuesto ejercicio abusivo de la facultad de variar las condiciones de trabajo prevista en el artículo 66 de la LCT.

Culminó su escrito manifestando hacer reserva del caso federal.

II. 1. En atención al relato precedente, he de propiciar el análisis del caso aquí traído alterando el orden de los cuestionamientos postulados por el quejoso por cuanto se denuncia la infracción de ciertas normas procesales que deben observar los tribunales de segunda instancia.

Ello así, dado que en el escrito de impugnación se alega violación del artículo 277 del CPCyC, que determina los límites al que deben ceñirse los poderes del Tribunal de Alzada, y compromete el principio de congruencia ínsito en la garantía del debido proceso.

Sabido es que la competencia del órgano revisor es la que deriva de la máxima *tantum appellatum quantum devolutum* -



expresión del principio de congruencia en la instancia recursiva- que refiere a la extensión dada por el recurrente a su impugnación, con lo que se quiere significar que la capacidad decisora de ese Tribunal -total o parcial- viene dada por el nuevo examen de los motivos, temas o cuestiones traídos por el recurrente contra las conclusiones del Juez de grado (cfr. Enderle, Guillermo Jorge, "La Congruencia Procesal", Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2007, p. 274).

Reiteradamente ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la prescindencia de tal limitación, exceso o violación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. Fallos: 304:355, 307:948 y 327:3495).

La norma procesal en cuestión dispone en su parte pertinente que *"... El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia ..."*.

De este modo las potestades del Tribunal de Alzada, acorde con la función revisora de la sentencia, quedan circunscriptas a las materias litigiosas postuladas al Juez decisor en primer término, en íntima correlación con el alcance y extensión de los agravios de los justiciables.

Es que *"... en apelación el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo, y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura ..."* (Calamandrei, Piero, "Instituciones del Derecho Procesal Civil", Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1973, t. I., p. 301).

En este escenario resulta dable precisar que en materia recursiva extraordinaria, la infracción legal por



violación consiste en no aplicar a un hecho la regla que le corresponde, de esta manera el vicio se produce en la base jurídica, es decir, en la premisa mayor, y se puede cometer de dos maneras: en sentido positivo, vulnerando el alcance del precepto; y, en sentido negativo, por desconocimiento o inaplicación de él (cfr. Acuerdos N° 21/18 "Balboa" y N° 9/19 "Sindicato", entre otros, del registro de la Secretaría Civil).

Así pues, entiendo que en el supuesto bajo estudio el déficit se presenta con relación al primer postulado referido, desde que la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones ha vulnerado el alcance de la norma, pronunciándose sobre cuestiones que no fueron sometidas a debate.

Tal como expuse en la oportunidad de relatar los argumentos brindados en la sentencia de primera instancia, el Sr. Juez de grado resolvió rechazar íntegramente la demanda.

En esa oportunidad, el Magistrado abordó la temática en debate partiendo de dos premisas, i) por un lado, analizó la denuncia de abuso en el ejercicio del *ius variandi* y, ii) por el otro, si dado el carácter de vocal suplente electo que alegó el accionante, se debió agotar el procedimiento de exclusión de tutela previo a implementar los cambios en la jornada.

Analizó ambos tópicos y entendió que la modificación resultó del marco de una negociación colectiva que se aplicó para todo el personal de la empresa dentro de las facultades de dirección y organización establecidas por el artículo 197 de la LCT, descartando la alegada persecución o que la decisión empresaria haya tenido como intención perjudicar la actividad sindical del actor.

Circunscribió el análisis del motivo de injuria alegado por el actor, a la supuesta negativa de la empresa a restituirle las condiciones laborales anteriores (fs. 328vta., primer párrafo).



A partir de allí estimó que el cambio del régimen de turnos y horarios de trabajo no importó un ejercicio abusivo ni irrazonable de la facultad de dirección y organización de la parte demandada.

Concluyó que la modificación de la jornada impuesta por la patronal no tuvo como finalidad la afectación de la actividad gremial del accionante ni de su persona. Destacó no tener suficientemente probado el rol activo del accionante en la actividad sindical.

Expuso que el cambio implementado fue consentido por el actor por un plazo relativamente prolongado de tiempo y que dejó de aceptar cuando su interés cambió para incorporarse a prestar servicios para otra empresa.

Consideró apresurado y desproporcionado el despido indirecto en que se colocó el Sr. González.

En relación a la tutela sindical esgrimida en la demanda y la necesidad de iniciar el procedimiento previo dispuesto en el artículo 52 de la LAS, el Sr. Juez remarcó que el cambio en el diagrama de turnos resultó del consenso entre empresa, empleados y Sindicato, logrando incluso ajustes posteriores para el mejor funcionamiento de la tarea, a la vez que se aplicó de manera general para todo el personal y no puntualmente para el actor en su perjuicio o por su condición gremial. Entendió por tanto, la inadmisión del planteo.

2. Contra esa decisión el actor formuló recurso ordinario de apelación sobre la base de los siguientes agravios (fs. 335/341vta.).

Cuestionó la afirmación del fallo en orden a la ausencia de alegatos de su parte, sosteniendo haber ejercido ese derecho procesal.

Dirigió su queja hacia la desestimación del despido indirecto frente al supuesto abuso de la facultad de *ius variandi* del empleador que fue considerado apresurado en el fallo de grado y contra lo dicho en la sentencia en cuanto a



la generalidad de la medida de modificación del diagrama de turnos y descansos.

Reprochó la valoración de las pruebas producidas que darían cuenta de las observaciones al cambio de jornada que habrían realizado otros obreros, lo que entiende resultaría un claro indicio de que las condiciones laborales fueron alteradas excediendo el derecho de variar que regula el artículo 66 de la LCT.

Consideró errónea la valoración que se realizó en la decisión en torno a no haber ejercido la opción mediante el inicio del trámite sumarísimo de restablecimiento que allí se regula.

Criticó la interpretación que realizó el Sr. Juez de grado y las consecuencias que aplicó a su accionar en el acatamiento de las modificaciones por un tiempo y la búsqueda de otro empleo, esgrimiendo que ello habría respondido a la pérdida de expectativa de su parte, en cuanto al restablecimiento de las modificaciones implementadas.

Reiteró las objeciones dirigidas a la inconveniente valoración de las pruebas para reflejar el abuso en el ejercicio del *ius variandi* por parte de la patronal.

Reprochó la decisión en cuanto puso en duda su rol gremial derivado del carácter suplente de su cargo, por entender ampliamente acreditada su participación activa en el ejercicio de la representatividad sindical.

3. Lo expuesto vislumbra la delimitación de la materia sobre la cual debió girar el juicio del Tribunal de Alzada, encontrándose subordinada su competencia a la medida que el recurrente le imprimió a la fundamentación de la impugnación, conforme las pautas del artículo 42 de la Ley N° 921.

De esta manera, y tal como expuse al relatar los antecedentes de la causa (punto I.5.), el análisis que propició la Cámara de Apelaciones para decidir el presente



caso se apartó de los lineamientos que fueron acotados en la expresión de agravios del actor.

Ello así desde que no puede deducirse de las quejas expuestas en la presentación recursiva, un cuestionamiento concreto -a modo de crítica- sobre la garantía que le otorga el artículo 52 de la LAS a los dirigentes gremiales, menos aún que encuentre vinculación con la decisión de despido indirecto en que se colocó el recurrente.

_____ Antes bien, el recurso de apelación se dirigió contra la desestimación de la causal esgrimida como configurativa de la injuria con base en el presunto ejercicio abusivo por parte del empleador de la facultad de variar las condiciones laborales en el marco del artículo 66 de la LCT.

Tampoco puede inferirse, como surge de fs. 359 *in fine* y 360 primer párrafo, que el motivo sustentado como presupuesto de injuria suficiente, encuentre relación con la ausencia de procedimiento previo de exclusión de la tutela sindical (artículo 52, LAS).

A partir de allí, la conclusión del tribunal de Alzada al sostener que *"... Con todo ello, la sola modificación dispuesta por el empleador sin respetar el procedimiento de exclusión autorizó al trabajador a considerarse en situación de despido indirecto, lo que a la postre constituye una injuria calificada autónoma prevista por la norma, que no exige el concurso de los restantes atributos del artículo 242 de la L.C.T., ni permite el examen del modo del ejercicio de la potestad contemplada por el artículo 66 de la L.C.T. ..."*, resultó una mera apreciación dogmática carente de sustento en las constancias de autos, modificando la causa alegada por el accionante como motivo de injuria en franca contradicción -además- con lo normado por el artículo 243 de la LCT.

Es que tal observación no surge ni del intercambio epistolar ampliamente desarrollado con anterioridad, ni fue



objeto de planteo por parte del actor en el escrito de demanda.

Luego, las genéricas manifestaciones efectuadas por el actor mediante las citas jurisprudenciales de fs. 341vta., resultan insuficientes para referenciar esa causal, y en modo alguno justifican exceder los límites de su competencia.

En tales condiciones, considero que la Cámara de Apelaciones se apartó de los límites de la competencia apelada (artículo 277, CPCyC), cuya jerarquía constitucional ha sido reiteradamente reconocida por el Máximo Tribunal Nacional (cfr. Fallos: 332:2146, 330:4015, 319:2933, 318:2047 y 315:127, entre otros).

También ha dicho que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos en la causa es incompatible con las garantías de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional (cfr. Fallos: 284:115), pues el juzgador no puede convertirse en el intérprete de la voluntad implícita de una de las partes sin alterar, de tal modo, el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (cfr. Fallos: 283:213, 311:569 y 342:1434, voto de los Sres. Ministros Dres. Rosenkrantz y Highton de Nolasco).

Como corolario, se advierte la infracción legal denunciada por la demandada en torno a la violación del mencionado artículo, tornando ineficaz la decisión emanada del Tribunal de Alzada, por franca violación al principio de congruencia que sustentan los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

De ello se sigue la innecesariedad de análisis de la restante causal de infracción legal denunciada en relación a la incorrecta interpretación y aplicación del artículo 52 de la LAS.

4. Ahora bien, conforme fuera resuelto mediante Resolución Interlocutoria N° 119/20, la apertura de la instancia extraordinaria se encuentra abierta -también- por la



denuncia de infracción legal postulada por el recurrente por violación de los artículos 265 y 266 del CPCyC.

Sobre el tópico, sostiene el quejoso que el resolutorio de la Cámara de Apelaciones al controlar la admisibilidad del recurso de apelación habría afirmado su debilidad e insuficiencia técnica al exponer los agravios, en función de no contener una crítica de todos los fundamentos de la decisión de primera instancia, pero no lo habría declarado desierto.

Así pues, cabe adelantar que el puntual reproche no habrá de correr la misma suerte que su predecesor, al compartirse los lineamientos generales expuestos por la Alzada en orden a la interpretación razonable de los términos del recurso y a partir de allí -en este caso- poder inferir el sentido que porta la crítica (fs. 355).

Me explico. El ritual procesal provincial (Ley N° 912) estableció que el recurso de apelación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, y que para cumplir tal cometido no bastará remitirse a presentaciones anteriores (artículo 265, CPCyC).

Después estableció la sanción para el caso de incumplimiento de la carga antes indicada, que consiste en la declaración de deserción del recurso deducido (artículo 266, CPCyC).

Resulta necesario remarcar, como sostiene la Alzada (fs. 354vta.), que el derecho a obtener la revisión de la decisión jurisdiccional de primera instancia integra la garantía del debido proceso, contemplado por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.), conforme el alcance fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003 ("Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados", párr. 123-124).



Es que la apelación es el método de revisión de una decisión que puede considerarse el arquetipo de los remedios procesales (cfr. Carrió, Genaro, *Cómo fundar un recurso*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, reimpresión, 1996, p. 17).

A partir de allí es que a la impugnación se le exija un piso o mínimo argumental, necesario para superar la valla prevista en la norma.

En este sentido, este Tribunal Superior de Justicia ha sentado las bases para determinar el alcance de la exigencia mínima establecida en la previsión citada.

De este modo, expresó que "... aún cuando jurisprudencialmente se haya concedido al Tribunal sentenciante la facultad de declarar la deserción de un recurso cuando la expresión de agravios adolezca de graves falencias, debe igualmente tenerse en cuenta que, tal como sostienen nuestros doctrinarios la deserción del recurso por no reunir la expresión de agravios los requisitos internos de suficiencia de fundamentación debe ser interpretada restrictivamente, es decir, declarar desierto el recurso cuando resulta de toda evidencia que el apelante no ha querido o no ha podido allegar elementos de crítica a la sentencia ..." (Podetti, *"Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral, Tratado de los Recursos"*, Ediar, Buenos Aires, p. 169, citado en Acuerdos N° 31/15 "Sucesores de Idizarri" y N° 12/18 "Krittian", del registro de la Secretaría Civil).

De lo expuesto se sigue que si la expresión de agravios cumple en cierta medida con las exigencias del artículo 265 del CPCyC, conforme al criterio amplio y flexible que debe adoptarse para su valoración a partir de una interpretación razonable, debe estimarse que la carga procesal de fundar los agravios se satisface con el mínimo de técnica exigido, tal como sucede en el presente caso.

Una mirada diferente tensionaría otras garantías judiciales, específicamente el debido proceso legal tal como



fue concebido por el legislador local, que previó en materia civil, y supletoriamente por derivación del artículo 54 de la Ley N° 921 también en materia laboral, una instancia de revisión de la sentencia dictada en la primera instancia, de conocimiento amplio, y solo limitada por el ejercicio del principio dispositivo a través de la expresión de agravios concretos, lo que demarca los límites en la competencia del Juez del recurso, tal como ya sostuve (punto II. 1.).

Ha sostenido este Tribunal Superior de Justicia que *"... el análisis se vincula con la adecuada prestación del servicio de justicia, por lo que la aplicación de la sanción que implica dejar firme una sentencia de primera instancia y privar al justiciable de un examen de procedencia, cuando esa revisión ordinaria está expresamente prevista por el ritual, a través de la instancia de apelación, y constituye la función propia asignada al Tribunal de apelación, exige el deber de extremar la prudencia al examinar el cumplimiento de la carga de fundamentación del escrito de impugnación ..."* (Acuerdo N° 13/20 "Espinosa", del registro citado).

No puede soslayarse que el rigorismo en la manera de apreciar la insuficiencia técnica del recurso constituye un exceso ritual que afecta el debido proceso en su manifestación primordial, como es el derecho de defensa en juicio (artículo 18, Constitución Nacional), tal como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en numerosos precedentes (cfr. Fallos: 307:1430, 311:1513, 311:2193 y 312:406, entre otros).

De esta manera y como adelanté, no se advierte que la decisión de la Cámara de Apelaciones presente la infracción legal pretendida por el demandado en orden a la violación de los artículos 265 y 266 del CPCyC.

III. 1. De acuerdo con lo expuesto y en virtud de lo estipulado por el artículo 17 de la Ley N° 1406, corresponde sin más casar la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones (fs. 352/364), por haber incurrido en la causal



contenida en el inciso "a" del artículo 15 de la Ley N° 1406 por violación del artículo 277 del CPCyC.

De seguido habrá de recomponerse el litigio dentro del marco de la apertura propuesta, y de este modo analizar el recurso ordinario de apelación sobre la base de los agravios postulados por el actor.

A partir de allí, todo lo que no ha sido objeto de reproche concreto y fuera resuelto por el Sr. Juez de grado, en virtud del principio dispositivo gane firmeza y constituye un ámbito marginado de la jurisdicción de la segunda instancia.

2. Tal como se señaló en el punto II.2., el accionante cuestionó -en sustancia- la sentencia de primera instancia en cuanto desestimó que el empleador haya incurrido en un ejercicio abusivo de la facultad de variar las condiciones laborales que le otorga el artículo 66 de la LCT.

En este marco de la queja, el actor reprochó que se haya considerado apresurada la decisión de poner fin al contrato de trabajo y la consecuencia atribuida por el hecho de haber buscado otro trabajo, entendiendo evidente no sólo la alteración de las condiciones laborales, sino el maltrato personal y la ausencia de perspectiva en orden al restablecimiento del anterior esquema de turnos.

Señaló que la alteración del diagrama de turnos habría sido impuesta unilateralmente por la empresa, sin contemplar las demás propuestas que se le presentaron por parte de otros trabajadores.

Impugnó la decisión en cuanto puso en duda su rol gremial derivado del carácter suplente de su cargo, por entender ampliamente acreditado su participación activa en el ejercicio de la representatividad sindical.

3. Así pues, considerando el marco de apreciación resultante de los agravios propuestos por el actor, surge que la cuestión a discernir se ubica en determinar si existió un



ejercicio razonable del *ius variandi* por parte del empleador al imponer los cambios en el diagrama de turnos y francos establecidos por el empleador a partir del 09/05/11, o si, por el contrario, configuró un actuar abusivo que justifique la injuria en la cual sustentó el Sr. González su despido indirecto.

Esta prerrogativa que el ordenamiento laboral le otorga al empleador es una de las expresiones del poder de dirección, lo que supone que se le otorgue al empresario la facultad de alterar de modo unilateral y funcional, en situaciones excepcionales, las condiciones del contrato de trabajo inicialmente pactadas (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Anotada", Buenos Aires, La Ley 1° ed., 2009, t. II, p. 807).

De este modo el primer párrafo de artículo 66 de la LCT (modificado por Ley N° 26088) dispone que "... *El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador ...*".

Como vemos, se trata de una facultad restringida por la propia disposición legal, ya que a los requisitos de funcionalidad que derivan de la razonabilidad de la alteración, se contraponen los relativos a la naturaleza de las condiciones que pueden modificarse y el respeto de la indemnidad de los/as trabajadores/as.

4. Ahora bien, el caso presenta un particular contexto que surge relatado por las partes en el intercambio epistolar resultante de las misivas incorporadas por ambos litigantes, que -en gran medida- habrá de sellar la suerte del caso.



En efecto, no existe controversia en relación a que la desvinculación del actor ocurrió el 01/10/11 con motivo del despido indirecto en que se colocó. Tampoco se ha polemizado con respecto a los cambios efectuados por la empresa sobre el diagrama de turnos y francos implementados a partir del 09/05/11.

Así, de la carta documento de fecha 01/10/11 obrante a fs. 25 se extrae que la desvinculación del actor resultó de "... la no reinstalación de las condiciones laborales ..." y por "... las prácticas desleales de la empresa a las que se vio sometido ..." (textual).

Idéntica referencia expone en el punto II. OBJETO del escrito de demanda y al presentar el alegato de bien probado (fs. 321, punto II).

Esta comunicación necesariamente debe relacionarse con el resto del intercambio epistolar que tuvo como fecha de inicio el 04/07/11 (fs. 20).

En esa oportunidad el actor planteó su disconformidad con la aplicación del diagrama de turnos implementado en el mes de mayo por afectar su vida particular de modo directo y provocarle un grave perjuicio material y moral.

Hizo referencia al constante diálogo mantenido y las diversas propuestas presentadas tanto a sus superiores, como a las autoridades laborales.

Luego, el 14/09/11 reitera esos términos mencionando la existencia de una negociación paritaria en curso (fs. 22).

A su turno, la demandada también aludió al desarrollo de negociaciones paritarias llevadas a cabo de manera contemporánea con la APJAE cuyo temario -entre otros- incluiría la jornada de trabajo y descansos para los obreros del área de operaciones (fs. 21 y 24/24bis.).

Después, los testimonios prestados en la causa corroboran la existencia de diálogo entre la empresa, los trabajadores y la APJAE en representación del personal



jerárquico iniciado a fines del año 2010 y la presentación de propuestas para la modificación del diagrama de turnos existente hasta ese momento.

Ello surge de las declaraciones prestadas a fs. 144/149, 298/299 y testimonios guardados en el soporte informático agregado a fs. 326 (testigo Nefa en el minuto 7", 9" y 20" y Uzal, minuto 2" y 8").

A la vez, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación informa (fs. 188/239) que ambas partes convinieron ante la autoridad de aplicación un esquema de trabajo por turnos de jornadas de 8 horas para el personal que se desempeña en la central térmica en el área de operaciones contando con la resolución homologatoria respectiva.

La APJAE por su parte también informa la existencia de diálogo con la empleadora y la reactivación de las negociaciones en materia de jornadas y descansos en el año 2011 (fs. 181/183), que derivó en la firma del acuerdo ante la Secretaría de Conciliación del Departamento de Relaciones Laborales destacado con anterioridad.

Además, los testimonios referidos cobran relevancia, al dar cuenta de que la motivación al cambio del diagrama de turnos derivó de los planteos y peticiones realizadas por los propios trabajadores del área de operaciones, esgrimiendo que la extensión de la jornada de 12 horas resultaba extenuante y afectaba la salud psicofísica de algunos trabajadores (cfr. declaraciones de fs. 145, 146 y 148/149).

Lo expuesto permite inferir que el cambio en el diagrama de jornada laboral de turnos y descansos implementado por Capex S.A. a partir del mes de mayo del 2011 dispuesto para todo el personal del área de operaciones de la central térmica de manera general, no importó una decisión unilateral de la empresa, sino que fue el resultado de un proceso de negociación en curso.



Tanto es así que tal como sostienen los testigos, la modificación inicialmente implementada por la patronal, mereció ajustes posteriores mediante la incorporación de un franco "retén", lo que refuerza la idea de consenso entre las partes.

Luego, la variación dispuesta por el empleador se ajustó a las facultades de dirección y distribución del tiempo de trabajo, que le asisten por imperio de los artículos 65 y 197 de la LCT, que lejos de resultar arbitraria, respondió a una necesidad funcional que atendió a los fines de la empresa y como resultado -reitero- del diálogo de los interesados.

Además, el hecho de que la empresa haya optado por la determinación de un diagrama de turnos y descansos distinto al presentado en alguna de las propuestas realizadas por los trabajadores, en modo alguno importa un exceso de sus prerrogativas, menos aún que resulte un ejercicio abusivo de la facultad que le confiere el artículo 66 de la LCT.

Es que, con independencia del diálogo existente y el proceso de negociación en curso en relación a la necesidad de variar el diagrama de turnos, resulta claro que quien conserva dentro del contexto de un contrato de trabajo el poder organizador y de dirección es el empleador, debiendo ajustar su ejercicio dentro de los parámetros de la razonabilidad y buena fe contractual.

En este sentido, se ha dicho que "... debe reconocerse que en el aspecto administrativo, técnico y económico de su empresa, el patrón debe gozar de una autonomía de dirección únicamente supeditada con respecto a sus subordinados a la buena fe y equidad que debe reinar entre dirigentes y subordinados ..." (Pozzo, Juan, "El ius variandi, facultad del empleador", L. T. XII-145; citado por Ackerman, Mario, en "Tratado de Derecho del Trabajo", Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2ª edición, 2014, t. II, p. 894).



Esto se vincula con la conducta asumida por las partes en el desarrollo del intercambio epistolar suscitado que, tal como sostuve inicialmente, en gran medida, arrojan luz al debate.

Así pues, la respuesta del empleador a las intimaciones del actor (fs. 21, 24/24bis y 26) se ajustan al proceso de negociación que estaban llevando a cabo junto con la APJAE y que ha quedado acreditado en la causa.

Por el contrario, las manifestaciones realizadas por el accionante en esa oportunidad, apreciadas junto con la conducta asumida mientras se encontraba latente el contrato de trabajo, y reclamaba el restablecimiento del anterior diagrama de turnos, contrarían el principio de la buena fe que deriva del antes mencionado artículo 63 de la LCT.

Tal como señala reconocida doctrina que comparto "... la buena fe, en tanto criterio o principio de indudable vigencia en orden a la interpretación del contrato, ordena conductas probas, dignas, leales y descarta todo proceder contrario a esas pautas -buena fe objetiva-, a la vez que manda ajustarse a la apariencia, a lo que el otro contratante pueda entender o creer, para no defraudar la confianza suscitada -buena fe subjetiva- ..." (Mosset Iturraspe, Jorge, en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena (coord.), "Código Civil y normas complementarias, análisis doctrinario y jurisprudencia", Buenos Aires, Hammurabi, 1999, Tomo III Obligaciones-Contratos, p. 46; citado por Ojeda, Horacio, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada", Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2011, t. I, p. 409).

Entiendo que resulta incompatible con la intención de continuar con el vínculo laboral y requerir el restablecimiento del cambio en el diagrama de turnos dispuesto de manera general para todo el personal, la circunstancia de haber realizado entrevistas laborales desde el 30/08/11, y someterse a un examen preocupacional para ingresar a otra



empresa del rubro el 14/09/11, tal como informa la firma Sullair SA a fs. 174. Máxime, cuando el empleador se encontraba negociando lo propio con el Sindicato que nucleaba al propio actor.

Incluso, se encuentra acreditado que la nueva empleadora comunicó el alta temprana en la AFIP en forma contemporánea al despido decidido por parte del actor, que fuera fundado -reitero- por no haber restablecido la empresa las condiciones de trabajo, lo que refuerza el apresuramiento de su decisión y la ausencia de justificación de la cesantía.

En definitiva y tal como ha sostenido este Tribunal Superior de Justicia, la exigencia de buena fe como calificativo del comportamiento de las partes, interviene como una pauta de valoración de la conducta jurídicamente relevante, cuando existen reglas jurídicas que cumplimentar (cfr. Acuerdo N° 4/21 "Corgatelli", del registro de la Secretaría Civil), y ello no se ha observado en el caso.

5. Igual desenlace habrá de tener la denuncia por práctica desleal sostenida -también- como causa fundante de la injuria, tal como surge de la carta documento de fs. 25.

Ante todo corresponde aclarar que prácticas desleales son "... las acciones u omisiones contrarias a la ética de las relaciones de trabajo ..." (López, "Derecho de las Asociaciones Sindicales", p. 117, citado por Carlos Etala en "Derecho colectivo del trabajo", Buenos Aires, Astrea, 3ª edición, p. 394).

A su vez, estas conductas encuentran regulación legal en el artículo 53 de la LAS, a través de la enumeración de once comportamientos que el legislador ha estimado ilícitos por entenderlos antisindicales.

Dentro de ese enunciado, los incisos "g" e "i" específicamente definen conductas contrarias a la actividad sindical por alterar las condiciones del contrato de trabajo,



ya sea a partir de la suspensión, modificación o incluso finalización del vínculo contractual.

De este modo son consideradas prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales de trabajo por parte de los empleadores o, en su caso, de las asociaciones profesionales que los represente, las siguientes: *"... Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley ..." y "... Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los representantes sindicales que gocen de estabilidad de acuerdo con los términos establecidos por este régimen cuando las causas del despido, modificación o suspensión no sean de aplicación general o simultánea a todo el personal ..."*.

A partir de allí, sobre la base de los medios probatorios que se han arrimado al proceso y que fueran valorados, puede concluirse que -en el caso- la modificación establecida por el empleador en orden al diagrama de turnos y descansos para todo el personal del área de operaciones de la central térmica en la que prestaba labores el actor, dista de catalogarse como un "acto persecutorio" de la actividad gremial que desarrollaba.

Es que, en el marco de la variación dispuesta, el actor no sólo no ha probado el daño que esa innovación le acarreó en el desempeño de sus funciones como gremialista, sino que además tal alteración fue impuesta de manera general para todo el personal, encontrándose al momento de decidir su desvinculación, aún en proceso de constante evaluación, lo que llevó luego a una nueva modificación a partir de posteriores requerimientos tal como ya se expuso.

Así las cosas, dado el contexto de diálogo entre la empresa, los trabajadores y la APJAE antes descripto, y considerando las pruebas incorporadas en la causa, no se



advierde que la implementación del nuevo diagrama de turnos y descansos por parte del empleador haya configurado una conducta susceptible de frustrar la actividad sindical del accionante.

Por otro lado, y si bien la decisión de instar la acción que prevé el segundo párrafo del artículo 66 de la LCT (t.o. Ley N° 26088) de manera previa a decidir la ruptura contractual resulta facultativa para el presunto damnificado, en el caso tampoco se ha acreditado el intento de la acción sumarísima que regula el artículo 47 de la LAS para los representantes sindicales que estiman obstaculizado o impedido el ejercicio regular de su derecho de libertad sindical.

De este modo, estimo que el proceder del actor refuerza la idea de que su intención no era continuar con el mandato de dirigente gremial electo y sobre el cual pretende beneficiarse de las garantías que le otorga el ordenamiento colectivo, sino por el contrario, ingresar a un nuevo puesto de trabajo para otra empresa en franca contradicción con los principios laborales de conservación del contrato y buena fe contractual (artículos 10 y 63, LCT).

Resulta relevante aquí citar un antecedente del Máximo Tribunal nacional que sostuvo "... No es contradictorio el fallo que determina que si un dirigente gremial, frente a cualquier medida del empleado que considere lesivar a sus derechos, quiere hacer valer sus atributos sindicales debe, ante todo, plantear la necesaria querella por práctica desleal, a fin de que el Consejo Nacional de Relaciones Profesionales disponga su cese, lo que supone el mantenimiento del vínculo contractual; pero que, si antes de intentar tal vía administrativa resuelve considerar disuelto el vínculo -aun por culpa de la empleadora- pone de manifiesto su decisión de no ejercer personalmente los deberes sindicales, lo que trae aparejada la pérdida de las garantías de la



estabilidad gremial, y la aplicación de normas de derecho común ..." (Fallos: 303:964).

En resumen, el actor no ha logrado acreditar que el empleador haya ejercido de manera abusiva la facultad de modificar las condiciones de trabajo que le otorga el artículo 66 de la LCT, menos aún, la existencia de conductas reprochables de frustrar su actividad sindical en tanto representante gremial electo, resultando desmedida y apresurada la decisión de poner punto final al contrato de trabajo.

Todo lo dicho lleva sin más a rechazar el recurso de apelación interpuesto por el actor y confirmar la sentencia de primera instancia (fs. 327/332vta.).

IV. En consecuencia, debe declararse procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la parte demandada por la causal prevista en el inciso "a" del artículo 15 de la Ley N° 1406, por haber incurrido en violación del artículo 277 del CPCyC, casándose la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada.

V. De conformidad con lo prescripto por el artículo 17, inciso "c", de la Ley N° 1406, corresponde recomponer el litigio mediante el rechazo del recurso ordinario de apelación deducido por el actor y, en su mérito, confirmar la sentencia de primera instancia (fs. 327/332vta.).

VI. Respecto de la tercera cuestión planteada, en relación con las costas, atento el resultado del pleito, habrán de mantenerse las impuestas en la primera instancia e imponerse las generadas en la segunda instancia y en esta etapa extraordinaria a cargo del actor en su calidad de vencido (artículos 17, Ley N° 921, 68, CPCyC, y 12, Ley N° 1406).

VII. Por las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: **1)** Declarar la procedencia del recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada -Capex S.A.-



(fs. 370/390vta.) por constatarse la causal invocada -artículo 15, inciso "a", Ley N° 1406- por violación del artículo 277 del CPCyC; y, en consecuencia, casar la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad, obrante a fs. 352/364, por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2)** Recomponer el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación deducido por el actor -Sr. Marcelo Fabián González- (fs. 335/341vta.) y, en su mérito, confirmar la sentencia dictada en primera instancia (fs. 327/332vta.) y rechazar la demanda interpuesta en su totalidad. **3)** Mantener la imposición de costas resuelta en la primera instancia e imponer las generadas en la segunda instancia y en esta etapa extraordinaria a cargo del actor vencido (artículos 17, Ley N° 921, 68 y 71, CPCyC, y 12, Ley N° 1406). **4)** Mantener las regulaciones de honorarios efectuadas en la instancia de grado, y dejar sin efecto la realizada en la segunda instancia, debiendo adecuarse al nuevo pronunciamiento, en un 30% por la actuación ante la Alzada y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria (artículo 15, Ley N° 1594). **MI VOTO.**

El señor Vocal doctor **Roberto Germán Busamia** dice: comparto los argumentos y solución propiciada por el doctor **Evaldo Darío Moya**, votando en idéntico sentido. **MI VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, oída la Fiscalía General, **SE RESUELVE:** **1°) DECLARAR PROCEDENTE** el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por la demandada -Capex S.A.- (fs. 370/390vta.), por haber incurrido en la causal prevista por el artículo 15, inciso "a", de la Ley N° 1406, por violación del artículo 277 del CPCyC; y, en consecuencia, **CASAR** la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y Minería -Sala III- de esta ciudad, obrante a fs. 352/364, por lo expuesto en los considerandos respectivos. **2°) RECOMPONER** el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación deducido por el actor -Sr.



Marcelo Fabián González- (fs. 335/341vta.); y, en su mérito, **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia (fs. 327/332vta.) y **RECHAZAR** la demanda interpuesta en su totalidad. **3°) MANTENER** la imposición de las costas determinadas en la primera instancia; e **IMPONER** las generadas en la segunda instancia y en esta etapa extraordinaria a cargo del actor vencido (artículos 17, Ley N° 921, 68 y 71, CPCyC, y 12, Ley N° 1406). **4°) MANTENER** la regulación de honorarios dispuesta en la instancia de grado y **DEJAR SIN EFECTO** la realizada en la segunda instancia, debiendo adecuarse al nuevo pronunciamiento, en un 30% por la actuación ante la Alzada y en un 25% por su actuación en esta instancia extraordinaria (artículo 15, Ley N° 1594). **5°) DISPONER** la devolución del depósito efectuado conforme constancias de fs. 411/415 (artículo 11, Ley N° 1406). **6°) ORDENAR** registrar y notificar esta decisión y, oportunamente, remitir las actuaciones a origen.

Dr. ROBERTO G. BUSAMIA - Dr. EVALDO D. MOYA
Dr. JOAQUÍN A. COSENTINO - Secretario