NEUQUEN, 1 de Diciembre del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"BENEGAS LUIS GUILLERMO C/ BAKER HUGHES ARGENTINA S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"**, (Expte. Nº **506133/2015**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL Nro. 3 a esta Sala II integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela **ROSALES** y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- La parte actora apela la resolución de fs. 209/212 vta., mediante la que se hace lugar a la excepción de cosa juzgada articulada por la demandada.

En su memorial de fs. 354/356 vta., manifiesta que la causa **"Benegas c/ Baker Hughes Argentina s/ Despido otras causales"**, (Expte. Nº 372709/2008) y la presente se tratan de dos pretensiones totalmente distintas.

Dice que lo pretendido en aquella fue el cobro de diversas sumas de dinero con un claro carácter indemnizatorio, mientras que lo que se intenta en este proceso es la declaración de nulidad del despido, por haber sido discriminatorio.

Sigue diciendo que no se tuvieron en cuenta los distintos aspectos de cada acto jurídico, y los explica.

Efectúa citas jurisprudenciales y señala que mal puede concluirse en que su pretensión ha sido obtener un pronunciamiento judicial que cumpliera con la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario, dada la diferente identidad de objeto y que, en idéntico sentido, tampoco se cercena el derecho cancelatorio del pago efectuado por la contraria.

Reitera la confusión de las dos reivindicaciones y su postura, y peticiona.

La parte demanda replica los agravios a fs. 358/360 vta. en subsidio, y solicita se declare desierto el recurso.

II.- Preliminarmente, me referiré al pedido de deserción del recurso que solicita la parte demandada, en atención a que carecería de fundamentación.

Al efecto, teniendo presente lo dispuesto por el art. 265 del Ritual y analizados los términos del escrito recursivo, concluyo que exterioriza un mínimo de queja suficiente como para sustentar la apelación, razón por la cual, se procederá a su análisis.

Sentado ello, en función de los elementos de juicio y de los argumentos recursivos, anticipo que su disconformidad no alcanza a revertir lo resuelto por el magistrado de grado.

En efecto, el apelante expone los actos que a su entender darían pie a los distintos reclamos, pero no cuestiona mediante una crítica concreta y razonada el fundamento central del aquo en cuanto a que su intención fue obtener un pronunciamiento judicial que cumpliera con la manda constitucional de protección contra el despido arbitrario, no pudiendo considerar tras el ropaje de diferentes planteos la existencia de diferentes objetos (v. fs. 211 y vta.).

Así, y como se clarificó en la sentencia dictada por la Sala en la causa n° 372709/2008 (resolutorio de fecha 13 de mayo de 2012), lo que el actor pretendió fue el pago de: a) diferencias en las indemnizaciones derivadas del despido incausado y en el SAC como consecuencia del erróneo cómputo de la antigüedad del trabajador, la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT y la no inclusión en la

remuneración del adicional por disponibilidad; b) el pago del agravamiento indemnizatorio previsto en el Decreto n° 1433/05, que regula la disposición del art. 16 de la Ley 25.562; c) diferencias salariales por erróneo encuadramiento en la categoría laboral, diferencias salariales por omisión de pago del adicional por disponibilidad y por horas extras; d) indemnización por moobing; y en este trámite, lo que reclama es la reincorporación a su anterior puesto de trabajo y el reconocimiento de los salarios caídos, por considerar ese despido como discriminatorio.

Tal escenario me lleva a la única conclusión que el tema propuesto en segundo término implica volver a juzgar los efectos y consecuencias del despido del actor, aspecto que como dije, ya fue analizado por la titular del Juzgado Laboral n° 2 y por esta Sala, al decidirse con autoridad de cosa juzgada que el acto rescisorio era incausado, con más una condena a la ex empleadora respecto de créditos provenientes de esa extinción contractual inmotivada.

A más de ello, partiendo de la base que el instituto procesal de la cosa juzgada responde a una exigencia de *seguridad jurídica,* y de seguirse la postura del quejoso, aquella se vería seriamente afectada pues implicaría el replanteo de un mismo asunto a poco que se aprecie que en ambos procesos (el actual y el pasado en autoridad de cosa juzgada) se reclama respecto de un mismo acto disolutorio producido por la demandada.

Entender lo contrario, y a riesgo de repetirme, no solo implicaría desconocer lo ya resuelto y firme, sino que también posibilitaría la reiteración indefinida de reclamos judiciales.

III.- Por los motivos expuestos, propongo al Acuerdo la confirmación de la resolución apelada, con costas

de segunda instancia a cargo del vencido actor (art. 68, Código Procesal). Los honorarios profesionales se regularán en el 30% de lo que les ha correspondido por la instancia anterior (art. 15, Ley arancelaria).

La Dra. Patricia Clerici dijo:

Habiendo efectuado un detenido análisis de la resolución del aquo, de las postulaciones de las partes, y de las constancias de la causa, he llegado a la conclusión de que no se encuentra configurada la cosa juzgada a la cual se ha hecho lugar en el resolutorio recurrido, aunque reconozco la complejidad de la cuestión.

En autos "Pozzi c/ Banco de La Pampa" (P.S. 2012-IV, n° 121) sostuve que "*Tradicionalmente se requiere que existan tres elementos comunes (sujeto, objeto y causa), a efectos de determinar si media identidad de cuestiones entre la sentencia dictada en un pleito y el nuevo juicio promovido.*

"Sin embargo, esta triple identidad no es exigida en disposición legal alguna, ni de forma ni de fondo; en tanto que no siempre esos tres elementos tienen la misma incidencia en todos los casos, ni constituyen una cuestión ineludible, por lo que adhiero a la posición doctrinaria y jurisprudencial que otorga al juez un amplio arbitrio, sin sujeción a criterios rígidos, para establecer si los pleitos son, en su conjunto, idénticos y por ello la sentencia dictada en uno tiene efecto de cosa juzgada en el otro (cfr. De los Santos, Mabel, "Excepción de cosa juzgada" en "Excepciones Procesales" dirig. por Jorge W. Peyrano, Ed. Panamericana, 1993. pág. 138/140). La jurisprudencia tiene dicho que lo que importa, en materia de cosa juzgada, es que examinada la cuestión integralmente, pueda caracterizarse a la pretensión deducida como coincidente con una situación fáctica o jurídica ya resuelta por el órgano jurisdiccional (cfr. Cám. 1° Apel.

Civ. y Com. La Plata, Sala 2°, 10/5/1990, "Jecomi S.C.A. c/ De Tomasso", causa n° 205833, base JUBA), o sea, que la sentencia firme haya decidido ya lo que forma parte de la nueva pretensión (cfr. Cám. Nac. Comercial, Sala B, 24/5/1990, "Jakim H.S. c/ Amparo Cía. de Seguros", cit. por De los Santos, Mabel, op. cit., pág. 168).

"Prefiero hablar, entonces, más que de triple identidad, de límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. Los primeros aluden a que los efectos de la cosa juzgada alcanzan, en principio, a quienes han revestido el carácter de partes en el proceso en el cual se dictó la sentencia que adquirió aquella calidad. Los que no han sido partes en el juicio no son afectados por la cosa juzgada. Esta es la regla general, y ella no se encuentra vulnerada en autos desde el momento que las partes actora y demandada son las mismas personas que intervinieron en tal carácter en el proceso concluido.

"Los límites objetivos de la cosa juzgada están dados por la norma individual creada por el juez al sentenciar, y agrego que el contenido de la sentencia no se localiza sólo en su parte dispositiva, sino también en todas las declaraciones y afirmaciones que constituyen la premisa lógica necesaria de la decisión. Por ende, los considerandos o fundamentos revisten autoridad de cosa juzgada cuando importan un antecedente lógico de la decisión, formando un todo único e inescindible con la parte dispositiva, pues si hubo una oportuna investigación de la cuestión planteada, no puede dejarse de lado las argumentaciones del magistrado que examinó lo alegado por los justiciables y que sostuvieron la decisión definitiva de la litis (cfr. Cám. Nac. Apel. Civil, Sala I, 7/3/1997, "Litroup S.A. c/ Laboudigue", JA 2001-II, sínt.; Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y

Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. III, pág. 681/686)".

Alfredo Alvarado Velloso habla de comparación de pretensiones a efectos de determinar si se encuentra configurada o no la cosa juzgada o caso juzgado, incluyendo en su análisis a los sujetos, al objeto y principalmente a la causa, desmembrada en hechos e imputación jurídica (cfr. aut. cit., "Lecciones de Derecho Procesal", Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 168/170).

En el caso de autos no cabe duda en cuanto a que los sujetos intervinientes son los mismos que los del expediente n° 372.709/2008. Sin embargo, no comparto la opinión del aquo en cuanto a la identidad de causa, toda vez que el objeto no es igual en sendos procesos.

Entiendo que el error en el razonamiento del juez de grado, en mi opinión, es considerar que en ambos expedientes el actor persigue obtener la protección contra el despido arbitrario. Ello no es así.

La protección contra el despido arbitrario que garantiza el art. 14 bis de la Constitución Nacional ha sido plasmada, a nivel infraconstitucional, por la Ley de Contrato de Trabajo. El régimen de estabilidad impropia que consagra la LCT es la protección que ha entendido el legislador como adecuada a la manda constitucional.

En ese marco de análisis el despido es un acto permitido y lícito, traduciéndose la antedicha protección en las distintas indemnizaciones cuando la ruptura de la relación laboral es sin causa o la causa invocada no resulta suficiente para justificar el distracto.

Esta protección es la que se debatió –en lo que refiere a su cuantía- en el marco del expediente n° 372.709/2008.

En la presente causa, el actor requiere la nulidad de aquél despido, su reinstalación en el puesto de trabajo y la percepción de los salarios caídos, ello con fundamento en la ley 23.592.

No voy a discutir que se trata de un mismo hecho, el despido del trabajador, pero entiendo que el marco de análisis de ese despido, y la imputación jurídica son diferentes en ambos casos, por lo que no puede hablarse de una identidad de pretensiones, circunstancia que obsta a la configuración de la cosa juzgada.

La ley 23.592 no alude solamente al despido o al contrato de trabajo. Su alcance es general y su motivación va más allá que la protección contra el despido arbitrario. La finalidad de la ley es prohibir la comisión de actos o conductas discriminatorias, sancionándolas con la nulidad, toda vez que la consecuencia de la calificación de un acto o de una conducta como discriminatorias es dejar sin efecto el acto o hacer cesar la conducta (y sin perjuicio de la reparación de los daños ocasionados).

Eduardo Álvarez señala que la disposición legal referida prevé la posibilidad de declarar la ineficacia del acto reprochable que estaría equiparado al acto jurídico de objeto prohibido al que alude el art. 953 del Código Civil (caracterización que perdura en el Código Civil y Comercial, art. 279), y que si responde al ejercicio de un derecho o de una facultad, será asimilable, incluso, a la figura del abuso (cfr. aut. cit., “Reflexiones acerca del despido por discriminación”, Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2008-2, pág. 29).

Son dos calificaciones diferentes. Un despido puede ser incausado o sin causa suficiente, pero no

discriminatorio; como así también un despido incausado o sin causa suficiente puede ser también un acto discriminatorio.

Se trata de dos conductas diferentes, la una, despedir sin invocar causa para ello o con una causa que no justifica la decisión adoptada, y sus consecuencias jurídicas; la otra, despedir por razones que importan una discriminación hacia el trabajador, y sus propias consecuencias jurídicas.

En un ámbito del derecho diferente al del derecho del trabajo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón (Sala I, 19/6/1980, LL 1981, pág. 204) resolvió que no existía cosa juzgada en la acción de nulidad del matrimonio sobre la base del divorcio decretado judicialmente, porque las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio son dos pretensiones distintas, no existiendo el riesgo de decisiones contradictorias.

Mutatis mutandi, el razonamiento es igual para el sub lite. En el expediente n° 372.709/2008 se partió del despido sin causa del trabajador, habiéndose discutido la procedencia de las diferencias en los montos de las indemnizaciones abonadas por la empleadora, generadas por el erróneo cálculo de su antigüedad y la no inclusión en la remuneración base del cálculo del adicional por disponibilidad, y por la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT; el pago de la indemnización del art. 16 de la ley 25.562; diferencias salariales por erróneo encuadramiento convencional e indemnización por moobing. Como vemos, no se discutió sobre la causa del despido toda vez que la empleadora despidió sin invocación de causa.

Genera dudas la pretensión del actor de la indemnización por daño moral como consecuencia del moobing, pero, como se señaló en el fallo citado de la Cámara de Apelaciones de Morón, son dos acciones distintas, en una se

persigue una reparación del daño moral, en tanto que en la otra se pretende la nulidad del despido. Además de existir diferencias entre el acoso laboral y el acto discriminatorio definido por el art. 1 de la ley 23.592.

Es cierto que la pretensión de nulidad del despido podría haberse planteado conjunta o subsidiariamente con el reclamo sobre diferencias salariales y en las indemnizaciones ya abonadas por el empleador, pero no era una acumulación obligatoria para el actor, ya que se trata, reitero, de dos acciones distintas.

La condena abonada por la empleadora en el proceso ya concluido no impide tampoco considerar que no existe cosa juzgada. En todo caso, y eventualmente, podría ser motivo de una compensación.

Por lo dicho, es que entiendo que no se dan en autos los presupuestos necesarios como para tener por configurada la cosa juzgada, por lo que la resolución recurrida debe ser revocada, con costas, en ambas instancias, en el orden causado, dado la complejidad ya señalada de la cuestión traída a conocimiento de la Alzada, la que, además, es opinable (art. 69, CPCyC).

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con **el Dr. Marcelo J. MEDORI, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto del **Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO**, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 209/212 vta., con costas de segunda instancia a cargo del vencido actor (art. 68, Código Procesal).

II.- Regular los honorarios profesionales en el 30% de lo que les ha correspondido por la instancia anterior (art. 15, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. MARCELO MEDORI
Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria