

## Despido Con Causa Utilizacion Indebida Del Correo Electronico De La Empresa Carga De La Prueba Inexistencia De Discriminacion

### JURISPRUDENCIA

Despido con causa. Utilización indebida del correo electrónico de la

empresa. Carga de la prueba. Inexistencia de discriminación Se considera no ajustado a derecho el despido causado decidido por la empleadora, pues no ha sido acreditado que el trabajador, al utilizar el correo electrónico corporativo de la empresa, violara políticas de esta respecto de su uso.

En la ciudad de Formosa, capital de la Provincia del mismo nombre, a los 04 días del mes de Julio del año dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo los Sres. Jueces miembros de la Sala II del Excmo. Tribunal del Trabajo, bajo la Presidencia de la Dra. María Claudia Soto, siendo Juez de trámite por subrogación legal la Dra. Griselda Olga García y Vocales los Dres.: María Claudia Soto y Hugo I. Del Rosso, ambos subrogantes legales, a los efectos de dictar Sentencia en estos autos. Atento a la integración de fs. 250 el orden de votación resultó ser el siguiente: primer voto la Dra. Griselda Olga García (Subrogante), segundo voto la Dra. María Claudia Soto (Subrogante) y tercer voto el Dr. Hugo I. Del Rosso (Subrogante).

ANTECEDENTES: Promueve demanda laboral el Sr. José Luis Manzur Abouaquín, mediante presentación efectuada por su apoderada: la Dra. Ivonne Elizabeth Olmedo, quien acredita personería con el Poder Especial agregado a fs. 01, contra Formosa Refrescos S.A., y/o quien resulte responsable, en reclamo de los rubros detallados en la planilla de liquidación de fs. 02 y vta., que asciende a la suma de Pesos Cuatrocientos cincuenta y seis mil trescientos noventa y nueve con cincuenta y dos centavos (\$456.399,52). Indica que ingresó a trabajar en fecha 02/01/97, siendo registrado el día 02/01/98 como personal fuera de Convenio, cumplía funciones de control y gestión de sistemas informáticos de la firma demandada, sector que se encontraba a su cargo como responsable y único empleado. Detalla que la jornada laboral era de lunes a viernes de 08:00 a 13:00 hs. y de 15:30 a 19:30 hs. y los sábados de 08:00 a 13:00 hs., es decir una hora extra diaria al 50% y una hora extra semanal al 100%, y que cuando las exigencias de la empresa lo imponían debía prestar sus servicios sin importar el horario o si se trataba de feriado o día inhábil. Añade que a partir de Diciembre de 2.008, el cumplimiento de la jornada fue registrado por un sistema magnético. Asevera que su desempeño durante todo el contrato laboral fue intachable, no dando motivo de reproche o sanción alguna. Relata que a requerimiento de la firma demandada se trasladó a la ciudad de Salta, donde se encuentra la Casa central, para cubrir una suplencia, regresando en fecha 22/12/2.010 y que cuando intentó ingresar a su trabajo el día 23/12/2.010 fue impedido por la guardia de la planta Formosa, ante lo cual intimó a la empleadora a que aclare su situación, proceda a la correcta registración del contrato en cuanto a la fecha de ingreso y convenio correspondiente y al pago de créditos adeudados. Señala que al responder la demandada expresó que ratificaba el despido con causa notificado en fecha 20/12/2010 y las razones invocadas, documentadas mediante Escritura N° ... del 20/12/10, pasada por ante la Escribana María Ximena Miranda Bona, adjunta del Registro Notarial N° 1 de la ciudad de Salta, ratificando carta documento de fecha 29/12/10. Manifiesta que ante ello remitió TCL negando la notificación del despido, impugnando y arguyendo de falsedad la Escritura N° ... mencionada en la misiva. Ante la negativa de trabajo, desconocimiento temerario y malicioso de las fechas de ingreso, del derecho a inclusión en CCT., de pago de diferencias de haberes devengadas, comunicó a la patronal que se consideraba despedido por injurias graves en los términos del art. 242 de la LCT; intimó además a que en plazo de 48 horas pague indemnizaciones emergentes del despido, integrativo mes de despido, haber enero 2011, SAC proporcional 1° sem del 2011, vacaciones no gozadas y proporcional año 2011, indemnización emergente ley 25323. Sostiene que esta intimación no fue respondida por la demandada. Expresa que solicitó luego a la Escribanía copia de la Escritura cuestionada y allí supo que la empleadora lo despidió por haber usado supuestamente el correo corporativo para enviar un mensaje personal, documento que aclara no firmó, por cuanto bajo su conocimiento ese hecho o notificación no ocurrió. Señala que tras conocer este hecho, junto a otro empleado despedido de la firma por igual causa: Sr. Gustavo Muraciale, intimaron mediante carta documento a la empleadora a que exhiba el correo electrónico causante del despido con intervención de Escribano Público y mediante Escritura N° ... y también a través de la Subsecretaría de Trabajo, tramitado en la causa: "Muracciole Gustavo F. y otro s/ solicitud intimación a Formosa Refresco S.A." Expte.1234-M-11, y por último en la causa iniciada en ésta Sala II, caratulada "Muracciole Gustavo F. y otro c/ Formosa Refresco S.A. y/u otros s/ Acción Común (Prueba Anticipada)" Expte. 84/2011, sin obtener respuesta de la empleadora. Sostiene que nunca envió un correo electrónico personal mediante el dominio corporativo y en horario de trabajo, reconociendo haber remitido a sus compañeros de trabajo uno que refería a la consideración del petitorio que elevarían los empleados jerárquicos fuera de Convenio al Sr. Rolando Rodríguez, Gerente de Capital Humano de Formosa Refrescos S.A.. Considera que si fue ésta la causa del despido se trata de un despido injustificado y de una discriminación antisindical, inconcebible en el marco de la Ley 23.592; por violar el principio de igualdad y el de no discriminación en el marco de la relación laboral. Aclara que no fue el único

empleado que remitió ese correo, que la convocatoria de los empleados jerárquicos por mejoras laborales fue abierta, transparente y legítima, que la comunicación fue fluida de éstos entre sí, incluidos los de otras plantas de la misma empresa. No obstante contemporáneamente sólo dos de los aproximados diez empleados jerárquicos fueron despedidos, atribuyéndoles haber usado el correo corporativo para fines personales. Indica que el sistema informático de la empresa era digitado libremente por ésta, que así como pudo ver la bandeja de su correo desconociendo su clave, pudo mandar todos los correos que se pueda imaginar. Remarca que la empleadora durante la relación nunca reglamentó el uso del correo y si lo hizo no se lo notificó. Entiende evidente que tanto su despido como el del otro empleado: Sr. Muracciole fueron consecuencia del reclamo y con el fin de amedrentar al resto; objetivo que considera logrado pues luego de los despidos quedó congelado el reclamo colectivo. Explica que por tratarse de empleados fuera de Convenio, huérfanos de sindicato, la única posibilidad para la defensa de sus derechos fue la convocatoria realizada, la cual concluyó con un despido discriminatorio. Denuncia que fue registrado como Personal fuera de Convenio, siguiendo la metodología de los grandes monopolios y ante la exclusión expresa a los Jefes de área del CCT 152/91. Sostiene que fue registrado con una fecha diferente a su real fecha de ingreso y que la prueba del registro tardío es la nota suscrita por Amalia Vázquez Rodo de fecha 08/05/1997 mediante la cual se le remite una foto correspondiente al Curso de Capacitación Basis Febrero-Marzo 1997. Considera que se trata de un caso de despido discriminatorio prohibido por la LCT en su art. 17, contrario al principio de igualdad, a la prohibición de toda discriminación, a la C.N., el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos que desde 1.994 tiene jerarquía constitucional. Cita jurisprudencia que considera aplicable. Funda el derecho en la Ley 23.592. Peticiona el pago de la reparación integral prevista para el caso por el art. 182 de la LCT., además de las propias del despido sin causa y daño moral. Sostiene que la mejor remuneración normal y habitual, base de las indemnizaciones demandadas es la de julio de 2.010 que asciende a \$7.137,71, a la que adiciona proporcional de S.A.C. y horas extras totalizando \$8.847,68. Ofrece pruebas: documental, subsidiariamente reconocimiento de firma, pericial caligráfica e informativa, confesional, testimonial, pericial contable e informática e instrumental. Solicita exhibición de documental en poder de la demandada. Hace reserva del caso federal. Peticiona se haga lugar a la demanda, con intereses y costas. A fs. 26 la parte actora cumplimenta requerimientos formulados por el Tribunal. A fs. 27 se tiene por iniciada formal demanda contra Formosa Refrescos S.A. y se fija audiencia en los términos previstos por los arts. 34 y 35 del CPL. A fs. 43 obra Acta de fecha 22/06/2012 que da cuenta de la celebración de la audiencia fijada, a la que asiste el actor: Sr. José Luis Manzur Abouaquin junto a su apoderada la Dra. Ivonne E. Olmedo, y por la parte demandada: Formosa Refrescos S.A., el Dr. Armando Juré en calidad de apoderado, conforme copia de Poder General adjuntada a fs. 30/32. Ante la falta de conciliación, la accionada contesta demanda. En el escrito agregado a fs. 39/42vta. la parte demandada, por intermedio de sus apoderados: Dres. Armando Juré y Luisa Elba Nora Armoa, ésta última conforme copia de Poder General agregada a fs. 33/36; contesta demanda, realizando una negativa general y particular de los hechos contenidos en el escrito postulatorio. Expresa que el actor ingresó a laborar en fecha 02/01/1998 como surge de la propia certificación expedida por su representada a requerimiento del Sr. Manzur en el mes de Junio de 2.010; que la pretensión del pago de la indemnización del art. 245 de la LCT., resulta inconducente pues el despido fue con causa, y que en la comunicación del distracto se indicaron suficientemente los motivos en los cuales se fundaba. Coincide con el accionante en que la causa del despido fue el uso indebido de la computadora y del correo electrónico corporativo propiedad de la empresa en su horario de trabajo y para fines ajenos a sus tareas laborales habituales, violando las políticas de la firma con respecto al uso de sus herramientas y utilizando las mismas en su propio beneficio. Manifiesta que todo el personal de la empresa, esté o no dentro del Convenio de aplicación, sabe de la prohibición del uso de elementos, maquinarias, herramientas informáticas y/o sistemas de comunicación para fines que no sean propios de sus labores habituales. Afirma que el actor, violando tal directiva, utilizó las herramientas de trabajo para uso personal, y que no puede interpretarse que los correos enviados tengan por finalidad cumplir o hacer cumplir las directivas de la empresa en relación a las funciones que se desarrollan en la misma. Sostiene que la directiva referida es de estricto cumplimiento y conocimiento de todo el personal y que la rigurosidad ante sus violaciones buscan que una organización de gran magnitud como la suya no se convierta en un desarrollo anárquico. Asevera que el Sr. Manzur tenía conocimiento de estas pautas organizativas pues en su demanda no las discute con convicción y trata de llevar su desvinculación a causas que su parte no reconoce, como la discriminación, con consideraciones que antes de la demanda jamás efectuó. Insiste en que los correos enviados por el actor son de uso personal porque no hacen al desarrollo de sus tareas ni pueden ser interpretados como de carácter gremial. Afirma que el accionante no fue despedido por el contenido de los correos sino por el uso indebido de las herramientas informáticas de la empresa. Subraya que el desempeño del accionante no se adecuó a las obligaciones de la LCT ni a las impuestas por el reglamento de la empresa, y que a la época del despido el actor tenía una importante antigüedad por lo que conocía perfectamente sus obligaciones; en consecuencia sus incumplimientos produjeron una pérdida de confianza y ocasionaron grandes inconvenientes internos y externos a la compañía, la actitud no podía ser tolerada y no consentía la prosecución de la relación (art. 242 LCT) por su exclusiva culpa y responsabilidad. Cita jurisprudencia. Sostiene que pretender encuadrar el despido en

un acto discriminatorio resulta improcedente y considera que el actor realiza una interpretación desprovista de todo sustento fáctico y legal. Señala que el Sr. Manzur Abouaquín se hallaba excluido de la aplicación de todo convenio colectivo, entendiendo que para la procedencia de la discriminación por actividad gremial se requiere que sea delegado sindical, representante gremial u ostente algún tipo de militancia, lo que entiende no fue acreditado. Niega que durante el tiempo que duró la relación, el accionante ejerciera actividad sindical, gremial o política vinculada con su prestación de servicios. Explica que en la empresa conviven dos organizaciones gremiales, la correspondiente al personal de aguas gaseosas y la de camioneros, que no existe ninguna entidad gremial o agrupación de trabajadores con representatividad sobre el personal fuera de convenio y que los sueldos, premios, adicionales, vacaciones y demás condiciones laborales se rigen por la LCT o individualmente por acuerdo de partes. Detalla que la empresa acuerda los haberes con los trabajadores excluidos del Convenio Colectivo de acuerdo a las funciones, jerarquía, etc., lo cual no impide que dichos empleados puedan reunirse con los representantes de la firma y plantear las inquietudes inherentes a la relación laboral. Indica que esto nunca aconteció y que si dichos empleados hubieran querido reunirse dentro del horario de trabajo y en la planta, no habría existido impedimento o hubieran solicitado autorización o cuanto menos anotar a las autoridades que los medios a su alcance serían utilizados para cuestiones ajenas a las actividades específicas asignadas. Entiende que no puede interpretarse el despido del Sr. Manzur Abouaquín como discriminatorio pues jamás se presentó como vocero de los trabajadores. Impugna documentales ofrecidas por la contraria y la planilla de liquidación practicada. Ofrece pruebas: documental, testimonial, pericial caligráfica subsidiaria e informativa subsidiaria. Hace reserva del caso federal. Peticiona que oportunamente se rechace la demanda, con costas. A fs. 45 y vta., obra contestación de traslado de la parte actora. A fs. 47/51 la parte actora adjunta certificación de servicios en fotocopia, siendo reservada su original en Sobre N° 193/12. A fs. 53/54, mediante Resolución del Juez de la Causa N° 103/12 se abre la causa a prueba y se fija fecha de audiencia de vista de causa. A fs. 55/58 la parte actora cumplimenta emplazamientos del Tribunal. A fs. 89/96 luce agregado Informe Pericial Contable. A fs. 105 y vta. la parte actora impugna la pericia contable. A fs. 106 no habiendo la parte demandada dado cumplimiento a la intimación de fs. 53 vta., se da por decaído el derecho dejado de usar. Asimismo, se fija audiencia de conciliación (art. 26 CPL.) a la que asisten el actor. Sr. José L. Manzur Abouaquín junto a su apoderada la Dra. Ivonne E. Olmedo, y por la demandada su apoderado el Dr. Armando Juré, tal como da cuenta el Acta de Audiencia N° 336/13 de fs. 110. A fs. 113 la parte demandada impugna la pericial contable. A fs. 121/127 el perito contador contesta las impugnaciones formuladas. A fs. 130 la parte demandada contesta el traslado de la impugnación. A fs. 140/143 la parte actora denuncia hecho nuevo. A fs. 146/147 la Subsecretaría de Trabajo remite el Expte. Adm. N° 1234 - "M" - 2011, el cual es reservado en Sobre N° 189/14. A fs. 148/149 obra contestación de traslado de la parte demandada referido al hecho nuevo denunciado por la actora a fs. 140/143. A fs. 157 y vta. obra A.I. N° 154/14 mediante el cual se rechaza el hecho nuevo planteado por el actor. A fs. 164/165 el perito contador contesta las nuevas impugnaciones formuladas. A fs. 180/181 obra A.I. N° 04/15 mediante el cual no se hace lugar a las impugnaciones formulada por la parte actora a fs. 105 y vta., y por la accionada a fs. 113 y vta., y 130 y se tiene por practicada la pericia contable. A fs. 194/198 obra Informe Pericial Informático. A fs. 202 y vta., la parte demandada impugna la pericia informática. A fs. 206/207 el perito responde a la impugnación formulada. A fs. 209 y vta., la parte demandada presenta recurso de revocatoria contra la providencia de fs. 208 por considerar que el perito contestó fuera de plazo. A fs. 212 y vta., obra A.I. N° 30/16 mediante el cual se hace lugar parcialmente al recurso de revocatoria, ordenando quede redactada la providencia de fs. 208 de la siguiente manera: "...por contestado, téngase presente las aclaraciones formuladas a fs. 206/207". A fs. 224 y vta., obra A.I. N° 229/16 mediante el cual se resuelve no hacer lugar a la impugnación incoada por la parte demandada a fs. 202 vta y se tiene por practicada la Pericia informática. A fs. 238 se fija audiencia de conciliación (art. 26 CPL.) a la que asisten el actor: Sr. José L. Manzur Abouaquín con el patrocinio letrado de la Dra. Griselda Mabel Subeldía, y por la demandada su apoderada: la Dra. Luisa Nora Armoa, quienes solicitan cuarto intermedio y nueva fecha de audiencia conciliatoria, tal como da cuenta el Acta de Audiencia N° 29/17 de fs. 244. A fs. 249 obra Acta de audiencia N° 32/17 a la que asisten el actor. Sr. José L. Manzur Abouaquín con el patrocinio de la Dra. Griselda M. Subeldía, y por la demandada su apoderada la Dra. Luisa N. Armoa, no arribando a acuerdo alguno. A fs. 250, por encontrarse vacante el cargo de un juez de esta Sala II, se ordena la integración en el Tercer voto con el Presidente de la Sala III y/o sus subrogantes legales; quedando integrado el Tribunal de la siguiente manera 1° voto: Dra. Griselda Olga García (Subrogante), 2° voto: Dra. María Claudia Soto (Subrogante) y 3° Voto: Dr. Hugo I. Del Rosso (Subrogante). A fs. 253 obra Informe de Secretaría del cual surge que el Expte N° 84/11 fue remitido a la Sala III, sin devolución hasta dicha fecha. A fs. 254 y vta., consta informe de la Actuaría sobre pruebas producidas y a producirse en la audiencia. A fs. 255/262, 263, 264 y 265/266 y 270 y vta. obran copia del Poder presentado por el representante legal de la firma demandada a fin de absolver posiciones, pliego de posiciones, pliego interrogatorio y Actas de Audiencia de Vista de Causa. A fs. 274/277vta. obra el Veredicto N° 18/17 emitido por esta Sala con lo que estos autos se hallan en estado de dictar Sentencia. A su turno, la Dra. María Claudia Soto dijo: que se adhería al relato de la causa que antecede. En este estado la Dra. Griselda García propone considerar y

votar por separado las siguientes cuestiones: a) ¿Es procedente la demanda? b) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? A la primera cuestión la Dra. Griselda García dijo: Inicia demanda laboral el Sr. José Luis Manzur Abouaquín reclamando a la firma Formosa Refrescos S.A., la suma de Pesos Cuatrocientos cincuenta y seis mil trescientos noventa y nueve con cincuenta y dos centavos (\$456.399,52) en concepto de horas extras al 50% y 100%, indemnización por despido, indemnización por falta de preaviso, integrativo mes de despido, indemnizaciones previstas en los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323 y art. 45 de la Ley 25.345 e indemnización agravada por despido discriminatorio. La empresa accionada niega adeudar suma alguna, sostiene que el despido del trabajador obedeció a justa causa, niega se trate éste de un despido discriminatorio y asegura que el reclamante no cumplió horas extras. Que así planteada la cuestión, surge de las constancias de la causa y de las pruebas detalladas en el punto 1) del Veredicto N° 18/17 recaído a fs.274/277 vta., que el Sr. José Luis Manzur Abouaquín se desempeñó en relación de dependencia con la demandada Formosa Refrescos S.A., realizando tareas de control y gestión de sus sistemas informáticos. Resultando un hecho controvertido entre las partes la fecha de inicio del vínculo, cabe señalar que en el punto 2) del Veredicto se tuvo por acreditado que el accionante ingresó a prestar servicios a favor de la firma accionada en fecha 02 de enero de 1.997. Para así decidir se tuvo en consideración la declaración testimonial de los Sres. Gustavo Federico Muracciole, Myrian Mabel Correa, Edmidio Ireneo Silva y Jorge Enrique Sibert - quienes fueron contestes y categóricos al indicar que el accionante cumplió labores en la empresa desde el año 1.997-, así como la presunción generada por la omisión de la patronal de presentar los Libros laborales que le fueran requeridos, dada por decaída a fs. 106. Los testigos Muracciole y Silva, ex - compañeros de trabajo, fueron coincidentes al declarar que Manzur Abouaquín ingresó en el año 1.997 a prestar servicios en la firma Formosa Refrescos S.A., en la cual ellos ya se desempeñaban, desde 1.996 y 1.980, respectivamente; por su parte la testigo Correa, quien refirió haber ingresado en agosto de 1.996, aseveró que el actor ingresó 4 o 5 meses después que ella. Finalmente, el testigo Sibert, manifestó haber ingresado a trabajar para la demandada antes de Semana santa del año 1.997, haber laborado allí sólo hasta noviembre o diciembre de ese mismo año y afirmó que durante dicho período fue compañero de trabajo del actor en la empresa accionada. Es necesario aclarar que la declaración del testigo Muracciole, ha sido apreciada con rigurosidad, por hallarse el mismo comprendido en las generales de la ley, manifestando tener juicio pendiente con la empresa demandada, sin embargo cabe otorgar fuerza probatoria a sus dichos al haber sido corroborados por la declaración de los demás testigos propuestos. Por imperio del principio de primacía de la realidad, la fecha de ingreso que consta en los recibos acompañados al proceso por la parte actora (reservados en Sobre N° 305/11), se ve desvirtuada por las probanzas precedentemente meritadas, perdiendo tales instrumentos toda eficacia probatoria ante la falta de presentación por la patronal de los Libros y registros laborales requeridos por el Tribunal (fs.106), lo que impide que estos sean cotejados con la documentación laboral que tiene la carga de llevar y exhibir el empleador (art. 138, 140 y 142 LCT), tornándose operativo el apercibimiento contenido en el art. 55 de la LCT. En virtud de las pruebas antes valoradas, corresponde admitir que el Sr. Manzur Abouaquín ingresó a prestar servicios a favor de la firma accionada desde el día 02 de enero de 1.997, tal como asevera en su escrito de demanda. Las partes son contestes al señalar que el actor se encontraba fuera de convenio, surgiendo de la Certificación de Servicios y remuneraciones presentada por la parte demandada (fs. 47/50) que figuraba en la registración de la empresa demandada como "analista de soporte"- punto 3) del Veredicto. Sobre tales pautas, corresponde examinar entonces los créditos reclamados. Así y en primer término cabe analizar si resultan procedentes las horas extras al 50% y 100% peticionadas. El trabajador asevera que sus jornadas se extendían de lunes a viernes de 08 a 13 hs. y de 15,30 a 19,30 hs. y los días sábados de 8 a 13 hs. y demanda el pago de una hora extra diaria al 50% y una hora extra semanal al 100%. La patronal niega adeudar horas extras pues sostiene que el trabajador prestaba servicios sólo de lunes a sábados, de 8 hs a 12 hs. Cabe aquí aclarar el error incurrido en el punto 4) del Veredicto al consignar que la parte demandada afirmaba que la jornada laboral se extendía hasta el día "viernes", por resultar del 6to párrafo del escrito de contestación de demanda obrante a fs. 39 que al contestar demanda la empleadora asevera que el débito laboral del accionante se extendía de lunes a "sábados". Examinadas las probanzas arrimadas a la causa, en el punto 4) del Veredicto se resolvió tener por no acreditado que el trabajador cumpliera labores sólo durante la mañana de 8 hs a 12 hs., como sostiene la patronal en su responde; ello por falta de pruebas al respecto. Se tomó en consideración para así decidir que la patronal demandada no probó dicho extremo, siendo ella quien tenía la carga de acreditar la media jornada que aseveró cumplida por el dependiente, por ser dicha jornada distinta a la legalmente prevista en la Ley 11.544 y sus modificatorias (B.O.03/02/47). En tal sentido se entiende que "...la ausencia de pruebas tendientes a demostrar el trabajo en media jornada importa la desestimación de la pretensión. Es el caso que si bien la misma resulta autorizada por el art. 92 ter de la L.C.T., precisamente por su excepcionalidad respecto de la jornada normal (ley 11.544) debe ser el empleador quien cargue con el peso probatorio. Y, en el sub-lite, el accionado no produjo prueba alguna dirigida a demostrar tal hecho, por lo que cabe tener por cierto el régimen de jornada completa denunciada". (conf. STJ Ctes - 03/02/2015 Sent. N° 1/2015 - "Torres, Lorenza Mercedes c/ Gines Galera Fernández s/ ind." - citado en elDial.com-AA8D1C, publicado el 04/05/2.015). En autos ha sido probado por el contrario, que el Sr. José Luis Manzur Abouaquín desempeñaba sus labores de lunes a viernes de 08 a 13 hs.

y de 15,30 a 19,30 hs y los días sábados de 8 a 13 hs; ello conforme surge de la declaración de los testigos propuestos por la parte actora Sres: Gustavo Federico Muracciole y Edmidio Ireneo Silva y de la presunción generada por la omisión de la patronal de presentar las tarjetas reloj y planillas horarias que le fueran requeridas, dada por decaída a fs. 106 - acápite 4) del Veredicto. Se tiene particularmente en cuenta que el testigo Silva, quien indicó haber sido empleado de la firma desde 1.980 a 2.013, haberse desempeñado como Supervisor de calidad y haber cobrado horas extras, afirmó que registraban su ingreso, en un principio mediante tarjetas y después mediante tarjeta electrónica con scanner. Por su parte, el testigo Muracciole señaló que el control de la asistencia y horario se hacía mediante tarjetas. Cabe reiterar, en cuanto a la fuerza probatoria de éste último testimonio que el mismo ha sido valorado exhaustivamente, por hallarse el testigo comprendido en las generales de la ley, siendo sus dichos en este caso corroborados por la declaración del Sr. Silva, también propuesto por la parte actora - punto 4) del Veredicto. En autos la patronal fue intimada a exhibir Planillas de asistencia, horarias y registros, no cumpliendo dicha intimación (dada por decaída a fs. 106); por lo que corresponde tener en cuenta también la presunción generada por dicha omisión pues en virtud de lo normado por el art. 6 de la Ley 11.544, de manera coincidente con el art. 8 del Convenio 1 de la OIT ratificado por nuestro país, se impone al empleador el deber de inscribir en un registro todas las horas suplementarias de trabajo efectivamente realizadas. En este sentido han señalado los tribunales nacionales que "...lo que prescribe el art. 6 de la Ley 11.544 es que cuando se cumple regularmente el trabajo suplementario, el empleador debe llevar un registro de las horas trabajadas en sobretiempo. Su no exhibición puede generar una presunción en su contra y la admisión de una estimación razonable del trabajador del tiempo trabajado en esas condiciones" (conf. Sala VIII, 15-08-2.003 Gorin Andrea c. Ximus S.A. y otro" citado por Grisolí Derecho del Trabajo T I p. 788 Ed. 2.007. Consecuentemente, corresponde tener por acreditado que el accionante cumplió tareas de lunes a viernes de 08 a 13 hs. y de 15,30 a 19,30 hs y los días sábados de 8 a 13 hs, como sostiene en su demanda. Cabe poner de relieve que de conformidad a lo normado por el art. 1 de la Ley 11.544, el Dec. Reglamentario 16.115/33, la Ley 18.204 y el art. 197 LCT hay trabajo extraordinario cuando son excedidas las 48 horas semanales en total o las 09 horas diarias. En este sentido se entiende que "...la ley 11.544 y su decreto reglamentario 16.115/33 fijan el límite máximo diario de la jornada en 8 horas y el semanal en 48 horas. La normativa admite una distribución desigual de las 48 horas semanales siempre que no se exceda del tope diario de 9 horas, caso contrario el excedente podría considerarse como horas suplementarias (horas extras). En este aspecto debemos señalar que la limitación diaria es secundaria y no del todo estricta, lo que debe tenerse en cuenta, principalmente, es el límite de la duración semanal, es decir las 48 horas" (conf. Gabet, Emiliano A., Jornada de trabajo DT 2013 abril, 865 Cita Online: AR/DOC/1214/2013.) Teniendo en cuenta que el Sr. Manzur Abouaquin trabajaba de lunes a viernes 09 horas diarias y los sábados 05 horas, que representan éstas 50 horas semanales, cabe concluir se evidencia un exceso de 02 horas extras a la semana (50 - 48), que multiplicadas por cuatro semanas del mes, importan un total de 08 horas mensuales extraordinarias. Es menester señalar además que si bien el actor afirma haber sido Jefe del área de informática (fs. 07 2do párrafo de la demanda), no ha sido invocado ni acreditado en autos que el Sr. Manzur Abouaquin se encontrara exceptuado del régimen de jornada legal antes mencionado (arts. 1 de la Ley 11.544), no habiendo sido probado - punto 5) del Veredicto - que fuera director ni gerente, que tuviera personal a cargo, ejerciera tareas de supervisión ni que se encontrara en un nivel de conducción compatible con la excepción contenida en el art. 3 de Ley 11.544 (ref. por Ley 26.597). No modifica tal conclusión la circunstancia que el Sr. Manzur Abouaquin no estuviera convenionado pues, salvo aquellos empleados fuera de convenio que se encuentran dentro de las excepciones previstas en el art. 3 de la Ley 11.544 por ser directores o gerentes o trabajar por equipos, los restantes dependientes fuera de convenio no se encuentran exceptuados del régimen de jornada legal. Señala De Diego, Julián (Régimen de horas extraordinarias para los mandos medios. Reforma de la ley 26.597 La Ley 2.010-F, 625 cita on line AR/DOC/55212/2010) que dentro de las categorías no exceptuadas del régimen de la jornada se encuentran "los trabajadores fuera de convenio, ya sea los no incluidos o los excluidos como los no comprendidos, por ocupar funciones que por alguna designación, era superior en nivel o jerarquía a los trabajadores convencionales o sindicalizados". Teniendo en consideración que el Sr. Manzur Abouaquin reclama el pago de horas extras al 50% y 100% y que el art. 201 de la LCT dispone que el empleador debe abonar al trabajador que presta servicios en exceso de la jornada máxima determinada en la ley 11.544 o en el convenio colectivo aplicable un recargo del 50% calculado sobre el salario habitual si se trata de días comunes y del 100% en días sábados después de las 13 horas; corresponde admitir a favor del accionante 08 horas extras mensuales al 50% en el período reclamado que se extiende entre el mes de noviembre de 2.008 y diciembre de 2.010. Debiendo desestimarse el reclamo de horas extras al 100%, en mérito a las jornadas efectivamente cumplidas y las consideraciones que anteceden. Tomando en cuenta los montos mensualmente percibidos por el trabajador en el período reclamado que surgen de los recibos de haberes acompañados por el accionante (Sobre N°305/11) así como los haberes liquidados al Sr. Manzur Abouaquin en la Certificación de Servicios y remuneraciones presentada por la parte demandada (agregada a fs. 47/50), particularmente en los meses de septiembre/10, octubre/10, noviembre/10 y diciembre/10, períodos éstos respecto de los cuales no han sido acompañados recibos; considerando además que surge de los mencionados recibos

de haberes que el trabajador gozó de 7 días de licencia por vacaciones en febrero/2.009, 7 días en abril/2.009 y de 01 día en junio/2.010 y teniendo presente además el valor hora determinado sobre tales parámetros para cada período en el Dictamen Pericial Contable practicado a fs. 89/94 y 122/124; corresponde reconocer a favor del accionante en concepto de horas extras al 50% desde noviembre/2.008 a diciembre/2.010 la suma de \$ 8.438,18, conforme surge de los cálculos practicados en la planilla anexa a la presente sentencia. El accionante reclama también indemnización por antigüedad. En el punto 9) del Veredicto se tuvo por acreditado que el contrato de trabajo existente entre el Sr. José Luis Manzur Abouaquin y la firma Formosa Refrescos S.A. concluyó por despido directo resuelto por la patronal, fundado en el indebido uso del correo corporativo y comunicado mediante intervención de notario. Debe subsanarse aquí el error contenido en el Veredicto en cuanto al año de egreso, por no resultar un hecho controvertido entre las partes que éste acaeció el 20-12-2.010 (conf. planilla practicada por el actor a fs. 01 y 3er párrafo de fs. 03 vta del escrito de demanda y 9vno párrafo de fs. 39 de su contestación). Se tiene en consideración que, sin perjuicio de no haber acompañado a la causa el instrumento conteniendo dicha notificación, de los términos de la demanda y de su contestación obrante a fs. 39/42 vta resulta que no es un hecho controvertido entre las partes ni la fecha del distracto ni la causal invocada por la patronal, aún cuando el accionante niegue que constituya ésta justa causa de despido. Se tuvo en cuenta también que, si bien en el intercambio epistolar entre las partes - detallado en los acápites 6), 7) y 8) - el trabajador desconoce haber sido notificado de su despido mediante la mencionada escritura, ha admitido en demanda, en forma expresa, haber tomado conocimiento del despido resuelto por la patronal fundado en el uso indebido del correo corporativo, afirmando haber solicitado a la escribanía copia de la escritura, sostuvo también conocer las causales alegadas (fs. 03 vta último párrafo, fs. 04 primer párrafo, fs 05 ante último párrafo) y ha efectuado además idéntica admisión en las actuaciones obrantes en el Expte N° 1.234 - M - 2.011 caratulado: "Muracciole, Gustavo Federico y otro s/solicitud intimación a Formosa Refresco S.A." tramitado por ante la Subsecretaría de Trabajo, Justicia y Culto dependiente del Ministerio de Gobierno, Justicia y Trabajo de la Provincia de Formosa que obra reservado en Sobre N° 189/14 - punto 9) del Veredicto. Corresponde entonces examinar si la causal en la cual se funda la disolución del contrato ha sido acreditada y en su caso, si reúne los recaudos legales previstos por la normativa del trabajo para considerar que el despido ha sido resuelto con justa causa (arts. 242 y 245 LCT). A tal fin cabe recordar citando a Etala, Carlos Alberto (Contrato de Trabajo Ley 20.744 comentada p. 206 Ed. Astrea), que el ordenamiento jurídico otorga al empleador la potestad de corregir los incumplimientos contractuales y las faltas cometidas por el trabajador a través de sanciones previstas por la ley o creadas por el derecho consuetudinario con efectos sobre el contrato de trabajo (arts. 67 y 68 LCT). Señala el mencionado autor que en el derecho disciplinario laboral las conductas antijurídicas en que pudiese incurrir el trabajador no se encuentran tipificadas con el rigor o precisión como lo están en el derecho penal. Los presupuestos de hecho necesarios para la justificación de la sanción aplicada por el empleador deben consistir en faltas o incumplimientos a los deberes de cumplimiento o de conducta que la ley impone al trabajador (deberes de diligencia, fidelidad, obediencia entre otros). Distingue el mencionado autor distintos tipos de sanciones entre las que el despido es la de máxima gravedad dado que se trata de una medida expulsiva de la comunidad empresaria que lo priva del empleo. Y señala como requisitos para la legitimidad del ejercicio de la potestad disciplinaria del empleador los recaudos de: a) juridicidad, b) proporcionalidad, c) razonabilidad, d) oportunidad o contemporaneidad, e) notificación por escrito y f) no duplicación de sanciones. De las probanzas arrimadas a autos resulta acreditado que el actor, utilizando el correo corporativo, remitió a los Sres: Velazco Ricardo (AFSA); Zanin Orlando (AFSA); Muracciole Gustavo (AFSA); Vazquez Rey Daniel (AFSA); Gomez Adrian (FSA); Castaneda Gustavo (Afsa); Paz Saravia Diego (AFSA); Roman Sergio (AFSA); Scali Victor (afsa); Canalis Diego (ACTE); Dasso Jose (AFSA); Rojas Jose (AFSA); Saracho Luis (AFSA); Morello Juan (AFSA); Duarte Vicente Cesar (AFSA); Palma Luis (FSA); Gaetani Cesar (FSA); Arce Emilio (FSA); Gómez Estanislao (FSA); Vidal Jose (ACTE); Baez Juan (AFSA); Ruiz Diaz Sergio (AFSA); Aranda Guillermo (AFSA), en fecha 06-12-2.010 a las 18.53 hs, un e-mail: "asunto: RE: equidad salarial" adjuntando modificaciones a la redacción de un petitorio dirigido al Gerente de Capital Humano de Formosa Refrescos S.A. Lic. Rolando Rodriguez requiriendo mejoras en las condiciones de labor para el personal fuera de convenio, incluyendo dentro de tales requerimientos: mejoras salariales, determinación de premios, horas extras, presentismo, título, descansos compensatorios, obra social y viáticos; ello conforme surge de términos de demanda, de su contestación obrante a fs. 39/42vta., de la documental acompañada por la parte actora reservada en Sobre N° 305/11 y de la declaración de los testigos propuestos por la parte actora Sres: Gustavo Federico Muracciole y Edmidio Ireneo Silva - acápite 10) del Veredicto. Resultando de tales pruebas acreditado el uso del correo corporativo por parte del Sr. Manzur Abouaquin para una cuestión ajena a las tareas encomendadas por su empleador. Siendo el correo electrónico corporativo una herramienta de trabajo, las cuestiones relacionadas con su uso deben ser analizadas conforme a los derechos y deberes de las partes (art. 62 LCT), al principio de buena fe (art. 63 LCT) y a la facultad del empleador de realizar controles destinados a la protección de los bienes de la empresa (arts. 37, 70 y 84 LCT). Es menester tener en cuenta además que en el caso de autos no ha sido acreditado que el trabajador, al utilizar el correo electrónico corporativo de la empresa, violara políticas

de ésta respecto de su uso; ello por falta de pruebas al respecto y en la medida que no han sido acreditadas directivas relativas a la utilización de tales elementos de trabajo- acápite 11) del Veredicto. Se toma en consideración que en la Pericia informática producida a fs. 194/197 y fs. 206/207 el Perito interviniente hace saber que habiendo requerido información respecto de la política interna de la compañía en relación al uso de los correos corporativos le fue comunicado que era de acceso restringido a los usuarios habilitados por lo que no fue puesta a su disposición (punto 8 del mencionado Dictamen Pericial. Por otra parte los testigos: Gustavo Federico Muracciole y Edmidio Irene Silva fueron coincidentes y categóricos al declarar que no estaba reglamentado el uso del correo corporativo - punto 11) del Veredicto. Entiende la doctrina, con fundamentos que se comparten que "... es preciso tener en cuenta que por más que el trabajador - efectivamente notificado de la política empresarial sobre el correo electrónico - haga uso indebido del mismo, este hecho por sí solo no constituiría causal de despido. Ello así como consecuencia de la aplicación de los principios imperantes en materia disciplinaria laboral (principios de contemporaneidad, proporcionalidad, gradualismo, non bis in idem, razonabilidad y derecho de defensa). El principio de proporcionalidad impone la necesidad de una armónica relación entre la importancia y gravedad de la falta o incumplimiento y la naturaleza y extensión de la sanción a aplicar por parte del empleador" (Cfr. De Diego, Julián Arturo, "Manual de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social - Ed. Abeledo Perrot - Tercera Edición actualizada abril 1999). Así, se ha dicho jurisprudencialmente que ante "...la ausencia de sanciones previas, es evidente la falta de proporcionalidad entre la sanción aplicada y la falta cometida, correspondiendo en este supuesto la suspensión del trabajador por causas disciplinarias en virtud de la prohibición expresa de la empresa en cuanto a la conducta asumida por aquél..." (Cfr. CNTrab., sala I, 2003/04/10 - Uhrin, Jorge A. c. Bayer Argentina S.A. - La Ley, 2003-E, 391). En esa dirección se afirmó que: "...El uso por el trabajador del correo electrónico que le proveyó el empleador, efectuado para fines personales, no configura injuria de tal magnitud que justifique el despido en los términos del art. 242 de la ley de contrato de trabajo 20.744 (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), si no tenía antecedentes disciplinarios ni existía reglamento alguno sobre el uso de las herramientas laborales..." (Cfr. CNTrab., Sala X, 2003/11/17 - Villaruel, Roxana I. c. Vestiditos S.A - La Ley, 2004-C, 455 - citado en Sartini, Marcela Susana - La utilización del correo electrónico en el ámbito laboral - Publicado en: Sup. Act. 25/11/2010, 25/11/2010, 1 - Cita Online: AR/DOC/7474/2010 - Thomson Reuters, pág. 5). Señala también la jurisprudencia nacional que "...si la empresa no dictó ninguna norma, escrita o verbal, sobre el uso que debían hacer los empleados del correo electrónico, con el agravante de que procedió a despedir al trabajador en forma directa, sin hacerle ninguna advertencia sobre el uso particular del correo electrónico, el despido no se ajusta a derecho (Conf. CNAT Sala VII 27-03-2.003 Pereyra Leandro c. Servicios de Almacén Fiscal Zona Franca y Mandatos S.A.). Cabe tener en cuenta que "...si bien el empleador goza de la facultad de imponer sanciones disciplinarias al trabajador desobediente o incumplidor -artículo 67, LCT-, dicha potestad no debe ser utilizada abusivamente como alternativa válida de despido ya que la patronal cuenta con un amplio abanico de medidas sancionatorias tendientes a reprender las conductas indebidas de sus trabajadores. En el caso, resulta injustificado el despido del trabajador dispuesto por el uso del correo electrónico y el servicio de Internet de la empresa con fines personales" (CNAT, sala X, "Giménez, Victoria c/ Crear Sistemas SA s/ Despido", Jurisprudencia de Derecho Laboral, RC J 2662/06 - citado en Revista de Derecho Laboral, Extinción del contrato de trabajo - IV, pág. 347, Rubinzal Culzoni Editores, 2.011). Para que el despido tenga justa causa (art. 242 LCT) debe existir una inobservancia a alguna de las obligaciones de las partes que por su gravedad tornen imposible la continuidad del vínculo. El comportamiento injurioso tiene que ser contractualmente ilícito, objetivamente grave e impedir la prosecución de la relación de trabajo. A fin de merituar la gravedad del ilícito contractual debe valorarse la magnitud del incumplimiento del trabajador, sus antecedentes, si la falta cometida ha sido reiterada, y tener cuenta además la antigüedad del dependiente. Tomando en cuenta tales parámetros, resultando de las pruebas antes detalladas que el correo remitido por el dependiente contenía el borrador de un petitorio que presentaría el personal fuera de convenio con el objeto de requerir mejoras laborales, que no puede extraerse del mismo daño alguno a la patronal; teniendo en consideración además que el dependiente no fue advertido sobre las modalidades de usos de las herramientas informáticas de la empresa ni sobre las consecuencias de su inobservancia (art. 62 de la LCT); y que no ha sido invocado ni acreditado que el actor, quien contaba a la fecha del despido con 12 años y 11 meses de antigüedad, hubiese sido sancionado con anterioridad por similar falta; cabe concluir que el despido resuelto por la patronal no reúne los recaudos legales necesarios para ser enmarcado en los términos del art. 242 de la Ley de Contrato de Trabajo. Deviene admisible entonces la indemnización por despido pretendida por el accionante, correspondiendo reconocer al trabajador el derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 245 de la LCT. Teniendo en consideración que de la Certificación de Servicios y remuneraciones presentada por la parte demandada (agregada a fs. 47/50) y del Dictamen Pericial Contable obrante a fs.89/94 y 122/124 resulta que la mejor remuneración normal y habitual corresponde al mes de Noviembre/2.010 y asciende a \$ 7.910, que calculada la incidencia de S.A.C. (Fallos Nº 653/96, 1.563/02, entre otros S.T.J.) equivale a la suma de \$ 659,16 y adicionadas las horas extras mensuales al 50% reconocidas a favor del trabajador que ascienden a \$ 474,64; corresponde determinar como base de cálculo de cálculo la suma de \$ 9.043,80. Por tanto, teniendo en cuenta que el accionante tenía a la fecha

del distracto una antigüedad de 12 años y 11 meses - punto 1) y 9) del Veredicto, se impone admitir en concepto de indemnización por antigüedad la suma de \$ 117.569,40. Reclama también el trabajador la indemnización por falta de preaviso establecida para supuestos como el de autos de ruptura del vínculo sin previo aviso. El art. 231 de la LCT establece que el contrato de trabajo no puede ser disuelto por voluntad de una de las partes sin previo aviso o en su defecto una indemnización. El accionante debió ser preavisado con dos meses de anticipación dada su antigüedad, por lo que cabe reconocer al Sr. Manzur Abouaquín el derecho a percibir la indemnización prevista en el art. 232 de la LCT, resultando procedente el monto de \$ 16.769,28. Demanda además el dependiente el integrativo del mes de despido. De las probanzas analizadas precedentemente surge acreditado que el contrato de trabajo se extinguió sin justa causa en fecha 20 de diciembre de 2.010 y que el empleado no fue preavisado en los términos previstos por los arts. 231 y 233 de la LCT. Las normas mencionadas imponen al empleador que extingue el contrato y omite otorgar el preaviso en fecha que no coincida con el último día del mes, además de la indemnización prevista en el art. 232 de la LCT, la obligación de abonar una indemnización sustitutiva integrada con una suma igual a los salarios de los días faltantes hasta el último día del mes en que ocurrió el despido. De conformidad a la remuneración que le correspondía al trabajador y la fecha del distracto corresponde reconocer en tal concepto la suma de \$ 2.975,17; conforme cálculo que se practica en la planilla que integra la presente sentencia. Pretende el trabajador la indemnización prevista en el art. 1 de la Ley 25.323. Cabe indicar que la norma determina una sanción consistente en la duplicación de la indemnización por antigüedad que resulta aplicable cuando al momento del despido la relación laboral no estuviera registrada o lo estuviera de un modo deficiente. La registración defectuosa debe entenderse en relación a los supuestos previstos por los arts. 9 y 10 de la Ley 24.013, esto es, la consignación de una fecha de ingreso posterior a la real (art. 9) o una remuneración inferior a la efectivamente percibida por el trabajador (art. 10), pues el objetivo de la norma ha sido el registro de las relaciones de trabajo. De los hechos tenidos por acreditados en la causa surge probado que el accionante se encontraba incorrectamente registrado, con una fecha de ingreso posterior a la probada en autos, por lo que corresponde su reconocimiento por la suma de \$ 117.569,40. En cuanto a la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 que reclama el trabajador, cabe indicar que la norma establece una sanción especial frente a la actitud del empleador una vez terminada la relación laboral. El objetivo perseguido es compeler a la patronal a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La norma exige la intimación fehaciente por escrito por parte del trabajador. En el presente caso tal recaudo fue cumplido con la intimación contenida en el Telegrama Ley 23.789 N° CD ... de fecha 03/02/2.011 - punto 8) del Veredicto, por lo que se impone admitir la indemnización reclamada y reconocer un 50% sobre las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y 245 de la LCT, totalizando la suma de \$ 68.656,92. Forma parte del reclamo del Sr. Manzur Abouaquín la indemnización del art. 45 de la Ley 25.345. El art. 80 de la LCT establece la obligación del empleador de entregar al trabajador un certificado de trabajo al extinguirse por cualquier causa el contrato laboral. El art. 45 de la Ley 25.345 agregó un párrafo al art. 80 de la LCT, estableciendo que la inobservancia del deber de entregar al trabajador los certificados será sancionada con una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por éste durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si fuere menor. La procedencia de esta indemnización queda supeditada a que el trabajador intime de modo fehaciente la entrega de dicho certificado. Dado que en el caso de autos tal exigencia no fue cumplida, pues el trabajador no acreditó haber realizado la intimación en la forma dispuesta por la normativa precedentemente señalada, corresponde rechazar la indemnización pretendida. Petición del accionante se condene además a la patronal a abonar una indemnización por despido discriminatorio. Considera que el despido resuelto por la patronal fue consecuencia del reclamo de mejoras laborales. Explica que por tratarse de empleados fuera de convenio, huérfanos de sindicato, la única posibilidad para la defensa de sus derechos fue la convocatoria realizada. Entiende que la empleadora logró su objetivo de amedrentar al resto del personal pues luego de su despido y el del Sr. Gustavo Muracciole quedó congelado el reclamo colectivo. Califica el despido de discriminatorio, antisindical y contrario a la Ley 23.592, violatorio del principio de igualdad, la prohibición de toda discriminación, la C.N., el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los instrumentos que desde 1.994 tiene jerarquía constitucional. Petición por ello el pago de la reparación integral prevista para el caso por el art. 182 de la LCT., además de daño moral. La patronal demandada sostiene que el accionante no fue despedido por el contenido de los correos sino por el uso indebido de las herramientas informáticas de la empresa. Niega que durante el tiempo que duró la relación el accionante ejerciera actividad sindical, gremial o política vinculada con su prestación de servicios, lo cual entiende constituye recaudo para la procedencia de discriminación por actividad gremial. Considera no puede interpretarse el despido como discriminatorio al no haberse presentado jamás el actor como vocero de los demás trabajadores. Que así planteada la cuestión, cabe señalar que la Ley 23.592, sancionatoria de actos discriminatorios que impidan el pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional, autoriza a establecer una reparación moral y material fuera de la tarifa del art. 245 de la LCT, en aquellos supuestos en los cuales la patronal asume conductas reprobadas por el ordenamiento constitucional. Entiende la jurisprudencia nacional que en tales casos: "... el trabajador tiene la carga de aportar indicios razonables de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental, con

suficiencia para superar un umbral mínimo que torne verosímil su versión...que permitan presumir la discriminación alegada." (conf. CNAT, Sala IX 19/04/2.007 Domínguez, Marta c/Sipas Nacional S.A. y otro s/acción amparo cita Online MJ-JU-M-35508 AR/MJ35508. En idéntico sentido CNAT, Sala V 14/06/2.006 Parra Vera, Máxima c. Timoteo S.A. s/acción de amparo citado en Revista de Derecho laboral Rubinzal Culzoni Tomo 2.009-1 p. 210). Resulta de los términos de demanda y de las declaraciones testimoniales de los Sres. Gustavo Federico Muracciole y Edmidio Ireneo Silva, propuestos por la parte actora, que el accionante no fue el único personal que envió el e-mail, que la mayoría de los empleados fuera de convenio suscribieron el petitorio y que el reclamo escrito fue, en definitiva, presentado al Gerente regional de la empresa. En este sentido afirma el actor en su demanda que no fue el único empleado que remitió ese correo, que la convocatoria de los empleados jerárquicos por mejoras laborales fue abierta, transparente y legítima, que la comunicación fue fluida de éstos entre sí, incluidos los de otras plantas de la misma empresa y asevera además que sólo dos de los aproximados diez empleados jerárquicos fueron despedidos (6to y 7mo párrafo de fs. 04 del escrito de demanda). El testigo Gustavo Federico Muracciole, propuesto por la parte actora, quien declaró haberse desempeñado como Jefe de Producción y hallarse comprendido en las generales de la ley por tener juicio pendiente con la parte demandada derivado de su despido ocurrido el 20-12-2.010, declaró que antes del año 2.010 nunca se había realizado un reclamo por escrito por parte de los empleados fuera de convenio, los cuales eran veintitrés (23) dentro de la empresa; refirió también que hicieron varias reuniones y que se pusieron de acuerdo en presentar un petitorio, que hablaron del petitorio con el Jefe de Planta: Sr. Cabrera, que firmaron dicho requerimiento diecisiete (17) de los veintitrés (23) empleados fuera de convenio y que entregaron el reclamo al Gerente regional y que luego de ello, Manzur y él fueron despedidos - acápite 10) del Veredicto. Por su parte el testigo Edmidio Ireneo Silva, también ofrecido por la parte accionante, quien se desempeñó como Supervisor de calidad en la empresa demandada hasta el año 2.013, expresó que la fábrica tiene sesenta (60) personas en planta, quince (15) o más empleados administrativos, alrededor de cien (100) empleados en logística y que "como 20" eran empleados fuera de convenio; indicó asimismo que los empleados fuera de convenio presentaron en diciembre de 2.010 un petitorio, no para enfrentarse con la empresa sino para efectuar un reclamo dado que sus haberes estaban equiparados "a los de un maestranza dentro de convenio" - punto 10) del Veredicto. Si bien el testigo Muracciole declaró que a su entender el despido tuvo como finalidad dar ejemplo que no había que reclamar y que el testigo Silva manifestó que después de los despidos de Muracciole y Silva por miedo no reclamaron más - acápite 10) del Veredicto; resulta preciso señalar que tanto los mencionados testigos como el accionante fueron coincidentes al indicar que la mayoría de los empleados fuera de convenio firmó el petitorio, siendo contundente el actor al aseverar que él no fue el único empleado que envió el correo electrónico en cuestión. Debe tomarse en consideración por otra parte que no ha sido invocado en demanda ni surge de las constancias de la causa que la empresa demandada considerara al actor un referente del grupo de trabajadores fuera de convenio o que el Sr. Manzur Abouaquín se encontrara entre quienes más impulsaran el reclamo. Reclamo que además, cabe señalar fue suscripto por la mayor parte del personal fuera de convenio y presentado a la Gerencia de la empresa demandada. En este marco, no resulta posible concluir que fuera la naturaleza del contenido del borrador enviado a través del correo corporativo la desencadenante del despido del Sr. Manzur Abouaquín pues si no fue el actor el único que envió el correo, si la mayoría del personal fuera de convenio suscribió el petitorio y no fue despedida, si el accionante no era un activista ni fue un referente del grupo fuera de convenio no cabe presumir que su despido fuera una represalia por su actividad gremial ni puede entenderse constituya una actitud discriminatoria de la patronal a su respecto. Se tiene en cuenta además que tampoco ha sido acreditada la causa del despido del Sr. Muracciole, compañero de trabajo del actor, respecto de quien asevera el demandante fue despedido juntamente con él y por idéntica causa - extremo éste expresamente negado por la parte demandada a fs. 39 vta-; no habiendo sido traído al proceso el Expte N° 191/11 caratulado: "Muracciole, Gustavo Federico c/ Formosa Refrescos S.A en trámite por ante la Sala III de este Tribunal del Trabajo, ofrecido como prueba instrumental por el accionante (ver informe de la Actuaría fs. 253/254). Cabe concluir entonces, que en atención a las circunstancias de hecho puestas de relieve precedentemente no se encuentran reunidos en el presente caso indicios suficientes que permitan considerar configurada la discriminación alegada; debiendo en consecuencia desestimarse el reclamo indemnizatorio con tal sustento planteado. De conformidad a lo explicitado precedentemente y por no ajustarse a las pautas legales aplicables, se ha prescindido en los rubros antes detallados de las cifras liquidadas por la parte accionante, en orden a lo expresamente previsto en el art. 67 de la Ley 639. En cuanto a las costas del proceso, de conformidad a lo dispuesto por los arts. 21 de la Ley 639 y 71 del C.P.C.C., corresponde fijar las mismas con un criterio jurídico y no puramente aritmético, debiendo tenerse en cuenta además de los montos por los que prospera la demanda, los planteos contenidos en ella y los argumentos de la defensa, los hechos acreditados, la forma en que se resolvió el juicio y que la parte accionante se vio obligada a demandar para obtener el reconocimiento del derecho admitido en el presente pronunciamiento. El art. 71 del C.P.C.C. dispone que si el resultado del pleito fuese parcialmente favorable a ambos litigantes, las costas se compensarán o se distribuirán prudencialmente por el juez en proporción al éxito obtenido por cada uno de ellos. Se entiende en éste sentido que: "...el éxito no siempre es conceptual (rubros

reclamados ganados o perdidos) o numérico (cuantificación económica de los rubros) pues sucede a menudo que existe una mixtura de ambos, verbigracia, un rubro o ítems reclamado resulta conceptualmente importante pero de poca cuantificación económica y viceversa..." (conf. Las costas en el proceso laboral - Vitantonio LLLitoral 2012, 257 DT 2012, junio, 1457 online). Por tanto, las costas deberán ser soportadas por la parte actora en un 10% y en un 90% a cargo de la empresa demandada en autos. ASI DOY MI VOTO. A su turno la Dra. María Claudia Soto dijo: Compartiendo los fundamentos expuestos en su voto por la Sra. Juez preopinante, me adhiero al mismo en todas sus partes. A la segunda cuestión la Dra. García dijo: Para el caso de compartirse mi opinión propongo se dicte el presente pronunciamiento: I) Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por el Sr. José Luis Manzur Abouaquin contra la firma demandada: Formosa Refrescos S.A. en orden a las razones de hecho y de derecho señaladas precedentemente y en su mérito condenar a la misma a abonar al primero la suma de Pesos Trescientos treinta y un mil novecientos setenta y ocho con treinta y cinco ctvs. (\$331.978,35) por los siguientes conceptos: 1) horas extras al 50%: \$ 8.438,18; 2) indemnización por antigüedad: \$117.569,40; 3) preaviso \$16.769,28; 4) integrativo: \$ 2.975,17; 5) indemnización art. 1 Ley 25.323: \$117.569,40 y 6) indemnización art. 2 Ley 25.323: \$68.656,92. II) No hacer lugar al reclamo de 1) horas extras al 100%, 2) art. 80 LCT y 3) indemnización por despido discriminatorio; en mérito a los argumentos dados. III) Sobre los créditos estimados procedentes deberá aplicarse desde que estos fueron debidos y hasta el momento del efectivo pago la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos. Por las fracciones del período mensual que se halla en curso al momento de practicarse planilla se aplicará el promedio del mes anterior (art.768 C.C.y C. y Acuerdo Plenario Tribunal del Trabajo del 19-06-02). IV) Las costas deberán ser soportadas en un 10% por la parte actora y en un 90% por la firma demandada (art. 21 Ley 639). V) Oportunamente, vuelvan autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes (art. 56 y cctes Ley 512). VI) Por Secretaría y Departamento Contable deberá practicarse planilla de liquidación en el marco del art. 69 de la ley de rito. VII) Disponer que la suma de la condena deberá ser depositada en el Banco de Formosa en el plazo de diez (10) días de notificada la presente resolución a la orden de esta Sala y como perteneciente a la presente causa. VIII) Por Secretaría notifíquese a AFIP, ANSES e IPS la presente sentencia a los efectos legales pertinentes (art. 12 Ley 639 y Ley 25.345). ASI DOY MI VOTO. A su turno la Dra. María Claudia Soto dijo: Compartiendo los fundamentos expuestos en su voto por la Sra. Juez preopinante, me adhiero al mismo en todas sus partes. Por ello y con el voto coincidente de las Sres. Jueces Dres. Griselda Olga Garcia y María Claudia Soto, y sin que emita su voto el Dr. Hugo I. Del Rosso - Jueces subrogantes-, por haberse alcanzado la mayoría legal (art. 38 de la Ley 521 y sus modificatorias), la Sala Segunda del Excmo. Tribunal del Trabajo SENTENCIA I) Hacer lugar parcialmente a la demanda promovida por el Sr. José Luis Manzur Abouaquin contra la firma demandada: Formosa Refrescos S.A. en orden a las razones de hecho y de derecho señaladas precedentemente y en su mérito condenar a la misma a abonar al primero la suma de Pesos Trescientos treinta y un mil novecientos setenta y ocho con treinta y cinco ctvs. (\$331.978,35) por los siguientes conceptos: 1) horas extras al 50%: \$ 8.438,18; 2) indemnización por antigüedad: \$117.569,40; 3) preaviso \$16.769,28; 4) integrativo: \$ 2.975,17; 5) indemnización art. 1 Ley 25.323: \$117.569,40 y 6) indemnización art. 2 Ley 25.323: \$68.656,92. II) No hacer lugar al reclamo de 1) horas extras al 100%, 2) art. 80 LCT y 3) indemnización por despido discriminatorio; en mérito a los argumentos dados. III) Sobre los créditos estimados procedentes deberá aplicarse desde que estos fueron debidos y hasta el momento del efectivo pago la tasa de interés que resulte del promedio mensual de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos. Por las fracciones del período mensual que se halla en curso al momento de practicarse planilla se aplicará el promedio del mes anterior (art.768 C.C.y C. y Acuerdo Plenario Tribunal del Trabajo del 19-06-02). IV) Las costas deberán ser soportadas en un 10% por la parte actora y en un 90% por la firma demandada (art. 21 Ley 639). V) Oportunamente, vuelvan autos al Acuerdo para la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes (art. 56 y cctes Ley 512). VI) Por Secretaría y Departamento Contable deberá practicarse planilla de liquidación en el marco del art. 69 de la ley de rito. VII) Disponer que la suma de la condena deberá ser depositada en el Banco de Formosa en el plazo de diez (10) días de notificada la presente resolución a la orden de esta Sala y como perteneciente a la presente causa. VIII) Por Secretaría notifíquese a AFIP, ANSES e IPS la presente sentencia a los efectos legales pertinentes (art. 12 Ley 639 y Ley 25.345). REGISTRESE. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE O POR CEDULA A LAS PARTES, A LA AFIP, ANSES e I.P.S. OPORTUNAMENTE ARCHIVASE.- DRA. GRISELDA O. GARCIA JUEZ SUBROGANTE DRA. MARIA CLAUDIA SOTO JUEZ SUBROGANTE DR .HUGO I. DEL ROSSO JUEZ SUBROGANTE ANTE MI: ROSANA PALMEROLA DE PORTILLO SECRETARIA 024471E