000073/2012

Comodoro Rivadavia, de abril de 2012.-

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados **"P., A. G. c/ N. S.R.L. s/ SUMARISIMO", Expte. N° 73/2012**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral N° 2 (Expte. N° 19/2012), por haber interpuesto la parte actora, a fs.238/240 vta., recurso de reposición con apelación en subsidio contra la resolución de fs.236 y vta., rechazado el primero, es concedida la apelación subsidiaria a fs.241.

I.- Que se agravia la parte actora por cuanto la Sra. Juez de la instancia de grado ha dispuesto rechazar el pedido de medida cautelar de no innovar por ella solicitada, tendiente a mantener sus condiciones de trabajo, incluidos el salario, el que se vió afectado con motivo del cambio injustificado de lugar de trabajo, no dándose el supuesto de medida cautelar general para el establecimiento o sección.

Se agravia de la resolución de la a quo por cuanto entiende que el salario es un elemento esencial del contrato de trabajo inmodificable, siendo lo que se ha venido a afectar en el caso de autos, al modificarse su lugar de trabajo injustificadamente.

Afirma que la medida intentada no tiene como único objeto uno contrario a la norma del art. 66 de la LCT ni se refiere sólo al el restablecimiento salarial sino también al pago de las sumas de dinero que no fueran percibidas por el actor en los meses pasados y en los que vayan a concretarse hasta tanto se haga efectiva la cautelar pedida, por ende, afirma, no litiga por haberes adeudados sino para recomponer las condiciones salariales del actor. Sostiene que la pretensión posee naturaleza compuesta desde que reclama haberes impagos como consecuencia de la modificación

unilateral, injustificada y abusiva de parte del empleador y el restablecimiento de las condiciones de trabajo, condiciones patrimoniales.

Se explaya el recurrente sobre el perjuicio causado, en atención a la naturaleza alimentaria de la remuneración, como lo ha afectado en su vida personal y familiar, demostrando desprecio por los derechos laborales y humanos y llegando a tener que pedir licencia psiquiátrica, atento sus afecciones espirituales. Por ello solicita se haga lugar a la medida cautelar solicitada y subsidiariamente se haga lugar en forma parcial, ordenando se restablezcan las condiciones de trabajo –remuneración- hacia adelante.

II.- Descriptos los agravios, se ha de precisar que surge, que el actor ha peticionado medida cautelar innovativa en los términos del art. 66 de la LCT a fin de que se restablezcan las condiciones de trabajo al mes de Octubre del año 2011, fecha en la que, conforme afirma en su escrito de demanda, su empleadora, injustificadamente ha modificado los términos de la relación laboral al haberle provocado la reducción de sus remuneraciones en el orden del 50%. La finalidad de la medida cautelar solicitada, se encuentra dada en el mantenimiento de sus condiciones laborales, hasta tanto se sustancie el proceso sumarísimo iniciado.

Sabido es que el artículo 1ero. de la Ley 26088 sustituye el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo por el siguiente texto; "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.

Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido sin causa o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se substanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva.

Ahora bien, la norma en análisis, permite afirmar, en relación a la última parte de su segundo párrafo, la posibilidad de interponer una medida como la aquí pretendida, debiendo ésta interpretarse armónicamente con el art. 232 del CPr. que dispone "podrá decretarse la prohibición de innovar en toda clase de juicio, siempre que, 1°) El derecho fuere verosímil; 2°) existiere el peligro de que si se mantuviera o alterar, en su caso la situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible, 3°) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

Ello así por cuanto esta medida tiene por finalidad directa mantener el status quo inicial o bien impedir que durante el juicio se modifique o altere la situación de hecho o derecho existente al tiempo de su promoción (cfr. C. Civ. Sala E en J.A. 1980-I-679) ello para no desvirtuar la eventual eficacia de la sentencia que en su caso se dicte, tornándola ilusoria (Cfr. C.N.Esp. Civil y com. Sala III BCNEC y C 981-703; num. 10583). En igual sentido se ha resuelto que el fundamento jurídico de la prohibición de innovar reposa la garantía de la defensa en juicio y en la necesidad de asegurar la igualdad de

las partes en el proceso, impidiendo toda lesión o modificación del bien o del derecho litigioso con el fin de que la sentencia

Sobre la procedencia de la cautelar innovativa dentro del proceso sumarísimo establecido en la norma bajo análisis, Héctor C. Guisado nos reseña "El art. 66 en cambio, establece el criterio inverso al de los antecedentes referidos, vale decir, el mantenimiento de las condiciones anteriores hasta que recaiga sentencia definitiva, sin siquiera requerir la acreditación de la "verosimilitud del derecho" y del "peligro en la demora" como lo exigen el Código Procesal Civil de la Nación (art. 230) y diversos ordenamientos provinciales …. más allá, del juicio de valor que merezca el nuevo texto legal, creo que su redacción es categórica y no deja lugar a dudas: ante el solo pedido del trabajador, el juez deberá disponer sin más trámite la prohibición de innovar, en tanto no surja de la demanda que se trate de una modificación de carácter general (es decir que afecte a todo el establecimiento o sección." (La acción de restablecimiento de las condiciones de trabajo en el nuevo articulo 66 de la Ley de Contrato de Trabajo, DT 2006 mayo 668 y página 973/983 Revista Jurídica Argentina La Ley Revista Derecho de Trabajo Tomo II).

A ello, debemos añadir, que tampoco será procedente si del mismo texto de la demanda surge en forma manifiesta la inadmisibilidad de la acción, que impondría su rechazo in limine. Situaciones ambas que no se dan en autos.

Es que en este temprano estadío de la acción, ante la expresa veda que impone el art. 66 de la LCT, no puede este Tribunal, ni la instancia de grado, entrar al análisis de las condiciones normales de procedencia de la cautelar solicitada por el traba-

jador, por estar cercenada tal facultad ante las expresas disposiciones de la ley transcriptas, por cuanto "El art. 66 de la LCT reformado por la ley 26088 contiene una medida cautelar consagrada en una norma sustancial que no requiere, para su viabilidad, de los requisitos exigidos por las normas procesales aplicables a cada jurisdicción. El tramo de la norma que expresa "no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo" es inequívoco y permite sostener que ante la alegación de un ejercicio ilícito del ius variandi, corresponde decretar, a pedido del trabajador en el proceso sumarísimo pertinente, la citada medida cautelar, la que deberá ser concedida salvo que de la misma petición o de otras constancias de la causa surja que la decisión empresarial cuestionada sea general para el establecimiento o sección."(CNAT Sala V, sent. 68689, 9-8-06 " Rombolá, Antonio c/ Coca Cola FEMSA s/ sumarísimo".

Por ello, a los fines de la procedencia de la medida cautelar expresada en el art. 66 de la LCT, la verosimilitud en el derecho está representada por el cambio en las condiciones de trabajo y la acreditación de que tal situación no es general para toda la empresa, establecimiento o sección, sin que sea necesario verificar las restantes condiciones requeridas por las normas procesales (conf. CNAT Sala IX, sent. 9563, 8-5-07 "Bailac, José c/ Aerolíneas Argentinas SA s/ medida cautelar" y CNAT Sala IV, sent. int. 45264, 20-7-07 "Retamozo, Cristóbal c/ Consorcio de Prop. Santos Dumont 2368 s/ diferencias de salarios"), por ello, no surgiendo que la medida sea de carácter general, ni la manifiesta inadmisibilidad del relato de la demanda, corresponde revocar la resolución de grado y hacer lugar a la medida cautelar requerida

reestableciendo las condiciones y modalidad de trabajo al mes de octubre del año 2011.

Resta afirmar que la presente medida innovativa tendrá efectos a partir de la presentación de la demanda, por cuanto el pretendido pago de las diferencias de haberes correspondientes a los meses de noviembre y diciembre del año 2011, como los correspondientes al presente año, excede, tal como reconoce el propio recurrente –fs. 39/240-, el marco de la cautelar intentada

Pues bien, siendo que las medidas cautelares solo subsisten mientras duren las circunstancias que las motivaron, lo que determina que ostenten esencialmente carácter provisional, estimamos que frente a la petición efectuada por la parte actora, ha de considerarse que hasta tanto se resuelva la acción principal, resulta viable la suspensión de las modificaciones a las tareas y remuneraciones teniendo en cuenta la documental obrante en autos principales, la naturaleza de la acción incoada, su objeto y derecho que se pretende proteger.

III.- Por tales razones, debe hacerse lugar a la medida cautelar solicitada suspendiendo provisoriamente y hasta tanto se resuelva la acción principal, las modificaciones a las condiciones de trabajo impuestas por la empleadora al actor, tomando como referencia las condiciones existentes al mes de Octubre del año 2011.

IV.- Teniendo presente el modo en que ha sido resuelta la cuestión y la naturaleza del proceso, no existiendo contradictorio, el presente se resuelve sin costas en ambas instancia (arts. 282 y 69 2do. párrafo. del C.P.C.Ch.). A los fines de la regulación de los honorarios correspondiente a la actuación

ante esta Alzada se procederá de acuerdo a las previsiones del art. 32 y 13 de la ley arancelaria).

V.- En este estado, la Sra. Juez de Cámara, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, dijo:

Se inician las presentes actuaciones con fundamento en el Art 66 LCT a fin que se ordene restablecer el salario del trabajador unilateralmente modificado por el empleador a partir de 2011, ordenando a la empresa no efectuar modificación en el salario hasta la finalización del presente.

Solicita asimismo la nulidad del acuerdo de fecha 6 de julio de 2009 que acompaña.

Señala, en cuanto interesa en esta etapa, claramente que no importa que se mande al actor P. a cumplir tareas fuera del yacimiento de E. S. A. , lo relevante es que el cambio de trabajo trajo aparejado un daño ya que se ve perjudicado en sus ingresos lesionándose derechos patrimoniales y extrapatrimoniales por la minoración del sueldo.

Efectúa otras consideraciones y acerca jurisprudencia y peticiona se decreta medida de no innovar.

A fs.236 la Sra. Juez rechaza la medida cautelar, por entender que circunscribiéndose la medida solicitada exclusivamente a las condiciones salariales, el objeto pretendido resulta ajeno al espíritu y para las situaciones por las cuales el Art. 66 LCT contempla la posibilidad de decretarla.

Tal decisión es motivo de los agravios que mis colegas han resumido.

Sabido es que se ha ampliado la redacción originaria del art. 66 de modo de tornarla mas protectoria para el trabajador, pues se agrega expresamente en la nueva redacción introducida por la Ley 26088 que ante el uso reputado abusivo del ius

variandi, al trabajador, le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa (como en el anterior artículo) o de "...accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas. En este último supuesto la acción se sustanciará por el procedimiento sumarísimo, no pudiendo innovarse en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que estas sean generales para el establecimiento o sección hasta que recaiga sentencia definitiva...".

Ahora bien, la normativa de la Ley de Contrato de trabajo, conforma una clara reglamentación del derecho al trabajo reconocido expresamente en la Constitución de la Provincia del Chubut, en la Constitución Nacional, y en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional como lo es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, luego las normas bajo examen deben ser interpretadas teniendo especialmente en cuenta su entidad de derechos sociales.

Lo apelado se circunscribe al rechazo de la medida cautelar por basarse únicamente en la modificación de la retribución.

Y más allá de la jurisprudencia en que finca la decisión entiendo que debe admitirse la medida, ya que la cuestión aquí es la de la relación con la renuncia de derechos y las consecuencias que entraña el ejercicio ilegítimo de esa facultad aspectos todos determinantes del derecho de trabajo. Ello porque se encuentra comprometido el derecho protectorio, desde que la aceptación irrestricta de pactos en perjuicio del trabajador, expresos o tácitos, y particularmente atribuirle al trabajador por su silencio la conformidad con una nueva situación contractual, vuelve al debate sobre la necesidad del trabajador de conservar el puesto de trabajo. Dicho ello siguiendo a Héctor

Karpiuk y Erica E. Cagnone en Revista de derecho Laboral-Acualidad-2008.

Cabe agregar que tal como se desprende del Art.66 LCT los requisitos para la procedencia del ius variandi está sujeto a los siguientes requisitos, razonabilidad, no alteración esencial del contrato, indemnidad (ausencia de perjuicio material y moral) del trabajador.

En cuanto a la inalterabilidad del contrato de trabajo si bien la doctrina disiente respecto a ellos, el Dr. Capón Fila, con el que acuerdo, considera elementos estructurales que no pueden ser cambiados, la calificación profesional, la remuneración, el horario y el lugar de trabajo, y mayoritariamente se ha decidido que entre los elementos coyunturales pasibles de modificación unilateral por el empleador está el lugar de trabajo, el horario, las tareas dentro de la misma categoría, la integración de equipos de trabajo y la determinación de las normas técnicas de trabajo, determinando la norma que la modificación decidida no debe perjudicar moral o materialmente , es decir que no puede alterar ni su persona ni sus bienes.

Y es ante ello que si bien es cierto que no ataca el cambio de tareas, pero esta decisión modifica las condiciones materiales del trabajador, de allí que deba resolverse favorablemente y dentro de los términos del Art. 66 de LCT, ya que podrá referirse la medida cautelar a preservar la remuneración, como en autos, pues se tiende a preservar la misma condición patrimonial que se encontraba antes de serle notificado la modificación que afecta la relación laboral y condiciones de trabajo tal y como se encontraba.

Dicho ello observo debe determinarse si reúne el pedido los presupuestos para que la medida

sea posible. Jurisprudencia y doctrina no han concordado en cuanto a las condiciones de su procedencia ya que están quienes consideran que la petición requiere acreditar todos los presupuestos de las cautelares verosimilitud del derecho, peligro en la demora y caución suficiente y otros que avalan una cautela automática. No existe consenso reitero doctrinario ni jurisprudencial. Ver las distintas posturas "Revista de Derecho Laboral" Actualidad 2010-1 entre muchos, cualquiera sea la que se adopte, la medida resulta procedente, pues se da y en grado sumo el requisito de verosimilitud, de allí que el peligro en la demora se atenúa.

Decisión que avala el principio protectorio de los arts . 9 y 12 de LCT, Art.14 de la CN, Art. 2.1 del PIDES y C y de la sentencia de la Corte Vizzotti y Aquino.

Ante ello, resulta procedente la medida de no innovar solicitada por el Sr. A. G. P. respecto al pago de remuneraciones que deberá ser igual al percibido en el mes de octubre de de 2011 y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo.

VI.- Por ello, con la disidencia parcial de la Sra. Juez de Cámara, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, la **sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en Comodoro Rivadavia,

RESUELVE:

1) Hacer lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto a fs.238/240 vta. y, en consecuencia, revocar la resolución de fs.236 y vta-.

2) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada suspendiendo provisoriamente y hasta tanto recaiga sentencia definitiva respecto a la acción principal, las modificaciones en la modalidad de

trabajo tomando en cuenta como referencia el periodo Octubre del año 2011, según los considerandos pertinentes.

3) Sin costas. Regular los honorarios profesionales por los trabajos efectuados en la primera instancia al Dr. M. G. B. I. en el quince por ciento (15%) de los que le sean regulados por su actuación en el proceso principal. Por los trabajos realizados en la segunda instancia al Dr. M. G. B. I. en el treinta por ciento (30%) de los que le correspondan por su actuación en la instancia de grado en la presente medida cautelar.

4) Regístrese, notifíquese y devuél-vase.

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2012

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS