En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil trece, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia de la Sra. Jueza de Cámara Dra. María Inés de VILLAFAÑE y asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS y Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R. Z. A. c/ M. S.R.L. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL"** (Expte. Nº 48 - Año 2013) venidos del Juzgado Laboral N° 1 (Expte. N° 307/08), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 276.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

La Sra. Jueza de refuerzo de la otra Instancia dictó sentencia a fs. 255/258 vta., admitiendo la demanda entablada por A. R. Z. en contra de M. S.R.L., condenando a este último a abonar al primero la suma de $ 54.874,22, con más intereses.

Para arribar a dicho resultado, tuvo por cierto que el despido se concretó el 19.01.07, a través de la misiva que luce en autos y en la cual el actor señaló que su empleador hizo uso abusivo del *ius variandi*, amén de una conducta hostigante que impidió que el actor prestara sus tareas habituales, ya que no se las asignaba, además de otras maniobras tales como hacerlo permanecer en la intemperie, no entregarle recibos, e impedirle tener contacto con otros compañeros.

La empresa, señala el decisorio, reconoció haberlo retirado al actor de sus tareas cotidianas en el predio de A. SAIC, motivado por el hecho de que esta última le prohibiera el ingreso a su planta industrial.

Ponderó las testimoniales rendidas en autos, contestes con lo afirmado en la demanda y concluyó que al actor, su empleadora le modificó las tareas, haciendo un uso abusivo del *ius variandi*.

Consideró al efecto que surgía de las pruebas rendidas que la causa del cambio de las tareas del actor fue que, tanto la empleadora, como la contratante, consideraron una infracción a la conducta debida por el empleado, cual fue detectar una mecha entre sus pertenencias al momento de salir de la planta, reafirmando el pronunciamiento que la ley veda que el cambio de tareas sea utilizado como sanción o castigo, importando ello un uso abusivo del *ius variandi*, encontrándose el actor con derecho a considerarse despedido.

Impuso costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

2.

A fs. 260 apeló la sentencia el demandado y expresó agravios a fs. 262/266. Se corrió traslado de los mismos a fs. 267 y la actora los contestó a fs. 268/269.

3.

3.1.

Se agravia la demandada por considerar que los hechos probados en el proceso acreditan que ninguna sanción aplicó su parte al actor, y menos aun, que le impuso un cambio de su lugar habitual de trabajo, sino que fue la empresa A. SAIC quien dispuso su inhabilitación para el ingreso a la misma a partir del hecho.

Admite que las partes estuvieron contestes en afirmar que personal de seguridad encontró entre sus pertenencias una herramienta al egresar del establecimiento fabril.

Considera que la atribución de responsabilidad a la demandada, en base a la alteración de la prestación laboral del actor, no tiene apoyo fáctico alguno; menos aún, en la prueba testimonial, ya que éstos en modo alguno refieren que dicha alteración fue producto de un castigo.

Por tal razón, considera que no se ha verificado el presupuesto del art. 69, LCT y tampoco le aplicó sanción disciplinaria por tal motivo, procurando, en cambio, el mantenimiento del vínculo laboral.

Por otra parte, asevera, de haber sido así, la sentencia debió valorar la falta de impugnación de la medida, ya que su silencio implicó consentimiento.

En síntesis, considera que la accionada no produjo una modificación de la actividad habitual del actor en violación al art. 69, LCT, y por ende no incurrió en injuria, ni invocó en su TC del 19.01.07 el retiro de sus tareas habituales cumplidas con A. SAIC, por lo que el art. 243, LCT veda toda discusión sobre responsabilidad de su parte.

Por su parte, el decisorio de autos sostuvo que el actor consideró que la empresa habría hecho un uso abusivo del *ius variandi* y de una conducta hostigante que le impidió prestar sus tareas habituales, ya que no se las asignaban, sumado ello, a que lo hacían permanecer en la intemperie, no le entregaban recibos y le impedían el contacto con otros compañeros, entre otras cosas.

Del texto del art. 66, LCT surge claramente el reconocimiento expreso que hace la ley del *ius variandi* del empleador, siempre que la medida sea necesaria para asegurar el mantenimiento o mejor desenvolvimiento de la actividad empresaria, sobre la base de que no importe arbitrariedad o introducir cambios sustanciales en el contrato vigente o produzca injurias al trabajador. Ello, con tres limitaciones: a) la razonabilidad en su ejercicio, de modo tal que cualquier ejercicio caprichoso o negligente del derecho es irregular y antifuncional, y por ende debe ser desechado (cfr. Krotoschin, Ernesto “Anotaciones sobre el abuso del derecho en materia laboral” con referencia especial a la ley de contrato de trabajo), LT, XXII-963); b) inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato de trabajo, entendiendo que el empleador sólo puede introducir modificaciones accidentales en la relación individual; y c), la intangibilidad de los intereses del trabajador, es decir, que no se violen o lesionen los intereses materiales o morales del empleado, su salud física o moral o valores de análoga jerarquía (cfr. Livellara, Carlos A, “Ley de Contrato de Trabajo” (Jorge Rodríguez Mancini - Director -), (Ed. La Ley, T° II, p. 748/753).

De la prueba documental de autos, surge con palmaria claridad que el intercambio epistolar entre el trabajador y su empleadora principia en forma simultánea con el incidente reconocido de la localización de la mecha de taladro entre las pertenencias del actor.

Así, a partir del 12.12.2006 las partes se enrostran mutuamente la existencia e inexistencia de despidos verbales, ausencias injustificadas, imposición de permanecer en el playón de la empresa, reducción de horarios de trabajo, garantía del deber de ocupación, retiros prematuros de la empresa, retención de la tarjeta horaria, demora en la entrega de los recibos de haberes, persecución laboral, nuevos despidos verbales, acoso moral, accionar indebido del dependiente A., impedimento de contacto con los compañeros de trabajo del actor (ver despachos epistolares de fs. 8 a 17), hasta que sobreviene el distracto (fs. 18).

En el ínterin, la empleadora impuso al actor dos sanciones disciplinarias, la una, que fuera impugnada a fs. 12, y la otra, comunicada a fs. 13, cuya causa niega el actor a fs. 14.

Teniendo en cuenta el profuso y controvertido intercambio epistolar, habré de apreciar los hechos suscitados a partir del 08.12.2006 (fecha del referido incidente), a la luz de la prueba testimonial rendida en autos, adelantándome a señalar que no puedo soslayar que resulta por lo menos llamativo que las expresiones de las que di cuenta dan comienzo coincidentemente con la detección de la mecha en poder del actor.

Tampoco puedo omitir señalar que, contrariamente a lo señalado en la queja, el actor fue objeto de dos sanciones disciplinarias en el término de pocos días.

El testigo Saavedra (fs. 210) aseveró que a partir del incidente el actor no prestó más servicios, quedó en el parque y no lo llevaban a trabajar (ver contestación a la pregunta 4ª), aclarando que era A. quien le imponía esa conducta, es decir, exigirle estar parado durante ocho horas al lado de la máquina, con todos los elementos de seguridad colocados (ver contestación a la pregunta 5ª), y que al pasar al predio de M. S.R.L, de vez en cuando, lo enviaban a su casa más temprano, alrededor de las 13 hs. (ver contestación a la pregunta 9ª). Esas afirmaciones son coincidentes con las vertidas por el testigo L. (fs. 212) , quien señaló que entre diciembre de 2006 y enero de 2007 no le consta que el actor realizara tarea alguna (ver contestación a la pregunta 3ª), quedándose parado al lado de la máquina (ver contestación a las preguntas 4ª y 7ª), y que, de no haber tareas de maquinista, no había posibilidad de asignación de otras y que, generalmente, frente a tales casos, no hacían ir a trabajar

a los empleados (ver contestación a la 2ª repregunta). Por su parte, el testigo N. (fs. 238), afirmó que al actor lo tenían castigado por un inconveniente que había tenido en A. (ver contestación a la pregunta 1ª), que a partir del incidente lo veía en el parque de M., en la máquina, sin trabajar (contestación a la pregunta 4ª), que la relación con A. era pésima según sus compañeros y que aquél lo discriminaba y era su "verdugo" (ver contestación a las preguntas 5ª y 10ª .

La coincidencia de las declaraciones referidas me permiten afirmar que, lejos de lo expuesto en la crítica de la sentencia que se analiza, el actor fue objeto de una sistemática persecución a los fines de obstaculizar el normal desarrollo de sus tareas.

No puede erigirse en excusa exculpatoria del empleador el hecho de la veda que pesaba sobre el empleado para ingresar a la planta de A. SAIC. Sabido es que también pesaba sobre M. S.R.L., en su condición de empleadora, la obligación de garantizar ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, sin que la demandada hubiera acreditado en autos motivos fundados para eximirse de tal carga legal (arg. art. 78, LCT).

De la prueba colectada surge con toda nitidez que la conducta asumida por la empresa demandada a partir del incidente consistió en una sanción encubierta, que como tal, mal podía ser impugnada por el trabajador como pretende justificar la queja. Su conducta es reprochable así, desde el ángulo de la falta de cumplimiento al deber de buena fe (art. 63, LCT) que las partes mutuamente deben corresponderse.

Permanecer el trabajador al lado de la máquina sin realizar actividad alguna, ordenar su retiro antes del horario, y que su encargado inmediato lo discriminara, son conductas humillantes para el trabajador que justificaron su injuria.

De los límites al ejercicio del *ius variandi* descriptos, he de detenerme particularmente en el segundo de los enunciados: la inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato.

Se trata de la valla más importante de ese derecho, ya que el empleador sólo puede introducir cambios accidentales en la relación individual. Es decir, esa modificación no puede ser sustancial o esencial, tal como se colige sucedió en el caso de autos.

Aun cuando el actor se viera obligado, por decisión de un tercero, a cumplir tareas en el predio de su empleadora y no en la planta industrial de aquél, la obligación de la demandada era dar ocupación efectiva. No sólo que no cumplió con esa

obligación, sino que además exigió que el trabajador permaneciera al lado de su máquina, y en ocasiones, se retirara antes del horario asignado, alterando de sobremanera, sustancialmente, las modalidades de su trabajo.

No obstante lo señalado, cuadra preguntarse ¿hasta cuándo la empleadora habría de mantener esa situación con su empleado?. De la prueba colectada puedo concluir sin temor a errar que esa situación de tensión no podía persistir por mucho tiempo; que la conducta de la empleadora no era otra que la de lograr un "desgaste" del trabajador, que efectivamente alcanzó su *cenit* con el distracto de fs.18. Lejos ello de la afirmación de la queja en el sentido que la empleadora procuró el mantenimiento del vínculo laboral.

Frente a la inhabilitación para cumplir tareas dentro de la planta de A. SAIC, la demandada no pudo "hacerse la distraída" o "lavarse las manos", y debió asignar tareas al actor conforme lo ya expresado. Y si no las había, como señalan los testigos N. (ver contestación a la 4ª repregunta) y L. (contestación a la 2ª repregunta), debió obrar conforme el art. 247, LCT.

Ese "no hacer nada" impuesto al trabajador consistió en definitiva, en una grave alteración de las modalidades de su trabajo que, a mi juicio, configuran un exceso al derecho que la ley confiere al empleador en el art. 66, LCT.

Por tales razones, estimo que esta parcela de la queja debe ser desestimada.

3.2.

Se agravia el demandado pues considera que la Sra. Juez de Refuerzo de la otra Instancia ha fijado un monto indemnizatorio excesivo por despido indirecto. Estima que, de acuerdo al detalle de remuneraciones de fs. 166, la mejor remuneración bruta mensual, normal y habitual sujeta a aportes y contribuciones, devengada durante el año anterior al despido es la correspondiente a abril de 2006, que fue de $ 2.408,79, sin que corresponda considerar el SAC.

El decisorio de autos adoptó para sí la liquidación practicada por el Sr. perito contador a fs. 165, informe que se notificó al recurrente a fs. 242, sin que el demandado formulara objeciones al respecto.

Sabido es que el apelante no puede introducir en la alzada cuestiones relativas a la prueba pericial practicada en primera instancia y en las que se basó la sentencia, si las mismas no fueron propuestas al juez de grado en su oportunidad, pese a que se le corrió vista de la pericia (cfr. Cámara de

Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, " Desimone de Bufalina, Virginia c. Sanmauro, Nilda y otro", 21/11/2006 LLBA 2007 (marzo) , 226, AR/JUR/8006/2006; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, "Solimo, Carlos A. c. Ruta Coop. de seguros", 20/07/1979, LA LEY 1980-A , 232 AR/JUR/811/1979).

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el apelante no brinda, en ocasión de la presente crítica en análisis, una sola razón fáctica ni jurídica que permita conmover al decisorio en este aspecto (arg. art. 268 y 269, del CPCC).

De ello, se deriva que su queja debe ser desestimada.

3.3.

3.3.1

Se queja también la accionada por el agravamiento del monto indemnizatorio (art. 16, ley 25.561) dispuesto en el decisorio de autos, sosteniendo que el mismo cesó una vez operada la condición establecida por el art. 4, ley 25.972, y no a partir de que la misma fue declarada por el Decreto 1224/07.

Asimismo, sostiene que de confirmarse el decisorio, deberá ajustarse el monto indemnizatorio allí consignado pues el 50% previsto por la ley, debe aplicarse sobre la indemnización del art. 245, LCT y no sobre otros rubros, tales como preaviso, SAC sobre preaviso, integración mes de despido y SAC sobre este último.

He tenido oportunidad de expedirme en casos similares. Tal el caso de los autos "M., J. M. c/ O., S. y o. s / Cobro de Pesos" SDL N° 14/10, "

M., C. F. c/ P. H. S.A. y otro s/ Cobro de Pesos-Laboral", Expte. Nº 53/ 2010, SDL 15/10 y "G., R. S. c/ A. O. M. I. s/Cobro de pesos. Laboral" (SDL N° 22/10; L., J. R. c/ P. S.A. s/ Cobro de Pesos Laboral", Expte. Nº 123 Año 2010, 24/10 SDL)

En tales oportunidades referí que esta cuestión ha dado lugar a plurales posiciones, tales como: 1) sostener que el cese se produjo el 28 de febrero de 2007 (fecha en que el INDEC dio a conocer el índice o tasa de desocupación del cuarto trimestre de 2006); 2) que tal condición se cumplió el 6 de junio de 2007 (fecha en que el INDEC hizo saber que en el primer trimestre de ese año la desocupación llegaba al 9,8%); 3) que aquélla operó, con sustento en la estructura declarativa de la información, en fecha 31.12.06.

De todos modos, ninguna de las posturas que enuncio comprendían el de la fecha en que se produjo el distracto de autos.

Llegó firme a esta instancia que el distracto se produjo en fecha 19.01.2007, es decir, fecha anterior al día de la publicación del Decreto 1224/07 (11.09.07). En consecuencia, al momento del distracto aquí examinado estaba vigente la suspensión de los despidos previstos en la ley 25.972, por lo que la empleadora debe abonar el recargo del 50 % de la indemnización por despido dispuesto por el Decreto 1433/05.

En abono de mi postura, se han dictado diferentes fallos en el fuero nacional del Trabajo, que, finalmente concluyeron en el Plenario “Lawson, Pedro J. c/ Swiss Medical S.A. S/ Despido” (FP N° 324- Acta 2553 del 2010), y cuya respuesta a la cuestión que lo convocara, hago mía; ello, sin perjuicio de dejar en claro que se trata de un fallo de extraña jurisdicción.

Por tal razón, sostengo que la condición prevista en el art. 4° en la ley 25.972 debe considerarse cumplida con la publicación del Decreto 1224/07.

No estoy de acuerdo, sin embargo, con el dictamen del Sr. Fiscal General de la Cámara que prohijó al fallo, en cuanto sostiene que se trata de un supuesto de condición resolutoria (propia de la teoría de las obligaciones).

Dicha obligación bajo condición resolutoria, es aquella en la que las partes subordinan a un hecho incierto y futuro la resolución de un derecho adquirido (arg. art. 553, Cód. Civil).

Tengo para mí que la ley no supeditaba el cese del incremento a una obligación condicional, sencillamente porque no se configura en el caso una obligación de carácter convencional. Lo que la ley de emergencia establecía era una *conditio juris* (o condición legal), que se diferencia de la condición convencional: 1) en cuanto a su origen (una es legal, la otra convencional); 2) la conditio juris es un requisito extrínseco del acto, la condición convencional, es un requisito intrínseco de él. El derecho sometido a la conditio juris debe ser caracterizado como eventual. (cfr. Alterini, Atilio - Ameal, Oscar J. - López Cabana, Roberto M, “Derecho de Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As, 1996, n° 930, p. 409).

Si bien tanto el derecho condicional como el eventual comparten situaciones interinas, en la eventualidad existe sólo una expectativa, es decir un pre-derecho. La comparación del derecho condicional con el eventual, muestra, entre otras, estas diferencias: 1) la condición es un elemento excepcional del acto, en tanto la eventualidad es una circunstancia propia del derecho de que se trata; 2) el acto bajo condición es completo, en tanto el derecho eventual está en gestación, sujeto a perfeccionamiento; 3) en lo que interesa especialmente a este aspecto del análisis,

la condición funciona retroactivamente, lo cual, en principio, no ocurre en la eventualidad (cfr. op. cit., p. 415/416).

En nuestro supuesto, por las razones dadas, la ley 25.972 establecía una eventualidad. Más allá de su origen, porque sólo un acto puntual (el Decreto 1224/07) podía darle perfeccionamiento y porque de otro modo, de haber sido una condición, debió tener efectos retroactivos a la fecha de la ley emergencial. Este último aspecto es que hace que la distinción entre una figura y otra tengan interés práctico.

Para Diez Picazo, la *conditio iuris* supondría la subordinación de la eficacia del negocio jurídico, por disposición de la ley, al cumplimiento de un acontecimiento futuro e incierto.

En la denominada *conditio iuris* nos encontramos ante elementos que forman, por voluntad del ordenamiento, parte del supuesto de hecho requerido para dar lugar al desencadenamiento de los efectos jurídicos. Es un presupuesto legal de eficacia del negocio. Se inserta en el esquema formal previsto por la ley para determinados tipos de negocios (cfr. Diez Picazo, Luis M – Gullón, Antonio, “Sistema de Derecho Civil”, Vol, II, Ed. Tecnos, Madrid, p. 105-106).

Sentado ello, reitero mi postura acerca de la vigencia del incremento indemnizatorio en el 50% hasta la publicación del Decreto 1224/07. Hago mías las palabras del Dr. Ballestrini, en ocasión de emitir su voto en el referido Plenario “Lawson”, en tanto señaló que se imponía concluir en la necesidad de un acto expreso, estableciendo la derogación del régimen indemnizatorio agravado creado en el marco de la emergencia pública declarada, puesto que de lo contrario, se incurriría en una situación contraria a la seguridad jurídica propia del Estado de Derecho. La materia sobre la que versa la cuestión requiere indudablemente de un marco de certeza y precisión que no puede ser librado a la interpretación de variables diversas, ni mucho menos al arbitrio de particulares, toda vez que trasciende el esclarecimiento de una situación individual para adquirir innegable carácter público general (cfr. voto. Dr. Ballestrini, plenario cit.).

Por tales razones, corresponde desestimar la queja vertida a este respecto.

3.3.2.

Imponiéndose el análisis de la segunda parte de la queja, en cuanto a que el agravamiento no ha de aplicarse a otros rubros que no sea estrictamente el de la indemnización del art. 245, LCT, cabe señalar, con el mismo criterio sostenido

párrafos más arriba, que, al no haber la demandada objetado la liquidación consignada en la pericia contable de fs. 165, resulta improcedente pretender conmover el decisorio en oportunidad de expresar agravios. Por tal razón, con fundamento en los precedentes jurisprudenciales referidos en el apartado 3.2. del presente voto, corresponde desestimar la queja traída.

4.

En atención a lo expuesto, propondré al Acuerdo desestimar las quejas de la demandada y confirmar el pronunciamiento de fs. 255/258 vta.

5.

Con respecto a las costas de esta Instancia, y en atención a lo que resulta de lo precedentemente expuesto, las costas deben ser impuestas a la parte demandada (art. 69, del CPCC).

6.

En consecuencia, corresponde regular los honorarios profesionales por su labor en la presente Instancia, a la Dra. S. E. L. de C., apoderada de la parte actora, en el 30%, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y al Dr. L. Á. N., apoderado de la parte demandada, en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc . de la ley arancelaria).

Por tales razones, voto por la **AFIRMATIVA**

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

En el voto precedente el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas ha hecho una reseña completa de los antecedentes del caso, de los fundamentos del fallo apelado y de los motivos de agravios expresados por la recurrente, por lo que no resultará necesario abundar acerca de dichos aspectos ya que se encuentran cumplidos los requisitos de ley exigidos al respecto. En

consecuencia, abordaré directamente las cuestiones planteadas como fundamentación del recurso por la parte demandada.

1) <u>Tratamiento de los agravios</u>.

1.1) <u>El ejercicio del *"ius variandi"*</u>.

Encontrándose plasmados en el voto precedente del Sr. Juez Dr. Vivas los agravios iniciales vertidos por la demandada, sólo referiré aquí que -a criterio de la apelante- se ha acreditado en autos que no aplicó ninguna sanción al actor y tam poco dispuso un cambio en su lugar habitual de trabajo; en realidad -ha dicho- fue la empresa A. S.A. quien dispuso la inhabilitación del dependiente a partir del hecho de encontrar el personal de vigilancia una herramienta en su poder al egresar del establecimiento. Al referirse a la prueba "testimonial" afirma que los testigos no han declarado que la accionada haya castigado al actor y que no se ha verificado el supuesto de operatividad del art. 69 LCT.

Del análisis de la sentencia en crisis, surge que la misma ha resaltado que *"…al actor se le modificaron las tareas que venía cumpliendo, haciendo la empresa un uso prohibido del ius variandi, en flagrante violación al art. 69 de la LCT… surge de las pruebas de autos que la causa del cambio de tareas del actor fue la comisión de lo que la empleadora y la contratante de la misma consideraron una infracción a la conducta debida del empleado, cual fue haber detectado una mecha entre sus pertenencias al momento de salir de la planta. La ley... prohíbe taxativamente que el cambio de tareas sea utilizado como han sanción o, como han dicho los testigos como "castigo"; por lo que la conducta de la demandada ha importado un ejercicio abusivo del ius variandi y, como tal, el actor estaba en su derecho de considerarse despedido…"* (fs. 257).

Como derivación de las facultades de dirección que la ley acuerda al empleador (art. 65 LCT), éste tiene también la posibilidad de modificar de

modo no esencial la forma y modalidades de la prestación del trabajo (conf. art. 66 LCT). El elemento fundamental de esta facultad es su *unilateralidad*.

Esta facultad, otorgada por la ley al empleador, debe emanar de una necesidad funcional de la empresa, por lo que se excluye todo uso caprichoso o arbitrario. Asimismo, el *ius variandi* está acotado por ciertos límites y condiciones: a) razonabilidad; b) no alteración esencial del contrato y c) ausencia de perjuicio material o moral para el trabajador (conf. LOPEZ - CENTENO - FERNANDEZ MADRID (ob. cit., págs. 497/500).

En primer lugar, el cambio debe ser *razonable*, es decir, debe responder a necesidades funcionales de la empresa, excluyéndose todo uso arbitrario, antifuncional o discriminatorio del *ius variandi*, como, por ejemplo, el que surge de la situación descripta por el art. 69 LCT. Ello constituye una aplicación del principio de *razonabilidad* que debe regir la ejecución del contrato de trabajo.

En segundo término, el cambio no debe producir una *alteración esencial del contrato*. El ejercicio legítimo del *ius variandi* es unilateral para el empleador por lo que éste por sí no puede alterar los elementos esenciales del contrato de trabajo, como la remuneración, el tiempo de trabajo o la calificación contractual. Estas modificaciones sustanciales requieren necesariamente del consentimiento del trabajador que lo puede prestar voluntariamente, en tanto no se afecte el orden público laboral y su voluntad no se encuentre viciada.

Y en tercer lugar, el cambio *no debe provocar perjuicio material o moral*. El empleador no puede disponer la modificación unilateralmente si con ello afecta intereses legítimos del trabajador de orden material o moral. Es una aplicación del principio de indemnidad (conf. ETALA, C.A., "Contrato de Trabajo", págs. 218/219, ed. Astrea).

Teniendo en cuenta los principios y requisitos que acabo de enumerar, es que se ha resuelto que la legitimidad del ejercicio del *ius variandi* se

subordina a los siguientes requisitos: 1) no alteración sustancial del contrato; 2) indemnidad (ausencia de perjuicio material y moral) y 3) razonabilidad y carácter funcional (debe responder a los fines de la empresa y exigencias de la producción, lo que significa que es justificable cuando median objetivas razones derivadas de la organización, que obligan a tomar esa medida o por lo menos la justifican). Dichos requisitos legales no son alternativos sino acumulativos (conf. CNTrab., Sala VII, 24/05/95, DT, 1995-B-1648; íd., íd., 12/07/96, DT, 1996-B-2770).

En el caso que aquí nos convoca, resulta claro que todas las imputaciones habidas entre la empleadora y el actor tuvieron su punto inicial en el hecho sucedido el 08 de Diciembre de 2006, cuando el personal de vigilancia de A. S.A. encontrara una mecha en poder del actor, que no era de su propiedad, al ser revisado cuando salía del establecimiento. Documentalmente el día 12 de Diciembre de 2006 comenzaron las partes ha remitirse los despachos postales que obran en autos hasta que se llegó a que el actor se diera por despedido.

Advierto y no deja de ser relevante que el hecho sucedido el día 08 de Diciembre de 2006, recién fue esgrimido por la empleadora en el despacho que remitiera al actor el día 10 de Enero de 2007 (fs. 15).

Es evidente que, en situaciones como las que aquí se han planteado y en la tarea de resolver si la patronal ejerció el *ius variandi* respetando o no los principios que acabo de exponer, resulta relevante la prueba testimonial producida en el caso.

El testigo S. prestó declaración a fs. 210/211 de autos y, al ser preguntado sobre las tareas que hacía el actor, respondió: *"…era maquinista, auto elevadores…"* (2ª. pregunta); en la 3ª. pregunta se le preguntó si sabía de alguna circunstancia o hecho por el cual el actor dejó de ser maquinista en la planta de A., a lo que respondió: *"..supuestamente digo supuesto porque no lo vi, había sustraído de la planta una mecha de perforación, eso causó el problema*

que lo dejaran fuera de servicio…"; al ser preguntado si sabe dónde prestó servicios el actor a partir de la oportunidad referida en la anterior respuesta (4ª. pregunta), dijo: *"…no no prestó más servicios quedó en el parque, no lo llevaban a trabajar…"*; seguidamente se le preguntó cómo era el trato que le daba el Sr. A. al actor luego del hecho referido (5ª. pregunta), a lo que contestó: *"…el trato era de jefe de trabajo a empleado lo hacía estar parado en el sector de trabajo al lado de la máquina las 8 horas de trabajo que corresponden con todos los elementos de seguridad puestos…"*; en la 9ª. pregunta se hizo referencia al horario de trabajo que tenía el actor cuando pasó al predio de M., a lo que el declarante respondió: *"…era de 7 a 15 muy de vez en cuando lo mandaban temprano ponele a las 13 a la casa…"* y en la 13ª. se le preguntó sobre qué otras tareas lleva cabo un maquinista en caso de no existir tareas a cumplir como tal y contestó: *"…en su momento no se hacía nada no trabajaba porque en el parque no hay trabajo de maquinista…"*.

El testigo L. (fs. 212/y vta.), ratificó que el actor era *"maquinista, manejaba auto elevadores"* (2ª. pregunta); al ser preguntado sobre las tareas que realizó el actor entre Diciembre de 2006 y Enero de 2007 (3ª. pregunta), contestó: *"…no me consta que realizara ninguna tarea…"*; se le preguntó luego sobre cómo era el trato que le daba el Sr. A. al actor (4ª. pregunta), contestando: *"…se que se quedaba parado al lado de la máquina es lo que yo vi…"*; al dar respuesta a la 7ª. pregunta dijo que el actor le comentó *"…que le habían dado la orden que se quede al lado de la máquina*; y en la 2ª. repregunta se le consultó sobre las tareas que realiza el maquinista cuando no hay las que son propias de su actividad, contestando: *"…ninguna generalmente no los hacen ir a trabajar…"*.

Finalmente, al testigo N. (fs. 238/239 vta.) se le preguntó si tenía conocimiento de algún inconveniente laboral del actor a partir del 08 de Diciembre de 2006 (1ª. pregunta), a lo que contestó: *"…yo lo que se es que lo tenían castigado por un inconveniente que había tenido en A…"*; luego fue

preguntado sobre alguna circunstancia o hecho por el cual dejó el actor de ser maquinista en la planta de A. (3ª. pregunta), contestando: *"…por eso que lo acusaron, como lo conté en la respuesta anterior. Se que no le permiten más la entrada a A. y lo dejan en planta de M. permanente como hacen con todas las personas que tienen ese problema, no le permiten el ingreso…"*; la 4ª. pregunta estuvo dirigida a si sabía dónde había prestado servicios el actor luego del hecho mencionado en la respuesta anterior, respondiendo: *"…en el parque de M., ahí lo veía yo en la máquina, sin trabajar lo veía entre medio de las máquinas…"*; se le preguntó cómo era el trato que le daba al actor el Sr. A. luego de la situación descripta (5ª. pregunta), a lo que contestó: *"…mala, malísima pésima por lo que me contaban los compañeros pésima, lo discriminaba. El era uno de los que lo tenían castigado…me decían que lo tenían castigado al "B." al lado de las máquinas y la empresa M. que lo tenía cumpliendo esa función a este muchacho…"*; la 9ª. pregunta fue realizada con referencia al horario de trabajo que tenía el actor cuando pasó al predio de M. y contestó: *"…él siempre ingresaba a las 6 o 7 de la mañana a la hora que ingresábamos todos…Cuando lo castigaron lo hacían ingresar a las 13 o 14 horas y lo hacían cumplir 4 horas diarias, y lo mandaban a la casa…"* y al responder a la 10ª. pregunta, en referencia al jefe de personal (Sr. A.), dijo: *"…tengo entendido que él era el verdugo de este muchacho…"*. Ninguna de estas declaraciones han merecido reproche alguno de las partes durante el proceso (arg. art. 460 CPCC).

Los coincidentes testimonios que obran en autos y que no han sido descalificados por las partes, muestran a las claras cuál ha sido la conducta asumida por la empleadora frente al actor. Surge de ellas que hemos estado aquí ante el típico caso del dependiente que ha sido perseguido por su empleador, quien trató de "encerrarlo" diariamente de modo tal y con la única finalidad de lograr que la situación provocara su alejamiento definitivo. No cabe, para mí, otra interpretación.

Y la conducta exteriorizada por la empleadora ha sido manifiestamente contraria a los principios y requisitos que tanto la ley, como la doctrina y la jurisprudencia exigen sean respetados en circunstancias similares. Y en modo alguno puede aceptarse como excusa -conforme lo esgrime la empleadora- que quien había dispuesto la inhabilitación del actor para ingresar a su planta fue A. S.A. y no ella. Y tal postura no tiene sustento ante los claros y terminantes postulados que surgen del art. 78 LCT al expresar que el empleador *"deberá garantizar al trabajador ocupación efectiva, de acuerdo a su calificación o categoría profesional, salvo que el incumplimiento responda a motivos fundados que impidan la satisfacción de tal deber…"*. No surge de autos que la empleadora haya acreditado que tuvo motivos fundados para incumplir esta obligación para con el actor.

Además, se considera que no se justifica, e incluso es contrario a la buena fe, no hacer uso de la fuerza de trabajo que el trabajador pone a disposición del empleador. Tal actitud del empleador no es compatible con la esencia del contrato de trabajo, cuyo principal objeto es *"la actividad productiva y creadora del hombre en sí"* (conf. art. 4 LCT).

Si el empleador viola el deber de ocupación, el trabajador a quien sin causa justificada se le niega ocupación efectiva podrá considerar el incumplimiento de esta obligación del empleador como injuria a sus intereses y darse por despedido (despido indirecto), según los arts. 242 y 246 de la LCT (conf. ETALA, C.A., ob. cit., págs. 240/241).

Es claro, conforme lo expusiera antes en este punto, que se ha dado aquí una clara conducta persecutoria exteriorizada por la demandada hacia el actor, lo que se tradujo en modificaciones en sus condiciones de trabajo que en realidad encubrieron una actitud evidentemente sancionatoria para con el dependiente; y ello es manifiestamente contrario a lo que imponen los artículos 63 y 69 de la LCT. Es por ello que las modificaciones introducidas en el contrato de trabajo deben analizarse de conformidad con los

principios contemplados por los arts. 62 y 63 de la LCT, basado en el deber de buena fe, a la luz de la cual debe juzgarse el comportamiento de las partes. De la conducta desplegada en el caso por la demandada, surge que no cumplió con su deber de actuar como un buen empleador (art. 63 LCT) dado que no tuvo un comportamiento tendiente a preservar el vínculo laboral.

Tengo en cuenta que el principio de la "buena fe" es el que impone que se debe evitar todo abuso del derecho y cuidar de no frustrar los valores protegidos legalmente; que debe actuarse con claridad, teniendo en mira la subsistencia del vínculo y no su disolución; que cada una de las partes debe tratar de que la otra obtenga un resultado útil de su prestación; que cualquier ejercicio caprichoso o negligente del derecho es irregular o antifuncional; que el deber de prestación está condicionado por valores superiores vinculados con la persona del trabajador o con el recto ejercicio de sus derechos; que el empleador debe excluir toda actividad que tienda a perjudicar la persona del dependiente y a alterar fundamentalmente su condición laboral y que debe evitarse la aplicación de criterios discriminatorios (conf. LOPEZ - CENTENO - FERNANDEZ MADRID, ob. cit., pág. 480).

Si se tiene en cuenta que en el caso se redujeron las horas de labor al actor haciéndolo retirar antes de hora, que se lo hacía permanecer durante el horario de trabajo parado al lado de la máquina sin cumplir tarea y que el jefe de personal era considerado como su "verdugo", no hay mucho margen para analizar y concluir que la empleadora no respetó los principios de la buena fe que acabo de enumerar y que, además, tuvo una clara inconducta desplegada hacia su dependiente, todo lo cual justificó que éste se haya considerado despedido (despido indirecto).

Si se considera que la ley prohíbe expresamente que la sanción al dependiente consista en una modificación del contrato de trabajo (conf. art.

69 LCT), surge a la luz que no otra cosa que "sanciones" se han aplicado aquí al actor con las modificaciones introducidas en su contrato laboral, según he analizado.

La razonabilidad exigida por el art. 66 LCT está dirigida a que el cambio responda a necesidades de la producción de bienes y servicios, es decir, excluye un uso arbitrario del *ius variandi*. Por otra parte, esta norma integra el orden público laboral y limita la posibilidad de las modificaciones unilaterales de las condiciones de trabajo.

Merece destacarse también, como actitud reprochable por parte de la empleadora, que la sola omisión por parte de ésta de acreditar las razones organizativas por las que materializó los cambios impuestos a las condiciones de trabajo del actor, tornan irrazonable el ejercicio del *ius variandi* de su parte. Ninguna prueba se ha producido en autos que acredite que las medidas en cuestión se justificaran por su relación con el fin común de la empresa. Tampoco encuentro demostrado que la actitud de la demandada haya procurado el mantenimiento del vínculo laboral, como se afirma en la queja. He dicho que se dio, precisamente, todo lo contrario.

Debe destacarse que en modo alguno surge de autos que las modificaciones de las condiciones de trabajo hayan sido *"consentidas"* por el trabajador, como se afirma en el agravio que estoy considerando. Del sólo análisis del intercambio postal habido entre las partes surge que ello no ha sido así. Pero aun cuando hubiese existido "silencio" de parte del dependiente, el mismo no puede interpretarse como consentimiento en los términos del art. 58 de la LCT, porque cuando se trata de una modificación *in peius* del contrato de trabajo, el consentimiento del trabajador y en especial los alcances de su silencio, deben interpretarse muy restrictivamente, en especial si se tiene en cuenta que nuestra disciplina aparece como limitativa del principio de autonomía de la voluntad (art. 1197, Cód.Civ.) (conf. CNTrab., Sala IV, 30/04/99, DT, 1999-B-1866).

Teniendo en cuenta que la decisión de imponer modificaciones en las tareas desarrolladas por el actor -ya descriptas aquí- no constituyó un ejercicio razonable de las facultades de dirección e implicó una alteración de una modalidad esencial del contrato de trabajo, ha de concluirse que medió un ejercicio abusivo del *ius variandi* que justifica la decisión del trabajador de considerarse en situación de despido, asistiéndole el derecho al cobro de las indemnizaciones establecidas a tal fin (conf. CNTrab., Sala II, 13/03/09, LLOnline, AR/JUR/7228/2009). Y ello es así, concordando con lo hasta aquí expuesto, porque si bien el art. 66 de la LCT autoriza al empleador a introducir cambios en *"la forma y modalidades de la prestación del trabajo"*, ello requiere que tales cambios no sean irrazonables, que no alteren modalidades esenciales ni causen perjuicio al trabajador. O sea, la facultad se refiere exclusivamente a decisiones unilaterales del empleador, pero que reconoce límites legalmente establecidos.

He de remarcar, entonces, que es justificado el despido indirecto en que se colocó el actor en respuesta a las modificaciones efectuadas unilateralmente por su empleador, atento a que este último nunca circunstanció debidamente cuáles eran las razones que lo llevaron a adoptar tal decisión que configuró una nítida alteración esencial del contrato, incurriendo en un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

En virtud de lo expuesto, considero que la queja en tratamiento no puede ser admitida. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

1.2) <u>El monto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual</u>.

La demandada se agravia porque, según su postura, se ha fijado una indemnización improcedente -por excesiva- en virtud del despido indirecto. Considera que la mejor remuneración mensual, normal y habitual del dependiente no es la que ha fijado la sentencia recurrida sino un importe inferior ($ 2.408,79.-).

En esta cuestión, la sentencia resolvió que *"…la demanda prospera en base a la liquidación practicada por el perito contador a fs. 165, punto 9 y 10…"* (fs. 258).

Teniendo en cuenta que la sentencia se basó en las conclusiones de la pericial contable y que ésta no fue objeto de observación alguna por parte del recurrente en la estación procesal pertinente, deviene claramente improcedente esgrimir una queja al respecto recién al expresar agravios mostrando su disconformidad con el importe por considerarlo excesivo.

Por otra parte, el agravio no sólo indica cuál es la remuneración que debe tomarse a los efectos del cálculo indemnizatorio sino que, además, sostiene que la indemnización no puede superar un importe que indica en su presentación.

Es muy claro que cuando el fundamento de la queja constituye una crítica contra la resolución que esta basada en lo dictaminado por la pericia practicada en autos que el agraviado no observó ni impugnó y que, por lo tanto, consintió, no hay agravio contra la sentencia susceptible de ser estimado (conf. CNFed.Civ.Com., Sala III, 16/06/81, ED, 95-300).

Por otra parte, la pretensión de que la suma que debe ser tomada como base para la indemnización por el despido es la del mes de Abril de 2006 y que el haber indemnizatorio no puede superar el importe de $ 19.270,32.- no fue planteada por la demandada al contestar la demanda. Con lo que resulta evidente que la misma aparece en el proceso recién en la fundamentación del recurso (fs. 262/266 vta.). Surge, entonces, con claridad meridiana que el planteo esgrimido en la queja no fue debatido en primera instancia y, mucho menos, resuelto por la Magistrada a quo al dictar su decisión final. Ello es más que suficiente, a la luz de lo normado por el art. 280 del ritual, para rechazar las pretensiones de la agraviada, las que en modo alguno pueden ser oídas en esta instancia.

Lo hasta aquí expuesto, me conduce a proponer al Acuerdo el rechazo de la queja analizada. Es mi voto.

1.3) <u>El agravamiento indemnizatorio (Art. 16 Ley 25.561)</u>.

Sostiene la quejosa que el agravamiento indemnizatorio que dispone el art. 16 de la Ley 25.561 y que admitió la sentencia recurrida, no corresponde que le sea impuesto dado que el mismo cesó una vez operada la condición establecida por el art. 4 de la Ley 25.972 y no a partir de que la misma fuera declarada por el Decreto 1224/07.

La Ley 25.561 declaró la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria, dispuso la suspensión de los despidos por el plazo de 180 días, y estableció la duplicación de las indemnizaciones derivadas de éstos para el caso de ser contravenida dicha disposición. Sucesivos decretos prorrogaron esta emergencia; y luego también lo hizo el art. 4 de la Ley 25.972, a la par que dispuso como condición para su supervivencia el hecho consistente en que la tasa de desocupación elaborada por el INDEC resultase inferior al 10%. Finalmente, el Decreto 1224/07 consideró cumplida dicha condición y, por ende, dispuso el fin de la emergencia en materia laboral y del agravamiento en cuestión a partir de su entrada en vigencia (11/09/07).

Sin embargo, ello generó alguna polémica pues, para cierto sector de la doctrina, tal circunstancia había acontecido meses antes de la sanción de dicho Decreto. En el ámbito nacional, la cuestión quedó resuelta con el dictado del Fallo Plenario N° 324 ("Lawson, P.J. c/ Swiss Medical SA", del 30/06/2010) a través del cual se dispuso que *"La condición prevista en el artículo 4° de la Ley 25.972, en lo referente a la derogación del incremento indemnizatorio del artículo 16 de la Ley 25.561, solo debe considerarse cumplida a partir del dictado del Decreto 1224/07"* (conf. PIROLO, M.A., "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario - Derecho del Trabajo - Relaciones Individuales", T. I, págs. 502/503, ed. La Ley, 2011).

Como bien lo dice el Sr. Juez Dr. Vivas en su voto precedente, se trata ésta de una cuestión que ha sido ya resuelta por este Cuerpo y la misma es coincidente con lo que se determinara en el referido Plenario.

En el caso en tratamiento el despido indirecto se concretó el día 19 de Enero de 2007 (fs. 18), el Decreto 1224/07 se publicó el día 11 de Septiembre de 2007 y he de coincidir con el Sr. Juez Dr. Vivas en que en el momento en que se produjo el distracto estaba en vigencia la suspensión de los despidos previsto por la Ley 25.561 dado que la condición establecida en el art. 4 de la Ley 25.972 debe considerarse cumplida recién con la publicación del Decreto 1224/07. Este razonamiento hace que sea procedente que la demandada haya sido condenada a pagar el incremento indemnizatorio aquí analizado.

En virtud de lo expuesto, la queja de la demandada aquí tratada debe ser desoída por este Cuerpo. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

1.4) <u>El alcance del agravamiento indemizatorio del Art. 16 Ley 25.561</u>.

Se agravia la demandada por considerar excesivo el monto fijado por la sentencia dictada en la inferior instancia en concepto del agravamiento indemnizatorio del art. 16 de la Ley 25.561 el cual sólo debe comprender la indemnización establecida por el art. 245 de la LCT.

Como expusiera supra al referirme al agravio vertido por la demandada con relación al importe tomado como mejor remuneración mensual, normal y habitual para los cálculos indemnizatorios, el importe del agravamiento en tratamiento fue determinado expresamente en el dictamen pericial contable (fs. 163/167), el cual ninguna objeción mereció por parte de la hoy apelante. Por lo tanto, habiendo adquirido firmeza dicho dictamen para la demandada y siendo que la sentencia ha condenado al pago de las sumas que el mismo ha fijado, resulta improcedente el planteo bajo análisis.

Por lo fundamentado y remitiéndome también -por razones de brevedad- a lo expuesto en el punto "1.2" del presente, el agravio planteado debe ser rechazado. Así lo voto.

2) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Resultando vencida en el recurso intentado, la costas de la Alzada deben imponerse a la parte demandada (art. 69 CPCC).

Con respecto a la regulación de los honorarios de los letrados de las partes, Dra. S. E. L. de C. (parte actora) y Dr. L. A. N. (parte demandada), corresponde que sean regulados en los porcentajes que ha propuesto en su voto precedente el Sr. Juez Dr. Vivas en virtud de ajustarse los mismos a las pautas regulatorias que fija la Ley Arancelaria.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota por la **AFIRMATIVA**.

<u>A LA SEGUNDA CUESTIÓN</u>: El Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis VIVAS, dijo:

En caso de ser acompañado mi voto por mis colegas de Cámara, el pronunciamiento que correspondería dictar es el siguiente:

1. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 255/258 vta.

2. IMPONER las costas de alzada a la parte demandada (art. 69, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia, de la Dra. S. E. L. de C., apoderada de la parte actora, en el 30%, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y del Dr. L. Á. N., apoderado de la parte demandada, en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, expresión de la decisión del Cuerpo que se ha formado al tratar la primera cuestión.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la Dra. María Inés de VILLAFAÑE no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo de 2013.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1. CONFIRMAR el pronunciamiento dictado a fs. 255/258 vta.

2. IMPONER las costas de alzada a la parte demandada (art. 69, del CPCC);

3. REGULAR los honorarios por la actuación profesional en la presente Instancia, de la Dra. S. E. L. de C., apoderada de la parte actora, en el 30%, de lo que le correspondiere en la Instancia anterior, y del Dr. L. Á. N., apoderado de la parte demandada, en el 25% de lo que le correspondiera en la Instancia anterior con más I.V.A., si correspondiere (arts. 5, incs a), b) y c), 7 y 13 y cc. de la ley arancelaria).

4. REGISTRESE, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL N° /13. SDL. CONSTE.