En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, reunida en acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. María Fernanda Zanatta, y asistencia de la señora jueza de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y del señor juez de Cámara Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., S. B. c/ A. E. S. M. C. R. s/ SUMARÍSIMO -Tutela Sindical-", expte. nro. 530/17,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 493712), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 909), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Graciela Mercedes García Blanco, Dra. María Fernanda Zanatta y Dr. Ricardo Rubén Enrique Hayes.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 872/886vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

La Sentencia Definitiva nro. 62/2017 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción dispuso: Hacer lugar a la demanda y en consecuencia, disponer que la A. E. S. M. C. R., restablezca la jornada laboral desarrollada por la actora, Sra. S. P., con anterioridad al cambio notificado por la demandada mediante *memorandum* de fecha 19 de octubre de 2011 –o sea lunes a viernes de 07:00 h a 15:00 h y sábado por medio de 10:00 h a 14:00 h, y

condenar a la A. E. S. M. C. R., a abonar a la Sra. S. B. P., la suma que emerja de la liquidación que practicará la perita contadora actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la misma, suma que se incrementará más intereses. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los profesionales actuantes (fs. 872/886).

Contra la misma se alzó la parte demandada a fs. 889 incorporando memorial de agravios a fs. 891/893, que fueran contestados por la parte actora a fs. 895/898.

Se agravia la recurrente en tanto dice que el decisorio parte de premisas incorrectas respecto de la postura procesal de la demandada, sostiene cuestiones que no fueron así planteadas, o fueron justamente articuladas y fundadas de modo absolutamente opuesto, deviniendo ello en la arbitrariedad de la sentencia definitiva. Aduna que el fallo otorga eficacia probatoria desigual a los planteamientos de la parte actora en desmedro de la parte demandada, lesionando gravemente el debido proceso adjetivo con fundamentos meramente dogmáticos.

Sostiene que la sentencia principia su análisis y razonamiento lógico jurídico sobre una base errada y contraria a las constancias del expediente judicial, toda vez que en los considerandos afirma que la parte demandada nunca dijo cuál era la jornada laboral que debía cumplir la actora, y que por ello, habiendo incumplido el deber procesal de afirmar los hechos, se tenía por cierta la jornada laboral de 42 h semanales denunciados por la actora. Señala que tanto en la etapa prejudicial como en el memorial de contestación de

demanda, afirmó que la jornada debía ser de 44 h semanales conforme el Convenio Colectivo de Trabajo N° 122/1975.

Considera que al ser troncal la cuestión, da por tierra el resto de la construcción lógica-jurídica de la sentencia en tanto parte del error arbitrario de considerar que habría existido modificación de las condiciones laborales, lo que nunca sucedió conforme la contestación de la demanda y las declaraciones testimoniales de la Sras. M. C. S. y R. S..

Señala que en modo alguno implica que quede sin efecto el estatuto convencional al cual deben someterse el empleador y el trabajador, el hecho de que haya existido incumplimiento por parte de varios empleados del sanatorio.

Cuestiona que se afirme que la patronal dio un consentimiento tácito a la mejor jornada -42 h semanales que cumplía la accionante-, resultándole arbitrario que se aplique un estándar jurídico respecto de una parte para desconocer el mismo respecto de la otra, en tanto ningún juez decidiría que hubo un "consentimiento tácito" por parte del trabajador excediendo su jornada laboral, para negarle el derecho a percibir sus salarios proporcionales.

Afirma que se encuentra acreditado en autos a partir de las declaraciones testimoniales, además de las constancias documentales, que no existió el supuesto acuerdo alegado por la actora, y nunca hubo jornada especial a su favor, sino que la demandada en el año 2011 procedió a reestructurar el sector de recursos humanos y en un marco de control y revisión de las jornadas laborales cumplidas por los dependientes se

detectó que numerosos empleados incumplían, sin justificativo ni permiso, la jornada de 44 h semanales. Agrega que los empleados fueron entrevistados a efectos de comunicarles que debían proceder a cumplir con la jornada convencional respectiva, ante lo cual todos reconocieron lo correcto del planteo salvo la actora luego de un tiempo.

Indica que la misma sentencia reconoce que la actora accedió primero a cumplir con la jornada -como se dijo al contestar demanda-, pero luego se muta la línea pasando a canalizar todo el razonamiento lógicojurídico como si hubiese sido tan solo con relación a la accionante.

Hace hincapié en que la sentencia de primera instancia omite considerar la cuestión esencial de los cambios de actitud de la actora, que habiendo recibido nota con fecha 9 de noviembre de 2011, en la cual se informaba nuevamente que debía cumplir con la jornada laboral, se mantuvo en silencio por más de tres meses, para luego remitir su misiva CD 233884684 en la cual volvía sobre sus improcedentes reclamos.

Sostiene que lo actuado por la patronal demandada nunca pudo ser considerado como un uso abusivo del *ius variandi*, ya que surge de las testimoniales que se trató de medidas generales y que además no hubo tal variación, pues la jornada siempre fue de 44 h. Agrega que menos aún se puede pretender que guarde relación alguna con el estátus gremial de la actora.

Concluye que la sentencia adolece de clara arbitrariedad y resulta contraria a derecho por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con aplicación de las constancias de la caso. Solicita

se revoque en forma íntegra y, en consecuencia, se rechace la demanda a la actora con costas. Hace reserva del caso federal.

Análisis:

Sostiene el recurrente que la jornada laboral debía ser de 44 h semanales y no 42 h como tuvo por cierto la jueza *a quo* sin prueba y como arbitraria e infundadamente condenó.

La jueza *a quo* dejó establecido sobre la base de las pruebas colectadas en el curso del pleito que la jornada normal y habitual desarrollada por la actora era de lunes a viernes de 07:00 h a 15:00 h y sábado por medio de 10:00 h a 14:00 h. Sin voluntad de reiterar lo expuesto en la instancia de grado, remarco el concepto que al contestar demanda el hoy agraviado no expuso su verdad en contraposición con los hechos planteados por la actora, una carga procesal que operó en su perjuicio. A ello agrego que no se abstuvo de adoptar dicha medida sin antes cumplimentar con el presupuesto del art. 52 de la Ley 23551.

Surge del propio escrito de responde de demanda que el empleador advirtió trabajadores que no realizaban la jornada laboral prevista en la respectiva convención colectiva (fs. 247/252), situación que se dispuso a modificar en el año 2011.

De allí se desprenden dos cuestiones a establecer: la primera la existencia del consentimiento del empleador de una jornada menor que dice no fue tal, y segunda la facultad de modificarla.

En cuanto al primer punto, aclaro que el art. 198 de la LCT, según su redacción, ha admitido que por vía de un CCT se establezcan promedios para el cálculo de

la jornada máxima de acuerdo a las características de la actividad. La referencia a los contratos individuales que contiene la norma citada es para reducir la jornada no para ampliarla (Raúl Ojeda, ”Jurisprudencia laboral nacional y de la Pcia. de Buenos Aires”, pág. 638, T.II, ed. Rubinzal Culzoni).

La convención colectiva contempla un máximo sin perjuicio que las partes puedan arribar a acuerdos individuales, atendiendo a la circunstancias que ellos no pueden desmejorar la situación del trabajador, conforme los principios fundamentales en la materia, lo que implica que pueden reducir ese máximo.

Se reduce en realidad la cuestión como plantea el recurrente, porque reconocido esta que laboraba 42 h semanales con la prueba documental detallada en el fallo e incorporada a la causa que, más allá de sus expresiones, no contradice, y el reconocimiento expreso de la carga horaria mantenida por la actora, sosteniendo para su modificación que el convenio colectivo establece un máximo.

En la especie destaco la invariabilidad del horario desempeñado por la actora durante un período prolongado de tiempo (en el caso, más de 6 años -fecha de ingreso enero del 2006, modificación del horario octubre de 2011-) autoriza a interpretar que la jornada laboral era de 42 horas, por lo que -consolidada esa tácita condición de prestación originalmente pactadas- solo podía ser unilateralmente variada por el empleador respetando los límites que establece el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo y previa autorización judicial.

En ese sentido, he de seguir la doctrina del máximo tribunal de la pcia. de Buenos Aires en punto a que "la reiteración en el tiempo, por un lapso considerable, de la jornada y el horario de trabajo implica para el dependiente la expectativa de mantenerlo (*cf*. L. 103.010, "Segón", sent. del 11-XI2009 y L. 108.023 – "Segui, Juan Sebastián contra EMAPI S.A. Despido" 10/12/2014 SCBA).

El comportamiento objetivo de las partes (en dicho caso, el desempeño de servicios en un horario invariable durante un lapso tan prolongado) crea la confianza en el trabajador de continuar en esa situación cuando no se han producido motivos que justifiquen el cambio. Que en la especie no se dan, el empleador omite cualquier valoración excepto el máximo autorizado por el convenio.

Un "buen empleador", según la expresión del art. 63 de la Ley de Contrato de Trabajo, no puede ignorar que la reiteración de un comportamiento genera la convicción de su permanencia, por lo menos, en la medida que no se modifiquen otras circunstancias contractuales.

Por otra parte -y contrariamente a lo que, fugándose de la realidad, plantea el apoderado de la demandada en el recurso, cuando insiste en afirmar que fue la actora quien, unilateral y arbitrariamente, dispuso el horario de labor que habría de permanecer inmutable durante más de seis años, fue decidido por el trabajador, sin el consentimiento del empleador, lo cierto es decir, que se acordó tácitamente el horario que se mantuvo a lo largo del tiempo.

No otra interpretación cabe en razón del desigual poder negocial de las partes, que impide suponer que la trabajadora haya estado en condiciones de imponer a su

empleadora el régimen horario. Tengo por acreditada entonces la existencia de un acuerdo tácito en torno al horario de trabajo de la actora que fue consentida por el empleador, la posterior pretensión de la empleadora de modificarlo unilateralmente –documental incorporada a la causa- y la intención de no consentir ese cambio por parte del trabajador, puesta de manifiesto en el intercambio epistolar permiten encuadrar la situación en el marco del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La norma del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo debe armonizarse con los principios protectorio y de irrenunciabilidad que imperan en la materia (arts. 14, Constitución Nacional; 9 2do. párrafo, 10, 12 y ccs. de la L.C.T.).

Tampoco logra rebatir la impugnante la conclusión del tribunal relativa a que la modificación horaria dispuesta por la patronal resultó arbitraria e irrazonable, en tanto no se acreditó la existencia de motivos funcionales que pudiesen justificarla.

Ello así, pues no alcanza a conmover lo resuelto en la instancia de grado en orden a que, al modificar unilateralmente las condiciones de trabajo, la patronal transgredió los límites establecidos en el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo.

No asiste razón a la impugnante en cuanto postula que la actora consintió la modificación horaria dispuesta por la patronal.

Fue notificado por la accionada el cambio de horario el día 19 de octubre de 2011 (*memorandum* interno fs. 45, 98, 126 y 196), no resultó controvertido que la actora se opuso a tal modificación con fecha 26 de octubre de 2011, solicitando se restableciera el horario anterior y que fuera reconocida por la patronal en su responde.

Tengo para mí que, ante el escaso período de tiempo transcurrido entre la notificación del cambio de horario y la oposición formulada por la actora, no puede considerarse que haya mediado un comportamiento inequívoco de la trabajadora que conduzca a presumir su consentimiento (art. 58 L.C.T.), máxime cuando –como lo he sostenido anteriormente- la norma del art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo debe armonizarse con los principios protectorio y de irrenunciabilidad que imperan en la materia.

Por ello no he de admitir la queja; no existen argumentos dados por el recurrente que permitan inferir error por parte de la magistrada de grado.

En cuanto al procedimiento dispuesto a fs. 111 por la magistrada de grado, en principio señalo que con fecha fue 5 de mayo de 2011 la actora había adquirido la estabilidad gremial, al haber sido electa miembro de la C. D. A. T. S. A. F. C.

Para disponer cualquier modificación en el contrato de trabajo de un dependiente que se encuentra amparado por la garantía de la estabilidad sindical prevista en los arts. 40, 48 y 50 de la Ley 23551, se requiere –con carácter previo a la adopción de dicha medida- la tramitación de un proceso de exclusión de esta tutela sindical -tramitado en los términos de lo previsto por el propio artículo 52 de la Ley 23551- para otorgar de tal modo eficacia jurídica a la decisión que se intenta adoptar, y lo cierto es que, en el caso, no ha mediado dicha exclusión de la tutela de la que goza el trabajador accionante previo a disponerse el cambio de su horario.

Lo cierto es que la demandada ni siquiera ha esbozado la justificación de la modificación intentada,

por lo que la medida no cumplió con la razonabilidad exigida por el art. 66 de la LCT y trasunta, por lo tanto, un ejercicio abusivo e inválido de las facultades legalmente conferidas al empleador como destaqué previamente.

En el particular caso de marras, la decisión de la recurrente de modificar el horario de trabajo del trabajador, cuya actividad gremial en el establecimiento ha sido reconocida (arg. *cf*. art. 360, inc. 1°, del C.P.C.C.N.), constituyó una conducta tendiente a impedir u obstaculizar actos del ejercicio de la libertad sindical, por lo cual no puedo más que encuadrar el caso en el art. 47 de la Ley 23551. La simple manifestación efectuado por el empleador que no le afecta a su actividad gremial resulta meramente subjetiva y contraria al legislador constituyente que ha conferido a los representantes sindicales una específica e intensa protección en el campo de las relaciones laborales individuales (art. 14 bis Constitución Nacional) y, a su vez, el legislador ordinario reglamentó esa protección en el año 1988 al conferir una estabilidad "absoluta", tanto a los dirigentes sindicales como también a los delegados del personal en la empresa y a los candidatos a un cargo de representación gremial (para estos últimos la tutela dura seis meses desde la fecha de la postulación).

El legislador argentino, en lo que aquí interesa, ha diseñado un sistema por el cual "el empleador propone y el juez laboral dispone" en tanto que, antes de resolver el despido, la suspensión o el conocido "ius variandi", debe acudir de modo insoslayable y con carácter previo a la adopción de alguna de esas medidas,

al inicio de una acción sumarísima de exclusión de tutela.

Más aún la mayor parte de la jurisprudencia y doctrina del país ha entendido que si el empleador, pese a esa obligación que la ley le impone, adopta la medida sin antes obtener un pronunciamiento judicial firme de exclusión, ese acto extintivo cabe calificarlo "de ningún valor" al estar prohibido por la ley.

En síntesis digo que prevalece el bien jurídico protegido por la ley protectora de garantías, al ejercicio de la representación sobre la posibilidad de disposición de la empleada, obviando el análisis judicial de la situación.

Lo dicho es suficiente, a mi modo de ver, para afirmar que en la sentencia objetada no ha acontecido un exceso judicial.

La circunstancia de que el actor fuera sujeto de la protección organizada por la Ley 23551 obstaba a la modificación de sus condiciones de trabajo (en sentido amplio) durante el lapso legal de estabilidad (art. 48, Ley 23551), salvo exclusión de la garantía por decisión judicial (art. 52).

Sabido es que en caso de que el empleador, sin recurrir a la propuesta, adoptara alguna de las medidas vedadas, el trabajador puede optar por requerir su anulación por la vía sumarísima (en el caso, obtener el restablecimiento de las condiciones alteradas) o considerarse despedido.

El silencio del actor no implica asentimiento, ni obsta a posteriores reclamos, ya me expresé sobre el particular haciendo alusión al principio de irrenunciabilidad.

La demandada procedió a modificarle las condiciones de trabajo a la actora, quien se desempeñaba como integrante de la Comisión Directiva de una entidad gremial, al modificar el régimen horario mantenido durante 6 años sin efectuar previamente la exclusión de tutela prevista en el art. 52 de la Ley 23551, resultando insuficiente la argumentación brindada sobre la aplicación el régimen previsto en el convenio, en perjuicio del trabajador-gremialista, sin el procedimiento judicial.

En consecuencia, corresponde rechazar los agravios.

Las costas las impongo a la demandada apelante conforme principio general de la derrota (art. 69 del CPr). Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

A la segunda cuestión, la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1) Rechazar los agravios. Confirmar la sentencia venida en crisis.

2) Costas a la vencida. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del acuerdo.

A la primera cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

La sentencia de fs. 872/886 hizo lugar a la demanda instaurada por la Sra. S. B. P. y condenó a la A. E. S. M. C. R., a restablecer la jornada laboral desarrollada por la actora con anterioridad al cambio notificado mediante *memorandum* del 19/10/2011 y abonarle la suma que oportunamente se liquide con más intereses.

1. El recurso:

Contra la misma, se alzó la demandada conforme reseñó quien abre el acuerdo.

Los antecedentes del caso y los agravios también fueron reseñados por quien me precediera en la emisión del voto, razón por la cual resulta innecesaria su reiteración, sin perjuicio de referirme a los mismos a los fines expositivos.

2. Tratamiento de los agravios:

Adelanto que la queja no puede prosperar porque el hecho de que la demandada le impusiera a la actora una jornada de trabajo de lunes a viernes de 8 horas diarias y los sábados de 4 horas (44 h semanales), siendo que durante 5 años trabajó 8 horas diarias de lunes a viernes y sábado por medio 4 horas (totalizando 42 h semanales), se exhibe como un ejercicio abusivo del "ius variandi".

La demandada acusa a la sentenciante de partir de afirmaciones erróneas. Dice que la sentencia le achaca no haber dicho cuál era la jornada laboral que debía cumplir la actora cuando en la contestación de la demandada y la comunicación previa afirmó varias oportunidades que la jornada debía ser de 44 h semanales.

Es cierto que afirmó la extensión que debía cumplir pero también es cierto que a pesar de su negativa inicial no dijo cuál era la jornada que cumplía efectivamente la actora, de allí que la jueza, por aplicación del art. 360 inc. 1 del CPr. y la prueba obrante en la causa (testimoniales que dan cuenta de la modificación en el horario que se pretendió implementar a partir del cambio de jefe de personal y los horarios que cumplía la actora) tuvo como jornada normal y habitual desarrollada por la actora la denunciada en la demanda.

A ello agrego que expresamente se refirió a la jornada máxima que debía cumplir y dijo: ”la actora fue uno de los varios empleados que incumplían la jornada laboral de 44 h”. Evidentemente cumplía una jornada menor, y no habiendo dicho y probado cuál era la que cumplía la conclusión de la jueza se imponía.

En cuanto a la valoración de la prueba testimonial que el recurrente dice acreditaría que se trató de medidas generales y no exclusivas respecto de la actora, resulta una apreciación subjetiva, pues tanto la testigo S. como S. fueron contestes en señalar que existían distintos sectores, con organización particular cada uno de ellos.

La Sra. S. pertenecía a administración y si bien reconoce una reunión sobre la extensión de la jornada de trabajo, señaló que respecto de su sector, no se trató de extender la cantidad de horas semanales, sino de la distribución del mismo. Por su parte la Sra. S. refiere a su situación personal y que los demás empleados “siempre tuvieron las 8 horas”.

Y ambas dieron cuenta de la jornada que cumplía la actora, con lo que no puede excusarse a su respecto diciendo que se trataba de una medida general y desconocer el acuerdo tácito con la actora en cuanto al cumplimiento de una jornada de 42 h semanales por más de 5 años.

Efectivamente medió un acuerdo tácito respecto de la extensión de la jornada, pues fue la modalidad impuesta a lo largo de la relación laboral lo que otorga virtualidad obligatoria a dicha práctica, en el marco de los arts. 1 inc. e) y 46 de la LCT. (*cf*. CNAT 30/3/1995 AR/JUR2580/1995).

Tal extremo, la duración de la jornada laboral de la actora, no ha logrado ser rebatido ni por las pruebas agregadas a la causa –comunicaciones previas a la contienda, testimoniales y reconocimiento de la demandada por negativa genérica-, ni por las argumentaciones del apelante, todas fueron debidamente atendidas en la instancia de grado y en el voto que me antecede.

Es que la duración de la jornada forma parte del núcleo central del contrato desde que por ella se mide o cuantifica la prestación del trabajo, por ello no es válido el ejercicio del *ius variandi* a su respecto (Jorgelina Alimenti, en "Ley de Contrato de Trabajo", coord. por Ojeda, Horacio Raúl, ed. Rubinzal Culzoni, T. I, p. 437).

Por otra parte, el silencio del trabajador no convalida ninguna decisión que en tal sentido efectúe el empleador ni impide cualquier posterior reclamo por el principio de irrenunciabilidad que campea en la materia a favor del trabajador (art. 12 LCT).

A ello se agrega la protección sindical que contaba la actora por su condición de miembro de la Comisión Directiva de la Asociación de Trabajadores de la Sanidad Argentina filial Chubut –secretaria de actas- que fuera debidamente notificado a la empleadora el 14/6/2011 (fs. 26) y que soslaya la expresión de agravios. Protección que rige desde la postulación para el cargo (art. 29 Dec. Ley 467/1998), que también fue notificada con anterioridad (ver fs. 29 y 40).

Frente a la clara normativa del art. 52 de la Ley 23551, el empleador que pretende suspender o variar las condiciones de trabajo de un representante gremial debe

interponer una demanda en la que concretamente describa los hechos y exprese cuál es su propuesta –del dictamen del procurador general del trabajo- (CNAT, Sala II, 16/11/91, DT 1991-A-343).

Considero que las razones dadas adicionadas a las vertidas por la colega preopinante determinan el rechazo del recurso.

3. Costas y Honorarios:

En virtud de la decisión a la que arribo, las costas de esta instancia las impongo a la demandada vencida.

Para regular los honorarios profesionales se aplicará el art. 13 teniendo en cuenta el mérito de los trabajos profesionales de las partes y el resultado obtenido. Propongo fijar los del Dr. E. N. en el 25% y los de la Dra. C. I. M. en el 28%, en ambos casos a calcular sobre la regulación efectuada para la primera instancia y con más el IVA si correspondiera.

A la segunda, cuestión, la Dra. Zanatta dijo:

Por coincidir en la solución del caso, adhiero a la fórmula postulatoria propuesta por la Dra. García Blanco.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Hayes no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Rechazar los agravios y confirmar la sentencia de fs. 872/886vta. venida en crisis.

2) Costas a la vencida.

3) Regular los honorarios profesionales del Dr. E. N. en el veinticinco por ciento (25%) y los de la

Dra. C. I. M. en el veintiocho por ciento (28%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Jueza de Cámara

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2017
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARCELO ANDRÉS NICOTERA Secretario de Cámara