

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

Importancia	Fecha	Procedimiento	Ficha	Tipo
MEDIA	26-06-2019	OTROS	0370-000073/2018	DEFINITIVA
Materias				
DERECHO LABORAL				
Firmantes				
Nombre		Cargo		
Dra. Doris Perla MORALES MARTINEZ		Ministro Trib.Apela.		
Dra. Maria Rosina ROSSI ALBERT		Ministro Trib.Apela.		
Dr. Julio Alfredo POSADA XAVIER		Ministro Trib.Apela.		
Redactores				
Nombre		Cargo		
Dra. Maria Rosina ROSSI ALBERT		Ministro Trib.Apela.		
Discordes				
Abstract				
Camino		Descriptorios Abstract		
DERECHO LABORAL->CESE DE LA RELACION LABORAL->DESPIDO INDIRECTO				
DERECHO LABORAL->PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO->PRINCIPIO DE CONTINUIDAD->TRANSFORMACIONES DEL CONTRATO DE TRABAJO->DIFERENCIA CON EL IUS VARIANDI				
Descriptorios				
Sentencias Similares				
Resumen				
Jus variandi y despido indirecto. El Tribunal confirma la sentencia de primera instancia, que desestimó la demanda.				

p { margin-bottom: 0.21cm; }

DFA-0012-000271/2019 SEF-0012-000194/2019

SENTENCIA DEFINITIVA

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

DIAZ, LUIS EDUARDO c/ CITA S.A. - Recursos Tribunal Colegiado

0370-000073/2018

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

MINISTROS FIRMANTES: DRA. DORIS MORALES. DRA. ROSINA ROSSI. DR. JULIO POSADA.

Montevideo, 26 de junio de 2019 .

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

VISTOS EN EL ACUERDO:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “ **Díaz Luis c/ CITA SA. Proceso laboral ordinario. Recursos Tribunal Colegiado** ” IUE: **0370-000073/2018**, venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva n.17/2018 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de San José de 2do. Turno, Dra. Silvia María Vespa Di Nunzio.

RESULTANDO:

1. Dictada la sentencia definitiva de primera instancia, en término compareció la parte actora interponiendo recurso de apelación que sustanciado, fue concedido y franqueado, ingresando los autos a este Tribunal el 28.5.2019. El Acuerdo fue fijado para el 18.6.2019 y, pasaron los autos a estudio y en la fecha anunciada se acordó sentencia y hoy se procede a su dictado.

2. Fue necesario realizar estudio sucesivo en atención a que la Sala carece de medios técnicos apropiados para realizarlo en forma simultánea como dispone el art. 17 de la ley 18.572. Aún así , como surge de autos, acordada sentencia se dicta en el plazo legal de treinta días computables desde que los autos ingresaron al Tribunal.

CONSIDERANDO:

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas, revocará la sentencia de primera instancia y condenará a la demandada a pagar al actor la indemnización por despido por haber entendido configurado el despido indirecto.

2. La sentencia definitiva de primera instancia n. 117/2018 desestimó la demanda.

La parte actora dedujo recurso de apelación agraviándose de la solución de la sentencia respecto del rechazo de su pretensión de condena por la indemnización por despido por la configuración del despido indirecto y de la multa prevista en

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

el art. 29 de la ley 18.572.

Además, invocó la ocurrencia de un hecho nuevo.

La contraria evacuando el traslado del recurso , abogó por la confirmatoria.

3. El caso de autos vinculado al punto que abre la alzada.

Sostuvo el accionante en lo medular que trabajó para la demandada en calidad de chofer de ómnibus interdepartamental cubriendo recorridos entre San José y Montevideo en tramos de ruta 1 y ruta 11. Agregó que su remuneración era a destajo y por kilómetro recorrido y que siendo su kilometraje promedio de 16.000 por mes, a partir del año 2017 sufrió reducciones. Agregó que como la empleadora comenzó un plan de rotaciones entre los choferes, le arrojó una disminución de kilómetros recorridos y por ende también del salario.

En base a ello se consideró indirectamente despedido comunicándolo al empleador por telegrama el 13.11.2017 a la hora 10.14.

La demandada por su parte repelió la pretensión argumentando que efectivamente el actor era retribuido a destajo y que el 13.9.2013 había pactado con el sindicato de trabajadores de la empresa (Asociación de Trabajadores de CITA-ATC) , la implementación de las llamadas rotaciones de servicios para personal de plataforma. Indicó que la parte final de la cláusula cuatro expresaba que “la empresa quedará obligada a incorporar mas conductores para el caso que haya un aumento permanente de servicios fijos o liberada para reducir kilómetros que permitan racionalizar los recorridos mensuales si se genera una baja en la demanda existente con el objetivo de alcanzar la eficiencia y proteger la fuente de trabajo. “

4 Denuncia de hecho nuevo culminado el trámite de primera instancia.

La parte demandada cuando evacuó el traslado del recurso de apelación relató un hecho que según dijo era nuevo y ofreció probarlo.

La Sala no hará lugar a la petición por cuanto, el hecho que relata y que pretende introducir en el proceso no guarda relación con los puntos principales en debate.

Por otra parte, el acto procesal que pretende no se encuentra previsto en el sistema laboral procesal y su importación del derecho común claramente colidiría con el principio de celeridad, por lo que la integración no sería posible. (art. 31 ley 18.572) En base a este argumento la Sala se ha expedido también respecto al ofertorio de prueba en segunda instancia. (antecedentes sentencias nros 255/2014; 234/2015; 280/2018)

5. Los agravios de la parte actora.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

5.1. El despido indirecto.

El accionante planteó la causa que habría originado su decisión de considerarse indirectamente despedido: teniendo un promedio de 16.000 kms recorridos por mes, a principios de 2017 le fue reducido a 14.000 y luego a 12.000, importando una reducción sensible en su retribución.

La demandada, como surge de la contestación de la demanda no controvertió el hecho de la reducción del número de kilómetros de servicios asignados y recorridos por el actor, sino que lo justificó dos causas: una, la existencia de un acuerdo con el sindicato de trabajadores de la empresa, que la habilitaba en tal sentido. Otra, que en diciembre de 2016 había dejado de operar las líneas Montevideo-Libertad, y Montevideo-Libertad km 26, líneas directamente vinculadas a la línea Montevideo-San José- Montevideo; y en agosto de 2017 había hecho lo propio respecto de la línea internacional Montevideo-Buenos Aires- Montevideo. Agregando que ello la llevó a tener que disminuir los servicios.

Por cuanto viene de decirse, en el caso, el hecho que fuera causa del despido indirecto alegado, – reducción del número de kilómetros asignados – debe darse por cierto. Y corresponde entonces valorar si tal acción del empleador modificando el haz obligacional de la relación de trabajo, constituiría un incumplimiento derivado de un jus variandi ilícito, que pudiera dar lugar al pretendido despido indirecto y la condena a la demandada a pagar la indemnización por despido.

5.1.1. Despido indirecto generado por jus variandi ilícito.

El ordenamiento jurídico – de alcance general – no regula el poder del empleador de despedir ni el instituto del despido directo ni el indirecto. Ambos, despido directo e indirecto, obedecen a una construcción dogmática-jurisprudencial. Esta identifica el *despido directo* como aquel dispuesto por voluntad del empleador y en contraste, el *despido indirecto* como aquel resuelto por voluntad del trabajador con fundamento en el incumplimiento de aquel.

Es esta la diferencia sustancial – provocadora en cascada de otras – entre uno y otro instituto. La diferencia no refiere a la indemnización que genera sino a la forma de producción.

Ahora bien.

En la medida que el accionante ubica el acto decisorio del empleador de asignarle menos servicios mensuales, como ilustrativo del incumplimiento del empleador y éste a su vez, aunque implícitamente lo admite, plantea una justificación, correspondía inexorablemente a efectos de dilucidar el debate, analizar la causa de justificación invocada.

Debe verse que ni demanda ni contestación visualizan, o por lo menos no lo expresan hasta la hora de alegar, que el debate planteado pone en la mesa de análisis, el instituto del jus variandi y sus límites. Así las cosas en la perspectiva del actor el jus variandi ejercido por el empleador sería ilícito por sobrepasar sus límites mediante la reducción de la asignación de servicios y por ende kilómetros a recorrer y por ende a su vez, de su retribución. Y desde el punto de vista del empleador,

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

este hecho no arrojaría ilicitud alguna por cuanto obedecería a una causa objetiva vinculada a las necesidades de la empresa que a su vez, se creaban por incidencia de la regulación de terceros en tanto el transporte constituye un servicio público sujeto a control del Estado.

5.1.2. Las razones de la modificación dispuesta por CITA SA.

Estando fuera de discusión la ocurrencia del hecho invocado por el actor, correspondía ingresar en el análisis de la ocurrencia y valor de los hechos esgrimidos por la demandada como causa de justificación de la variación del número de kilómetros asignados para recorrer al actor.

En tal sentido expresó y acreditó CITA SA la supresión de servicios por haber dejado de operar algunas líneas, como consecuencia de la decisión de la autoridad competente en la regulación de transporte. Además, invocó y acreditó haber pactado un convenio con el sindicato de la empresa la Asociación de Trabajadores de CITA (ATC) según surge de fjs. 136 y sgtes.

CITA SA persiguió hacer valer que la cláusula cuarta del acuerdo consignaba que “La empresa quedará obligada a incorporar más conductores para el caso que haya un aumento permanente de servicios fijos o liberada para reducir kilómetros que permitan racionalizar los recorridos mensuales si se genera una baja en la demanda existente con el objetivo de alcanzar la eficiencia y proteger la fuente de trabajo. “

La sentencia desestimó la demanda entendiendo que no había acaecido incumplimiento de CITA SA planteando los siguientes fundamentos principales: el trabajador era remunerado como destajista y en consecuencia era razonable que todos los meses percibiera un monto del salario diferente y en función del destajo; la empleadora no retribuía por debajo del laudo para el sector producido por el respectivo consejo de salarios, el convenio que había pactado con el sindicato de la empresa era más beneficioso para los trabajadores y en consecuencia también alcanzaba la situación del actor.

La parte actora y apelante reprochó a la sentencia el rechazo de su pretensión de condena por la indemnización por despido, agravándose especialmente de los fundamentos referidos a la modalidad de retribución a destajo, a la relación entre lo que CITA SA abonaba y el mínimo previsto en el laudo para la categoría, a que el acuerdo del 13.9.2013 fuera más beneficioso para el trabajador, y finalmente , en que tal acuerdo le fuera aplicable por su condición de no afiliado al sindicato.

La Sala entiende que le asiste razón a la apelante en cuanto a sus tres primeros argumentos.

Efectivamente, en cuanto al primero, la retribución a destajo si bien importa que el trabajador no todos los meses cobre lo mismo, la causa de ello no debe guardar relación con la acción del empleador, sino del propio trabajador al producir. El destajo, importa la retribución por producción del mismo trabajador. Pero no supone como pareció entender la sentencia, que la variación del monto de la retribución obedezca al traslado de los riesgos que son propios del empleador. De allí que se comparte con la apelante que el fundamento de la sentencia en este aspecto es derrotable.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

Por su parte, en cuanto al segundo fundamento de la sentencia, también le asiste razón a la apelante en punto a que el accionante nunca postuló que CITA SA le abonara por debajo del mínimo del laudo del Consejo de Salarios. Por el contrario, claramente expresó en la demanda que la reducción de kilómetros había sido de un promedio de 16.000 a 14.000 primero y luego a 12.000. Y el laudo marca un mínimo asegurado de 8.000 kms a recorrer por mes. O sea como bien expresó la apelante la argumentación de la sentencia en este sentido, estaba claramente fuera de los hechos invocados.

El tercer argumento de la sentencia que agravó al actor, también podría compartirse. Ello por cuanto la sentencia califica el convenio como “más favorable” para los trabajadores, recogiendo únicamente lo planteado por la empleadora, pero sin siquiera explicitar cuáles serían las fuentes normativas que compara ni los criterios de comparación. Ello habida cuenta del histórico debate entre la aplicación de la teoría del “conglobamento”, la teoría del “cúmulo” y el criterio intermedio del “conglobamento orgánico” o comparación por institutos.

El cuarto argumento de reproche del apelante, constituye un aspecto decisivo. En efecto. Debe verse que enfatiza el apelante que el convenio del 13.9.2013 pactado entre CITA SA y la Asociación de Trabajadores de CITA (ATC) no le era oponible por cuanto e incluso lo destaca con mayúscula y negrita a fjs. 394 vlto. “NUNCA ESTUVO SINDICALIZADO”.

Este argumento de hecho que pretendió hacer valer la parte actora para determinar su suerte en la sentencia a dictarse, - que nunca había estado afiliado al sindicato pactante- era, realmente medular. Concretamente, un hecho principal con muy clara proyección en la aplicación del derecho.

Ello por los siguientes fundamentos:

Primero, teniendo en cuenta este hecho el objeto del proceso tomaba un cariz totalmente distinto. En efecto. Solo se podía valorar si había existido o no jus variandi ilícito, si se analizaban los efectos del convenio del 13.9.2019.

Segundo. Teniendo en cuenta este hecho el objeto del proceso pasaba a estar ceñido a resolver los efectos del convenio del 13.9.2019 siendo concretamente el punto principal la determinación de los alcances subjetivos de un convenio colectivo bipartito y de empresa respecto de un trabajador no afiliado a la organización sindical pactante.

Tercero. Se visualiza la trascendencia del punto cuando se advierte que la ley 18.566 sobre negociación colectiva, reglamenta la negociación colectiva bipartita en el capítulo IV, pero únicamente refiere a la legitimación activa de los sujetos pactantes (art. 14) , y al alcance subjetivo de los convenios colectivos de sector, pero no los reglamenta respecto de los de empresa.

Y ello trae al presente dos posturas doctrinarias históricas también en punto al alcance subjetivo del convenio colectivo bipartito: una, la de Plá Rodríguez quien entendía que los convenios colectivos comunes – vale decir que no contarán con ley especial que los regulara – solo alcanzaban a los trabajadores afiliados a la organización pactante. (“Régimen legal vigente en Uruguay sobre convenios colectivos). Otra, la de H.H. Barbagelata quien entendía que tenían efectos erga omnes

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

(Derecho del Trabajo . T.I , 1978 pag.93)

Ello sin perjuicio de poder inferir que los dos autores partían de un convenio colectivo de mejoramiento y no in peus, punto que también estaba en el debate de autos aunque dependía de la decisión sobre el primero.

Cuarto. El actor nada dijo de la existencia del convenio colectivo de empresa, en la demanda. Tampoco respecto a su ausencia de afiliación al sindicato.

El convenio colectivo – como hecho jurídico con efectos en la pretensión – fue traído al proceso en el relato de hechos de la demanda en la contestación de la demanda. Y no se incluyó en el objeto del proceso, ni por ende se debatió en autos, la incidencia de la no afiliación del trabajador al sindicato pactante. Ello por cuanto, este segundo hecho, fue traído por el actor al proceso, por primera vez al alegar de bien probado. En efecto. Por primera vez expresa el actor que “...el acuerdo entre sindicato y empresa no es oponible a éste, ya que el trabajador nunca formó parte del sindicato de trabajadores de CITA”. (fjs. 364 vlto)

La Sala no puede conjeturar si el trabajador conocía o no la existencia del convenio colectivo del 13.9.2013 por lo que no puede reprocharle no haber consignado esta defensa en la demanda. Empero, luego de que la demandada lo hiciera valer en la contestación de la demanda como uno de los hechos principales de su defensa, el actor pasó a estar en situación de carga en el sentido de que si conocía un hecho que fuera coartada del afirmado en la contestación, tenía que traerlo al proceso y en su caso probarlo.

Efectivamente. Frente al planteo de la demandada en punto a la existencia y eficacia del convenio colectivo de empresa, el actor haciendo uso del derecho a denunciar y probar un hecho propio que recién pasó a tener trascendencia a raíz de la defensa de la contraria, como era en el caso, que no había estado nunca afiliado al sindicato pactante. Ello con fundamento en el art. 118 .3 del CGP, que ingresa al proceso laboral por remisión directa de la ley 18.572. Concretamente el art. 8 de la ley 18.572 remite al art. 117 del CGP, y éste en el numeral 4, a su vez, al art. 118. De allí que el trabajador tenía oportunidad procesal de denunciar y ofrecer prueba en su caso, de un hecho que podría neutralizar la defensa planteada por la demanda en la contestación.

En definitiva si este hecho – la no afiliación al sindicato pactante - la Asociación de Trabajadores de CITA (ATC) – no se trajo al proceso tempestivamente, mal podría hoy la Sala evaluarlo a los efectos de calibrar si el convenio colectivo bipartito del 13.9.2013 podía legitimar o no la modificación dispuesta por la demandada respecto de la asignación de servicios y por ende de kilómetros a recorrer.

En la medida que este constituye el argumento principal del apelante en el que insiste especialmente, por las razones que vienen de indicarse , no podrá tenerse en cuenta.

Debe verse que el proceso laboral ordinario, conforme surge de la exposición de motivos de la ley 18.572, nace y se desarrolla a medida del derecho sustantivo. Esto es a medida del Derecho del Trabajo. Y, la ausencia de igualdad procesal –

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

que claramente deriva de la ausencia de igualdad sustantiva – no significa que haya sido desplazada la bilateralidad. En este sentido, las dos partes cuentan con la posibilidad de actuar los mismos actos procesales. Y, de admitirse la inclusión de un hecho principal al alegar, se estaría mitigando la bilateralidad y el derecho de defensa de la demandada. Ello por cuanto, se estaría considerando un hecho, con clara influencia en el derecho, del que la empleadora no habría podido defenderse. Justamente, por cuanto no tuvo oportunidad procesal para ello en tanto el hecho fue incorporado a la hora de alegar de bien probado.

En definitiva, y por los fundamentos que vienen de exponerse no se admitirá el agravio.

5.2. Los restantes agravios.

Cuanto viene de expresarse deviene que los restante agravios carezcan de objeto.

6. Accesorios de alzada.

La actuación de las partes no merita condenas particulares manteniéndose entonces las de primera instancia.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, **FALLA:**

1.

Desestímase el ofertorio de prueba.

2.

Confírmase la sentencia de primera instancia por otros fundamentos.

3.

Costas a la accionada y los costos en el orden causado. Honorarios fictos 3 B.P. y C. Remítase a la Sede de origen.

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

DR.JULIO ALFREDO POSADA XAVIER

PRESIDENTE

DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ

MINISTRA

DRA. MARÍA ROSINA ROSSI ALBERT

MINISTRA

DRA. ADELA SAAVEDRA DELLE PIANE

SECRETARIA LETRADA

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

Concuerta con el original firmado por los Sres. Ministros, que tengo a la vista.-

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT

Concuerta con el original firmado por los Sres. Ministros, que tengo a la vista.-

Sistema de Jurisprudencia Nacional

Nro: 194/2019

Oficina: Tribunal Apelaciones Trabajo 1ºT