

SENTENCIA DEFINITIVA

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE PRIMER TURNO

TATO, GONZALO c/ SILACOR S.A. - Recursos Tribunal

Colegiado

0002-021086/2018

MINISTRA REDACTORA: DRA. DORIS MORALES MARTINEZ.-

MINISTROS FIRMANTES: DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ;

DRA. ROSINA ROSSI ALBERT; DR. JULIO POSADA XAVIER.-

MONTEVIDEO 6 DE FEBRERO DE 2018.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva estos autos caratulados "TATO, GONZALO C/ SILACOR S.A. RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO" (Ficha 0002-021086/2018), venidos en apelación del Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 15to turno.-

RESULTANDO:

1- La Sala acepta el relato de antecedentes procesales que se consigna en la sentencia apelada y procede a dictar sentencia, alcanzada la mayoría legal

correspondiente.-

La sentencia definitiva de primera instancia número 93/2018, de 10 de octubre de 2018 (Fs. 135 a 158), condenó a la demandada a abonar a la parte actora la indemnización por despido, por las suma reclamada, mas multa, reajuste e intereses, no haciendo lugar a los daños y perjuicios reclamados, sin especial condenación.-

A fojas 161 la parte demandada dedujo recurso de apelación, agraviándose porque se consideró que existió ejercicio abusivo del jus variandi.-

Por Auto 1706/2018, de 25 de octubre de 2018, se otorgó traslado del recurso (Fs. 165).-

A fojas 167 fue evacuado el recurso, abogando por su rechazo.-

Por Auto 1886/2018, de 15 de noviembre de 2018, se franqueó la alzada (Fs. 172).-

Llegaron los autos al Tribunal con fecha 3 de diciembre de 2018 (Fs. 178) y con fecha 4 de diciembre de 2018, se fijó fecha para el acuerdo y se pasó a estudio (Fs. 179).-

CONSIDERANDO:

1- Agravia a la demandada que se haya concluido que hubo despido indirecto, en tanto el a quo por un lado dice que no hubo voluntad de perjudicar al trabajador, pero a la vez también señala que debió hablar primero con él y buscar el consentimiento para el cambio de tareas propuesto, tratando de llegar a un acuerdo o, en su caso, despedirlo, agregando que el sentenciante dijo que no se habían cambiado las condiciones de trabajo de forma sustancial, señalando que existió una errónea valoración de la prueba, en tanto el a quo dijo que al actor "le cayó mal" el cambio de tareas, que no se encontraba capacitado para ellas y que le requería mayor esfuerzo físico, lo que no surge de la prueba que cita, por lo que concluye que no pudo tenerse en cuenta las manifestaciones subjetivas del actor, afirma también que la sentencia se contradice al decir que el jus variandi no puede afectar el cambio de categoría y remuneración y a la vez reconocer que en autos no se afectaba la categoría del trabajador ni la remuneración, concluyendo en que el actor abandonó su trabajo al no aceptar los cambios razonables que se le propusieron, cambios que están

justificados por la situación de falta de trabajo en el sector dónde trabajaba el actor.-

2- El actor dijo que la empresa se dedica a la actividad de recauchutaje y a la vez, tiene lavaderos de ómnibus, tratándose de dos tareas absolutamente diferenciadas, habiendo realizado siempre las mismas tareas consistentes en cortar bandas, cementar cubiertas y bandas y hacer cemento, tarea que se llevaba a cabo exclusivamente en el taller e implica cierta pericia y conocimiento, encargándose también de cerrar el local, desempeñándose de 9 a 18:45, percibiendo \$ 21.431, siendo enviado al seguro de desempleo en mayo de 2017 hasta setiembre de ese año, notando un cambio en la actitud hacía él cuando se reintegro, informándole al inicio que sería despedido, pero luego se le otorgó licencia, empezando a ser víctima de un gran vacío, dado que no le indicaban las tareas, pero siguió realizándolas, hasta que lo enviaron a lavar ómnibus a la intemperie, lo que constituyó despido indirecto, pues hubo un cambio radical en sus tareas, pasando a ser de menor jerarquía y además de la modificación de las tareas, también

debía ingresar a las 7, cuando lo hacía a las 9, agregando que la nueva tarea se realizaba en diferentes locales.-

La demandada dijo que la tarea del actor no requería especialización, que el horario era de 7 a 16:45, no siendo el único que tenía llave del local, admitiendo que con el tiempo empezó a ingresar mas tarde, así como el envío al seguro de desempleo, afirmando que ello fue ocasionado por la falta de trabajo, la que se agudizó luego de la finalización del seguro de desempleo, dado que sufrió la pérdida de clientes y el cierre de Raincoop, agregando que el resto de los empleados enviados al seguro de desempleo fueron despedidas, pasando de seis empleados a tres, afirmando que el actor no fue objeto de vacío alguno, comunicándole el cambio de tareas, que ahora consistirían en limpiar las unidades en el interior, con el mismo sueldo y una hora diaria menso, desempeñándose en un local contiguo, por lo que prácticamente no se le cambiaron las condiciones de trabajo, habiéndolo intimado a reintegrarse, dado que no se presentó a trabajar en la nueva tarea, por lo que

se consideró que hubo abandono de trabajo.-

3- Se coincide con el apelante en cuanto a las contradicciones en que incurre el a quo, así como la introducción de aspectos subjetivos ni siquiera propuestos y obviamente, menos aún probados por el accionante, sin perjuicio de no compartirse el tono coloquial en que se expresa, afirmando por ejemplo, que al actor "le cayó muy mal" el cambio de tareas (Fs. 155), lo que podría inferirse, pero no fue dicho.-

4- Los extremos de hecho alegados no han sufrido en gran parte, controversia, puesto que efectivamente el actor fue enviado al seguro de desempleo y luego fue cambiado de tareas.-

Lo debatido, en cambio, era si las nuevas condiciones de la tarea ofrecida determinaban un ejercicio abusivo del jus variandi, en cuyo caso, habilitarían la procedencia del despido indirecto alegado.-

5- Según Plá Rodríguez "el despido indirecto se configura siempre que el empleador viola el contrato de trabajo" (Curso de D. Laboral, T. II, Vol. I, Pág. 249), justificando la existencia de la figura en tanto,

"la equiparación de estos hechos con el despido no solo deriva de la aplicación de la regla "non adimpleti contractus", sino del hecho de que, de no aplicarse ese criterio, sería muy fácil eludir las disposiciones que limitan o sancionan el despido: se tomarían aquellas medidas que tornaran insostenible la continuación del trabajador en la empresa para que el trabajador se viese obligado retirarse él mismo del trabajo" (Op. Cit. Pág. 249).-

Es el actor, que alega el despido indirecto, quien tiene la carga de probar los incumplimientos a que alude y, a su vez, luego corresponderá determinar si los mismos tienen entidad suficiente para determinar que la situación se torna insoportable, haciendo imposible la continuación del vínculo.-

Aún así, en autos, la demandada alegó el abandono del trabajo, pero en forma voluntaria, por tanto tenía la carga de probar tal circunstancia, requiriendo para ello que se demuestre que el empleador de algún modo fue ajeno a la decisión rescisoria, en la medida que obró a favor de la continuidad del vínculo, arbitrando algún medio para que quedara constancia que

su voluntad era la de continuar la relación.-

En el análisis de lo debatido en autos, también debe atenderse a un principio básico del vínculo laboral, como es el de ajenidad del riesgo, puesto que el trabajador no puede verse perjudicado en función de los avatares económicos del empleador, aún cuando, en su caso, ello puede afectar la relación y también, en algunos casos puede justificar una decisión que puede ser perjudicial para el empleado, sin que amerite considerarla como agravante.-

Señala Barbagelata que "los primeros criterios se fundan en que ninguna de las partes puede separarse unilateralmente del cumplimiento del contrato de trabajo y particularmente que en el contrato de trabajo la parte del obrero no participa ni en los beneficios ni en los riesgos económicos de la empresa" (Manual de D. del Trabajo, Pág. 274).-

Plá Rodríguez (Curso de D. Laboral, T. 1, Vol. 1, Pág. 93), que el trabajo "debe ser por cuenta ajena, lo que significa que los frutos del trabajo _las resultancias del esfuerzo del trabajador_ son atribuidos inicial y directamente a persona distinta de

la que ejecuta el trabajo", señalando además que "esta característica lleva como consecuencia que el trabajador no corre el riesgo por la colocación del resultado de su trabajo".-

De acuerdo a lo señalado, resulta incompatible con un vínculo laboral, la asunción de riesgos, así como, la puesta a disposición de bienes propios para la realización de la tarea, de lo que se deriva prueba clara acerca de que parte del gasto que genera la actividad corre por cuenta de quien pretende ser empleado.-

6- Este Tribunal ha dicho que "quien alega el ejercicio del jus variandi en las condiciones que la ley admite tiene la carga de demostrar que la modificación que pretende tiene una justificación objetiva, que impone la misma" (Sentencia 245 de 24 de setiembre de 2007).-

Señala Plá Rodríguez (Los principios del Derecho del Trabajo Pág. 382) que la potestad patronal que tiene concreción en el jus variandi debe "ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente

válidas para justificar su ejercicio".- Las condiciones de trabajo deben mantenerse inalterables según las reglas fijadas al iniciarse el vínculo, no obstante lo cual, por causas justificadas, esas condiciones pueden ser modificadas, siempre y cuando no signifiquen alguna violación a derechos adquiridos por el trabajador y aún de ser así, siempre que sea imprescindible para el normal funcionamiento de la empresa, debiendo el empleador acreditar que existen causas objetivas que la habilitan a la modificación de las condiciones de trabajo, porque la aplicación del jus variandi "está condicionada en su ejercicio a que eso no determine perjuicio moral ni material para el trabajador" (Conf. Sentencia de la Sala N° 85 del 11 de abril de 2005).-

Las potestades decisorias del empleador respecto a la modificación de las condiciones originalmente pactadas, en referencia a cuestiones tales como, el horario, lugar de trabajo, tareas desempeñadas, etc., tienen un límite preciso, que está determinado por la imposibilidad de traspasar la barrera que implica no desconocer los derechos que ha

adquirido el trabajador a prestar la tarea según las condiciones pactadas y a su vez, una necesaria justificación mediante la acreditación de que es imprescindible y necesaria para el normal desarrollo de la actividad, lo que significa que no puede proceder de una decisión arbitraria.-

Quien alega el ejercicio correcto del jus variandi, tiene la carga de demostrar que la modificación que pretende tiene una justificación objetiva que impone la misma, es decir que cualquier empresario, en iguales circunstancias, habría obrado de igual manera, remitiéndonos a la figura del buen padre de familia, es decir, aquél que se encuentra en la situación media, que refleja, entonces la razonabilidad del proceder.-

No basta tampoco con acreditar las causas invocadas, sino que ellas deben ser consideradas como razonables para justificar una consecuencia necesariamente dañosa para el trabajador, al punto que la propia introducción de la demanda, verifica el perjuicio que se pretende haber sufrido.-

Ni la potestad es irrestricta, ni cualquier

modificación, que solo cause molestias, puede ser alegada como ejercicio abusivo de aquella, por lo que aún acreditada las causas tenidas en cuenta para la variación, ellas deben ser analizadas en cuanto a la razonabilidad de la modificación que determinaron.-

7- La apelante parece radicar la cuestión debida en la existencia de una voluntad deliberada de perjudicar al trabajador mediante el cambio de tareas ofrecido, pero en el análisis a realizar tal voluntad solo podría determinar la existencia de un abuso al momento de decidirlo, pero no necesariamente la inexistencia de esa voluntad, descarta la procedencia del despido indirecto .-

Tampoco la existencia o no de consentimiento del trabajador resulta un elemento esencial a la hora de analizar la posibilidad de que se configure despido indirecto, puesto que éste solo podría proporcionar algún elemento al análisis si aceptadas las nuevas condiciones, luego se cambia de postura y se entiende que, pese a ello, ha existido despido indirecto.-

El aspecto subjetivo al que apunta la sentencia y cuya apreciación es criticada por el

apelante, si bien no fue puesta en juego pro el accionante, igualmente resulta una consecuencia de un previo análisis de los aspectos objetivos, que serán aquéllos que en forma definitiva determinarán si se hizo un uso adecuado de las potestades emergentes de la posición asumida por el empleador, desde la óptica del ejercicio del jus variandi.-

En función de lo antedicho, la pobreza argumental de al apelante demuestra la casi ausencia de crítica fundada de la sentencia, en lo que respecta a aquellos extremos que, en definitiva, determinaron el acogimiento de la demanda.-

De las expresiones de la apelante podría extraerse que el argumento en que basa su crítica deriva de entender que, no habiendo mas trabajo para la categoría que desempeñaba el actor, el cambio decidido sin voluntad de perjudicarlo , no configuraba un uso abusivo del jus variandi.-

A la vez y solo subsidiariamente, destaca que la nueva tarea no requería mayor esfuerzo que la anterior, según la prueba que cita.-

8- El actor dijo que se produjo un cambio

radical, dado que se modificaba su horario, lugar de trabajo, pasando a trabajar a la intemperie, realizando una tarea muy diversa, dado que limpiaría ómnibus, cuando hasta ese momento cortaba bandas, cementaba cubiertas y bandas y hacía cemento.-

La demandada califica de simples a las tareas que realizaba el actor, señalando que según la documentación aportada el horario era de 7 a 16:45, pero que con el correr del tiempo, empezó a trabajar mas tarde, de lo que se extrae que no cuestiona lo afirmado por el accionante en cuanto a que ingresaba a la hora 9 y dice que no se le variaban prácticamente las condiciones de trabajo, a lo que suma que había disminuido notoriamente la tarea de recauchutaje que antes desempeñaba.-

En cuanto al cambio de horario, resulta claro que se intimó al actor a presentarse a la hora 7, tal como surge del telegrama de fojas 42, por lo que de allí surge una clara modificación importante, puesto que se trata de dos horas antes, lo mismo que sucede con el cambio de tareas en la medida que de dicha intimación se extrae que el nuevo trabajo era en el

lavadero.-

También de los propios dichos de la contestación, surge que la causa del envío al seguro de desempleo fue la falta de trabajo, derivada de extremos que al trabajador le deben ser ajenos.-

La demandada negó que el actor fuera a desempeñar la tarea al intemperie, pero ello no descarta que la variación, a la postre, resultara agravante, por lo que no era del caso alegar que no se variaban prácticamente las condiciones de trabajo, puesto que no puede quedar duda acerca de que era una tarea totalmente diferente a la inicial.-

En ese contexto, debe concluirse que se dieron las condiciones para determinar la existencia de un supuesto de despido indirecto, por lo que se confirmará la recurrida, mas allá de que no se comparten algunas de las apreciaciones realizadas, como por ejemplo, la necesidad de que previamente se conversara con el accionante para arribar a una solución de consenso.-

Se impondrán las costas a cargo de la demandada (Art. 337 de la ley 16.226) y no se efectuará condena

en costos (Arts. 688 del Código Civil y 56 del CGP)

Por los fundamentos expuestos y en base a lo dispuesto por los Arts. 197 y 198 CGP y 17 de la ley 18.572, este Tribunal **FALLA:**

CONFÍRMASE LA RECURRIDA, CON COSTAS A CARGO DE LA DEMANDADA Y SIN IMPOSICIÓN EN COSTOS. HONORARIOS FICTOS 3 B.P.C. Y DEVUÉLVASE.-

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

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