

DFA-0012-000112/2018 SEF-0012-000071/2018

SENTENCIA DEFINITIVA

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

MEDINA, DANIEL c/ JCDECAUX OOH URUGUAY S.A. - Recursos

Tribunal Colegiado

0002-036998/2017

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

MINISTROS FIRMANTES: DRA. DORIS MORALES. DRA. ROSINA

ROSSI. DR. JULIO POSADA.

Montevideo, 11 de abril de 2018

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "Medina Daniel c/ JCDCAX OHH Uruguay. Proceso laboral ordinario. " IUE 0002-36998/2017, venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva n.79/2017 dictada por el Sr. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 19no Turno, Dr. José Pedro Rodríguez.

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 9.3.2018. El Acuerdo fue fijado para hoy y acordada sentencia 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 con descuento del período de Semana de Turismo.

CONSIDERANDO:

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas, confirmará la fundada sentencia de primera instancia por compartir sus aspectos decisorios así

como sus sólidos fundamentos.

2. La sentencia definitiva de primera instancia n. 79/2017 falló en lo medular " Desestímase la demanda..."

La parte actora dedujo recurso de apelación agraviándose de la solución de la sentencia respecto a la pretensión de condena por la indemnización por despido derivada del despido indirecto.

3. Aspectos procesales.

La Sala destaca el prolijo trámite seguido en autos así como el fiel respeto a todos los principios procesales que iluminan el Derecho Laboral Procesal. En especial prestigia el cumplimiento de los plazos por parte del Sr. Juez titular de la Sede pero también de parte de la Oficina, y las decisiones de activismo judicial ilustradas a través de los autos 1633/2017 (en tanto le solicitó al actor la incorporación de la historia laboral) y 1634/2017 (en tanto tentó la conciliación en forma previa a la audiencia única) Toda tal labor, redundando en un proceso en primera instancia que insumió menos de seis meses - útiles de funcionamiento de las oficinas del Poder Judicial - que en definitiva tributó a los principios de celeridad y

tutela efectiva de los derechos sustanciales.

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

Sostuvo la accionante en lo medular que trabajó la demandada desempeñándose como agente de mantenimiento en el período comprendido entre el 15.8.2012 y el 5.7.2017 cuando se consideró indirectamente despedido por ejercicio abusivo del jus variandi que reprochó a la empleadora.

Esta por su parte repelió la pretensión admitiendo el ejercicio del jus variandi pero articulando las causas que lo excluirían de tal calificación.

5. Recurso de apelación de la parte actora: El despido indirecto.

Los argumentos que fundamentan la confirmatoria.

Primero. El instituto del jus variandi constituye una excepción en el Derecho del Trabajo , o en términos de Sarthou , un herejía por cuanto supone que el empleador disponga cambios unilateralmente en la relación de trabajo. De allí que su interpretación , en cuanto a su admisibilidad , debe ser estricta.

Segundo. El despido indirecto supone una

hipótesis de incumplimiento del haz obligacional y constituye una forma de defensa del trabajador contra ella. Ello trae aparejada la necesidad de determinar el haz obligacional. Debe verse que el propio texto constitucional refiere a la relación e trabajo o servicio y no al contrato de trabajo. Ello obedece a una concreta razón : el contrato de trabajo se nutre de un volumen muy importante de normas que no son fruto de la negociación ni incluso de la voluntad del sujeto más poderoso, sino del Estado en tanto garante de los sujetos beneficiados con promesa de protección . Razón por la cual la Constitución nacional, no refiere al contrato de trabajo, sino a la relación de trabajo. Lo que supone que mas allá de la voluntad de las partes opera el orden público laboral que se impone a ella.

De allí que cuando el jus variandi se enuncia como incumplimiento refiere no solo a lo pactado sino también al orden público laboral y a la gravitación del principio de irrenunciabilidad.

En la ecuación económica del contrato de trabajo, el trabajador pre enajena los frutos de su trabajo a cambio de un salario y el empleador se adueña

de aquellos y como contrapartida asume la obligación de pagar el salario. Y también asume los riesgos de la explotación: la mayor o menor ganancia pertenece al empleador. Ahora, la asunción de los riesgos le reporta ostentar dos facultades - sin duda, de origen contractual - , unilaterales: el poder de dirección y, derivado de éste, el poder disciplinario. Cada potestad con su particular objetivo y con sus límites.

Por un lado, dirige la actividad del otro sujeto contractual y puede, adaptar las modalidades de la prestación obligacional del trabajador a las necesidades objetivas de la explotación. Vale decir, goza del jus variandi que opera como una válvula de escape a la rigidez contractual inicial, irrogándole al pacto una cierta plasticidad". Vale decir que el objeto del poder de dirección radica justamente en ello, dirigir la empresa y con ello, la actividad que desarrolla el dependiente.

Tercero. La facultad del empleador de variar las condiciones de prestación del trabajo, no es absoluta sino que reconoce límites. Límites que la doctrina ha

clasificado en conceptuales y funcionales. Entre los primeros, se hallan zonas de exclusión a la operación modificativa del empleador: los aspectos esenciales del contrato de trabajo (derechos irrenunciables). Entre los segundos, y vinculados al empleador, que la modificación responda a necesidades objetivas y vinculados al trabajador que aquella no le cause perjuicios (Ermida Uriarte, Oscar. Modificación de las condiciones de trabajo. Ed. Hammurabi SRL. Bs. As. 1989, pág. 74) Se ha entendido que esta limitación es absolutamente infranqueable. Al punto que podría suceder que el cambio obedeciera a una poderosa razón que recayera sobre aspectos no esenciales de la relación laboral pero que si causare un daño moral o material al trabajador, sería inexorablemente ilícita. Basándose este criterio en la inadmisibilidad de que el trabajador termine asumiendo los riesgos o las exigencias empresariales en detrimento de sus intereses o de su dignidad (Altamira Gigena y otros. Ley de contrato de trabajo. pág. 373 citado por Ermida Uriarte, Oscar, op cit pag. 78) " (sentencia N° 132/2010 del 5/05/2010) (Plá Rodríguez, Américo.

Curso de Derecho Laboral T. II Vol I pag. 175 Ed. Acali 1978; Ermida Uriarte, Oscar. "La doctrina rioplatense sobre el jus variandi en rev. Derecho Laboral n. 132 pag., 781)

Significa pues que para calificar la licitud de un cambio unilateral dispuesto por el empleador en la modalidad de ejecución de la relación de trabajo, no basta que argumente y aún pruebe razones objetivas sino que resulta imprescindible que ello no le ocasione perjuicios.

El perjuicio ocasionado con el cambio de las condiciones trabajo constituye el grado de un sentimiento o estado interno de una persona. Siendo así , la prueba de ello puede realizarse a través de indicios que permitan la reconstrucción de la situación de hecho a la luz de lo que normalmente acontece (salvo que se invocaran y probaran especialidades) A su vez la entidad del perjuicio reclama situarse en el lugar la víctima o de quien dice sufrirlo; de todos modos los bienes jurídicos - materiales o inmateriales - que se denuncian afectados pueden resultar señeros.

Cuarto. Por cuanto viene de decirse desde el

punto de vista teórico la actuación de las partes en el debate procesal en torno a la configuración del despido indirecto por la ocurrencia de un jus variandi abusivo, tendría que recorrer el siguiente derrotero. El actor, que califica ciertos actos del empleador como configuradores de jus variandi ilícito está llamado a relatarlos y a describir también el perjuicio que estos le habrían provocado. El el empleador demandado por su parte, estará llamado , primero a relatar hechos que demuestren al menos objetivamente como sus actos no lo podrían haber perjudicado y luego, aquellos otros que explicaran las razones objetivas da la modificación.

Quinto.

Ahora bien.

El accionante sostuvo que se configuró el despido indirecto debido al grave perjuicio ocasionado debido al cambio de tareas que se le obligó a cumplir "...ya que desde el inicio de la relación laboral siempre me había desempeñado como agente de mantenimiento consistiendo su tarea en el mantenimiento de publicidades colocadas en los ómnibus de la capital , sin embargo en forma totalmente arbitraria se me cambia a otro ramo de

actividad realizado por la demandada dedicado a la recolección de residuos domiciliarios lo cual obviamente era tarea muy distinta a la desarrollada desde hacía cinco años..."

Debe verse que el accionante no indicó en qué consistía el perjuicio ocasionado por el cambio de tareas. Lo calificó como grave, pero no relató en que consistió. En efecto. Nada dijo acerca del efecto de tales cambios describiendo hechos concretos.

Basta ello, para no poder seguir adelante con el desarrollo del análisis del jus variandi ilícito tal cual se presentó en la demanda. Si no se expresa cual es el perjuicio mal puede calificarse como ilícito el cambio dispuesto por el empleador.

No puede soslayarse que al apelar , sí, relató tales hechos: dijo que el cambio de tareas importó que tuviera que levantar bolsas de peso con residuos ubicadas en las papeleras de las calles , actividad que antes no hacía, y que le implicó un nuevo esfuerzo físico. Empero estos hechos no fueron parte de los hechos del proceso por cuanto no los introdujo tempestivamente; de allí que la demandada no tuvo

oportunidad de contestarlo y por ende también , no integraron el elenco de hechos a probar.

Esta omisión de la demanda selló su suerte en la pretensión por la indemnización por despido.

Pero a mayor abundamiento , como también expresa la sentencia de primera instancia, el actor no relato con precisión las tareas que realizaba antes del cambio y de las posteriores, las que articuló no fueron probadas.

En efecto. En la demanda dijo que se desempeñaba como agente de mantenimiento aludiendo a la nomenclatura de la categoría pero nada dijo que lo que concretamente realizaba. Y respecto de las tareas asignadas luego del cambio dijo que pasó a ocuparse de recoger residuos domiciliarios. Empero, la prueba de autos da cuenta que , como sostuvo la demandada, no recogía residuos domiciliarios sino las bolsas de residuos de las papeleras que estaban en los espacios públicos que explotaba la demandada.

Como indicó la sentencia de primera instancia y el apelante no rebatió, el actor pasó de limpiar los carteles publicitarios colocados en los ómnibus, a

recolectar bolsas de residuos de las papeleras ubicadas en la ciudad. Ello sin modificación del salario, categoría ni horario.

Ello mas la circunstancia de que en la demanda omitiera relatar en qué consistió el "grave perjuicio" que dijo haber sufrido , determinan que la modificación de tareas, no pueda configurar un jus variandi ilícito. Por el contrario, el cambio operado se ubica cómodamente dentro de la facultad discrecional del empleador, para ordenar el trabajo. Puede hacerlo mientras que no dañe al trabajador y si el mismo trabajador no relata cual es el daño, mal podría reprochársele al empleador la provocación del mismo.

6. Accesorios.

La actuación de las partes en el proceso no amerita condenas accesorias especiales, debiendo cargarse las costas a la demandada por ser de precepto.

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

1. ***Confírmase la sentencia de primera instancia***
.
2. ***Costas de oficio y los costos en el orden***

*causado. Honorarios fictos 3 B.P. y C. y
oportunamente, devuélvanse los autos a la
Sede de origen.*

DRA. MARÍA ROSINA ROSSI ALBERT

PRESIDENTE

DR. JULIO ALFREDO POSADA XAVIER

MINISTRO

DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ

MINISTRO

DRA. ADELA SAAVEDRA DELLE PIANE

SECRETARIA LETRADA

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

