

## Accidente Reubicacion Laboral Disminucion Salarial

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Accidente. Reubicación laboral. Disminución salarial. El cambio de tareas y jornada, y la modificación en menos del salario percibido por el trabajador constituye un ejercicio abusivo del ius variandi. En la ciudad de Venado Tuerto, a los 17 días de Febrero de 2017, se reunieron en acuerdo los Sres. Miembros de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y Laboral, de Venado Tuerto, Doctores Héctor M. López, Nicolás Vitantonio y Eduardo Pastorino, estos últimos por vacancia jubilatoria del Dr. Carlos Alberto Chasco, y excusación del Dr. Juan Ignacio Prola, con el fin de dictar sentencia en los caratulados "GRIFFIN, JUAN EDUARDO c/ CHEVENT S.A. s/ DEMANDA LABORAL - LEY 13.039" (Expte. Nro. 172/15), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Laboral, de Venado Tuerto, estableciéndose al efecto plantear las siguientes cuestiones: Primera: ¿Es nula la sentencia recurrida? Segunda: ¿Es ella justa? Tercera: ¿Qué resolución corresponde dictar? Correspondiendo votar en primer término al Sr. Vocal Dr. Héctor M. López., a esta primera cuestión dijo: El recurso de nulidad interpuesto (fs. 736) no ha sido sustentado en esta instancia. Tampoco se advierte la existencia de vicios o irregularidades procesales declarables de oficio y, a todo evento, las quejas de la recurrente son canalizables por el recurso de apelación ya que denuncia la existencia de supuestos errores in iudicando y no in procedendo, sumado a ello que la nulidad es estricta y restrictiva.- Así me expido (art. 112, 145 C.P.L., 360 y 361 del C.P.C.C.). A la misma cuestión el señor vocal Dr. Nicolás Vitantonio, a quien le correspondió votar en segundo lugar dijo: Que adhiere a los fundamentos expuestos por el Sr. Vocal Dr. Héctor M. López, y vota de la misma manera. Concedida la palabra al señor vocal Dr. Eduardo Pastorino, a quien correspondió votar en tercer término, y a esta cuestión dijo: Que habiendo tomado conocimiento de la existencia de dos votos concordantes, invoca la aplicación del art. 26 de la L.O.P.J., absteniéndose de emitir opinión. A la segunda cuestión el Dr. López dijo: El Sr. Juez de Primera Instancia, mediante la sentencia Nro. 1528, de fecha 31 de Octubre de 2014, obrante a fs. 729/735, hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada a abonar a la actora entro del término de cinco días, los rubros que fueron acogidos en los considerandos, con más un interés igual a la tasa activa sumada del B.N.A., desde la mora y hasta su efectivo pago. Le impuso las costas del proceso a la demandada. Contra dicho decisorio interpuso recurso de apelación el demandado a fs. 736, concedido a fs. 743, expresando agravios a fs. 752/754, los que fueron contestados a fs. 756/759. No hubo cuestionamiento de las partes al relato de los antecedentes de la causa que registra el fallo cuestionado por lo que hago remisión del caso, como parte integrante del acuerdo.- En su memorial recursivo cuestionó el demandado la sentencia sosteniendo que: a) Lo agravia la errónea valoración de la prueba efectuada por el a.quo. Se probó que la demandada cumplió con el deber de ocupación de acuerdo a la capacidad residual del actor, otorgando las tareas administrativas adecuadas a su aptitud psicofísica, percibiendo por ello los haberes de ley en tiempo y forma; no ejerciendo en modo alguno abusivamente el ius variandi, que pueda haber colocado al actor en situación de despido y demás consideraciones que efectúa al respecto; b) Lo agravia que el fallo exprese que se han acreditado incumplimientos por parte de la patronal que conculcan derechos del trabajador, no sólo por habersele cambiado unilateralmente sus labores, sino que ese cambio afectó sus remuneraciones y concluye que se ejerció abusivamente el Ius Variandi. El cambio de tareas obedeció a la necesidad de dar tareas acordes al carácter involutivo de la enfermedad. Cita jurisprudencia; c) Lo agravia que la sentencia haga lugar a los rubros indemnizatorios que consigna. Por su parte, el actor, rebate los agravios y procura la confirmación del fallo alzado. Se advierte un argumentación genérica en los agravios de la actora, que se traducen un posicionamiento frente a las circunstancias fácticas y jurídicas que engloba la cuestión traída al Tribunal. Bien, partiendo de la falta de controversia que el actor se le fijó, a consecuencia del accidente, una incapacidad del parcial y permanente del 68 %, en tal supuesto se establece que "...si el empleador está en condiciones de asignarle al dependiente tareas acorde con su aptitud psíquica o física, deberá reincorporarlo manteniéndole el nivel salarial anterior. Si el empleador no tiene un puesto de trabajo compatible con la capacidad del trabajador cesa la relación laboral, debiendo la indemnización establecida en el art. 247 de la L.C.T. (indemnización disminuida por falta de trabajo). Como se trata de una hipótesis de disminución de la responsabilidad equivalente al caso de alta de trabajo, la prueba de la excepción debe ser producida por el empleador." (Fernandez Madrid, Juan Carlos - Tratado Práctico de Derecho del Trabajo - Ed. Rubinzal - Culzoni p. 2107) Tal como surge de la conclusión médica de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo (fs. 548/549) en el acápite "Dificultad para desarrollar la tarea habitual?": expresa: leve. Refiere que sigue en la misma empresa y ha sido trasladado a la parte totalmente administrativa (Telemarketin) momentáneamente. De dicha constancia no surge que la ART haya indicado la recalificación laboral del actor (incumpliendo con los mandatos impuestos la Resolución 216/03 y modificatorias y que la accionada también incumplió su deber de informar a la ART si daría o no

cumplimiento a la reubicación laboral, tal como con suficiente detalle lo expone el a.quo (fs. 732 vto. y 733). Ello permite inferir, atento a la ausencia de otros elementos, que el actor, a fin de no afectar sus derechos, debía ser reincorporando a sus tareas habituales de vendedor y si, reincorporado efectivamente, eventualmente, dicha tarea no podía ser llevada a cabo, informar debidamente tal circunstancia a la ART, a fin que determine fehacientemente cuales podrían ser las tareas a asignarle y no otorgar unilateralmente tareas administrativas, por mediodía disminuyendo el salario del actor. La norma sustancial adoptó un concepto amplio de salario a través del dispositivo de su artículo 103 según el cual "...se entiende por remuneración la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo". Es decir que cualquier pago originado en el trabajo recibido, en la existencia del contrato o bien en la puesta a disposición de la fuerza de trabajo tiene en principio naturaleza remuneratoria. Por otra parte, debe recordarse y destacarse que los convenios de la O.I.T. tienen jerarquía superior a las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 (Art. 75 inc. 22 C.N.) y por ende resulta inaplicable la normativa interna que no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior. Precisamente a través de esa decisión unilateral y sin el debido respaldo, de la empleadora se afectó un derecho fundamental del trabajador, como es el precio de su salario. Es entonces que, a partir del cambio de tareas y jornada, y la modificación en menos del salario percibido por el trabajador constituyó, sin dudas no sólo un ejercicio abusivo del ius variandi, sino un incumplimiento negocial, una desviación de la conducta esperada por la norma positivizada (art. 63 L.C.T.). Al respecto la doctrina ha expresado que "...los elementos estructurales de la relación laboral, tales como remuneración, lugar de trabajo, horario, categoría profesional, están fuera de la posibilidad del cambio unilateral. Por otro lado, los cambios pueden ser válidos solo si afectan los elementos coyunturales o accidentales de la relación, los cuales son: la conformación de equipos de trabajo, ropa de trabajo y la utilización de máquinas e instrumentos de producción? (Capón Filas, Rodolfo, Poderes de la Empresa y Ius Variandi, Ponencia Oficial en el 1er. Congreso Latinoamericano de Derecho Laboral, Córdoba, agosto 2003. Ed. Alveroni) Traigo continuación un fallo que, sin ser similar, sí resulta homologable al presente de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI ?El silencio de la víctima de un incumplimiento no lo convierte en cumplimiento porque el axioma «qui tacet consentire videtur» sólo se aplica cuando sobre el silente pesa la carga de expresarse y no lo hace, quedando configurado «qui tacet consentire videtur, si loqui debuisset ac potuisset». Esta mejora del axioma romano, realizada por el derecho canónico y receptada en el art. 919 C.C., no ha sido advertida por la teoría del consentimiento tácito y, sin embargo, es fundamental. A tal punto es así, que el silencio del empleador funciona como supuesto de presunción en su contra, cuando es intimado, no en otra circunstancia (RCT art.57). El silencio del trabajador, por su parte, sólo funciona en su contra cuando no cuestiona las suspensiones disciplinarias (RCT arts 67 y 222), no responde a una intimación procedente (RCT art.57, por analogía), no notifica al empleador que hará uso de las vacaciones no otorgadas (RCT art.157) o del descanso compensatorio correspondiente (RCT art.207). A tal punto es así, que el silencio de las víctimas (el denominado «silencio de los inocentes») no purga los horrores de los verdugos, como se afirmara en el Tribunal de Nüremberg (cr. Ray d'Addario y Klaus Kastner, «Der Nürnberger Prozess», Hoffman, Nürnberger, 1994). La rebaja unilateral de categoría laboral por parte del empleador no se inscribe en la facultad de modificar aspectos del contrato de trabajo (RCT art. 66) ya que el «ius variandi», típica medida flexibilizadora latinoamericana existente antes del vendaval neoconservador, no puede ejercerse sobre el núcleo del contrato, dentro del cual la remuneración es fundamental al permitirle al trabajador desarrollar su vida personal y familiar. Al respecto, adhiriendo a mi propuesta, esta Sala ha afirmado: "El ejercicio de la facultad modificadora sólo es posible cuando se refiere a elementos accidentales de la relación y siempre que la modificación sea funcional y no dañe al trabajador. Se desprende inmediatamente que, si el cambio refiere a aspectos estructurales, es jurídicamente imposible aunque sea funcional y no dañe. No se trata de "funcionalidad" o de "daño", en este caso. Se trata, simplemente, de "estructura". Sólo podrá observarse la funcionalidad y la ausencia de daño cuando el cambio refiera a aspectos coyunturales o accidentales de la relación" ("Petersen c/ Bonafide", 24.05.89). Sentado ello, el empleador que rebaja unilateralmente la categoría laboral, no modifica el contrato de trabajo sino incumple una de las obligaciones que pesan en su esfera, brindar ocupación dentro de la categoría del trabajador (RCT art. 78). De ahí que la referencia al art. 66 RCT sea ociosa, porque en estos casos no se trata de ejercicio del ius variandi sino, por el contrario, de simple incumplimiento negocial. El trabajador, al no pesar en su esfera la carga de oponerse a la injusticia y no ser obligado por el «qui tacet», puede guardar silencio y, oportunamente, reclamar las diferencias salariales no prescriptas: el pago insuficiente del salario es, simplemente, un pago a cuenta (RCT art. 260). Como se aprecia, no se trata de consentimiento tácito o de acuerdo novatorio sino de incumplimiento del empleador frente al cual la víctima guardó silencio y reclamó las diferencias antes que se consolidase la prescripción.? (Nuñez, Martín Ernesto c/ Coto C.I.C.S.A. S Despido - Fecha 20.06.2000 Rubinzal Online Cit. RC J 4164/04). Como consecuencia de lo expuesto, se rechaza el agravio vinculado con el acogimiento de los rubros indemnizatorios. Es por lo expuesto, que soy de la opinión de rechazar los agravios del demandado, procediendo a la íntegra confirmación del resolutorio alzado. Conforme al resultado del presente pronunciamiento, las costas se aplican a la demandada recurrente, imperando el principio objetivo del vencimiento (art. 101 Primer Párrafo del C.P.L.),

correspondiendo mantener la distribución efectuada respecto de la primera instancia.- En consecuencia a esta segunda cuestión, voto pues, por la negativa.- A la misma cuestión el Dr. Nicolás Vitantonio, dijo: Adhiero al voto precedente. Concedida la palabra al Sr. vocal Dr. Eduardo Pastorino dijo: Me remito a lo expuesto en la primera cuestión.. Atento el resultado obtenido al tratar las cuestiones planteadas, el pronunciamiento que corresponde dictar es: Desestimar el recurso de nulidad., Rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada; Las costas se aplican a la demandada recurrente; Los honorarios de la alzada se regulan en el cincuenta por ciento de los que correspondan a la sede de origen.- Es mi voto.- A la mismas cuestión el Dr. Nicolás Vitantonio, dijo: Adhiero al voto precedente. Concedida la palabra al Sr. vocal Dr. Eduardo Pastorino dijo: Me remito a lo expuesto en la primera cuestión.. En mérito a los fundamentos expuestos en el Acuerdo precedente, la Cámara de Apelación, en lo Civil, Comercial y Laboral de Venado Tuerto; RESUELVE: I.-) Desestimar el recurso de nulidad. II.-) Rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia apelada; III) Las costas se aplican a la demandada recurrente; IV) Los honorarios de la alzada se regulan en el cincuenta por ciento de los que correspondan a la sede de origen.- Insértese, hágase saber y bajen.- (Expte. Nro. 172/15) Dr. Héctor Matías López Dr. Nicolas J.R. Vitantonio Dr. Eduardo Pastorino -art. 26 LOPJ- Dra. Andrea Verrone Notas: (\*) Sumarios elaborados por Juris online

016341E