

Contrato De Trabajo Telefonista Despido Uso Abusivo Ius Variandi

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Telefonista. Despido. Uso abusivo. Ius variandi Se hace lugar a la demanda por despido iniciada por la trabajadora, en tanto la demandada no acreditó de modo circunstanciado, puntual y concretamente la necesidad funcional del cambio de lugar de trabajo de la actora, el cambio de tareas, y días francos. Tampoco probó que hubieren pactado la posibilidad de que aquella esté sujeta a eventuales cambios o traslado, de modo que el despido decidido resultó ajustado a derecho y resultó indemnizable (arts. 242, 246 y cctes. de la L.C.T.). En la ciudad de Buenos Aires, a los 7 días del mes de noviembre de 2.016, para dictar sentencia en los autos : ?GAJARDO CISTERNAS, VALESKA DE LAS MERCEDES C/ ATENTO ARGENTINA S.A. S/ DESPIDO? se procede a votar en el siguiente orden: LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO: I.- En este juicio se presenta la actora e inicia demanda contra ATENTO ARGENTINA S.A. en procura del cobro de unas sumas a las que se considera acreedora con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo.- Aduce que ingresó a trabajar para la demandada con fecha 07-08-2008 para cumplir tareas como call center (operadora telefónica), en las condiciones y con las características que detalla.- Dice que se desempeñó en la campaña de ?Praxair? haciéndolo en el Departamento de Atención al Cliente y en el Area medicinal e industrial, lo que comprendía la toma y registración de pedidos, preventa, encuesta de satisfacción, derivaciones, seguimiento de reclamos, toma de niveles y contención del cliente.- Da cuenta de las irregularidades e incumplimientos en que incurriera su otrora empleadora, en particular el hecho de registrar la relación bajo un erróneo convenio colectivo de trabajo (nº 130/75 de empleados de comercio), lo que determinaba una notable diferencia en su remuneración, cuando correspondía aplicar el 201/92 de la actividad telefónica.- Afirma que desoídos sus constantes reclamos de regularización decidió intimar a la demandada y ante su negativa, decidió poner fin al vínculo.- Viene a reclamar las indemnizaciones correspondientes al despido incausado, diferencias salariales, multas e incrementos previstos en el ordenamiento laboral.- La demandada, tras la negativa de rigor, relata su versión de los hechos y pide, en definitiva, el rechazo de la demanda.- La sentencia de primera instancia obra a fs. 290/291vta. en la que la ?a-quo?, luego de analizar los elementos de juicio aportados a la causa, decide en sentido parcialmente favorable a las pretensiones de la actora.- Los recursos que analizaré llegan interpuestos por la demandada (fs. 297/300) y por la actora (fs. 293/295vta.).- II.- La demandada cuestiona el fallo en tanto declaró legítimo el despido decidido por la parte actora. Para hacerlo sostiene que no se han analizado adecuadamente las pruebas producidas.- No veo en el escrito de recurso datos o argumentos que resulten eficaces para revertir las conclusiones de la ?a-quo?.- El art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que ? el empleador está facultado para introducir todos aquéllos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni altere modalidades esenciales del contrato de trabajo, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador...? De la norma, surge que el empresario -en virtud del carácter dinámico del contrato de trabajo- puede alterar algunos aspectos unilateralmente: efectuar cambios que resulten necesarios para modernizar y mejorar la producción. Se trata de una potestad, de una decisión unilateral que adopta el empleador y que no requiere ni la consulta ni el consentimiento del trabajador.- Señala el Dr. Héctor Horacio Karpiuk, en su libro ?Ius Variandi? - Medidas precautorias (actualización según Ley nº 26.086), editorial Aplicación Tributaria S.A.; Colección Sociedad y Derecho, marzo 2008; ?...se trata de un instituto -tan propio del derecho laboral- que se encuentra legislado en el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo. Con decidida intención protectoria, conforme lo normado en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, la ley le confirió tal potestad, fuertes condicionamientos y restricciones...?.- En relación a los requisitos para el ejercicio del Ius Variandi, el autor analiza en detalle cada uno de ellos que son: razonabilidad; no alteración del núcleo del contrato; y respeto del principio de indemnidad.- En cuanto al primero, explica que: ?La modificación debe ser razonable; es decir responder a las necesidades de producción de bienes o de servicios (interés colectivo de la empresa) y se excluye, por tanto, el uso no funcional (arbitrario) del Ius Variandi. El cambio debe justificarse por su relación con el fin común de la empresa (eficacia del proceso productivo de bienes y servicios). La legalidad del negocio laboral no admite que una de las partes pueda, conforme su antojo o capricho determinar el comportamiento de la otra (trabajador). No es un derecho discrecional o absoluto del empleador, quien debe ejercitar sus facultades de dirección en forma prudente...?. ?Esta necesidad de justificar la decisión empresarial en razones de organización de la misma empresa, ha sido receptada jurisprudencialmente en todas las épocas y jurisdicciones pues elemental resulta, en esta cuestión, la exclusión de la arbitrariedad, en tanto la decisión se encuentre referida a una modalidad pactada con el trabajador...? Respecto del siguiente requisito agrega ?Aunque se cumpla con... la razonabilidad de la decisión empresarial, igual cabe señalar que -aún así- no puede admitirse la modificación de lo substancial del contrato de trabajo, como puede ser el salario, el

tiempo de trabajo o la calificación contractual. Si el cambio es permanente y se refiere a aspectos sustanciales, queda extralimitado el Ius Variandi y la modificación contractual deja de ser lícita...?- Finalmente en cuanto al principio de indemnidad expresa ?Tampoco puede el empresario ejercer este derecho sin contemplar los intereses legítimos del trabajador (deber de previsión), por lo que debe evitar que la medida le cause perjuicio moral o material. Es decir, el cambio no puede afectar ni la persona ni los bienes del dependiente. Por ello, esta facultad debe ejercerse teniendo en cuenta todos los valores que integran la relación laboral, tanto de orden patrimonial como espiritual, cuidando de no atentar contra ellos. Conforme el principio de indemnidad, el trabajador debe resultar ileso. Vale decir, no debe ser lesionado por la decisión del empresario en ningún aspecto o, en su caso, debe ser adecuadamente resarcido...? (ver Capítulo XIII, del libro citado).- Cabe tener en cuenta que sólo el respeto acumulativo de estos límites, aleja la posibilidad de una violación legal configurativa del abuso del derecho.- Más aún, la interpretación de la norma debe ser acorde con su excepcionalidad y requiere cuidado especial porque mal aplicada puede llevar a conculcar derechos de orden público.- Entrando ya en el análisis del caso que nos ocupa, tal como lo señala la sentenciante, la demandada no acreditó de modo circunstanciado, puntual y concretamente la necesidad funcional del cambio de lugar de trabajo de la actora, el cambio de tareas, y días francos. Tampoco probó que hubieren pactado la posibilidad de que aquélla esté sujeta a eventuales cambios o traslado, de modo que el despido decidido resultó ajustado a derecho y resulta indemnizable (arts. 242, 246 y cctes. de la L.C.T.).- Nada de esto llega idóneamente cuestionado en tanto la apelante tampoco señala ninguna prueba en aval de su tesis, por lo que corresponde sin más la confirmación del fallo en este substancial punto.- Sentado lo precedentemente expresado cabe también confirmar el fallo en cuanto a la condena con base en el art. 2 de la Ley 25.323, que deviene aplicable a las consecuencias jurídicas o efectos contractuales que no hayan sido cumplidos por el empleador debidamente intimado. Ergo, son requisitos para su procedencia: la intimación fehaciente y el inicio de acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las.- La norma parece apuntar a morigerar el daño que se produce al trabajador cuando no se cumple lo debido y a poner un marco diferencial entre el empleador que cumple con las indemnizaciones previstas en la ley y aquél que se toma los tiempos judiciales, aún sabiendo que debe pagar (ver trabajo publicado en ERREPAR, N° 185, enero/01, T. XV, "Nuevo Régimen de Indemnizaciones Laborales Establecido por la Ley 25.323", Dra. Estela M. Ferreirós). En el caso, la actora intimó fehacientemente y debió III.- La parte actora cuestiona el rechazo de las diferencias salariales reclamadas con base en sostener que el Convenio Colectivo aplicable es del 201/92 correspondiente a la actividad telefónica y no el de comercio (CC 130/75).- A mi juicio no le asiste razón.- En efecto, el convenio colectivo 201/92 se suscribió entre la ?F.O.E.T.R.A.? y las empresas ?TELEFONICA DE ARGENTINA S.A.?, ?TELECOM ARGENTINA STET FRANCE TELECOM S.A.?, ?STARTEL S.A.? y ?TELINTAR S.A.?. y, de acuerdo a lo dispuesto por su artículo primero, es de aplicación para los trabajadores de la actividad telefónica de las Empresas y/o Entidades prestatarias de dichos servicios, cuya representatividad ejerzan la Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina o sus sindicatos. Es claro que el convenio se limita a los trabajadores de las empresas suscriptoras que son las que prestan los servicios de telefonía pública terrestre en el ámbito nacional.- Ahora bien, no se advierte en autos ningún elemento de juicio que permita encuadrar la actividad de ?Atento...? en el ámbito de aplicación del convenio de telefónicos. Es más, del informe pericial contable surge que la misma prestó servicios para otros clientes, pertenecientes a diferentes rubros (v. fs. 222/223vta.).- A mayor abundamiento, estimo que resulta de aplicación la doctrina del plenario n° 36 de la CNAT en autos ?Risso c/ Química La Estrella? del 22-03-57 (DT, 1957-237) que determinó que ?en los casos en que el empleador tenga a su servicio trabajadores que realizan tareas distintas de las de su actividad específica, no debe considerárselos comprendidos en las convenciones colectivas que contemplan especialmente la profesión o el oficio de esos trabajadores?, por cuanto, reitero ni la actora ni Atento se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación personal del CC. 201/92.- Ello además, pone en evidencia, a mi modo de ver, que la actividad de Atento es comercial, con lo que el convenio aplicable es sin duda el 130/75 de los empleados de comercio. (v. en igual sentido mi voto en ?Caresani Ferro, Gabriela c/ Atento Argentina S.A. y otros?, sent. 41.468 del 29-12-08; ?Vidal Barbara Alejandra c/ Atento Argentina S.A. y otro?, sent. 43.325 del 09-02-11, entre otros) .- Agregó finalmente, en cuanto a las restantes consideraciones vertidas en el escrito sobre esta cuestión, que -tal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sentado criterio- el juzgador no está obligado a ponderar una por una y exhaustivamente todas las argumentaciones y pruebas agregadas a la causa, sino sólo aquellas que estimare conducentes para fundar sus conclusiones, ni a analizar todas las cuestiones y argumentos utilizados que -a su juicio- no sean decisivos (conf. CSJN, 29.4.70, La ley 139-617; 27.8.71, La Ley 144-611 y citas jurisprudenciales en "Código Procesal..." Morello, T° II-C, Pág. 68 punto 2, Editorial Abeledo - Perrot; art. 386, última parte, del Código Procesal; y de esta Sala, ver autos: "Bazaras, Noemí c/ Kolynos", S.D. 32.313 del 29.6.99).- IV.- No le veo mejor suerte al planteo que realiza la actora con relación a la extensión de la jornada laboral.- Comparto el análisis minucioso que realizó la sentenciante de las declaraciones testimoniales (v. fs. 290vta. /291), para arribar a la conclusión de que no dan precisiones en cuanto a la medida en que se realizarían las horas extras que dijeron trabajar, y tampoco resultan coincidentes entre sí

y con lo expuesto en el escrito de inicio.- Los agravios expresados acerca de la prueba testifical rendida en autos, no son más que una afirmación subjetiva que no permite advertir que se haya violado el proceso formativo de la prueba de testigos. No trae la agravada a la consideración de la alzada la prueba de que se haya violado el mencionado proceso de percepción de los declarantes ni que se haya interrumpido la necesaria concatenación del proceso lógico de inducción, de deducción, de comparación, de examen, a un análisis de comparaciones lógicas, para que su narración resulte fiel. De ese análisis depende la verosimilitud del relato y no observo que en autos se haya mencionado siquiera tal inconducencia.- De cualquier manera de la lectura de las declaraciones producidas, debe inferirse que la sentencia ha tenido bien en cuenta los aspectos esenciales del contenido de la prueba testifical ya que lo expuesto no excede los límites del objeto de la prueba y resulta verosímil el hecho y la forma en que los testigos dijeron que llegó a su conocimiento.- Por consecuencia, estimo que resulta aplicable al caso la doctrina del fallo plenario: "D'ALOI, SALVADOR C/SELSA SA" del 25-06-1981 que establece que "El trabajo realizado fuera de la jornada convenida por las partes sin exceder el máximo legal, debe pagarse sin el recargo previsto en el art. 201 del RCT".- Voto entonces por la confirmatoria del fallo también en este segmento.- V.- No encuentro razones para apartarme de lo resuelto en primera instancia en cuanto a la condena a la entrega de los certificados previstos en el art. 80 de la L.C.T. y el pago de la multa por la falta de entrega en tiempo y forma.- La apelante sostiene que los certificados siempre estuvieron a disposición de la actora que es quien no compareció a retirarlos.- En relación a ello he tenido oportunidad de señalar que en rigor de verdad, el cumplimiento de esta imposición legal, encierra, nada menos que un pago y que el instituto del pago, debe cumplir con los requisitos del mismo, expuestos en el Código Civil.- El pago se produce con la entrega de la cosa, ya que de lo contrario, la deuda de un salario quedaría saldada ¿poniendo a disposición?, mientras se encuentra en la cuenta bancaria del deudor.- La cancelación requiere la entrega de los certificados, ya que lo que la ley quiere es que el trabajador tenga el objeto debido.- La ¿puesta a disposición?, es sólo, a mi modo de ver, una expresión y no un instituto jurídico. Valga recordar a Borda cuando enseñaba: ¿lo que está en el cajón de mi escritorio, no pudo haber cancelado la obligación de pago?.- El art. 80 de la L.C.T. no sólo protege al trabajador, sino que sanciona al empleador incumpliente de un deber tan delicado como el de observar las obligaciones frente a los organismos sindicales y de la seguridad social, y en el cuarto apartado, recalca, ¿si el empleador no hiciera entrega? (el subrayado es mío).- En tales condiciones, propongo sin más la confirmación del fallo también en este segmento.- En cuanto a la multa en cuestión adviértase que el art. 45 de la ley 25.345 agregó como último párrafo al 80 de la L.C.T. el siguiente texto: ¿...si el empleador no hiciera entrega de la constancia o del certificado previstos... dentro de los dos (2) días hábiles computados a partir del día siguiente al de la recepción del requerimiento que a tal efecto le formule el trabajador de modo fehaciente, será sancionado con una indemnización a favor de este último...?.- Tal ha sido la conclusión a la que ha arribado la sentenciante que no es otra cosa que condenar a la demandada a pagar una indemnización equivalente a tres veces la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por la trabajadora.- VI.- Los honorarios regulados en primera instancia me parecen equitativos, sobre la base del mérito de los trabajos cumplidos por los profesionales por lo que propongo sean confirmados (arts. 38 de la Ley 18.345 y demás normas arancelarias).- VII.- De tener adhesión mi voto, propicio que las costas de alzada se declaren en el orden causado, teniendo en cuenta el resultado obtenido por cada una de las apelantes (art. 68, 2º pte. del Código Procesal) y regular honorarios a los letrados intervinientes en el ...% de los determinados para la primera instancia (art. 14 del arancel de abogados y procuradores).- EL DOCTOR NESTOR MIGUEL RODRIGUEZ BRUNENGO DIJO: Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.- EL DOCTOR HECTOR CESAR GUIADO No vota (art. 125 de la Ley 18.345).- A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios. 2) Confirmar los honorarios regulados. 3) Costas de alzada en el orden causado. 4) Regular honorarios a los letrados intervinientes en el ...% (... por ciento) de los determinados para la primera instancia. 5) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nro. 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase Firmado por: ESTELA MILAGROS FERREIROS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROSALIA ROMERO, SECRETARIA Firmado por: NESTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO, JUEZ DE CAMARA 014359E