

Diferencias Salariales Horas Extras Ius Variandi Ejercicio Abusivo Rechazo De La Demanda

JURISPRUDENCIA

Diferencias salariales. Horas extras. Ius variandi. Ejercicio abusivo.

Rechazo de la demanda Se confirma la sentencia que desestimó las diferencias salariales reclamadas en la demanda, con sustento en la supresión unilateral por parte de la empleadora de las horas extras que venía trabajado, pues la labor en horas extraordinarias, es decir, las cumplidas más allá de los límites que establece la ley 11544, a la luz de la facultad otorgada por el artículo 66 de la ley de contrato de trabajo al empleador, no constituye un elemento esencial del contrato de trabajo desde que no es una obligación, sino una facultad de aquel de otorgarlas o no, y tampoco es una obligación del trabajador de cumplirlas, salvo -claro está- el supuesto al que refiere el artículo 203 de la citada ley y, en todo caso, la excepción contemplada por su artículo 3. Por lo expuesto, en el caso concreto no queda configurado un ejercicio abusivo del ius variandi.

En la ciudad de Buenos Aires, capital de la República Argentina, a 21/03/2019 reunidos en la Sala de Acuerdos los señores miembros integrantes de este Tribunal, a fin de considerar el recurso deducido contra la sentencia apelada, se procede a oír las opiniones de los presentes en el orden de sorteo practicado al efecto, resultando así la siguiente exposición de fundamentos y votación: EL Dr. Alejandro Hugo Perugini, dijo: 1º) Contra la sentencia de primera instancia, que desestimó las diferencias salariales reclamadas en la demanda, con sustento en la supresión unilateral por parte de la empleadora de las horas extras que venía trabajado, como así también los francos compensatorios que denunció no otorgados, se alza la parte actora en los términos que exhibe el memorial obrante a fs. 141/143, cuyos agravios fueron replicados por su contraria a fs. 152/163, y también la representación letrada de la demandada por considerar exiguos los honorarios que le fueron regulados. En orden al tratamiento de la pretensión recursiva he de considerar previamente que arriba firme a esta alzada que desde el 1 de julio de 1990, el actor prestó servicios dependientes para el consorcio demandado, cumpliendo tareas de vigilancia nocturna de domingo a viernes de 21 a 7 de la mañana, hasta que el 28 de marzo de 2012 se le comunicó que, por razones higiénicas, se dispuso el cese de su labor en otras suplementarias, por lo que la jornada pasó a desarrollarse de 21 a 5. Tal decisión dio inicio al intercambio postal transcripto en la demanda, mediante el cual el demandante, luego de comunicar su disconformidad con la novación por considerar alteradas las condiciones esenciales de la relación de trabajo y un ejercicio abusivo del ius variandi, solicitó para que en el plazo de 48 horas se le reintegre la jornada que cumplía en forma anormal y habitual, a lo cual la demandada no accedió, motivando ello el inicio de la presente contienda. Tales argumentos del demandante, replicados en el escrito inicial, no tuvieron recepción favorable en el pronunciamiento de la instancia anterior con argumentos que en mi opinión, merecen ser confirmados pues la labor en horas extraordinarias, es decir, las cumplidas más allá de los límites que establece la ley 11.544, a la luz de la facultad otorgada por el art. 66 de la L.C.T. al empleador, no constituye un elemento esencial del contrato de trabajo desde que no es una obligación, sino una facultad de aquel de otorgarlas o no, y tampoco es una obligación del trabajador de cumplirlas, salvo -claro está- el supuesto al que refiere el art. 203 de la L.C.T. y, en todo caso, la excepción contemplada por el art. 3º de la ley antes citada. Por tales consideraciones y tal, como fue anticipado, sugiero la confirmatoria del fallo en el aspecto analizado. El agravio expuesto contra el rechazo de los francos compensatorios reclamados, no reúne las exigencias previstas en el art. 116 de la L.O., desde que la simple alusión a un precedente jurisprudencial que se corresponde con el examen de constancias y planteos efectuados en el marco de otras actuaciones, sin cuestionar lo medular de la argumentación expuesta por el Juez de grado respecto a la improcedencia del mentado reclamo, resulta insuficiente para tener por configurado un 'agravio' en los términos del citado art. 116 de la L.O, por lo que sugiero declarar su deserción. Por lo demás, encuentro exiguos los honorarios regulados a la representación letrada de la demandada, motivo por el cual sugiero admitir la apelación interpuesta a fs. 140 y elevarlos a la suma actual de \$ 16.000 con más el IVA, en caso de corresponder. En cuanto a las costas de alzada, sugiero imponerlas en el orden causado en atención a la índole de la cuestión debatida, que pudo hacer que el demandante se estimase con derecho a litigar como lo hizo (conf. art. 68, segundo párrafo, CPCCN). De prosperar mi voto, entonces, correspondería: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con excepción de los honorarios regulados a la representación letrada de la parte demandada -en forma conjunta- que se elevan a la suma actual de \$ 16.000 con más el IVA en caso de corresponder. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 3) Regular los honorarios de los letrados firmantes del escrito recursivo y su contestación en el ... % de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el IVA en caso de resultar procedente (art. 14, ley arancelaria). La Dr. Diana Regina Cañal, dijo: I.- Discrepo del voto que antecede, en cuanto a que considero que el actor le asiste razón al actor de reclamar las diferencias salariales por la supresión de las horas extras, las que fueron percibidas durante más de dos décadas de la relación de trabajo e importaban un

gran porcentaje en la remuneración del trabajador. Por lo que, en el caso concreto, constituyeron un ejercicio abusivo del ius variandi. Para decidir así, cabe destacar que no resulta ser un hecho controvertido que el actor, desde su fecha de ingreso (01/07/1990) hasta el 28/03/2012 percibió el pago de horas extras. Es decir, que las horas "extraordinarias", lejos de serlo, eran habituales y no esporádicas (destacado, y siguientes me pertenecen). Tampoco se encuentra en discusión que a partir de abril del 2012, se le "suspenden las horas extras" (ver documental de fs. 25 y reconocimiento efectuado a fs. 64vta. en la contestación de demanda). Incluso, el juzgador de primera instancia, que si bien rechazó el reclamo, también tuvo en cuenta que la realización del actor de las horas suplementarias fueron "habituales, lo que se desprende de la testimonial rendida en autos?". A su vez, cabe señalar que la demandada era un consorcio de propietarios, no teniendo picos de producción o incrementos de tareas. Limitándose a afirmar la accionada, que las mismas se debieron a "cuestiones higiénicas" (ver fs. 65). Asimismo, destaco que las horas al 50% y 100% percibidas por el trabajador, constituían una parte importantísima de la remuneración del mismo. Digo así, puesto que de los recibos de sueldo acompañados por ambas partes, se desprende que los importes abonados en concepto de las horas extras, constituían más de un 50% del sueldo básico. Así, a modo de ejemplo, observo que en diciembre 2011, el accionante percibió por el sueldo básico \$4.013, y por horas suplementarias, \$ 2.674,56 (1.910,40 + 764,16). Lo que equivale a casi 2/3 de la remuneración mensual (ver fs. 16 del escrito de inicio, y fs. 58 de la contestación de demanda). Así planteadas las cosas, corresponde determinar si existió un cambio en las modalidades de las tareas desempeñadas por el actor, que implicara un ejercicio abusivo del ius variandi. Cabe recordar que el art. 1 de la ley 26.088, que modifica el art. 66 de la LCT, establece que "el empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades esenciales de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador?". "Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de optar por considerarse despedido o accionar persiguiendo el restablecimiento de las condiciones alteradas (...) no pudiéndose innovar en las condiciones y modalidades de trabajo, salvo que éstas sean generales para el establecimiento o sección, hasta que recaiga sentencia definitiva?". El empleador sólo está autorizado a realizar modificaciones en aquellas modalidades no esenciales del contrato laboral, que no causen perjuicio material ni moral al trabajador, siempre y cuando dichos cambios obedezcan a motivos razonables (arts. 64, 65, 66 y conchs. de la LCT, en igual sentido, sentencia N° 82.913 del 6.11.01, en autos "Oliver, María Isabel c/ Asociación Civil Universidad del Salvador s/ despido", del registro de esta Sala). Este criterio lo he sostenido, asimismo, como Juez de primera instancia en autos "Vera, Susana del Valle c/ Sociedad Española de Beneficencia Hospital Español s/ despido", Sentencia N° 1.779 del 24.03.2003 (el subrayado y las que le siguen, me pertenece). Asimismo, tiene dicho la jurisprudencia que "El derecho que concede el art. 66 de la LCT debe ser ejercido con razonabilidad, límite que se encuentra consignado en el art. 68 del dispositivo legal citado, al establecer que se cuidará de satisfacer las exigencias de organización del trabajo de la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso de derecho. En tal sentido, si la modificación impuesta por la empresa vulnera el principio de indemnidad, el trabajador tiene derecho a resistir el cambio, más allá de su razonabilidad" (sentencia n° 84.547 del 9.10.98, en autos "Rigo, Graciela c/ Activa AFJP SA s/ despido", del registro de la Sala II). "Es arbitrario el pronunciamiento que no tuvo en cuenta que para la apreciación de la legitimidad del ius variandi constituía un elemento preponderante determinar la existencia de perjuicio comprobable al momento en que fue ejercido" (art. 66 de la LCT)? (CSJN Z 275 XXXII "Zorzín, Víctor c/ YPF SA" 11/6/98 Fallos 321:1696). "El cambio operado en la vinculación laboral que une a las partes puede constituir una modificación que se traduce en un perjuicio de carácter moral para la accionante aún cuando no se hubieran variado las condiciones materiales de dicha relación, pues entender lo contrario implica aceptar que el trabajo se encuentra vinculado exclusivamente al ámbito material descartando su incidencia en el ámbito moral de la persona". (CNAT Sala X Expte N° 17.293/00 Sent. Def. N° 10.798 del 28/6/02 "Kolodij, María c/ La Capital SA y otro s/ despido". Del voto del Dr. Simón, en minoría). El art. 66 de la LCT que otorga al empleador la facultad unilateral y excepcional de modificar las modalidades de la prestación del trabajo, encuentra límites legales expresos. Ellos son: la razonabilidad, la inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato y la indemnidad del trabajador abarcativa de la ausencia de daño material y moral. Sólo el respeto acumulativo de estos límites, aleja la posibilidad de una violación legal configurativa del abuso del derecho en los términos del art. 1071 del C. Civil. Más aún, la interpretación de la norma debe ser acorde con su excepcionalidad y requiere cuidado especial porque mal aplicado puede llevar a conculcar derechos de orden público. (CNAT Sala VII Expte N° 11.132/08 Sent. Def. N° 43.297 del 9/2/2011 "Fernández, Diego Marcelo c/ Citibank N.A s/despido". A la luz de todo lo expuesto hasta aquí, de conformidad con la jurisprudencia precedente, que comparto de manera plena, estimo que, ante la alteración de una modalidad esencial del contrato, como es haber percibido durante casi 22 años de relación laboral horas extras, ya formando parte de su REMUNERACION NORMAL, quedaba habilitado al actor a requerir la reintegración de su jornada "normal y habitual". Así, en este caso concreto, se pude afirmar que las "horas extras", no eran "extraordinarias", sino por el contrario, eran

lo normal y habitual por el trabajador que desde julio de 1990 hasta marzo de 2012, las percibía (habiendo cobrado las mismas durante 260 meses). Por lo tanto, suprimir su remuneración normal y habitual, afectó la estabilidad económica del accionante, provocándole un perjuicio material, violando el principio de indemnidad. Por lo tanto, corresponde modificar el fallo apelado, dado que encuentro configurado el ejercicio abusivo del ius variandi. Por lo tanto, propicio hacer lugar a las diferencias salariales. Con respecto al monto por el que progresarán, cabe señalar que se tuvo presente la prueba pericial contable propuesta por la parte actora (el demandado se opuso a fs. 77 vta.). Luego, la parte actora realizó un cálculo promedio de los últimos 6 meses, previo a la reducción de la jornada (entre octubre 2011 a marzo 2012 percibió \$13.213,60, alcanzando un promedio mensual de \$2.202,26).

Sin embargo, en atención a la lejanía en el tiempo de dicho momento, y debiéndose calcular diferencias salariales hasta la oportunidad del cálculo liquidatorio, entiendo que para realizar la correcta determinación de las diferencias salariales por reducción de la jornada, debería efectuarla un auxiliar de la justicia, debiéndose sortear en etapa de ejecución. Por lo que propongo diferir el cálculo del monto de condena a la etapa del art. 132 de la ley 18.345, debiendo el perito contador que se sortee, calcular las diferencias salariales de cada período, teniendo en cuenta la suma que debió haber percibido el trabajador, si continuaba prestando tareas conforme su jornada normal de domingos a viernes de 21 horas a 6 de la mañana, considerando todos los aumentos salariales habidos. II.- Comparto lo decidido por el juez preopinante con respecto a los francos compensatorios, en cuanto a que no se cumplió con los requisitos del art. 116 de la L.O. III.- Luego, en materia de intereses, cabe señalar que conforme lo expresé en la causa N° 36638/2012/CA1, ?RODRIGUEZ, NORMA DEL VALLE y OTRO c/PRIORITY HOME CARE SRL y OTRO s/DESPIDO?, de fecha 7/12/17, sostuve que a partir del 1° de diciembre del 2017, la aplicación del 36% fijo anual que dispone el Acta N° 2630/16, en lugar del Acta N° 2658/17. Desde la nueva integración, de esta Sala, y efectuado un nuevo análisis de la situación, propicio que a partir del 08/05/2018 se aplique la tasa de intereses determinada en el ACTA n° 2658, fecha en la que la misma establece un interés superior al 36%. Ello, sin perjuicio de lo que he manifestado en la causa mencionada. En consecuencia, considero que corresponde aplicar las Actas N° 2601 y 2630 desde que cada suma fue debida, hasta el 01/12/2017. Luego, sugiero la aplicación del 36% fijo anual hasta el 07/05/2018, y que a partir del 08/05/2018, se aplique la tasa de intereses determinada en el ACTA n° 2658. Por otra parte, respecto a la indexación de los créditos laborales, a fin de tener en cuenta los argumentos de mi criterio, me remito a los autos ?Balbi Oscar c/ Empresa Distribuidora Sur S.A -Edesur S.A s/ despido?, registrada el 10/10/17 y ?Sánchez Javier Armando c/ Cristem S.A s/ Juicio Sumario? (causa Nro. 28.048/2011/CA1), del 01/12/14.

Finalmente, dejo a salvo que, en caso de que fuera otra la decisión mayoritaria de la sala al respecto, la suscripta revería la tasa de interés moratorio. IV.- Ante el nuevo resultado del litigio que propicio, y lo normado por el art. 279 del CPCCN, corresponde dejar sin efecto la imposición de costas y las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia anterior y proceder a su determinación en forma originaria, razón por la cual deviene abstracto el tratamiento de los agravios sobre el punto. Propongo que las costas de ambas instancias, sean soportadas por el demandado, toda vez que ha sido vencido en lo sustancial del reclamo (art. 68 de la normativa procesal señalada). V.- En atención al valor económico de la contienda, al resultado del pleito, a la calidad y extensión de las tareas desempeñadas por los profesionales intervinientes y a lo dispuesto en el art. 38 de la ley 18345, arts. 6, 7, 8, 9, 19, 37, 39 y conc. de la ley 21839, propongo regular los honorarios de los letrados de las partes actora y demandada, en los respectivos porcentajes de ...% (... por ciento) y ...% (... por ciento), a calcular sobre el monto de condena con más la adición de intereses. VI.- Con respecto a esta alzada, propicio regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora (por la presentación de fs. 141/143), y empleador (por la presentación de fs. 152/163), en un porcentaje que asciende al ...% (... por ciento), y ...% (... por ciento), respectivamente, de lo que -en definitiva- les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el impuesto al valor agregado, en caso de corresponder (arts. 6, 7, 8, 9, 14, 17, 19, 22, 37, 39 y concs. de la ley 21.839, art. 38 de la ley 18.345 y demás leyes arancelarias vigentes). Respecto del I.V.A. esta Sala ha decidido en la sentencia N° 65.569 del 27 de septiembre de 1993 en autos ?Quiroga, Rodolfo c/ Autolatina Argentina S.A. s/ accidente - ley 9688?, que el impuesto al valor agregado es indirecto y por lo tanto, grava el consumo y no la ganancia, por lo que debe calcularse su porcentaje que estará a cargo de quien debe retribuir la labor profesional. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa ?Compañía General de Combustibles S.A. s/ recurso de apelación? (C. 181 XXIV del 16 de junio de 1993) sosteniendo ?que no admitir que el importe del impuesto al valor agregado integre las costas del juicio -adicionárselo a los honorarios regulados- implicaría desnaturalizar la aplicación del referido tributo, pues la gabela incidiría directamente sobre la renta del profesional, en oposición al modo como el legislador concibió el funcionamiento del impuesto?. Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013. En consecuencia voto por: I.- Modificar el fallo de primera instancia, y en consecuencia ordenar que en la etapa prevista por el art. 132 de la ley 18.345, el/la perito contador/a que se sorteará, calcular las diferencias salariales, de acuerdo a las pautas establecidas en el presente fallo. Dicha suma, deberá ser depositada en autos dentro del quinto día de haber quedado firme la liquidación del artículo 132 de la L.O.,

con más un interés desde que cada suma es debida hasta el efectivo pago, con más un interés desde que cada suma es debida, conforme Actas N° 2601 y 2630 de la C.N.A.T hasta el 30/11/2017. A partir del 1° de diciembre del 2017, conforme una tasa de interés anual del 36% anual hasta el 07/05/2018. Desde el 08/05/2018, y hasta su efectivo pago, conforme ACTA n° 2658; II.- Dejar sin efecto el régimen de costas y las regulaciones de honorarios de la instancia previa. III.- Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido; IV.- Regular los honorarios de la representación letrada de la partes actora y demandada, en los respectivos porcentajes de ...% (... por ciento) y ...% (... por ciento), a calcular sobre el monto de condena más sus intereses; V.- Regular los honorarios de los letrados firmantes de 141/143 y 152/163, por su labor ante este tribunal, en ...% (... por ciento) y ...% (... por ciento), respectivamente, de lo que les corresponda percibir por sus trabajos en la instancia previa, con más el impuesto al valor agregado. VI.- Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 26856 y con la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N° 15/2013. El Dr. Miguel Omar Perez, dijo: En lo que es materia de disidencia entre mis colegas preopinantes, adhiero al voto del Dr. Perugini, por compartir sus fundamentos. Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con excepción de los honorarios regulados a la representación letrada de la parte demandada -en forma conjunta- que se elevan a la suma actual de \$ 16.000 con más el IVA en caso de corresponder. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado. 3) Regular los honorarios de los letrados firmantes del escrito recursivo y su contestación en el ... % de lo que les corresponda percibir por su actuación en la instancia anterior, con más el IVA en caso de resultar procedente (art. 14, ley arancelaria). Cópiese, regístrese, notifíquese y, oportunamente, elévense. Dr. Miguel Omar Pérez Juez de Cámara Dra. Diana R. Cañal. Juez de Cámara Alejandro H. Perugini Juez de Cámara Ante mí Dra. María Lujan Garay Secretaria de Cámara

Correlaciones: Karpiuk, Héctor H., "El ejercicio abusivo del "ius variandi" y la necesidad de encontrar nuevas respuestas protectorias del trabajador atento los tiempos que corren?", Compendio Jurídico, Tomo XIX, Mayo 2005, - Cita digital IUSDC001058A Bearzi, Valeria Viviana c/Mediterránea Clean SRL s/ordinario - despido - Cám. Trab. Córdoba - Sala III - 12/05/2014 - Cita digital IUSJU220244D Parra Parra, Jovina del Carmen c/Limpiolux SA y otro s/despido por otras causales - Cám. Civ. Com. Lab. y Min. - Neuquén - Sala I - 30/03/2017 - Cita digital IUSJU017971E

040001E