

Supresión De Horas Extras

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Santa Fe, a los 22 días de marzo del año dos mil trece, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Laboral, Dres. José Daniel Machado y Julio César Alzueta, con la integración del Dr. Jorge Garraza (de la Sala I), para resolver el recurso de apelación puesto por ambas partes, contra la sentencia dictada por la Señora Jueza de Distrito 1 de Primera Instancia en lo Laboral de la Quinta Nominación de Santa Fe, en los autos caratulados: "COUTINHO, Fernando Martín c/NESTLE ARGENTINA S.A. s/C.P.L." (Expte. 165- Fo. 115- Año 2012). Acto seguido el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia impugnada? SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Dispuesto el orden de votación, resulta: Machado, Alzueta, Garraza. A la primera cuestión el Dr. Machado dice: La sentencia de fs. 347/373 resultó apelada por la actora, de manera total, y por la demandada únicamente en lo que refiere a la imposición de costas. La actora cuestiona, en prieta síntesis, que el fallo haya tenido por satisfactorias las explicaciones dadas por la empresa a propósito del hecho no controvertido de que a partir del mes de abril de 2007 le redujeran a "cero" la cantidad de horas suplementarias asignadas, de modo concomitante al curso de un conflicto sindical que lo tuvo como protagonista en tanto representante sindical orgánico. Afirma -y anticipo que entiendo que le asiste razón- en que el fallo "devalúa" la importancia de ese conflicto, no obstante lo que la empresa expone a f. 118 ante la autoridad administrativa (existencia de "asambleas" en los horarios de trabajo con "cuantiosas pérdidas económicas", etc.), lo que esta constata a f. 123 (toma pasiva de los afiliados a UOMA) y lo que finalmente se traduce, como composición, en una nueva escala salarial para el establecimiento acordada el 29 de junio con intervención de las autoridades nacionales del sindicato y la firma (fs. 123/169). Afirma también que el fallo no se hace cargo de la circunstancia de que el actor sea sindicado como "el líder" o "la voz cantante" en dicho episodio, por ser el delegado más antiguo (testigos-compañeros a fs. 304/305), lo que relativiza el argumento a quo a propósito de que los demás delegados no hayan sido perseguidos. Critica luego que la Sra. Juez de anterior instancia (agravios 4 y 5) desacredite la vía intentada (ley 23.592) cuando se trataba de un representante protegido por la LAS, sin medir con idéntica vara el proceder de la empresa (que omitió el procedimiento de exclusión de tutela); que haya sobredimensionado el intercambio de correos electrónicos entre funcionarios de Nestlé como indicios del ánimo no discriminatorio de la empresa, cuando se trata de prueba unilateral sobre la que su parte no tuvo control, lo que contrasta con el hecho de que en la documentación dirigida al actor jamás se le exigió que se capacitara antes de 2007. El fallo y, por supuesto, la recurrida, han atribuido decisiva relevancia a la negativa del representante a capacitarse, exclusivo motivo de la supresión de horas extra. El dato duro que inclinará mi decisión en la presente causa, más allá de las extensas y excelentes argumentaciones de ambas partes -y de la Sra. Juez de anterior instancia- todas las cuales honran a nuestra común profesión, está dado por cuanto resulta del informe pericial agregado a fs. 282 y en especial de su anexo de fs. 285/6. Con ello se acredita el corpus de un tratamiento desigual, dado que se aprecia que a partir de Abril del año 2007 al actor no se le adjudicaron más tareas en horas suplementarias a diferencia de sus colegas de similar encuadre profesional, Fernando Varela y Sebastián Barrón. Unida dicha circunstancia a la también comprobada ocurrencia de un conflicto sindical contemporáneo, configura un soporte indiciario del tipo ponderado por la C.S.J.N. en la causa "Pellícori c/Colegio Público de Abogados de la Capital". Correspondía entonces a la accionada, siempre de acuerdo con la doctrina que de allí resulta, íntimamente ligada a llamada "carga probatoria dinámica", persuadir acerca de la justificación objetiva y razonable de la innovación contractual en orden a convencer a propósito de su completa ajenidad respecto del estatus y rol sindical del representante. Por cierto que lo ha intentado, con base en la explicación sin dudas impactante de que la nueva tecnología de tratamiento de contaminantes incorporada por la empresa -y que responde al magnífico nombre de "Alfa Laval"- requería de una capacitación específica que el actor se negó a recibir. Sin embargo, no es menos cierto que el aludido sistema estaba operativo desde el año 2004 y que ello no fue óbice para que entre entonces y 2007 Fernando Coutinho siguiera cumpliendo una rutina horaria, con labores suplementarias incluidas, más o menos semejante a la de sus compañeros ya iniciados en los arcanos de "Alfa Laval". En este punto las posibilidades lógicas son dos: o Coutinho cumplía esas horas extra en el tratamiento convencional de efluentes, es decir, en sus tareas habituales, o en cambio las trabajaba en el sistema nuevo, con lo cual la exigencia de capacitación ad hoc no era imprescindible. Tampoco hay nada en la progresión que indica el referido Anexo 1 que sugiera que hubo un cambio gradual de una tecnología a otra por el cual, en un punto, el nuevo sistema haya absorbido o licuado al tradicional tornándolo innecesario. En marzo/07, mes inmediato anterior al del cese de laboreo extra, Coutinho prestó 19,30 horas. Varela cumplió 08 horas y Barrón ninguna. Y si consideramos el promedio del año aniversario anterior (abril/06 a marzo/07) arroja un resultado aproximado a 13 horas mensuales para el actor, semejante al de Varela y superior -aproximadamente el doble- al de

Barrón. Luego, la explicación intentada con base en la inadaptación del trabajador a la nueva tecnología queda privada de sustento objetivo, ya que, una vez más, no es posible predicar que era el más capacitado antes del conflicto y devino súbitamente inepto a partir del mismo. El punto de ruptura ocurrido en el mes de Abril de 2007, tras el cual las horas extra disponibles se repartieron exclusivamente entre Varela y Barrón desconsiderando completamente a Coutinho, al que no se le asignó ninguna, queda desprovisto de otra explicación verosímil que la denunciada al demandar y reconocida, en cuanto hecho, al contestar la demanda (f. 30 vta.). En este punto cabe tener presente que, como mínimo, está acreditado que hubo una modificación diacrónica de las condiciones de trabajo resultante en la supresión radical de horas extra existentes en el establecimiento y de las que sólo se excluyó al delegado. Por ello, siendo Coutinho un representante sindical orgánico y formal, amparado como tal por las garantías de la ley 23.551, incluso si hubiera mediado justa causa a criterio de la empresa para innovar en la rutina laboral a mérito de algún incumplimiento contractual culposo del representante, debió proceder conforme lo indica el dispositivo de la L.A.S., esto es, promoviendo la correspondiente acción de exclusión de la garantía tendente a obtener la autorización judicial. Y ello es así en tanto la supresión de horas suplementarias puede ser un modo de presión o represalia oblicua contra el representante por la directa incidencia que tiene sobre su salario, de modo que si bien en principio son voluntarias para ambas partes, la alteración unilateral del uso contractual de asignarlas (habiéndolas disponibles en el establecimiento), constituye un acto que incurre en la prohibición dispuesta por los arts. 48 y 52 de la normativa sindical. Frente a este panorama, no coincido con la Sra. Juez de anterior instancia -cuyo compromiso con la resolución del caso vuelvo no obstante a destacar- en reprochar al actor no haber utilizado la posibilidad que le acuerda la LAS (optando en cambio por el régimen reparador de la ley 23.592) con soslayo de que, antes, la empleadora incumplió con el deber que fluye a su respecto de la misma normativa. Además, si ad maiore ad minus, es claro que el optar por "lo menos" pudiendo "lo más" no significó para el representante ninguna ventaja ni aprovechamiento ilegítimo. Al contrario, debió probar lo que en el régimen especial se presume sin admitir prueba en contrario (la discriminación), para obtener un resultado semejante. Es más, descartó la posibilidad de considerarse indirectamente despedido tal como habilita el art. 52 LAS no obstante la suculenta indemnización a que, entonces, hubiera tenido derecho vista su antigüedad y lapso de la protección remanente, privilegiando la conservación del vínculo. Desde otro pero concurrente costado, la explicación vía mail de algún funcionario de la empresa en orden a que las horas extras disponibles las reparten entre los trabajadores más responsables y comprometidos, sugiere una utilización del instituto del ius variandi como sanción (por la supuesta irresponsabilidad o el descompromiso), lo que si ya está prohibido expresamente respecto de cualquier trabajador (art. 68 y 69) mucho más lo está respecto de un delegado. En orden a la cuantificación de lo pedido, el daño material debe estimarse conforme al perjuicio salarial sufrido por la supresión de horas extra en el período que media entre Abril/07 y Junio/10 (ya que a partir de Julio se las restituyen), pero excluyendo a los meses de Febrero 2009 y Marzo 2010 en que no las hubo para nadie (siempre según peritaje de f. 285 y siguiente). En cambio, si bien no es irracional la estimación realizada por el perito a f.287 puesto que se basa en equiparar a Coutinho con las horas extra cumplidas en promedio por Varela, no es la única posibilidad ni la versión más justa del asunto. Cabe ponderar que la cantidad de horas suplementarias disponibles, en tanto responde lógicamente a una necesidad de la empresa, constituye una magnitud inelástica que, de no haber mediado la discriminación, se hubiese repartido entre tres trabajadores y no entre dos. No cabe prescindir tampoco de que la actividad en el establecimiento registra una merma ostensible en los años 2008 y 2009 que deprime los promedios mensuales de los años anteriores. En fin que, considerándolo todo y sobre la base de la pericia de fs.285/287 y utilizando la facultad de justiprecio que para estos casos reconoce el art.245 del C.P.C.C., propongo se fije la cantidad de horas de las que fuera privado el actor en la cantidad de 6 horas mensuales que, multiplicada por los 37 meses en que corresponde, arroja un total de 222 horas cuyo valor, conforme disposición convencional, debe triplicarse (equivalente por ende a 666 horas simples). Para obviar las complicaciones, tiempos y costos de una nueva pericia (para recalcularlo todo con sus intereses mes a mes), esa cantidad de horas se traduce a valores del mes de Junio de 2010 en la suma de Pesos ? (\$?) que devengará desde el mes siguiente y hasta su efectivo pago el interés usual para créditos laborales en juicio (tasa activa del Banco Nación, préstamos de cartera general). En punto al daño moral también reclamado, entiendo que en el caso la persecución por causa o motivación sindical denunciada en la demanda no ha sido acreditada con la gravedad que allí se consigna. El "raid discriminatorio" que "ha socavado espiritualmente a mi instituyente" causándole "alteraciones" y "secuelas psicológicas" no excede, en cuanto a sus manifestaciones o modalidades prácticas, al ya analizado aspecto de un perjuicio patrimonial oblicuo. Por ende, sin desconocer que es doctrina recibida que el daño moral ha de considerarse acreditado in re ipsa como consecuencia del acto discriminatorio mismo, mantenido en el tiempo durante casi tres años, ello no releva de graduar la intensidad del resarcimiento conforme a la gravedad que el mismo haya revestido y de la angustia o desazón que el mismo pudo razonablemente causar a un "hombre normal medio". Propongo, en definitiva, graduar la indemnización por este concepto en la suma de \$?, a idéntica fecha y con adición de iguales intereses que lo dispuesto respecto del lucro cesante. El resultado del pleito, de prosperar mi voto, torna abstracto el tratamiento del agravio que sobre distribución de costas en anterior

instancia hiciera la demandada. Voto por la negativa, propiciando se haga lugar al recurso de apelación intentado por la actora y, en su mérito, se haga lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida y se condene a la accionada al pago de la suma de \$? al momento del cese del acto discriminatorio, la que se incrementará con intereses desde Julio de 2010 y hasta su efectivo pago del modo propuesto en los considerandos. Costas a la demandada, en ambas instancias. A la misma cuestión el Dr. Alzueta dice: No estará de más recordar, según hace reiteradamente esta Sala, los límites impuestos al tribunal de alzada, en razón de ser la expresión de agravios fundamento y medida del recurso, pudiendo haber deserciones parciales cuando faltan críticas serias sobre puntos desarrollados en la sentencia o insuficientemente sostenidas, y, por ende, no son idóneas para ser tratadas. En relación con lo señalado, como ambas partes se agravan, corresponde ahora tratar las expresiones del actor y en tal sentido digo: -Sobre el Primer agravio, que la recurrente plantea la cuestión, afirmando que no se cumplen los requisitos de objetividad y razonabilidad del fallo cimero citado "A quo", lo que mostrará, según dice, con lo que desgranará en el curso de la expresión de agravios. -Sobre el Segundo agravio, se queja de la valoración "A quo" de la testimonial producida y, al respecto, esta Sala insiste reiteradamente que en apreciación de la prueba el Tribunal ha de basarse en reglas de la sana crítica como método que deja en libertad de admitir aquello que se considere útil, quedando claro que la fe debida a los testigos corresponde exclusivamente a los jueces y dichas reglas sólo se infringen cuando se concretan valoraciones absurdas o conclusiones contradictorias, lo que aquí no se advierte. -Sobre el Tercer agravio, se queja la recurrente por entender que el "A quo" devalúa la importancia del conflicto gremial sucedido en la empresa y también resta importancia a la actuación del actor en vistas a ese conflicto. Si bien ello puede o no ser discutido, no tiene relevancia en esta cuestión, ya que refiere a indicios que eventualmente podrían justificar móviles subjetivos de acción, sin constituir constancia asertiva al respecto. -Sobre el Cuarto agravio, el reproche es sobre la opción de la vía procesal y asiste razón a quien recurre en el sentido de que la opción es privativa del actor. -Sobre el Quinto agravio, conviene recordar que, cuando tocó absolver posiciones, el actor dijo que era cierto que la empresa le ofreció realizar capacitación, en la litis consta que no la realizó, así la empresa se presentó ante el ente de contralor como paso previo al inicio del trámite de exclusión de tutela sindical, dicha presentación hizo que el actor se allanara para hacer fracasar la iniciativa de exclusión de tutela, admitiendo de esta manera su negativa-aunque intente disfrazarla arguyendo condiciones impuestas a la empresa-, con lo cual desarmó su estrategia planteada en la especie, la propia torpeza no da derechos y restó motivo procesal a esta cuestión (f. 334). -Sobre el Sexto agravio y respecto a la crítica del mérito de la documental, como lo afirma la actora y como ya se dijo, los indicios no constituyen prueba asertiva al respecto. -Sobre Séptimo agravio, como la misma recurrente expresa, se discute lo ya debatido en lo ya considerado. En síntesis y a todo evento, se puede decir que: -La controversia riela respecto a dilucidar si estamos frente a justificación objetiva y razonable de la conducta empresaria, comprobados que fueron los hechos y evaluada la lid como discusión sobre discriminación por falta de ofrecimiento para cumplir horas extras. -En tal derrotero corresponde admitir que, desde el punto de vista objetivo, existió lastre económico cierto que despersonaliza el asunto. -Efectivamente, si se proponía al actor cumplir horas extras, ello suponía dilapidación, dado que el puesto en "efluentes" se podía cubrir con quienes estaban a cargo de equipos "alfa laval", es decir, el pago de horas extras a estos últimos cubría ambos servicios sin necesidad de citar al actor y constituye mala administración toda erogación injustificada. -Por otro lado el actor no podía operar los equipos "alfa laval", por faltarle aquella capacitación que se le había ofrecido y que no cumplió. -Bien podría decirse que de todas maneras habría que gratificar al actor, aún sin justificación, como simple apoyo social a tarea de delegado que promueve el bien común y que en muchos casos importa más sacrificio y desdén que aprecio y recompensas. -Pero la otra cara de la moneda, de esa actitud, correspondería a aquella dable suposición, de eventuales intrigas en la gestión gremial, que discurrirían doble -sin justificar-ofrecimiento de horas extras, realizado para beneficiar al delegado de los trabajadores. -Además la empresa ofrecía al recurrente hacer horas extras en "efluentes", cuando la fábrica no estaba en marcha y, consecuentemente, no exigía capacitación, y el actor tampoco aceptó (cfme. CERMINATO, f. 183 vlto., in fine.). -En lo que hace al criterio de oportunidad sobre lo ocurrido, más allá de que éste, por su propia índole, pueda o no cuestionarse, aquí hay que tener en cuenta que el perjuicio al patrimonio de la empresa, por pago de horas extras sin justificar, existía objetivamente y lo requerido como razonable atiende las auditorías y controles de manual que pudieran motorizarse por razones diversas, incluso por conflicto colectivo de trabajo de volumen e importancia tal como lo cita la actora. -Por ello la promesa de aceptar capacitación (f. 334), justificó a las dos partes, la contable que podía defender pagos de horas extras y la gremial que excusaba percepción frente a sus pares, viabilizando el retorno a situación anterior, como consta en pericial agregada a la litis. Resumiendo se puede afirmar que no existió cambio de tarea, tampoco represalia, ni sanción, ni discriminación del actor, sino elección y distinción correcta, ya que se le ofreció igual labor que a sus compañeros en efluentes, y la rechazó durante un lapso, reclamando, después y por ese lapso, igual trato frente a desigual tarea y viendo si ahora sí se lo discrimina. En lo que atañe a la asignación de costas, la cuestión no resulta pacífica en la doctrina y precedentes, esta disidencia así lo demuestra, por lo cual coincido con el fallo de anterior instancia al respecto. En virtud de lo considerado más arriba voto por la afirmativa, con costas asignadas, en esta instancia, en igual forma

que el fallo apelado. A la misma cuestión el Dr. Garraza dice: Que se adhiere a los fundamentos del Dr. Alzueta, por lo que vota en idéntico sentido. A la segunda cuestión los Dres. Machado, Alzueta y Garraza dicen: Que atento el resultado de las votaciones precedentes corresponde: 1) no hacer lugar a la apelación intentada por ambas partes; 2) imponer las costas en el orden causado; 3) los honorarios de esta Instancia se fijan en el ? por ciento (?%) de los que, en definitiva, corresponda regular en baja instancia por el trámite principal. Por los fundamentos y conclusiones del Acuerdo que antecede, la SALA II DE LA CÁMARA DE APELACIÓN EN LO LABORAL RESUELVE: 1) No hacer lugar a la apelación intentada por ambas partes. 2) Imponer las costas en el orden causado. 3) Los honorarios de esta Instancia se fijan en el ? por ciento (?%) de los que, en definitiva, corresponda regular en baja instancia por el trámite principal. Resérvese el original, agréguese copia, hágase saber y oportunamente bajen. Concluido el Acuerdo, firman los Señores Jueces por ante mí, que doy fe. Dr. MACHADO Dr. ALZUETA Dr. GARRAZA Dra. Claudia BARRILIS (Secretaria) Correlaciones: Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/amparo - Corte Sup. Just. Nac. - 15/11/2011 Vallejo, Pedro David c/Automat Argentina SRL y otro s/despido - Cám. Nac. Trab. - Sala I - 17/12/2012 Trivisonno, Romina P., Despido de un trabajador por actividades gremiales, Erreius Online Cita digital: