

En la ciudad de San Carlos de Bariloche, Provincia de Río Negro, a los 5 días del mes de julio del año 2007, reunidos en Acuerdo el día los Sres. Jueces de la Cámara del Trabajo de la IIIa. Circunscripción Judicial, doctores Juan A. Lagomarsino, Ariel Asuad y Carlos M. Salaberry, bajo la presidencia del primero de los nombrados, con el fin de entender en los autos caratulados: "GARCIA, Nilda I. C/ FERNANDEZ, Gladys S. S/ Sumarísimo", Exp. N° 19227/06, iniciado el 07/12/2006. Habiéndose cumplido el procedimiento de deliberación previa, de lo que da fe el Actuario, el Tribunal se planteó la siguiente única cuestión: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.-

---Practicado el sorteo, el orden de votación resultó ser el siguiente: primer votante, Dr. Carlos M. Salaberry; segundo votante, Dr. Juan Lagomarsino, y tercer votante, Dr. Ariel Asuad.-

--- A la cuestión planteada el Dr. Carlos M. Salaberry dijo:-

---I) ANTECEDENTES: a) A fs. 13/17, el Dr. Martin Joos, en representación de NILDA INÉS GARCÍA y con el patrocinio letrado del Dr. Blanca Carballo, promueve demanda sumarísima, contra Gladys FERNANDEZ a fin de que se la condene a reestablecerle a la actora a las condiciones de trabajo alteradas, decretándose interín la prohibición de innovar al respecto hasta que recaiga sentencia definitiva, conforme lo previsto por el art. 66 de la Ley de Contrato de Trabajo. Ello con mas costas, y gastos del juicio. Manifiesta que su representada trabaja a tiempo parcial, en el comercio de venta de pan y afines que gira en plaza bajo el nombre de fantasía de "La Casita de Mani" ubicado en Av. Bustillo 4750 de esta ciudad, desde el 01 de julio de 2000.

Desde mediados del 2002, es decir desde hace un poco más de cuatro años, la actora viene trabajando cumpliendo un horario que se extiende diariamente de 17 a 21 horas, con francos habitualmente los días martes; pero hace unos días la accionada unilateralmente le modificó el horario de trabajo, disponiendo que debe trabajar diariamente de 16 a 20 horas con franco los días lunes. La modificación del día de otorgamiento de franco no le genera inconvenientes a la trabajadora. Pero el cambio de horario sí. En efecto, esta modificación en una de las condiciones esenciales de trabajo le ocasiona serios perjuicios a la trabajadora fundamentalmente en su organización familiar, lo que la torna abusiva conforme lo previsto por el art. 66 LCT.-

A fin de que V.S. pueda comprender el perjuicio, cabe referir que la actora convive en su domicilio del Barrio San Francisco junto a su pareja y sus hijos. Su concubino trabaja para Camuzzi Gas del Sur S.A., cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8 a 16 hs. De acuerdo al esquema de horarios de trabajo que tienen cada uno de los integrantes de

la pareja, la Sra. García permanece en su domicilio al cuidado de sus dos pequeños hijos hasta que Sandoval llega a su casa luego de trabajar, lo que sucede aproximadamente entre las 16:15 y 16:30 horas. Apenas llega Sandoval al domicilio familiar, la traslada a la actora en el auto hacia su lugar de trabajo ubicado en Av. Bustillo 4750, lo que le permite llegar justa a las 17 hs. De tal modo hasta ahora han podido coordinar adecuadamente sus respectivos horarios de trabajo, de forma tal que mientras uno trabaja, el otro puede cuidar de los pequeños hijos, "cruzándose" en esa hora entre la salida de uno y el ingreso del otro.-

Pero con el nuevo horario que la demandada pretende imponerle a la actora, ello se torna imposible. La única forma de que ello pueda suceder es contratando alguien que cuide a los niños en ese interín. Opción a la que Ambos padres se oponen, no solo por el costo económico que ello representa, sino fundamentalmente porque por la edad de los niños, prefieren que sean ellos quienes los cuiden y no un tercero. Ello además de los mayores costos y pérdida de tiempo que le generaría el traslado en colectivo.

Ni bien la demandada la anotició del cambio que unilateralmente había decidido, nuestra mandante le manifestó su desacuerdo, explicándole sus motivos. Pero la Sra. Fernández decidió mantener la modificación.-

Desconoce los motivos que llevan a la accionada a tomar la decisión que tomo, aunque suponemos que puede ser una reacción frente a legítimos reclamos que le viene efectuando la actora durante los últimos meses, relacionados al encuadramiento convencional, cumplimiento del horario de trabajo, regularización de aportes y contribuciones, pago en término de los sueldos, etc, etc.

Ante la situación planteada, y guiada por el principio de continuidad o subsistencia del contrato (art. 10 LCT) la trabajadora ha optado por recurrir judicialmente a fin de cuestionar la modificación del horario de trabajo que pretende imponer la empresa, solicitando se la condene a reestablecer las condiciones alteradas, conforme lo prevé el art. 66 LCT de acuerdo a la modificación establecida mediante Ley 26.088.-

---b) Corrido el traslado de ley, a fs. 58/64 comparece el Dr. Pablo Sigüenza quien, en representación de la accionada, contesta la demanda, solicitando su rechazo, con costas. Para ello niega puntualmente las afirmaciones de su contraria, en particular que "las condiciones de trabajo hayan sido alteradas". En todo caso, la alteración, por su frecuencia a lo largo de los años, ha formado parte de la relación laboral tal como la Sra. García siempre la vivió. Tanto es así reconoce este horario -de 17 a 21- horas "desde mediados del 2002" lo que evidencia un horario distinto y que también fue modificado.

Ello sin perjuicio de los cambios de horario por cuestiones estacionales.-

Explica que estacionalmente la dueña de la franquicia establece cambios horarios para todos aquellos locales comerciales que explotan su marca y sus productos y por esa razón la actora, varias veces en años anteriores, cambió de horario, pese a que en muchas otras ocasiones se acordaron de buen grado con mi representada, en mérito al mejor orden familiar de la Sra. García (particularmente luego de nacidos sus hijos).

Atribuye la pretensión a diferencias surgidas entre las partes en el último tramo de la relación, por incumplimientos que le atribuye a la dependiente y rechaza el supuesto abuso del *jus variandi*.

--c) Abierta la causa a prueba, celebrada la vista de causa y agregado que fueran los memoriales de las partes demandada y actora -a fs. 102/04 y 105/07- respectivamente, los presentes quedan en estado de recibir la siguiente resolución.

---II) HECHOS: Conforme lo dispuesto por el inc. 1ero. del art. 49 de la ley 1.504, habré de referirme en primer término a las cuestiones de hecho que -relevantes para la resolución de la litis- considero probadas y las que no.-

---Así, con los elementos constitutivos del proceso, demanda, contestación, documentación con ellos adjunto -en tanto no fueran objeto de expreso desconocimiento- tengo por probado: a) Que desde mediados del 2.002, la actora -como trabajadora de jornada reducida- cumplió el horario de 17 a 21 hs., gozando de franco el día martes. Horario que pretendió ser modificado a partir del 20 de noviembre de 2.006. b) Que la actora convive en su domicilio del Barrio San Francisco con sus hijos menores de edad y su concubino que trabaja para Camuzzi Gas del Sur S.A., cumpliendo un horario de lunes a viernes de 8 a 16 hs. Y que de acuerdo al esquema de horarios que tienen cada uno de los integrantes de la pareja, la Sra. García permanece en su domicilio al cuidado de sus dos pequeños hijos hasta que Sandoval llega a su casa luego de trabajar, lo que sucede aproximadamente entre las 16:15 y 16:30 horas, y traslada a la actora en el auto hacia su lugar de trabajo, para quedar luego al cuidado de los hijos.

Contrariamente, la demandada no probó que -tal como lo afirmara- el cambio de horarios obedeciera a razones estacionales y que esto era habitual en la empresa.

Según lo que se pudo escuchar, en el establecimiento de la demandada, nunca se modificó el horario de apertura y cierre por este motivo. A lo sumo hubo algunas variaciones de horarios que afectó eventualmente a los trabajadores que se desempeñaban entre y antes del medio día, hasta la media tarde, buena parte del tiempo

que el establecimiento permanecía cerrado al público.

De todas maneras parece un contrasentido que próxima la estación estival el horario de apertura y cierre se adelante una hora, cuando es de público y notorio que lo contrario es lo habitual en el comercio de la localidad.

---III) EL DECISORIO: Tratando de no abundar en conceptos doctrinarios, incurriré tan solo en aquellos aspectos conceptuales que resultan de aplicación en el caso en particular, para establecer el alcance y limitaciones del empleador al momento de ejercer las facultades emergentes del art. 66 de la L.C.T.

Cabe reconocer en principio que el empresario -en virtud del carácter dinámico del contrato de trabajo- puede alterar algunos aspectos unilateralmente: efectuar cambios que resultan 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.

Sin embargo, la alteración de las condiciones del contrato puede referirse sólo a aspectos no esenciales (accidentales o secundarios) y debe estar justificada en las necesidades funcionales de la empresa y no debe causar perjuicio material o moral al trabajador.

Con esto queda claro que se trata de un derecho discrecional pero no absoluto; es una facultad del empleador -fundada y derivada de los poderes de organización y dirección- que debe ejercitarse con prudencia y razonablemente, y que está limitada por el cumplimiento de determinados requisitos. En este contexto, para el trabajador constituye un deber aceptar las órdenes que importen un ejercicio legítimo y razonable del *ius variandi*.

La doctrina ha ensayado diversos fundamentos jurídicos: se ha afirmado que es una obligación de hacer, que deriva de la facultad de organización, del poder de previsión o del deber de colaboración.

Los fundamentos socioeconómicos y políticos surgen del margen de discrecionalidad que necesariamente debe detentar el empleador para enfrentar con éxito los constantes cambios tecnológicos y evitar la obsolescencia de la empresa y de los métodos de producción. Para lograr que la empresa siga siendo competitiva, el empresario puede introducir ciertos cambios que las circunstancias exigen (modificaciones en la forma de prestación de las tareas y en la función).

El *ius variandi* -facultad del empleador de variar, alterar o modificar unilateralmente las modalidades de la prestación de trabajo- para ser legalmente admisible y no resultar

abusivo, debe ser ejercido cumpliendo los requisitos de validez fijados en la LCT, que se constituyen en estrictos límites para su utilización.

Estos requisitos son la razonabilidad (tiene que ser funcional, responder a una necesidad lógica de explotación de la empresa y estar vinculada a la producción de bienes o de servicios: se puede alterar el contrato para efectuar una reorganización, para modernizar la producción o informatizar un área determinada. Debe existir una razón valedera), la inalterabilidad de las condiciones esenciales del contrato (No puede alterarse la esencia o núcleo del contrato de trabajo, es decir, el contenido sustancial) y la indemnidad del trabajador (La modificación decidida no debe perjudicar al trabajador en ningún aspecto: no puede alterar ni su persona ni sus bienes, es decir que no debe producirle daño moral ni material.).

Si el ejercicio del *ius variandi* afecta algunos de ellos, se trata de un uso abusivo, ilegítimo o arbitrario; en ese caso solamente podría ejercerse con el consentimiento del trabajador otorgado en forma libre y voluntaria, en tanto la alteración no viole el orden público laboral (mínimos inderogables) ni importe una abdicación gratuita de derechos emergentes del contrato de trabajo.

Analizando globalmente los requisitos de validez enumerados, cabe concluir que son acumulativos y no alternativos: deben necesariamente satisfacerse los tres para no caer en un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

Entrando al punto que nos concierne podemos afirmar -prima facie- que el horario de trabajo es una estipulación esencial del contrato, ajena a las previsiones del art. 66 LCT.: El empleador está autorizado -en ejercicio de sus facultades de organización- a diagramar los horarios; el trabajador, al ingresar, debe conformarse a esta diagramación. Una vez ejercida por el empleador esa facultad y perfeccionado el acuerdo con la aceptación y efectiva ejecución del diagrama por el trabajador, nos hallamos frente a una estipulación contractual que sólo puede ser modificada por un nuevo acuerdo (sala 8ª, 25/2/2003, "Reding, Hugo F. v. Supermercados Norte SA" [J 30002121]).

Sin embargo puede aceptarse que el empleador pueda modificar unilateralmente la distribución del tiempo de trabajo por razones funcionales o frente a la invocación de una situación objetiva e imprescindible para el fin común de la empresa, si ello no modifica sustancialmente la modalidad del contrato de trabajo.

También pueden resultar legítimos si los cambios de turno responden a las necesidades funcionales de la empresa y fueron expresamente aceptados por los trabajadores al ser contratados, es decir, si estaban previstos al momento de la celebración del contrato y

los trabajadores fueron notificados de ello. En tal sentido, el Supremo Tribunal de Justicia de Corrientes resolvió que si desde el inicio de la relación el trabajador conocía la posibilidad de la mutación del horario, no aparece irrazonable el ejercicio por el empleador de esa facultad, no existiendo una alteración esencial del contrato pues ello había sido acordado (21/10/2003, "Dionel, Silva v. Unidad Renal Ctes. SRL y otros").

No obstante existen situaciones en que las facultades del empleador se yuxtaponen con los intereses del trabajador; zonas grises, que no siempre resultan fáciles de diferenciar.

Si bien puede admitirse como legítimo pasar de horario continuo a discontinuo o viceversa, o bien comenzar y finalizar la jornada una hora más tarde, (pero no agregar el día sábado para prestar tareas aunque no se aumente la jornada semanal), estos cambios podrán categorizarse como estructurales o accidentales según su magnitud y la afectación de las condiciones de trabajo.

Como regla, la modificación de la distribución del tiempo de trabajo tiene como límite que no cause al dependiente perjuicio moral (por ejemplo, la atención del hogar) o material (por ejemplo, gastos de viajes y comida).

Por lo tanto, la alteración en la práctica no debe implicar una modificación esencial de las condiciones de trabajo ni limitar el tiempo libre del trabajador que éste puede utilizar para otra actividad o para el ocio, ni alterar sus condiciones de vida (por ejemplo, el almuerzo con su grupo familiar, horario de comida, vida en relación, cuidado de un enfermo, etc.).

La jornada de trabajo es un elemento esencial del contrato de trabajo y su mutación puede lograrse en forma consensuada a través de un nuevo acuerdo con el trabajador, como de hecho ocurrió entre las partes, cuando se fijó el horario de la actora a mediados del año 2.002.

Puede afirmarse entonces que el ejercicio del *ius variandi* está sujeto a dos tipos de limitaciones: una de carácter general, que torna justificado o no el cambio dispuesto por el empleador sobre la base de un criterio objetivo, y otra de carácter personal o particular, que requiere -sin perjuicio de haberse satisfecho el aspecto general- que en cada caso se valore la modificación teniendo en cuenta la situación de cada trabajador.

En el caso particular de autos podemos afirmar que el cambio dispuesto por la empleadora se encuentra precisamente en esa zona gris y por lo tanto exige con mayor razón un análisis extremo de las condiciones a que limitan las facultades del empleador.

La falta de sustentación objetiva -ya que la decisión de adelantar el horario no obedeció como se afirmara a una motivación estacional- no impide analizar el otro aspecto

esgrimido por la demandada: que la decisión fue tomada por la titular de la franquicia, para todos los locales (franquiciados o no).

La primera observación es que según el informe de fs. 111/12, el único local franquiciado sería el de la demandada García. La segunda es que, la falta de uniformidad de los horarios enunciados en la nota de fs. 32 impide aceptar seriamente que el contrato de franquicia impida a su beneficiaria disponer de la distribución de la jornada de trabajo de su personal y del cierre y apertura del comercio.

Contrariamente, la actora probó que el cambio de horario le perjudicaba desde el punto de vista familiar como también económico, ya que el transporte en colectivo (dos por viaje), le duplicaría el costo del traslado

Por las razones expuestas, y ratificando lo dispuesto oportunamente en la medida cautelar, propiciaré el acogimiento de la demanda, condenándose a la demandada a reestablecer el horario de trabajo de Nilda García a las condiciones existentes al 19 de noviembre de 2.006.

Costas a la demandada vencida.

---A la misma cuestión planteada, los Dres. Juan Lagomarsino y Ariel Asuad dijeron:

---Adherimos al voto que antecede.-

---Por todo lo expuesto, la CAMARA DEL TRABAJO de la IIIa. Circunscripción Judicial RESUELVE:

---I) HACER LUGAR a la demanda y, en consecuencia, condenar a Gladys Sonia Fernández a reestablecer el horario de trabajo de Nilda García a las condiciones existentes al 19 de noviembre de 2.006.-

---II) COSTAS a la demandada vencida.-

---III) REGULAR los honorarios de los letrados intervinientes de la siguiente manera: para los abogados Martin Joos y Blanca Carballo, por la representación ejercida de la parte actora, en conjunto y proporción de ley, en la suma de \$650 (13 JUS), y para los abogados Pablo Sigüenza y Valeria Verkys, por la demandada, en la suma de \$500 (10 JUS - Mínimo-), de conformidad con lo dispuesto por los arts. 7, 8, 9, 40 y cctes de la Ley de Aranceles.-

---IV) REGISTRESE, protocolícese, notifíquese y Oportunamente archívese.-

ARIEL ASUAD JUAN A. LAGOMARSINO CARLOS M. SALABERRY

Juez de Cámara Presidente Juez de Cámara