



**PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 27 de febrero del año 2020

**Y VISTOS:**

En acuerdo estos autos caratulados: "**BONGIOVANI MARIA ANTONELLA C/ BICENTENARIO S.R.L. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS**" (JNQLA2 EXP 503144/2014) venidos en apelación a esta **Sala I** integrada por los Dres. **Cecilia PAMPHILE** y **Jorge PASCUARELLI**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. **Estefanía MARTIARENA**, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. **Jorge PASCUARELLI** dijo:

I. A fs. 170/176 se dictó sentencia por la cual se rechazó la demanda, con costas.

A fs. 182/185 apela y expresa agravios la actora. Dice que se dio por despedida en razón del cambio laboral efectuado por la empleadora al dejar de trabajar en el Bar Varoli y pasar a la parrilla *Aberdeen Angus* que produjo la pérdida de una parte integrante del salario al dejar de percibir propinas. Dice que de la lectura de la sentencia se advierte una contradicción con los argumentos expuestos por el Juez, que la parrilla no posee el puesto de mozo, lo que acarreó la pérdida de la posibilidad de percibir propinas, que se afectó lo dispuesto en el art. 103 LCT. Agrega, que las funciones de mozo y cajero son distintas pero ello no es el quid de la cuestión sino la pérdida de las propinas.

Se queja porque el Juez sostuvo que no estaba probada la injuria pero entiende que surge acreditada de las declaraciones testimoniales que refieren a la importancia de las propinas en el bar y que no se percibían en la parrilla y refiere a las declaraciones de Luzuriaga, Mercado y Soriani.

Agrega, que de la declaración de Paredes surge que se presentó a trabajar en la parrilla antes de considerarse despedida, que el *ius variandi* no puede ser ejercido cuando

implica una pérdida del 30% del salario y la disminución del sueldo configura la injuria del despido.

Dice que probada la injuria proceden las sumas reclamadas conforme la liquidación efectuada por la perita.

Sostiene que se trata de la modificación objetiva de las condiciones de trabajo que redundaron en perjuicio de esa parte.

A fs. 187/192 la contraria contestó el traslado de los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

**II.** Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas el recurso resulta improcedente por cuanto la crítica resulta insuficiente para desvirtuar los fundamentos del *A-quo* respecto a la falta de configuración de la injuria que impida la continuación del vínculo laboral.

Al respecto, el Juez luego de valorar el intercambio epistolar consideró, primero, *"un incumplimiento en el principio de conservación del empleo, el cual también rige para el trabajador"* sobre lo cual nada dice la recurrente en su apelación.

Luego, tuvo en cuenta que *"no surge el perjuicio invocado por la modificación del lugar de trabajo, y además de ello tampoco se advierte el perjuicio económico argumentado por la actora"*, (fs. 172).

Para concluir que *"de acuerdo a la prueba producida en autos, considero que no ha sido acreditado por la actora que se haya visto perjudicada sustancialmente con la modificación de las condiciones de trabajo, no explica ni prueba en qué medida ello la ha afectado y tampoco acredita la medida del perjuicio concreto relacionado con el pago de las propinas, lo cual no es ni más ni menos que una dádiva que el cliente puede otorgar o no, y en modo alguno ello debe considerarse perjudicial a los fines del cambio del lugar de trabajo"*, (fs. 174).

Los agravios únicamente se refieren a la existencia de injuria debido a que por el ejercicio del *ius variandi* sufrió la pérdida de una parte integrante del salario al dejar de percibir propinas.

Al respecto, de las declaraciones testimoniales se desprende que tanto Lucía Paredes como Pablo Mercado indicaron que la actora trabajó como moza y un tiempo como cajera, que las propinas eran por parte de los clientes del bar Varoli, que las mismas se repartían entre mozos y cajeros y que no había mozos en la parrilla Aberdeen Angus, pero ninguno pudo especificar cuál era el valor mensual que estas propinas representaban para los empleados.

Por su parte, Carolina Luzuriaga declaró que la actora cumplía las veces de cajera y que no podía precisar cómo percibían las propinas los empleados porque no es algo que involucre al dueño del local y que no estaban por contrato laboral.

Y si bien Mariana Soriani dijo que con la actora fueron compañeras de trabajo en el bar Varoli y consultada sobre el monto aproximado de lo que se recibía por las propinas dijo que era bastante, entre el 30% o más, que era una diferencia importante, pero no dio ninguna precisión respecto a su valor concreto, ni de los montos que efectivamente percibían como tampoco en qué momento.

Por eso el *A-quo* desestimó la injuria porque no se acreditó "*la medida del perjuicio concreto relacionada con el pago de propinas*", (fs. 174) aspecto necesario para considerar su gravedad y proporcionalidad.

En ese sentido, repárese que la recurrente en ningún momento (ni en la demanda ni en la apelación) dice cuál era el monto de las propinas que dejó de percibir.

En la demanda dijo: "*Que a fines de Agosto, aproximadamente, Carolina Luzuriaga le informa a la actora que*

en Diciembre tenían intenciones de cerrar el local, y que tenían intenciones de continuar la relación laboral, otorgándole el puesto de moza en la parrilla conocida como Aberdeen Angus, también de su propiedad. Ante esta noticia, la actora le informa que no deseaba cambiar la categoría y puesto por la cual fue contratada, dado que perdería las propinas con las que venía contando desde hace más de 6 años, montos considerables acorde al salario percibido" (ver fs. 60). Ésta es la única referencia respecto de las propinas que percibía, sin indicar el porcentaje que la falta de las mismas representaba en su salario ni cómo eran manejadas dentro de la empresa. Tampoco ofreció precisiones en los alegatos donde se limitó a decir que de las testimoniales producidas quedó acreditado que en el nuevo local donde se ofreció a la actora prestar nuevas funciones no se encontraba la de mozo, y que de allí deviene que la actora perdería parte integrante de su sueldo por dejar de percibir sumas en concepto de propinas pero no dio pautas precisas del perjuicio concreto que la falta de estas propinas le ocasionaba en su salario. Luego, en su expresión de agravios, el único fundamento que ofrece para justificar su injuria está vinculado con los dichos de Soriani que indicó que las propinas representaban el 30% del sueldo, lo cual no resulta suficiente para desvirtuar el decisorio del Juez.

Esta Alzada ha sostenido que: "[...] este derecho conocido como *ius variandi* no es irrestricto; no puede realizar cualquier cambio sino solo el que no traspase ciertas vallas: la potestad patronal debe ser ejercida con prudencia, razonabilidad y evitando agravios al trabajador."

"La norma bajo examen establece las pautas limitativas de esta facultad. Ellas surgen del párrafo inicial, cuando prescribe que los cambios "no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad ni alteren modalidades

*esenciales del contrato ni causen perjuicio material ni moral al trabajador*", ("MILLAPAN GERARDO NORBERTO C/ S.A. IMPORTADORA Y EXPORTADORA PATAGONIA S/COBRO DE HABERES", JNQLA4 EXP 508301/2016) y en el presente no hay pruebas de que esos límites fueran traspasados por la empleadora.

**III.** Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar la apelación deducida por la actora a fs. 182/185 y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 170/176 en lo que fue materia de recurso y agravio. Imponer las costas de la Alzada a la actora por su condición de vencida en esta instancia (arts. 17, Ley 921 y 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. **Cecilia PAMPHILE** dijo:

**1.** Tal como surge de las constancias de estas actuaciones, la empleadora comunica el cambio de lugar de trabajo con fecha 10 de marzo de 2014.

En dicha comunicación expresamente se consigna: *"dentro del mismo rubro gastronómico, bajo las mismas condiciones y características que venía desempeñando (remuneración y carga horaria, franja horaria, ocupación, puesto y reglamentación) a partir del día lunes 17 del corriente mes..."*

Dos días después, esto es, el 19/03/2014, la actora se da por despedida, lo cual comunica por medio del telegrama que adjunta en hojas 54.

Allí consigna: *"Habiéndome presentado a trabajar y ante el cambio de local comercial, se me designó la tarea de cajera, no respetándose la categoría de moza, tal como venía desempeñando hasta el día de la fecha. A raíz de ello se me privó de los adicionales de propina que percibía, causándome esta situación una grave injuria, por lo cual me doy por despedida sin justa causa".*

2. En dicho contexto, debo adherir a la solución propuesta por mi colega.

Es que, en las concretas circunstancias del caso, no puedo dejar de ponderar que, al comunicar el cambio de lugar de tareas, la demandada indicó que respetaría las condiciones y características, entre ellas, las remuneraciones.

Por lo tanto, al proceder a la ruptura a los dos días de comenzar con el desempeño, tal decisión se muestra prematura, a poco que se advierta que era imposible, en tan corto plazo, que se cristalizara siquiera el agravio alegado.

Es que *"...de acuerdo con el principio de buena fe, no resulta correcto que se coloque en situación de despido inmediatamente, sino que previamente debe intimar fehacientemente al empleador explicando cuál es el motivo por el que considera abusivo el cambio decidido, a fin de brindarle la oportunidad de rever la medida adoptada. Si estuviese justificada funcionalmente y afectara aspectos no esenciales del contrato, debe describir en qué consiste el perjuicio patrimonial o moral, es decir, comunicar que su negativa a la modificación se sustenta en razones personales objetivas y no en un mero capricho..."* (cfr. EL IUS VARIANDI A LA LUZ DE LA REFORMA INTRODUCIDA POR LA LEY 26088, Hierrezuelo, Ricardo D. Grisolia, Julio Armando, Publicado en: Jurisprudencia Argentina Cita Online: 0003/401170).

A todo evento, coexiste con estos desarrollos, la falta de prueba del real perjuicio causado, desde donde la solución propuesta por mi colega es adecuada al contexto de decisión.

Es que, en definitiva, *"para la apreciación de la legitimidad del ius variandi y, en su caso, para justificar el resarcimiento de sus consecuencias, es necesario determinar la existencia de un perjuicio comprobable en el momento en que fue ejercido..."* (cfr. Ley de contrato de Trabajo anotada,

Etala, Simón, Tomo I, pág. 293 con cita de CSJN "Zorzin Victor", DT 1998-B-1652).

Con estas consideraciones he de adherir al voto del Dr. Pasquarelli. **MI VOTO.**

Por ello, esta **Sala I**

**RESUELVE:**

**1.** Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 182/185, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 170/176 en lo que fue materia de recurso y agravio.

**2.** Imponer las costas de esta instancia a la recurrente (arts. 17, Ley 921 y 68 del CPCyC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de los determinados en la anterior (art. 15, LA).

**3.** Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos a origen.

**DRA. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI**

**Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA**