
VALIDEZ DE LA NOVACIÓN *IN PEIUS* EN EL DERECHO DEL TRABAJO

SENTENCIAS N° 34/2014 DEL JUZGADO LETRADO DEL TRABAJO DE LA CAPITAL DE 19° TURNO Y N° 294/2014 DEL TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE 1° TURNO

SANTIAGO MADALENA

1) El caso

El caso tratado por las sentencias analizadas tuvo por objeto principal la determinación de la validez de una novación de contrato de trabajo por medio de la cual se redujo el salario de un empleado.

El actor era el gerente general de una empresa con la cual en el año 2010, celebró un acuerdo de novación de su contrato de trabajo, que tuvo como motivo la difícil situación económica que atravesaba la empleadora y el hecho de que el salario del actor resultaba demasiado elevado para la relación entre costos e ingresos que poseía la misma.

El acuerdo novatorio lo celebró el actor asistido por un abogado (que en el caso además resultaba ser familiar directo suyo) y como consecuencia del mismo se le abonó una indemnización por “despido parcial” considerando el salario que dejó de percibir como consecuencia de la novación.

Existieron otros elementos particulares a los cuales las sentencias les otorgaron particular relevancia a la hora de analizar la validez del acuerdo novatorio, como ser el hecho de que el propio trabajador, antes de su novación, había informado a los accionistas de la empresa acerca del procedimiento novatorio bajo la ley laboral uruguaya, el cual se había aplicado previamente a otros empleados de la empresa.

Por Sentencia N° 34/2014 dictada por el Juez Letrado del Trabajo de Montevideo de 19° Turno, se desestimó en todos sus términos la demanda. El empleado apeló la sentencia, agraviándose principalmente en el hecho de que la misma habría ignorado el principio de ajenidad de los riesgos económicos, indicando que en base a este principio la mejor o peor situación de la empresa constituye un hecho irrelevante a la hora de determinar la validez de la novación. Sin embargo, la Sentencia N° 294/2014 del Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno confirmó en todos sus términos la sentencia de primera instancia, otorgándole relevancia a la situación económica de la empresa y además concluyendo que el consentimiento del actor no se encontró viciado y que la novación resultó totalmente válida.

2) Contexto doctrinario

Antes de ingresar en el fondo del tema, entendemos necesario hacer una brevísima reseña acerca de las posiciones doctrinarias respecto de la novación del contrato de trabajo en nuestro país.

Con total claridad explicaba Pla Rodríguez que la novación es válida siempre que “*exista el animus novandi, es decir la intención y el propósito de cambiar un contrato por otro. Y, sobre todo, que quede bien de manifiesto la libre voluntad del trabajador*”¹.

Indicaba respecto de la novación objetiva, que la misma implica una modificación fundamental del contrato de trabajo que resulta de común acuerdo entre las partes, las cuales permanecen incambiadas. Excepcionalmente -agregaba- puede existir una modificación para empeorar la situación del trabajador, en el caso de que el mismo posea interés a modo de ejemplo en cambiar un empleo que le requiere la jornada entera por otro que solo exige media jornada o sustituir una categoría mejor remunerada por otra que le demanda un esfuerzo menos exigente pero con un menor salario.

Por lo que ya esbozaba dos ideas fundamentales: la primera, la validez de la novación como instituto aplicable a la materia laboral incluso cuando implica una modificación para empeorar la situación del trabajador (novación *in peius*); la segunda, un recelo necesario e ineludible cuando se trata de analizar la libre voluntad del empleado. No se trata entonces de anular la expresión de voluntad del trabajador, sino de asegurarse que el *animus novandi* sea cierto y pueda acreditarse. En este sentido, Pla Rodríguez tampoco exigía expresamente que la propuesta novatoria venga de parte del trabajador, sino simplemente que su voluntad (ya sea como proponente, ya sea como aceptante de una propuesta novatoria) sea libre.

Más modernamente esta posición acerca de la validez de la novación en materia laboral fue sostenida por Ameglio y Slinger. Los autores se pronunciaron específicamente sobre la novación que permite una rebaja del salario. En este sentido indicaron que el empleador no puede en forma unilateral imponer una reducción del salario al empleado, incluso mediante el pago de un despido parcial, por cuanto ello excede los límites del *jus variandi*. Sin embargo, la situación es diferente cuando se trata de una propuesta realizada por el empleador al trabajador y aceptada por este último. Solo en este caso estamos ante un verdadero acuerdo novatorio, válido, mediante el cual se extingue una obligación anterior por otra nueva y diferente.

En estos casos -indican- “*es importante establecer en forma expresa que, de no admitir éste la propuesta, se genera automáticamente el derecho al cobro de la indemnización por despido*”².

Coincidentemente, Castello ha indicado que en materia del contrato de trabajo, debe reconocerse un margen para el gobierno de los propios intereses individuales, reconociendo que dicho margen debe ser estrecho siendo que la relación entre empleador y

1 Pla Rodríguez, Américo. Curso de derecho laboral tomo II vol. I, p. 198. Ed. Idea Montevideo, 1987.

2 Ameglio, Eduardo J; Slinger, Leonardo. Las variaciones del contrato de trabajo en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay N° 1, 2000, pp. 147 y ss.

trabajador en principio no es paritaria. En su opinión deben cumplirse los siguientes requisitos: examinar el interés que pueda tener el trabajador en modificar un derecho y sustituirlo por otro; investigar cuál es la nueva situación del trabajador, determinando si la eventual desmejora económica puede significar una mejora en otros aspectos de su posición; encontrarse una justificación adecuada o motivo de la modificación, ya que tratándose de un hecho anormal solo puede fundarse “*en una razón seria y fundada*”; y finalmente debe analizarse si el consentimiento del empleado es libre voluntario. Agrega que en caso de que la iniciativa novatoria provenga del empleador y no del trabajador, la posibilidad de que exista una novación válida es “*más excepcional (aunque no imposible)*”³.

En la posición contraria a su admisión, Grzetich planteó el asunto desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones en el ordenamiento jurídico, aclarando que la misma no tiene la misma vigencia que en el derecho civil. En consecuencia, las normas contractuales no pueden ser disminuidas por el empleador, ni renunciadas por el trabajador. Concluye “*Eso lo sabía el empleador, o al menos debía saberlo, al momento de ofrecer su alternativa al trabajador. Ofrecía una alternativa imposible, porque iba contra el orden público laboral*”, refiriéndose a un caso en el cual ante un cambio de empleador, se le ofrecía al empleado egresar cobrando la indemnización por despido y los créditos correspondientes, o continuar trabajando pero en este caso su antigüedad se reconocía únicamente respecto de su indemnización por despido⁴.

A su vez, existen otras discusiones acerca de aspectos concretos de la novación de contrato en materia laboral, como lo son la posibilidad de pactar una novación *in peius* sin establecer una contraprestación para el empleado diferente del mantenimiento de la fuente de trabajo, o la posibilidad de que se configure una novación tácita, aspectos que no fueron objeto de las sentencias aquí analizadas por lo que no nos detendremos en ellas⁵.

3) Contexto jurisprudencial

Desde el punto de vista jurisprudencial, la justicia del trabajo en los últimos años se ha mostrado más abierta a aceptar novaciones de contrato de trabajo *in peius*.

A modo de ejemplo, a Suprema Corte de Justicia por Sentencia N° 191/2006 indicó “*resulta claro que invocando causas objetivamente válidas, el patrón puede plantearle a su empleado la opción de modificar la relación laboral o poner fin a la vinculación abonando la indemnización legal correspondiente, y es lícito que el trabajador opte por mantener su fuente de trabajo (pues ante la facultad rescisoria del empleador, no tenía un derecho cierto que le garantizara estabilidad absoluta) modificando el régimen de contratación, pues negarle el derecho a optar, implicaría -en el caso- condenarlo a perder su fuente laboral, lo que no parece ajustado al principio de razonabilidad (v. Pla Rodríguez, Los Principios del Derecho del Trabajo, Ed. De Palma, 1998, págs. 364/366)*”.

3 Castillo, Alejandro. ¿Es lícita la novación en el Derecho del Trabajo? en CADE Profesionales y Empresas, Tomo XII Septiembre 2011 pp. 51-55.

4 Grzetich, Antonio. La novación, el silencio del trabajador y la autonomía de la voluntad en el derecho del trabajo en RDL N° 196 pp. 796-801.

5 Existieron varias ponencias sobre estos aspectos en las XII Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (2000)

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 4º Turno recientemente ha sostenido “*el contexto histórico en el cual se realizó el acuerdo novatorio evidencia que ambas partes obtuvieron ciertas ventajas en el mismo: la demandada pudo disminuir gastos ante los requerimientos impuestos por la crisis económico financiera instaurada y el actor (así como el resto de la plantilla de trabajadores locales) mantuvo su principal fuente de ingresos, a pesar de que la grave crisis que sufrió el Estado Argentino -y la región- en esas épocas había afectado muy especialmente la estabilidad laboral de los empleados de la demandada*”. (Sent. 416/2013 29.10.2013 BJN).

A su vez el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 3º Turno se pronunció a favor de la novación del contrato del trabajo, en particular respecto de la modificación de un elemento esencial del mismo como lo es la moneda de pago del salario: “*la pesificación acordada es válida por no haber significado rebaja salarial configurándose novación contractual.- Negocio jurídico que contó con la total conformidad del trabajador sin que se demostrara que estuviera viciado en modo alguno en el consentimiento otorgado*” (Sent. 332/2013 23.10.2013 BJN).

Finalmente, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 2º Turno entendió “*El salario es intangible y su modificación “in pejus” viola dicho límite y genera el derecho de resistencia del trabajador que puede utilizarlo de inmediato o tolerar la situación un tiempo intentando que varíe y de no ser así considerarse indirectamente despedido a posteriori. Correspondiendo en cada caso el análisis concreto de la situación. Diversa es la situación que con el acuerdo de todas las partes ante una crisis económica se acuerdan estas situaciones a efectos de mantener la fuente laboral, acuerdo que no surge de autos. Si el trabajador no estaba de acuerdo, el empleador tenía la facultad de prescindir del actor, pero abonando la indemnización por despido legal en forma*” (Sent. 80/2013 3.4.2013 BJN).

4) Elementos valorados para determinar la validez del acuerdo

Creemos que las sentencias, sin mencionarlo en forma expresa, siguieron la postura de Pla Rodríguez: la novación *in peius* del contrato de trabajo es válida, siempre y cuando quede demostrado el libre *animus novandi* del trabajador.

De esta forma, a nuestro entender, no existe un elenco taxativo de requisitos que deba cumplir la novación para poseer validez. Por el contrario, en cada caso concreto pueden existir diversos elementos o indicios que permitan acreditar el libre consentimiento del trabajador y todos ellos pueden ser válidos, siempre y cuando analizados en su conjunto hagan pasible esa conclusión.

A continuación repasaremos brevemente los puntos considerados por las sentencias analizadas para otorgar validez al acuerdo novatorio que dio origen al litigio

a) Relevancia del principio de ajenidad de los riesgos

Uno de los aspectos más interesantes de las Sentencias radicó en el planteo de que el principio de la ajenidad de los riesgos, excluía la posibilidad de que la situación económica de la empresa pueda haber constituido una causa válida para justificar la novación *in peius* celebrada.

Al explicar el alcance de la ajenidad, Rivas indica estudiando la doctrina extranjera que se trata de la manifestación del desencuentro de clase respecto de quienes poseen el capital necesario para promover la iniciativa económica y quienes únicamente disponen de sus propias energías laborales. Esto implica que el riesgo relacionado a la variabilidad económica, concerniente a la productividad de la organización del trabajo está a cargo del empleador, sin importar el costo que deba asumir para obtenerlo ⁶.

Siendo éste el principio, cabe preguntarse entonces ¿la situación económica del empleador puede ser un elemento relevante a la hora de decidir acerca de la validez o invalidez de una modificación o novación del contrato de trabajo?

El punto fue tratado específicamente por el Tribunal, quien expresó: “...la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato”, agregando “De manera entonces que si bien en principio la situación económica de la empresa no podía redundar en su perjuicio, ello no significa que tenga que ser un hecho descartable, que no deba tenerse en cuenta en tanto fue el entorno en el que se gestó la novación, justificándola y validándola.

Tampoco se entiende de recibo el argumento de fs. 551 vta. de que el motivo indisoluble de la empresa era bajarle el sueldo al actor por considerarlo alto, por cuanto por lo que viene de señalarse, no se trató de una actitud discriminatoria de la empleadora, sino que la rebaja salarial también se había producido anteriormente con el Encargado de operaciones Sr. M. P., además que se envió a casi todo el personal al seguro de paro, y al despido de éste a tal punto que al momento de la finalización de la relación laboral entre el actor y C. S.A. aquel era el único empleado que quedaba en la empresa en Uruguay”.

Es claro entonces el planteo realizado en relación a la incidencia que puede tener el principio de ajenidad de los riesgos: el mismo no puede justificar que el empleador evada la normativa laboral pero sí configura un aspecto atendible a la hora de explicar el comportamiento del empleador y su adecuación a los riesgos económicos: “si bien por el principio de ajenidad de los riesgos los avatares económicos de la empresa son ajenos a sus trabajadores, lo cierto es que dentro de las medidas que el empleador puede adoptar para enfrentar las dificultades económicas, está el cese o despido de personal, abonando los rubros salariales e indemnizatorios de egreso. Por ello la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato”.

De esta forma, la novación es válida cuando tiene un motivo justificante, el cual puede provenir del empleador (como en el caso analizado) pero también del trabajador (por ejemplo cuando por un motivo personal cualquiera tiene la intención de reducir su horario o categoría y consecuentemente su salario).

Las sentencias confirmaron que la situación económica de la empresa es un motivo válido para justificar una novación. Y lo particular del caso, es que ni siquiera se trataba de una situación coyuntural de la economía en general, sino que la empresa

⁶ Rivas, Daniel. La subordinación: criterio distintivo del contrato de trabajo, pp. 45-46. FCU. Montevideo, 1995.

en particular no estaba teniendo buenos resultados. Pero este motivo no invalida el razonamiento anterior.

Finalmente, también resulta relevante que las sentencias legitimaron la iniciativa del empleador en materia novatoria, siempre y cuando exista una causa válida. En este caso lo fue la necesidad de reducir costos por parte de la empresa, pero también creemos que puede serlo otros motivos, como la reorganización de los puestos de trabajo (que implique por ejemplo suprimir determinadas categorías laborales). Fuera del plano jurídico, y considerando la utilidad del instituto, la posibilidad de pactar una novación, termina siendo un elemento de gran beneficio tanto para el trabajador como para el empleador, ya que de lo contrario al empleador no le quedaría en muchas oportunidades otra alternativa que despedir al empleado.

b) El análisis del consentimiento del trabajador

En el caso estudiado, el trabajador planteó entre sus agravios contra la sentencia de primera instancia, que ante el temor de su posible pérdida del empleo, celebró el acuerdo novatorio con su consentimiento viciado.

Resulta interesante lo expresado por la sentencia de primera instancia, en cuanto a que si bien el temor por la pérdida del empleo efectivamente condiciona o puede condicionar la celebración de un acuerdo novatorio, ello no implica un elemento que quite validez a la novación. Ello porque en todo caso, el despido con pago de la indemnización constituye un derecho del empleador de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico: *“Si bien la perspectiva de perder el trabajo constituye un factor que pudo condicionar la decisión del actor, no puede llegar a considerarse un vicio del consentimiento, en tanto el cese por despido con el pago de la correspondiente indemnización, es una facultad del empleador”*.

Incluso la sentencia considera elementos de la realidad para -en el caso concreto- reducir la posible influencia que haya podido presentar el temor a la pérdida del empleo: *“Además, nuestro país en los últimos años presenta una tasa de desempleo baja, más respecto de personas calificadas o con título universitario, por lo cual la pérdida del trabajo, ante la perspectiva de poder obtener uno nuevo, no tiene porqué ser un factor determinante de aceptar una novación in peius”*.

Creemos que este razonamiento también es correcto y que además constituye una buena práctica en las sentencias laborales. Esto es, considerar la situación particular de cada empleado y evitar los razonamientos apriorísticos.

c) La existencia de negociación

Las sentencias también otorgaron relevancia al hecho de que la novación haya surgido luego de un proceso de negociación entre el trabajador y el empleador: *“Esa negociación pone de manifiesto, no solo que no hubo imposición, sino que la posibilidad de perder el trabajo no llegaba a constreñir totalmente la voluntad del actor, pues en tal caso se hubiera limitado a aceptar los términos de la reducción establecida por la empresa”*.

Nuevamente se evitaron razonamientos apriorísticos y se otorgó validez al hecho de que empleador y trabajador discutan sobre los términos de la relación de trabajo, lo que determinó que las partes se hicieron concesiones como fruto de la negociación.

Esto ocurrió a modo de ejemplo con la moneda de pago del salario que se estableció en la novación: *“Véase que en la versión de contrato de diciembre de 2009 no existe la previsión de cambio a pesos (fs. 232), que si aparece en la versión de marzo de 2010 (fs. 241). Es decir, es el actor el que propone en su favor, y la empresa acepta, que la moneda de pago de salario se cambie de dólares a pesos”* (primera instancia) e incluso con el propio porcentaje de reducción salarial establecido en la novación: *“Si, se manejaron valores intermedios entre los 40 y 60 %, ellos empezaron con una reducción del 60%, mi planteo fue del 20%, el último número planteado por ellos fue el 50%, inamovible, después quedamos en una negociación de 50-30, hasta que yo planteo hacer un 40% y terminar el tema porque si no el otro camino era el despido”*.

En definitiva, se trata de un elemento que puede encontrarse o no en una novación y su ausencia de por sí no determina la invalidez de la misma. Pero resulta un elemento útil desde el punto de vista probatorio, para acreditar el libre *animus novandi* del trabajador, que es en nuestra opinión el elemento fundamental que le otorga validez al instituto.

d) Asistencia letrada y pago de indemnización por despido parcial

En el caso concreto, el actor contó con asistencia letrada a la hora de celebrar la novación de su contrato de trabajo. La particularidad del caso radicaba en que incluso el asesor del trabajador era familiar directo suyo.

Como decíamos anteriormente, el análisis del acuerdo novatorio debe hacerse sobre la base de la libre voluntad del empleado. La asistencia letrada, si bien entendemos que tampoco configura un requisito de validez de la novación, sí constituye un elemento que coadyuva a demostrar el libre consentimiento.

A su vez, el trabajador recibió una indemnización por despido parcial, esto es, una compensación que fue calculada en forma similar a la indemnización por despido común, pero tomando como base la reducción salarial sufrida por el trabajador. Este fue otro elemento considerado por las sentencias para otorgarle validez a la novación, aclarándose en la sentencia de segunda instancia que: *“la novación aunque sea peyorativa no siempre es ilícita, lo es cuando encierra o encubre simplemente una renuncia pero, como en el caso, no hubo tal renuncia por cuanto el actor cobró incluso la indemnización por despido parcial, que puso fin a la relación de trabajo anterior, no puede sostenerse que se trató solamente de una renuncia”*.

e) El conocimiento por parte del empleado del mecanismo de la novación

Continuando con la idea de que la prueba del libre *animus novandi* del empleado constituye el elemento fundamental para sostener la validez de la novación, existió otro elemento que las sentencias consideraron como relevante a la hora de analizar el acuerdo: el conocimiento del trabajador acerca del mecanismo novatorio.

Así sostuvo la sentencia de primera instancia: *“Finalmente, no puede desconocerse que el actor informó en su momento a los responsables de la empresa en el exterior, las condiciones en que se puede “realizar una reducción legal” del salario en Uruguay, haciendo referencia a la novación de contrato (traducción a fs. 146/v de correo electrónico de fecha 1° de julio de 2009). Por tanto, este acto propio, emanado del gerente general de la empresa que informa a sus superiores en el exterior, resulta también relevante, a la hora de considerar la novación suscripta por el actor, ya que este contrato se corresponde con lo que oportunamente él comunicó”*.

Entendemos que esto demuestra que en cada caso pueden surgir elementos de hecho muy distintos, cuyo análisis corresponderá a la justicia, a la hora de determinar el libre consentimiento del empleado en la celebración de la novación. Todos estos indicios serán los que el tribunal deberá analizar en forma conjunta, para determinar si en una novación *in peius* el consentimiento del trabajador fue libre o no.

5) Novación y pretensión por despido abusivo

En el presente caso, el actor reclamaba adicionalmente una indemnización por despido abusivo, basado en dos argumentos: el hecho mismo de la novación del contrato (en tanto la misma habría configurado un engaño) y un correo electrónico con contenido pretendidamente ofensivo.

En cuanto al primer fundamento, la consideración acerca de que la novación celebrada fue válida permite descartarlo como motivo de condena de un despido abusivo. En efecto, siendo que quedó acreditado el libre consentimiento del empleado en la celebración de la novación, de ninguna manera podría sostenerse que la misma provocó un posterior despido abusivo del trabajador.

Finalmente, y si bien excede al punto de la novación, resulta interesante considerar brevemente el segundo argumento sostenido por el actor para reclamar la indemnización por despido abusivo, y la consideración realizada por las sentencias: un acto posterior al despido no puede teñir al mismo de abusivo. En efecto, si bien se trata de una afirmación que parece lógica en cuanto a su cometido, podría generar alguna duda en lo que es el despido abusivo “en cuanto a su forma”.

Como explica Cristina Mangarelli respecto de la jurisprudencia en materia de despido abusivo: *“...el concepto que ha elaborado la justicia laboral refiere a la ilicitud: en los motivos del despido (motivación antijurídica), en la finalidad (desproporcionada y conducente a causar un daño gratuito) o en la forma (denigrante o lesiva para la dignidad y honor del empleado)”*⁷.

Y en relación al correo electrónico referido por el actor como motivante del despido abusivo, sostuvo la sentencia de primera instancia: *“es posterior al egreso (31 de mayo de 2012) por lo cual no puede tener incidencia en la calificación del despido”*; y en segunda instancia *“Pero además es muy claro que el contenido de ese correo electrónico nunca pudo hacer que el despido fuera abusivo por la sencilla razón de que ese correo se envió con fecha 5 de junio de 2012 (fs. 71) en tanto que el despido ya se había producido el día 31 de mayo de 2012 (fs. 95 vta.), o sea que el mail fue posterior al despido por lo que en modo alguno puede servir para alegar la*

⁷ Mangarelli, Cristina. Revista de Derecho Laboral, N° 180, Oct. – Dic. 1995. p. 806.

abusividad de aquel”.

En definitiva en aplicación del razonamiento de las sentencias, ante la pregunta de ¿qué sucede cuando existe un acto que pueda calificarse como lesivo contra el trabajador pero que es posterior a su egreso? la respuesta es que dicho acto no puede teñir de abusivo a un despido.

Obviamente se trata de actos que pueden generar la responsabilidad civil del ofensor frente al ex empleado, siempre que se configuren los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Ello en tanto al haber finalizado la relación laboral, ya estaremos fuera de las obligaciones derivadas del contrato o de la relación de trabajo.

SENTENCIAS

JUZGADO LETRADO DE TRABAJO DE LA CAPITAL DE 19º TURNO

Sentencia N° 34.

Montevideo, 20 de junio de 2014.

VISTOS.

Para sentencia definitiva de primera instancia estos autos caratulados: “AA c/ BB S.A. y otros. Proceso laboral ordinario. Ley 18.572.” IUE xxxxx RESULTANDO. 1.- A fs. 95 comparece AA promoviendo demanda laboral contra BB S.A., CC S.A. y DD, expresando que: Comenzó a trabajar para el grupo corporativo que conforman el fondo de inversión DD y las empresas BB S.A. y CC S.A., de las cuales el primero es titular y centro matriz, el 18 de octubre de 2007. Aunque solo figuraba en la planilla de BB S.A. trabajaba en relación con todas las code mandadas, estando en comunicación constante y bajo las directivas de DD. La existencia del grupo económico, con sus recíprocas conexiones inherentes, es de público conocimiento: ha sido resaltado en la prensa, a través de mensajes, informes y publicidad de la empresa matriz. Se trata de un conjunto económico, empleador común de los trabajadores que pertenecen a las empresas ligadas entre sí por fines que le son comunes. Al ser despedido el 31 de mayo de 2012 se desempeñaba como Gerente de Operaciones, debiendo percibir un salario mensual de USD 9.612,27, el que no se le

abonaba en su totalidad. En marzo de 2010 fue reducido su salario de forma abusiva, incumpliendo el grupo empleador con el pago de la remuneración debida. El contrato de novación del 31 de marzo de 2010 constituyó un disfraz del ejercicio ilegítimo del jus variandi, en tanto se modificó el salario en un sentido claramente dismisorio. Hasta el día del contrato indicado percibía USD 7.444,46 mensuales. Por la novación se redujo el salario fijo a USD 4.466,67, agregándose una partida variable. A la postre, ambos componentes en conjunto, resultaron inferiores a USD 7.444,46. La empleadora engañosamente aseguró no solo que se mantendría el salario inicial fijo, sino que el mismo se vería incrementado con las partidas variables que se le prometieron abonar. Nada resultó verdadero y aún en el mediano plazo, el resultado fue una rebaja lisa y llana de la remuneración mensual que percibía. Bajo un pseudo contrato de novación se le impuso una reducción de salario, lo que resulta inválido a la luz de los principios de irrenunciabilidad, buena fe y primacía de la realidad. Como consecuencia de lo indicado reclama diferencias de salarios y dife-

rencias en el pago de licencia, salario vacacional, aguinaldo e indemnización por despido, conforme liquidación detallada de fs. 97V/100. Reclama asimismo indemnización por despido abusivo, señalando que la empleadora obró con manifiesta ilicitud, tanto en el devenir posterior al cambio salarial, como especialmente al finalizar la relación laboral. Se procedió de mala fe, en forma contraria a derecho y con el único objeto de perjudicarlo. Al respecto señala las siguientes situaciones: a.- El engaño en la modificación salarial. En la firma del contrato de novación que se le impuso -en el que también se le impuso compareciera su hermana abogada, en garantía exclusiva de la demandada- se le aseguró engañosamente que el mismo conduciría a una mejora salarial, lo que no ocurrió, sino que el salario se vio disminuido. En los meses previos a su despido, ya siendo consciente de que iría al cierre la empresa BB S.A., la empleadora procuró desalentar a sus trabajadores disminuyendo cada vez más el salario variable, buscando maximizar el número de renuncias posibles. Este objetivo no era conocido ni sospechado por su parte, quien fue tomado de sorpresa con la posterior decisión que se le anunciara. Para lograr este ilícito objetivo, se dejó de exigir el cumplimiento de los contratos a las empresas clientes, lo que repercutía en menores ingresos, que se traducían en la pérdida de las partidas variables del salario. Así, jamás se exigió a MDP el cumplimiento del contrato existente, pese a haber una multa pactada. Cita mail del 9.3.2012 (tres meses antes del cierre de la empresa) dirigido a JJ (Encargado de Proyectos). Existió un ejercicio "anormal" del despido. b.- La confesión de la falta de compensación debida. El 5 de junio de 2012 recibió un mail de la Sra. LL, una de las principales de la demandada, en el cual le expresa que: "Sabe perfectamente que ha tratado de obtener una indemnización mayor que la que le corresponde conforme con sus derechos contractuales y esa es la razón por la que no ha sido compensado totalmente". Admite entonces la empleadora que no actúa conforme a derecho porque pretende una indemnización mayor a la que le proponen, lo que demuestra abuso de derecho con una notoria finalidad ilícita, lo que no representa una situación normal de despido. c.- La amenaza. En el mismo correo electrónico

también se lo injuria y amenaza, al decir: "Se presenta como parte perjudicada cuando en realidad el ejercicio de su función de gerente fue por cierto un factor importante en el fracaso de la compañía. Devuelva nuestro camión, la computadora y las llaves de la oficina inmediatamente. Hace peligrar la posibilidad de que demos una referencia positiva si persiste en su actitud." Estas injurias y amenazas se traducen también en un uso abusivo de la facultad de despedir. A fs. 103V liquida la pretensión de indemnización por despido abusivo. Reclama en total USD 183.971,87. Ofrece prueba, funda el derecho y solicita, en definitiva, se condene a la demandada a abonarle la suma que viene de indicarse. 2.- Por auto 1192/2013 del 23.12.2013 (fs. 107) se confirió traslado de la demanda por el término legal (art. 9 Ley 18.572 en la redacción dada por el art. 3 de la Ley 18.847) y a fs. 318 comparecen BB S.A. y CC S.A. evacuándolo en los siguientes términos: Falta de legitimación pasiva de CC y de DD. El actor únicamente trabajaba para BB, no existiendo relación laboral alguna con DD ni con CC. El primero es una sociedad extranjera, cuyo objeto es la realización de actividades de inversión, no tiene domicilio en Uruguay y no actúa tampoco como tal en nuestro país. Si se lo pretendiera responsabilizar por su pretendida calidad de accionista de BB se deberían acreditar los requisitos de art. 189 de la Ley 16.060, lo cual no sucede en el caso. Y tampoco la pretendida calidad de accionista de DD sobre CC puede ser un fundamento válido para el reclamo del actor a las tres entidades. Analiza luego la inoponibilidad de la personalidad de la sociedad anónima en caso de existir fraude como forma de responsabilizar a sus accionistas. Y señala que no existe entre las codemandadas un conjunto económico, por no darse los elementos indicados por doctrina y jurisprudencia. BB tenía como objeto principal la realización de tareas de cosecha de madera. El actor fue contratado en octubre de 2007 y al egreso del anterior Gerente General, pasó a ser el principal responsable de la empresa en Uruguay, con las funciones inherente a ese cargo. Distintos factores, entre ellos la crisis económica que comenzó en 2010 y que tuvo consecuencias en los años siguientes, hicieron que BB se volviera una empresa muy poco rentable. Por eso desde unos años atrás empezó a

considerar la idea de cerrar sus operaciones en Uruguay y retirarse. Para evitar esto, la empresa realizó una continua búsqueda de reducción de costos. El actor como Gerente General estuvo siempre en conocimiento de esta situación y era su responsabilidad el logro de ese objetivo. En ese contexto es que en marzo de 2010 se celebró la novación del contrato de trabajo del actor. Incluso antes el actor se había comunicado reiteradamente con los inversores, manejando opciones a efectos de reducir los costos salariales e ilustrándolos sobre los requisitos que deberían cumplirse en Uruguay. También el actor participó activamente en la novación del contrato del anterior Gerente de Operaciones de la empresa, Sr. FF. El inminente cierre de la empresa también llegó a motivar el interés del actor en adquirir la totalidad de las acciones de BB. En enero de 2011 ya se habían comenzado negociaciones al respecto. Finalmente, BB debe cerrar sus operaciones en Uruguay. El 31 de mayo de 2012 el actor es despedido, siendo el único empleado de la empresa a ese momento. La novación celebrada con el actor fue totalmente válida. BB atravesaba dificultades económicas, que a la postre determinaron su cierre en junio 2012, pero su parte evaluaba hacer el cierre antes, lo que hubiera provocado el despido del personal. Se apostó a la continuidad, la que solo era posible si se reducían costos fijos. Por ello, luego de gestiones similares con otros empleados, surge la propuesta novatoria a ofrecerse al actor. El actor contó con asesoramiento al momento de celebrar la novación, no fue engañado ni desconocía la situación que estaba atravesando. Fue asistido por su hermana la Dra. GG AA, como surge del contrato de novación. También de allí resulta que se le ofreció egresar percibiendo la correspondiente indemnización por despido y optó por mantener la fuente de trabajo. Los correos electrónicos intercambiados por el accionante previos a la firma del contrato (los que relaciona), conducen a las mismas conclusiones. Por la novación se redujo el salario fijo que pasó de USD 7.444 a USD 4.466; se abonó una indemnización por despido parcial (USD 10.565) que reflejaba la disminución del salario fijo; y se estableció un salario variable que antes no existía, el que como máximo equivaldría al 150% del salario fijo. Al actor nunca se le aseguró que las sumas

variables serían equivalentes a su salario fijo. Como Gerente General debía conocer los ingresos de BB y las perspectivas de futuro. El Gerente General de la empresa, que debía reducir costos so pena de cerrar sus actividades, fue asesorado por sus abogados de confianza (padre y hermana) y aceptó en forma voluntaria la reducción de su salario, obteniendo la permanencia de su fuente de trabajo, una indemnización por el salario perdido y además un nuevo componente salarial variable. La novación cumple con todos los elementos exigidos por doctrina y jurisprudencia, siendo plenamente válida. No existió despido abusivo. El correo en que se basa esta pretensión, en respuesta a uno del actor, tuvo lugar cinco días después de su egreso, lo que ya excluye la procedencia del reclamo. Pero además, nada del contenido del correo, que analiza a fs. 329 y ss., configura un despido abusivo. El correo se da en el marco de una negociación entre el actor y su parte por la compra de la compañía. No hubo amenaza, ni confesión de falta de la compensación debida. La empresa no buscó ser menos rentable para perjudicar al actor, pues se estaría perjudicando a sí misma. No se dan los elementos para la configuración de despido abusivo. Invoca la doctrina de los actos propios, cuestiona aspectos de la liquidación, funda el derecho, ofrece prueba y solicita se desestime la demanda. 3.- A fs. 372 comparece DD contestando la demanda. Sostiene que nunca fue empleadora del actor, que carece de legitimación pasiva (por iguales argumentos a los expuestos por CC S.A. y relacionados en el numeral anterior), y asume actitud de expectativa por desconocer los supuestos fácticos de la pretensión. Petitioner, en definitiva, que se desestime la demanda. 4.- Por providencia 441/2014 (fs. 378) se fijó en forma provisoria el objeto del proceso y de la prueba, se emitió pronunciamiento sobre los medios de prueba ofrecidos por las partes, disponiendo el diligenciamiento de los admitidos, y se convocó a audiencia. 5.- A fs. 485 obra el acta de la audiencia (del 28.5.2014), en la que se cumplieron las actividades legalmente previstas (art. 14 Ley 18.572 en la redacción dada por el art. 4° la Ley 18.847) en lo aplicable a este proceso. 6.- Se diligenció la prueba dispuesta: Documental: fs. 2/94, 114/317, 338/354, 361/371, 399/453 y 464/470. Declaración de

parte: actor fs. 486/491. Testimonial: FF, EE, GG y HH (fs. 491/495). 7.- Las partes alegaron de bien probado: parte actora fs. 496 y ss., parte demandada fs. 516 y ss. Y para el dictado de sentencia, fuera de audiencia, se señaló fecha, la que por auto 871/2014 (fs. 528) se prorrogó para el día de hoy.

CONSIDERANDO.

I.- Se desestimaré la demanda promovida, por los fundamentos que seguidamente se señalan.

II.- El objeto del proceso y de la prueba se fijó en: “determinar la procedencia de la pretensión laboral deducida por diferencias de salarios e incidencias en licencia, salario vacacional, aguinaldo, indemnización por despido, indemnización por despido abusivo, más accesorios e ilíquidos, atento a la contestación de las codemandadas quienes controvierten su legitimación pasiva: CC S.A. y DD, y todas la procedencia de los rubros reclamados. Integra el objeto de la prueba: los hechos relativos a la existencia o no de conjunto económico entre las demandadas, a la validez de la novación de marzo de 2010 y a la finalización de la relación laboral en mayo de 2012.” Providencia 441/2014, fs. 378, objetos adoptados como definitivos en la audiencia única, fs. 485.

III.- Legitimación pasiva de DD y CC De la prueba diligenciada y en aplicación del principio de primacía de la realidad, resulta que DD, BB S.A. y CC S.A. constituyen un conjunto económico. En cuanto al concepto, en Sentencia n° 78/2012 señala la Suprema Corte de Justicia: “Con relación a los requisitos que deben verificarse para que se pueda considerar que existe, efectivamente, conjunto económico, la Suprema Corte de Justicia ha expresado, en términos que es dable reiterar, que: ‘... cuando dos empresas aparentemente independientes están vinculadas en un todo complejo, pero integral, porque responden a un mismo interés, nos encontramos frente a una realidad, seguramente más económica que jurídica, la que ha sido recepcionada, aunque inorgánicamente por el derecho patrio, como lo señala la mejor doctrina nacional. “Se trata de hacer prevalecer, por

encima de las formas jurídicas, y teniendo en cuenta las especialísimas particularidades del derecho del trabajo frente al derecho común, a la realidad laboral que vive el trabajador, que, muchas veces no está en condiciones de conocer el complejo entramado de las relaciones empresariales y, actuando de buena fe, responde a quien le brinda el trabajo, hecho que, por tanto, supone la atribución de personería en lo material. No se requiere, por consiguiente, para la aplicación del instituto, la prueba de fraude o dolo, exigencia propia del derecho comercial, que consagra el instituto de la inoponibilidad de la persona jurídica (art. 189 Ley No. 16.060), figura afín a la del conjunto económico pero con diferencias sustanciales en atención a los distintos bienes jurídicos tutelados, que determinan, en materia laboral, la incidencia de los principios antes mencionados’ (sentencias Nos. 330/1997, 57/2004, 284/2004, 134/2006 y 37/2010, ... ; cf. A.J.L.: 2007, c. 112, págs. 80 y 81; y 2008, c. 91, pág. 67). “Expresado en otros términos: ‘Si bien la figura del conjunto económico posee, al igual que el principio de realidad, similar fundamento jurídico al previsto por el art. 189 de la Ley No. 16.060, los supuestos de hecho requeribles para tener por configurado aquél y este no resultan idénticos, desde que en el ‘disregard’ se requiere la existencia de ‘fraude’, requisito éste, que no resulta exigible para aplicar el principio de realidad, ni la figura del conjunto económico. “En efecto, la recurrente no tuvo en cuenta que en la Ley de sociedades comerciales se aplica la teoría del disregard que cabe sólo en caso de fraude, cuando se utiliza la personalidad jurídica para violar el orden público, es decir, supone una intención dolosa. “En el derecho laboral se aplica la doctrina del conjunto económico que se basa en hechos objetivos y ciertos; quiere el triunfo de la verdad sobre la apariencia pero no exige que se pruebe la intención deliberada de violar la Ley o desfigurar los hechos; son dos etapas de un recorrido similar (PLA RODRIGUEZ, ‘Revista Judicatura’, No. 36, pág. 14)” (sentencia No. 112/2004 de este Colegiado ...).” (AJL 2012, c. 180, p. 169). DD desarrolló o desarrolla sus inversiones o emprendimientos en Uruguay a través de BB S.A. y CC S.A., sociedades que no tienen otra existencia o razón de ser que posibilitar formalmente tales actividades, siendo en

los hechos la sociedad extranjera la real entidad económica. Todas las comunicaciones a través de correos electrónicos incorporados en autos por las partes, mantenidas por el actor como gerente general de BB S.A. con representantes de DD, demuestran lo antes afirmado. El actor reportaba constantemente a esos representantes y ninguna decisión relevante se adoptaba sin consulta y conformidad de los mismos. A la vez, no resultó controvertido que DD es la titular de CC S.A. En el correo de 28 de febrero de 2011, enmarcado en las tratativas para la compra por el actor de BB S.A., el SrXX, director de FW, manager de DD (declaración del actor a fs. 487v, de lo cual no hay prueba en contra y las codemandadas no designaron a persona en condiciones de declarar por ellas), se expresa que antes de la venta: “se transferirán a DD U\$S 659.000” (fs. 223). También constituye un indicio importante, que todas las codemandadas son representadas y patrocinadas por el mismo estudio jurídico. Si bien las pretensiones formuladas se desestiman, procedía inicialmente analizar la falta de legitimación pasiva opuesta por CC S.A. y DD como defensas de fondo. Y se concluye que estas dos y BB S.A. constituyen un conjunto económico.

IV.- Validez del contrato de novación suscripto por el actor. IV.- a.- El actor comenzó a trabajar para la demandada el 18 de octubre de 2007 (recibos fs. 1 y ss., cláusula 1º del contrato de novación fs. 87). Posteriormente, en el año 2009 (su declaración fs. 488), accede al cargo de gerente general de la empresa, en el que se desempeña hasta su egreso el 31 de mayo de 2012.

IV.- b.- Luego de relacionar las posiciones que podemos catalogar como restrictiva y amplia en relación a la novación in peius del contrato de trabajo, señala Castello: “En nuestra opinión, cuando salimos del campo de la heteronomía e ingresamos al del contrato de trabajo, debe reconocerse un margen para el gobierno de los propios intereses individuales. Dicho margen debe ser necesariamente estrecho porque la relación entre trabajador y empleador no es paritaria. “En ese orden, en la determinación de la validez de la novación que recae sobre elementos esenciales del contrato de trabajo debe

tenerse en cuenta, en primer lugar, si se trata de una iniciativa propia, auténtica y exclusiva del trabajador o si, por el contrario, su origen se ubica en la esfera del empleador. En este último caso, la posibilidad de que la novación sea válida y eficaz es más excepcional (aunque no imposible). “En segundo lugar, habrá que examinar el interés que pueda tener el trabajador en modificar ese derecho y sustituirlo por otro. En tercer lugar, la nueva situación que generará para el trabajador la modificación del derecho. En ciertos casos podría implicar una desmejora económica pero un mejoramiento de otros aspectos cualitativos de su posición. En cuarto lugar, la justificación o motivo de la modificación. Tratándose de un hecho anormal, la alteración solo puede fundarse en una razón seria y fundada (familiar, profesional, etc.). “Por último habrá que indagar sobre la autenticidad de la voluntad del trabajador, lo que supone analizar si su consentimiento es libre y espontáneo. No debe perderse de vista que en una sociedad marcada muchas veces por el desempleo y la inestabilidad laboral, para la inmensa mayoría de los trabajadores la verdadera libertad es una mera ilusión. “En síntesis, la aceptación de la licitud de la novación en el campo del Derecho del trabajo supone la observancia de varios requisitos: “a) el primero es que la legislación no la prohíba. Esto es precisamente lo que sucede en Uruguay, donde no existe norma legal que restrinja la autonomía de la voluntad individual en ese ámbito; “b) el segundo es que exista una sustitución de una obligación por otra. La novación no es tal si esconde una renuncia lisa y llana de un derecho; “c) el tercero es que el acuerdo de voluntades no puede vulnerar normas heterónomas o convencionales; “d) el cuarto es que deben examinarse los motivos y causas que originan la necesidad de ajustar o moldear la relación de trabajo a la realidad. Sólo puede admitirse un desmejoramiento de las condiciones pactadas si existe un motivo serio y fundado; “e) el quinto es que el trabajador debe recibir alguna ventaja a cambio del abandono de un beneficio. Debe existir una contraprestación del empleador, aunque naturalmente no será equivalente o del mismo valor que la ventaja alterada. En algunos casos la contrapartida será el mantenimiento de la fuente de trabajo. En otros podrá

ser una compensación económica por el derecho extinguido. Si no hubiese contraprestación el trabajador no tendría provecho alguno, lo que podría viciar el acuerdo por ausencia de causa para contratar; “f) finalmente, en el análisis de la validez y legitimidad de la novación habrá que determinar otros aspectos como la autenticidad de la voluntad del trabajador, quién tuvo la iniciativa (el trabajador o el empleador), la existencia de asesoramiento previo por parte del empleado y la circunstancias que rodearon al mismo.” Alejandro Castello: *Novación*, en Raso-Castello: *Derecho del Trabajo*, t. I, FCU, 2012, ps. 352/353.

IV.- c.- Pues bien, en base a los hechos alegados por las partes y a la prueba producida, corresponde analizar la existencia de los elementos antes referidos. Del contrato de novación del 31 de marzo de 2010 (fs. 87) resulta que: Se acordó novar el contrato de trabajo, modificando la forma de remuneración, rebajando el salario fijo a un 60% (de U\$S 7.444,46 a U\$S 4.466,67) e introduciendo una remuneración variable “equivalente al 2,5% del promedio de los últimos 3 meses del ‘Modified EBITDA’ que es igual a los ingresos netos menos impuestos, honorarios contables, de auditorías, legales, y de tasación, gastos bancarios y diferencia de cambio; más un 1% de las ventas netas relacionadas con la cosecha y envío de mercadería.” Se estableció que el tope máximo de la retribución variable es el equivalente al 150% de la retribución fija. Salario fijo pasa de dólares a pesos, tomando como tiempo de cambio U\$S 1 = a \$ 22,5107, por consiguiente el salario fijo del empleado será de \$ 100.547,87 (todos estos aspectos en la cláusula segundo). Se le pagó indemnización por despido parcial (U\$S 10.565,55) por la variación de salario acordada (cláusula tercera).

IV.- d.- Inicialmente la propuesta de novación provino de la empresa, la cual en un contexto de dificultades económicas y abocada a la reducción de costos, quería reducir el salario del actor. La situación de dificultad económica surge acreditada. Así en el correo electrónico de fecha 5 de marzo de 2009 (traducción a fs. 160v), el actor indica a los principales de la empresa en Boston: “Adjunto documento con un

resumen que explica las estrategias de BB para reducir costos y continuar trabajando con una estructura mínima”. Y en el documento adjunto, se dice: “Actualmente existe gran incertidumbre en el mercado de servicios forestales; la posibilidad de obtener un nuevo contrato en el corto plazo es remota. Además de esto, nuestra intención es mantener un nivel operativo constante y reducir los costos al mínimo ... de manera que la compañía pueda subsistir por sí sola.” (Traducción en la misma foja). La declaración del actor en autos es descriptiva de la situación económica de la empresa: “El único contrato que tenía la empresa era con la española EEE pero esta se vio afectada por la crisis española y esto repercutió en nosotros. Nos para notoriamente la productividad, quedamos trabajando en un frente solo de cosecha, y no se puede mantener la estructura de nuestra empresa y se manda a seguro de paro a cierto personal, esto lo decide FW esto en función de conversaciones que yo tenía semanalmente con personas que nombré de FW, allí se evalúa el despido o seguro de paro, y se decide por esto último con expectativa de que se revierta la situación. En el ínterin hubo personal que decidió retirarse, renunciar, otros siguieron en el seguro de paro y se los retomó. Y a otros se los despidió, me refiero tanto a personal administrativo como operativo. Luego se consiguen otro contrato puntual y mantuvimos la estructura y el personal reducido, porque la empresa operaba al 65%, la empresa decide tercerizar la contabilidad, y luego vino el planteo de reducción de sueldo hacía mi encargado, FF y a mí, esto me lo propuesto JJ y KK, fue en 2010, ...” (fs. 488/v). “Luego en 2009-2010 el impacto de la crisis europea realmente afectó el sector y ahí salimos a buscar nuevos contratos, presentamos a licitaciones, ganamos una licitación para Forestal Oriental casi en exclusividad en el 2010 dado que el contrato con EEE no se cumplía y la idea era mantener una relación amistosa a largo plazo. En 2011 retomamos la actividad con MDP (sucesora de EEE) y estuvimos unos meses buenos, la productividad aumentó, y afines de 2011 MDP casi nos paró totalmente porque la planta de celulosa se postergó en su inicio de operaciones. En esos años también hacíamos trabajos zafrales puntuales. En 2012

cero por ciento de actividad en la empresa.” (fs. 489V/490). El testigo Cr. EE fue despedido en marzo o abril 2009. Declaró: “No hubo modificación en mi contrato. A mi directamente me despidieron, fue en marzo o abril de 2009. Me dijeron que fue reducción de costo y personal. La orden vino de EEUU porque me lo comunicó el actor, lo sé por el comentario realizado.” (fs. 492). Con el testigo FF se celebró también una novación del contrato de trabajo, reduciéndose la parte fija y agregándose una variable (su declaración fs. 491). Y la empresa termina cerrando en 2012. Si bien por el principio de ajenidad de los riesgos los avatares económicos de la empresa son ajenos a sus trabajadores, lo cierto es que dentro de las medidas que el empleador puede adoptar para enfrentar las dificultades económicas, está el cese o despido de personal, abonando los rubros salariales e indemnizatorios de egreso. Por ello la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato.

IV.- e.- La empresa manejó como posibilidad el ejercer la facultad de despedir al actor abonándole la totalidad de la indemnización por despido. Ante este planteo el actor prefirió la novación acordada en la forma de integrarse su salario. Es más, luego de un lapso (de unos tres meses según declaración del actor) en el que las conversaciones por la modificación del salario no continuaron, fue el actor el que tomó la iniciativa, al enterarse de que la empresa lo iba a despedir. Declaró el accionante: “Se trató en muchas conferencias, aproximadamente llevó dos o tres meses, que incluso de la noche a la mañana no se habló más del tema, de la parte de ellos, se suspendió el tema, luego que habíamos acordado un monto de rebaja, ellos no sacaron más el tema y lo saco yo a reflote varios meses después porque me entero a través de mi suegro que habían tomado la decisión de buscar un reemplazo mío, incluso se lo pidieron a JV de PR [CC S.A.], le pidieron que busque una persona idónea para cubrir mi puesto dado que como no habíamos llegado en su momento a un acuerdo en relación a la rebaja, habían to-

mado la decisión de despedirme.” (fs. 488v). Si bien la perspectiva de perder el trabajo constituye un factor que pudo condicionar la decisión del actor, no puede llegar a considerarse un vicio del consentimiento, en tanto el cese por despido con el pago de la correspondiente indemnización, es una facultad del empleador. Además, nuestro país en los últimos años presenta una tasa de desempleo baja, más respecto de personas calificadas o con título universitario, por lo cual la pérdida del trabajo, ante la perspectiva de poder obtener uno nuevo, no tiene por qué ser un factor determinante de aceptar una novación in peius. Conforme surge del propio contrato de novación, al actor se le ofreció egresar de la empresa, con el pago de la respectiva indemnización por despido, pero optó por novar la integración del salario y mantener la fuente de trabajo (cláusula cuarta, fs. 87).

IV.- f.- Los términos de la novación no fueron impuestos por la empresa, sino que surgieron de las negociaciones entre las partes. Fue un acuerdo que llevó meses, en donde se plantearon diferentes porcentajes de reducción del salario fijo, con propuestas y contrapropuestas, arribando a una reducción del 40%. Esa negociación pone de manifiesto, no solo que no hubo imposición, sino que la posibilidad de perder el trabajo no llegaba a constreñir totalmente la voluntad del actor, pues en tal caso se hubiera limitado a aceptar los términos de la reducción establecida por la empresa. La declaración del actor es elocuente respecto a la negociación: “...se planteó una reducción importante, se empezó a hablar de un 60% y luego de una negociación se acordó que iba a haber una reducción por un 40% con un plus de un sueldo variable, el cual dijeron llegar a alcanzar una vez y media mi sueldo inicial. Todo esto fue telefónicamente, eran conferencias que teníamos semanalmente, ...” (fs. 488v). Incluso luego de que el actor se entera que lo iban a despedir, expresa que retoma la comunicación por el tema de la novación y “me envían el contrato por mail, piden que lo lea, se me contrató en dólares, yo pido en el nuevo contrato dado que se me baja el sueldo que se me pesifique dado que el dólar estaba bajando,

estuvieron de acuerdo, y así se establece en el contrato..." (fs. 489). Véase que en la versión de contrato de diciembre de 2009 no existe la previsión de cambio a pesos (fs. 232), que si aparece en la versión de marzo de 2010 (fs. 241). Es decir, es el actor el que propone en su favor, y la empresa acepta, que la moneda de pago de salario se cambie de dólares a pesos. También declaró el actor en relación a la negociación: "Si, se manejaron valores intermedios entre los 40 y 60 %, ellos empezaron con una reducción del 60%, mi planteo fue del 20%, el último número planteado por ellos fue el 50%, inamovible, después quedamos en una negociación de 50-30, hasta que yo planteo hacer un 40% y terminar el tema porque sino el otro camino era el despido. Ellos plantearon el tema del variable, hablan de un bono en el comienzo pero no dicen cómo iba a ser el variable, yo acordé un 40 sin saber el variable, luego me dijeron cómo iba a ser el variable, me plantearon que yo iba a poder aumentar el sueldo inicial una vez y media, por lo que yo estuve de acuerdo, me lo topearon en un 150%. La expectativa era que con el variable la perdida no fuera tanta y con la esperanza de tener producciones óptimas y nuevos contratos con mejores tarifas y de esa forma poder llegar a cobrar lo que se me planteaba." (fs. 489/v). Por tanto, no solo se redujo el porcentaje fijo y se pasó a pesos, sino que también, por iniciativa de la empresa, se incorporó una parte variable, según el resultado económico. Y dado que el actor como gerente general era responsable de la marcha de la empresa en Uruguay, en medida importante el monto de la parte variable dependía de él o pasaba por su desempeño. A lo anterior, se suma que por la reducción de la parte fija del salario y sin considerar la agregación de la previsión de la parte variable, se abonó indemnización por despido parcial.

IV.- g.- El actor contó con asistencia profesional. De acuerdo a lo declarado por el accionante su padre y hermana son abogados. El actor envió a su padre el contrato proyectado (su declaración fs. 489) y su hermana lo asistió en oportunidad de la firma (comparecencia en el documento y cláusula sexta, fs.

87). Declaró la testigo GG: "En su momento, cuando fui a acompañarlo al actor, leí previamente el documento, me lo mandaron por correo electrónico, me lo mandó mi hermano. Me lo mandó porque primero me pidió si lo podía acompañar a firmar un acuerdo, yo le pedí que me enviara el documento para el cual yo lo iba a acompañar a firmar. ... Seguramente yo leí el documento en el lugar en donde se firmó, porque por práctica antes de firmarlo lo leo. Yo ejerzo profesionalmente en el área laboral." (fs. 492V/493). En correo electrónico del 29 de noviembre de 2009, en respuesta a correo en el cual se le envía al actor "copia del nuevo contrato de trabajo de acuerdo con que fue negociado", el accionante responde: "Reenvío contrato a mi abogado para su análisis. Luego de tener su asesoramiento hablamos." (fs. 231). Y en respuesta a correo del 10 de diciembre de 2009, en que desde Boston se le pregunta: "Josema, como estamos con este contrato", el actor responde: "Este tema se está manejando a través de los abogados." (fs. 237).

IV.- h.- Finalmente, no puede desconocerse que el actor informó en su momento a los responsables de la empresa en el exterior, las condiciones en que se puede "realizar una reducción legal" del salario en Uruguay, haciendo referencia a la novación de contrato (traducción a fs. 146/v de correo electrónico de fecha 1º de julio de 2009). Por tanto, este acto propio, emanado del gerente general de la empresa que informa a sus superiores en el exterior, resulta también relevante, a la hora de considerar la novación suscripta por el actor, ya que este contrato se corresponde con lo que oportunamente él comunicó (véase asimismo que el actor tuvo activa participación en el contrato de novación de FF, correo del 9 de octubre de 2009 traducción a fs. 152). En suma, todos los elementos antes relacionados conducen a concluir que la novación celebrada es válida y no procede amparar las pretensiones por diferencias fundadas en la misma.

V.- Pretensión por despido abusivo. Tampoco este reclamo se considera de recibo. No hay elementos que demuestren que la empresa haya engañado al actor en la no-

vación celebrada, es más, todo lo analizado desacredita esa posibilidad, y cabe recordar que el Sr. AA era el gerente general de la empresa, por lo cual no desconocía la realidad de la misma. Tampoco hay prueba de que la empresa haya dejado de exigir a clientes el cumplimiento de contratos, para tener menores ingresos y así perjudicar a sus empleados en sus remuneraciones variables, buscando que estos renunciaran. El correo en que el actor pide instrucciones en cómo proceder con MDP es de fecha 9 de marzo de 2012 (fs. 70), a esa altura la realidad económica de la empresa ya estaba comprometida, conforme el propio actor relata en su declaración (ya transcripta), en la que también menciona que la estrategia había sido gestionar amigablemente el contrato con MDP (fs. 490). Además declaró que: “En febrero marzo 2012 me notifican por teléfono la decisión del cierre de la empresa...” (fs. 490), decisión que por la situación económica de la misma no le pudo sorprender, más cuando desde tiempo antes el actor estaba negociando la adquisición de BB S.A. (véase a fs. 223 traducción al respecto de correo de febrero de 2011, a fs. 228 de correo de mayo 2011). Finalmente, el correo de 5 de junio de 2012 de la Sra. LL (traducción a fs. 71) no supone una confesión de la falta de compensación debida, ni una injuria o amenaza al actor. En primer lugar este correo es posterior al egreso (31 de mayo de 2012) por lo cual no puede tener incidencia en la calificación del despido. Pero además, dicho correo es en respuesta al del actor de fecha 4 de junio de 2012 (traducción a fs. 248) en la que -indicando que escribe a título personal “dado que ya no soy empleado de BB”- señala que aún no ha recibido el pago del despido ni el de su último sueldo y formula una propuesta de compra, mencionando que la compañía se encuentra en proceso de remate. A este correo responde el de la Sra. LL, por lo tanto en relación al mismo debe entenderse, al tiempo que se le reclama el reintegro de bienes de la empresa. El actor en correo de 21 de mayo de 2012 (traducción a fs. 256) había solicitado una carta recomendación. En suma, no surge acreditado que la empleadora al despedir al actor (por el cierre de la empresa) haya actuado en forma abusiva o ilícita

(ni en la finalidad ni en la forma) o con intención de perjudicarlo.

VI.- La conducta procesal de la partes ha sido correcta, por lo que las costas y costos corresponden en el orden causado (art. 56 CGP, 688 CC). Por los fundamentos expuestos,

FALLO:

Desestímase la demanda promovida. Costas y costos en el orden causado. HF 3 BPC para cada codemandada. Notifíquese. Dr. José Pedro Rodríguez. Juez Letrado.

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE PRIMER TURNO.

294/2014 SENTENCIA DEFINITIVA

VISTOS: Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: AA C/ BB S.A. Y OTROS, PROCESO LABORAL ORDINARIO LEY 18.572; RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO; IUE 0002-061597/2013 venidos a conocimiento de ésta Sala en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia N° 34/2014 del 20 de junio de 2014 (fs. 532 a 546) dictada por el Sr. Juez Letrado del Trabajo de la Capital de 19° Turno Dr. José Pedro Rodríguez.

RESULTANDO:

1°) Que por el referido pronunciamiento a cuya relación de antecedentes cabe remitirse se desestimó la demanda promovida con costas y costos en el orden causado. 2°) Con fecha 22/07/2014 la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 549 a 562 vta.) agravándose por: a) la novación de marzo de 2010. b) El despido abusivo. c) La actitud procesal de las codemandadas. Solicitó que en definitiva se revoque la recurrida, haciéndose lugar a sus agravios y amparándose la demanda incoada en autos. 3°) Por auto N° 1005/2014 del 23/07/2014 (fs. 563) se confirió traslado a la contraparte del recurso de apelación interpuesto, evacuándolo la parte demandada el día 11/08/2014 (fs. 565 a 577 vta.) abogando por el rechazo de los agravios y la confirmación de la recurrida en todos

sus términos. 4º) Por auto N° 1118/2014 del 12/08/2014 (fs. 578) se franqueó la alzada, con efecto suspensivo. El día 22/08/2014 se recibieron los autos en ésta Sede (fs.586), fijándose fecha para el acuerdo, disponiéndose el pase a estudio de los Sres. Ministros y procediéndose de conformidad con lo dispuesto por el art. 17 de la Ley N° 18.572.

CONSIDERANDO:

I) Que la parte actora se agravia en primer lugar porque la recurrida concluyó que la novación celebrada es válida y no procede amparar las pretensiones por diferencias fundadas en la misma. Sostiene que no caben dudas acerca de la inhabilidad jurídica de la novación de contrato de marzo de 2010 en tanto a partir de ese momento se redujo sustancialmente el salario del actor en contravención al principio de irrenunciabilidad. Entiende que el principio de ajenidad en los riesgos señala que el trabajador no debe soportar bajo ningún concepto los riesgos que entraña la actividad empresarial y sus avatares económicos por lo que la realidad económica de la empresa no debe ser un elemento a tener en cuenta para evaluar la validez de la novación in pejus del contrato de trabajo. Agrega que tampoco fue acreditado en autos que la causa del contrato novatorio haya sido esa sino que por el contrario, ningún testigo confirmó dicho extremo y no se relacionó la supuesta crisis del conjunto económico empresarial que actúa como empleador. Señala que de lo declarado por el Dr. HH se desprende que el motivo indisimulable era bajarle el sueldo al actor por considerarlo alto y la intención fue trasladarle al trabajador en forma directa los riesgos de la empresa. Afirma que la incomparencia de las demandadas a la audiencia de declaración confirman los extremos señalados por su parte en aplicación de los arts. 149 y 153 del C.G.P. Agrega que no es dable considerar que un trabajador presta realmente su consentimiento en forma libre, cuando se parte que de no aceptar la reducción salarial propuesta perderá el empleo, aun cuando sea con derecho a que se le abone la correspondiente indemnización. Además la validez o no de una rebaja salarial jamás pue-

de quedar sujeta a si el trabajador tuvo oportunidad de “negociarla” siendo que la novación de autos fue “impuesta” por la empresa y que el actor no tuvo más opción que firmarla (GG a fs. 492 vta. y HH a fs. 404). También cuestiona que haya recibido asesoramiento sobre la novación contractual, ello no se desprende de autos con claridad y además es inocuo y está confirmado por la declaración de parte y la testigo GG a fs. 402 vta. En el caso concreto es clara la existencia de una renuncia en la novación, en tanto no existió contraprestación equitativa más que una rebaja lisa y llana del salario disfrazada con la creación de una partida variable que nunca alcanzaría cuantitativamente a la misma suma salarial que percibía anteriormente. Finalmente cuestiona que la recurrida haya señalado que el propio actor hubiera informado a los responsables de la empresa en el exterior, las condiciones en que se puede realizar una reducción del salario en Uruguay, haciendo referencia a la novación de contrato. Afirma que el actor no posee conocimientos jurídicos y se limitó a trasladar lo que asesoró el Estudio Jurídico consultado, que patrocina a todas las empresas del conjunto económico demandado en este proceso y no es válido aplicar al trabajador la teoría del acto propio (fs. 549 vta. a 558). El Tribunal entiende que los argumentos esgrimidos por la parte actora recurrente no logran conmover en lo más mínimo los sólidos fundamentos expuestos en el Considerando IV de la sentencia definitiva de primer grado (fs. 348 vta. in fine a 545), que se comparten totalmente, por lo que éste agravio será desestimado. En efecto, surge de autos que el actor Sr. AA promovió demanda laboral contra BB S.A., CC S.A. y DD expresando que se desempeñaba como Gerente de Operaciones al momento de ser despedido el día 31 de mayo de 2012, debiendo percibir un salario mensual de USD 9.612,27. Sostuvo que el 31 de marzo de 2010 su salario fue reducido en forma abusiva, incumpliendo el grupo empleador con el pago de la remuneración debida y afirmó que ese contrato de novación constituyó un disfraz del ejercicio ilegítimo del jus variandi, en tanto se modificó el salario en un sentido claramente disminutorio pues hasta

el día del contrato percibía USD 7.444,46 mensuales y por la novación se redujo el salario a USD 4.466,67, agregándose una partida variable y que ambos componentes sumados resultaron inferiores a los USD 7.444,46. Agregó que la empleadora lo engañó pues le aseguró no solo que se mantendría el salario inicial fijo, sino que además éste sería incrementado con las partidas variables que se le prometieron pero el resultado fue una rebaja salarial lisa y llana. Señaló que en los meses previos a su despido y siendo consciente de que la empresa BB S.A. cerraría, se disminuyó cada vez más el salario variable, buscando maximizar las renuncias y que finalmente fue despedido el 31 de mayo de 2012 percibiendo por concepto de indemnización por despido la suma de \$ 804.0002,30 (fs. 95 y ss.). Admitió entonces que era consciente que el cierre de la empresa era inminente en los meses previos a su despido. La codemandada BB S.A. indicó que es una empresa cuyo objeto principal es la realización de tareas de cosecha de madera en nuestro país pero que ha ingresado a un proceso de liquidación para la posterior disolución como consecuencia de la baja rentabilidad de la empresa en el Uruguay y la crisis del sector que ocurrió hace algunos años, siendo el actor el responsable de la empresa en Uruguay. En tal sentido dijo que las funciones del actor comprendían entre otras la “definición del marco de referencia de la organización”, la “Planificación a largo plazo, determinando las estrategias a seguir” y tenía personal a cargo “En forma directa los gerentes de administración, finanzas y operaciones e indirectamente el resto del personal de la empresa. Y en virtud de la jerarquía de su cargo era él quien se responsabilizaba de “Brindar información económica, financiera y operativa de la organización al directorio” (fs.322 vta. y 323). Refirió luego a la crisis del sector forestal y la débil situación de BB S.A. como consecuencia de la crisis económica que comenzó en 2010 y tuvo consecuencias en los años siguientes que determinó la pérdida de rentabilidad de la empresa (fs. 323 y vta.). Y mencionó la participación del propio actor frente al proceso de reducción de costos dada la idea de BB de cerrar sus operaciones en Uruguay y retirar-

se y para evitar que esto sucediera. En ese marco situó la celebración de la novación del contrato de trabajo del actor en marzo de 2010 advirtiendo que el actor también participó activamente en la novación del contrato del anterior gerente de Operaciones de la empresa Sr. Marcello FF (fs. 323 vta. y 324). Señaló que el inminente cierre de la empresa incluso motivó el interés del actor en adquirir la totalidad de las acciones de BB pero finalmente se produjo el cierre de sus operaciones en Uruguay siendo a esa altura el único empleado que quedaba el propio actor que fue despedido el 31/5/2012 (fs. 324 vta. y 325). Finalmente abogó por la validez de la novación celebrada (fs. 325 y ss.). Pues bien, el Tribunal comparte los fundamentos expuestos por el a-quo a fs. 539 y ss. y que permiten concluir en que efectivamente el contrato de novación suscrito por el actor con la demandada el día 31/03/2010 (fs. 88) fue plenamente válido y como consecuencia corresponde desestimar las pretensiones por diferencias con fundamento en la nulidad de dicha novación. Como expresara éste Tribunal en sentencia N° 164/2007 del 10/10/07: “En primer lugar debe verse que la novación en sí misma no es inadmisibles en el ámbito del contrato de trabajo, así se ha señalado que “debe evitarse que se pretenda eludir normas inderogables o que se afecten beneficios que son totalmente indisponibles” (Plá Rodríguez. Los principios del Derecho de Trabajo Pág. 180) y citando el autor la posición de Ojeda Avilés, sostiene que “no es cualquier pérdida consciente de derecho lo que el orden laboral prohíbe, porque entonces habría cercenado el poder de disposición del trabajador en lo referente al fruto de su trabajo, sino únicamente una clase de ella, la pérdida con causas meramente abdicativas y sin contraprestación; en otras palabras, la renuncia total o parcial de un derecho” (Ob. cit. Pág. 181).” Pues bien, el apelante en primer lugar hace hincapié en el principio del Derecho Laboral de ajenidad de los riesgos respecto del cual el Tribunal entiende que si bien el mismo debe tenerse en cuenta, debe descartarse su carácter de principio “absoluto” (a tal punto que Plá Rodríguez en “Los Principios del Derecho del Trabajo” 3era.

edición actualizada pág. 407 destacó no haberse “decidido a incluirlo en la lista de los principios” y en la pág. 408 agregó: “Sucede con esto como en otros casos que se denomina principio a lo que en todo caso constituye un contenido estructural de la relación económica que da lugar a la relación jurídica conocida como contrato de trabajo. Es correcto que el principio tutelar o protectorio o de favor del trabajador sirve para apoyar soluciones que tengan en cuenta un sistema de responsabilidad por riesgo distinto del tradicional o civilista, pero esto no implica en modo alguno la existencia de un principio jurídico y mucho menos “fundamental”), pues su relevancia, en casos como el de autos se ve francamente disminuida. En efecto, quedó suficientemente probado y claro en autos que fue la situación económica por la que atravesaba la empresa demandada lo que determinó la necesidad de la novación, siendo este un dato de la realidad insoslayable. Entonces no puede sino compartirse lo expresado por el a-quo a fs. 542: “si bien por el principio de ajenidad de los riesgos los avatares económicos de la empresa son ajenos a sus trabajadores, lo cierto es que dentro de las medidas que el empleador puede adoptar para enfrentar las dificultades económicas, está el cese o despido de personal, abonando los rubros salariales e indemnizatorios de egreso. Por ello la realidad económica de la empresa no es un elemento inocuo o que no corresponda ser considerado a los efectos de evaluar la validez de la novación, pues, si es real, es una causa antecedente del contrato”. Entonces ante el hecho indiscutible de que la empleadora venía en un proceso de reducción de costos que incluía el cese de personal de lo cual el actor no solo que estuvo en todo momento en conocimiento sino que además participó activamente en las tareas realizadas con ese propósito (documento del 5/03/2009 de fs. 160 vta. Ello incluyó también la novación del contrato del Gerente de Operaciones de la empresa Sr. FF según se expresara a fs. 324 y surge acreditado del correo electrónico que el propio actor enviara con fecha 9/10/2009 con una propuesta de sueldo para éste (fs. 152 y vta., 151-153). Debe verse que el actor admite que el único contrato que la

empresa tenía era con Ence el cual se vio seriamente afectado por la crisis española y que se enviaron personas al seguro de paro, siendo esa la opción o el despido (fs.489), así como también la reducción de sueldos, como el del Encargado FF en la cual el actor participó activamente. Fue entonces en ese marco que como lo expresa la recurrida “la empresa manejó como posibilidad el ejercer la facultad de despedir al actor abonándole la totalidad de la indemnización por despido. Ante este planteo el actor prefirió la novación acordada en la forma de integrarse su salario”. Y con total acierto agrega: “Es más, luego de un lapso (de unos tres meses según declaración del actor) en el que las conversaciones por la modificación del salario no continuaron, fue el actor el que tomó la iniciativa, al enterarse de que la empresa lo iba a despedir”, citando sus declaraciones de fs. 488 vta. (fs. 542 y vta.). De manera entonces que si bien en principio la situación económica de la empresa no podía redundar en su perjuicio, ello no significa que tenga que ser un hecho descartable, que no deba tenerse en cuenta en tanto fue el entorno en el que se gestó la novación, justificándola y validándola. Y por eso es claramente desacertado lo expresado por el recurrente en el numeral 14 de fs. 551 en tanto cuestiona la existencia de una verdadera “crisis” de la empresa empleadora, siendo que éste fue un hecho que él mismo lo afirmó en su declaración de parte y que además se corroboró con el cierre final. De manera entonces que la demandada en realidad no estaba gravada con la carga de probar la crisis económica empresarial, como parece sostener el apelante a fs. 551 vta. , en tanto éste fue un hecho que el mismo actor admitió y probó por lo cual no puede atribuírsele a la demandada la sanción de una carga procesal no cumplida. Tampoco se entiende de recibo el argumento de fs. 551 vta. de que el motivo indisimulable de la empresa era bajarle el sueldo al actor por considerarlo alto, por cuanto por lo que viene de señalarse, no se trató de una actitud discriminatoria de la empleadora, sino que la rebaja salarial también se había producido anteriormente con el Encargado de operaciones Sr. FF, además que se envió a casi todo el personal al

seguro de paro, y al despido de éste a tal punto que al momento de la finalización de la relación laboral entre el actor y BB S.A. aquel era el único empleado que quedaba en la empresa en Uruguay (HH a fs. 496 in fine). Se comparte asimismo lo expresado por la recurrida a fs. 542 vta. en el sentido de que “si bien la perspectiva de perder el trabajo constituye un factor que pudo condicionar la decisión del actor, no puede llegar a considerarse un vicio del consentimiento, en tanto el cese por despido con el pago de la correspondiente indemnización, es una facultad del empleador” y además, como se dijo, la perspectiva de perder el empleo no era solo suya sino también de prácticamente todos los empleados de la empresa. Además tampoco puede perderse de vista que como también lo destacara el a-quo con total acierto “luego de un lapso (de unos tres meses según declaración del actor) en que las conversaciones por la modificación del salario no continuaron, fue el actor el que tomó la iniciativa” (fs. 542). O sea que el actor admitió que fue él personalmente quien buscó generar el contrato de novación, pues expresó: “luego que habíamos acordado un monto de rebaja, ellos no sacaron más el tema y lo saco yo a reflote varios meses después...” (fs. 489 vta.) o sea, reconoció que fue el mismo que reactivó, reavivó y acordó la novación. Por esa misma situación reconocida por el actor, tampoco es aplicable al caso de autos lo expresado por el apelante a fs. 556 cuando cita la sentencia de éste Tribunal N° 36/2012 del 15/02/2012. En cuanto a que la propuesta no habría partido del propio trabajador y que no habría sido en interés de éste. A todo esto, no puede en modo alguno ser un dato intrascendente la circunstancia de que el actor no era un empleado cualquiera sino nada menos que el propio Gerente General de la empresa, obviamente persona especialmente preparada, capacitada, instruida y que no puede en modo alguno alegar ignorancia, engaño, error o constreñimiento. Por eso, también resulta incuestionable la conclusión de la impugnada que no existió vicio del consentimiento alguno que permita descalificar a la novación celebrada el 31/03/2010. A ello se suma que el propio actor propuso y negoció

anteriormente la novación del contrato del Sr. FF (fs. 151 a 153) y además para suscribir su propio contrato de novación recibió el asesoramiento letrado de su padre y de su hermana Dra. GG (lo que incluso consta en el propio documento de novación agregado a fs. 88, elemento que en modo alguno se puede calificar de “inocuo” como lo plantea el apelante (numeral 34 de fs. 554). Como lo señaló el a-quo a fs. 544 “el actor contó con asistencia profesional. De acuerdo a lo declarado por el accionante su padre y hermana son abogados. El actor envió a su padre el contrato proyectado (su declaración fs. 489) y su hermana lo asistió en oportunidad de la firma (comparecencia en el documento y cláusula sexta, fs. 87)”. Por lo mismo, tampoco es de recibo el argumento de que la novación no fue negociada, la prueba diligenciada en autos demuestra todo lo contrario y que incluso cuando esas negociaciones aparecieron estancadas fue el propio actor quien tomó la iniciativa de su reanudación (fs. 489 vta.): “luego que habíamos acordado un monto de rebaja, ellos no sacaron más el tema y lo saco yo a reflote varios meses después”. Es más a fs. 490 relata que incluso fue una propuesta suya la de pesificar el salario: “me envían el contrato por mail, piden que lo lea, se me contrató en dólares, yo pido en el nuevo contrato dado que se me baja el sueldo que se me pesifique dado que el dólar estaba bajando, estuvieron de acuerdo, y así se establece en el contrato”, agregando que consultó con su hermana abogada, quien le preguntó si sabía lo que estaba haciendo (fs. 490). O sea que todo ese relato descarta absolutamente la falta de negociación o la existencia de algún vicio del consentimiento. De modo entonces que sin dudas no existió falta de asesoramiento, el actor contó con el mismo, lo tuvo tanto de su padre como de su hermana según lo admitió el propio actor (fs. 490), que incluso se dedican a la materia laboral, tal como lo afirmó GG a fs. 494. Debe verse además que el propio actor admite que “la expectativa era que con el variable la pérdida no fuera tanta y con la esperanza de tener producciones óptimas y nuevos contratos con mejores tarifas y de esta forma poder llegar a cobrar lo que se me planteaba” (fs. 490 vta.). O sea que ad-

mite que en los hechos, si las cosas hubieran sucedido de acuerdo a lo que él esperaba en realidad el contrato de novación no habría sido malo o perjudicial para él. También admitió que en 2011 retomaron la actividad con MDP y que tuvieron unos meses buenos, la productividad aumentó (fs. 491) pero que posteriormente MDP paró totalmente porque la planta de celulosa se postergó en su inicio de operaciones (fs.491). En fin, la novación aunque sea peyorativa no siempre es ilícita, lo es cuando encierra o encubre simplemente una renuncia pero, como en el caso, no hubo tal renuncia por cuanto el actor cobró incluso la indemnización por despido parcial, que puso fin a la relación de trabajo anterior, no puede sostenerse que se trató solamente de una renuncia. La legitimidad de la novación supone, primero, descartar que encubra una simple y gratuita renuncia, que como se dijo, no existió, y segundo, que se releve una causa razonable en la situación de cada parte para pactarla. Y en el caso de autos, los elementos de hecho que tiene en cuenta la sentencia, especialmente los que surgen de la propia declaración de la parte actora, que la recurrida analiza y considera ampliamente a fs. 542 y ss., revelan claramente que no se trató simplemente de una renuncia al salario ni que fuera gratuita ni encubierta. Ello por cuanto por un lado percibió una indemnización por despido parcial; a su vez, la causa razonable de la empresa que fue quien inicialmente promovió la novación, era la situación de crisis que llevó a que finalmente terminara cerrando. De acuerdo a ello no puede sino concluirse como lo hace la recurrida en que “la novación celebrada es válida y no procede amparar las pretensiones por diferencias fundadas en la misma” (fs. 545).

II) En segundo lugar se agravia la recurrida porque no se hizo lugar a la indemnización por despido abusivo. Sostiene que la parte demandada no logró acreditar sus dichos en cuanto a que el despido no fue producto de un obrar ilícito o abusivo reiterando las consecuencias de la incomparecencia de las demandadas a la audiencia de declaración. También reitera que quedó acreditado que con fecha 31 de marzo de 2010 la deman-

dada impuso al actor la firma de un contrato de novación para cubrir las formas, encubrimiento sugerido a instancias de sus asesores jurídicos, incluso al actor se le hizo comparecer al acto asistido por una de sus hermanas que es Abogada y procedió a asegurarle engañosamente que el mismo conduciría a una mejora salarial, lo que no aconteció, por el contrario, su salario se vio disminuido. Entiende que sostener como lo hace la apelada que no hay prueba de que la empresa haya dejado de exigir a clientes el cumplimiento de contratos y perjudicar a sus empleados en sus remuneraciones variables, buscando que éstos renunciaran, constituye una consecuencia de la incorrecta aplicación del derecho. Con referencia al correo de fecha 5 de junio del año 2012 sostiene que resulta claro que la empresa por intermedio de la Sra. LL admitió de forma expresa que el motivo por el cual no actuó conforme a derecho consiste en que se pretende una indemnización mayor a la que se proponen, lo que constituye un claro abuso de derecho. Además también se amenazó e injurió indebidamente al reclamante. En suma sostiene que sí existió un obrar ilícito de la parte demandada con una clara intención de perjudicar y una manifiesta mala fe (fs. 558 a 561 vta.). Surge de autos que el actor sustentó su pretensión de indemnización por despido abusivo en que: a) La empleadora obró con ilicitud imponiéndole la novación del contrato de trabajo. b) También le habría impuesto una indemnización menor a la que correspondía. c) La existencia de amenazas e injurias consistente en que le enviaron un mail donde se decía que devolviera bienes de la empresa o peligraba la posibilidad de que dieran buenas referencias. d) La intención de perjudicarlo (fs. 100 a 103 vta.). Pues bien, el apelante sostiene que la demandada no acreditó sus dichos en cuanto a que el despido no fue ilícito y abusivo, lo que constituye una premisa equivocada puesto que no era la demandada la que tenía la carga de probar tal extremo. Por otra parte el motivo del despido quedó evidenciado con la declaración del propio actor, pues reconoció la existencia de una seria crisis económica de la empresa, y que le notificaron el cierre de la misma (fs. 490 vta. y 491), no existiendo una causa más

clara para el despido que el propio cierre de la empresa, siendo que el propio actor reconoció que su intención era comprarla: “En febrero-marzo 2012 me notifican por teléfono la decisión del cierre de la empresa, y que habían contratado al estudio Pyke para realizar la liquidación de la empresa”. “Con anterioridad habíamos tenido conversaciones con FW que no les interesaba tener un negocio de riesgo, y entonces me ofrecen la posibilidad de comprarle la empresa, mi respuesta fue afirmativa pero nunca llegamos a un acuerdo numérico”. “LL me vuelve a dar la oportunidad de comprar la empresa en lugar de liquidarla. Tampoco llegamos a una negociación”. Por otro lado el recurrente hace hincapié en que la demandada no compareció a la audiencia para realizar la declaración de parte, pero sucede que en los hechos eso sucedió por la propia decisión judicial que entendió que era necesario que se designara a personas que integraran la empresa y no a sus letrados patrocinantes, como pretendieron (fs. 487 vta.). Y esa resolución no fue impugnada por ninguna de las partes por lo cual tampoco está claro que se haya tratado de una negativa a comparecer, sino que la falta de declaración de parte de la demandada derivó de un aspecto formal que surgió luego, en plena audiencia. Pero además es claro que la consecuencia prevista por el art.149.4 del C.G.P. es solo una presunción que no es absoluta sino relativa y que puede caer luego de un análisis y valoración del conjunto, de la totalidad del material probatorio obrante en el expediente. En efecto, la valoración siempre debe hacerse en conjunto con el resto de la prueba (arts. 140 y 141 del C.G.P.) y fundamentalmente, en el caso de autos no puede dejar de tenerse en cuenta lo que surge de las declaraciones del propio actor, de las cuales surge incuestionablemente una prueba positiva en su contra que quita toda relevancia a la incomparecencia de la demandada a la declaración de parte como para dar por cierto lo afirmado en la demanda. Tampoco es de recibo, por lo expresado en el considerando anterior, la afirmación del numeral 50 de fs. 559 de que la demandada impuso al actor la firma de un contrato de novación para cubrir las formas y que hubo

engaño. En éste aspecto, el Tribunal comparte totalmente lo expresado por la impugnada a fs. 545. Tampoco puede interpretarse que el mail referido a fs. 103, que obra agregado a fs. 71 constituya una amenaza o injuria pues es lógico que si un empleado ya no trabaja más para la empresa, si es despedido, tenga que devolver bienes que son de la empresa (un camión, la computadora y las llaves de la oficina) y que si no lo hace es imposible que pueda obtener buenas recomendaciones. En fin, el argumento principal del actor para pretender calificar al despido como abusivo habría sido la supuesta violencia moral que padeció por habersele impuesto la novación del contrato de trabajo. Pero basta tener en cuenta la declaración de parte del propio actor para concluir, sin esfuerzo alguno, que la novación no le fue impuesta sino negociada. Y en cuanto al contenido del correo electrónico, como bien lo señala la demandada, el mismo debe ser interpretado en su contexto, especialmente teniendo en cuenta que se trataba de un trabajador que incluso pretendió negociar la compra de la empresa que estaba por cerrar. Pero además es muy claro que el contenido de ese correo electrónico nunca pudo hacer que el despido fuera abusivo por la sencilla razón de que ese correo se envió con fecha 5 de junio de 2012 (fs. 71) en tanto que el despido ya se había producido el día 31 de mayo de 2012 (fs. 95 vta.), o sea que el mail fue posterior al despido por lo que en modo alguno puede servir para alegar la abusividad de aquel. También en este punto es totalmente acertado lo fundamentado por la recurrida a fs. 545 vta. Finalmente, aun cuando se requiera que el despido siempre tenga que ser causado, en el caso de autos, la demandada empleadora alegó y probó que efectivamente existió una causa más que razonable para el despido: el propio cierre de la empresa con lo que se descarta toda posibilidad de calificarlo como ilícito o abusivo.

III) Finalmente se agravia la parte actora por la actitud procesal de las codemandadas, entendiéndose que merecen la calificación de temerarias y que por tanto ameritan la condena procesal prevista por el art. 56.1 del C.G.P. ya que desde el inicio del proceso y al

contestar la demanda se negó toda vinculación de parte de CC S.A. y DD con BB S.A., lo que originó una dilación en el desarrollo del proceso. Y se trató de un claro caso de intento de ocultación de la personería laboral común del conjunto de empresas correctamente emplazadas por la parte actora. También señala en tal sentido la actitud asumida por la demandada en la audiencia única en tanto optó por no designar persona física idónea alguna en su nombre para comparecer a la declaración de parte e intentó designar a sus representantes y asesores jurídicos a tales efectos (fs. 561 vta. y 562). Pues bien, en tanto se confirmará íntegramente la sentencia definitiva de primera instancia y no se habrá de amparar la demanda, por ende, no se condenará a la demandada al pago de los rubros reclamados, es imposible sostener que la demandada litigó con conciencia de su sinrazón o con malicia temeraria (arts. 56.1 del C.G.P. y 688 del C.Civil), lo que descarta absolutamente toda posibilidad de condenar en costas y costos como se pretende. IV) En definitiva y de acuerdo a lo expresado en el considerando anterior, las costas de ésta instancia serán de oficio, no existiendo mérito para la imposición de condena en costos (arts. 56.1, 261 del C.G.P. y 688 del C.Civil). Por lo expuesto, los fundamentos expresados, las normas legales citadas y lo establecido por los artículos 197, 198 y 344 del C.G.P.

EL TRIBUNAL FALLA:

Confírmase la sentencia apelada. Costas de oficio y sin especial condenación en costos. Honorarios fictos: cinco bases de prestación y contribución. Y oportunamente devuélvase a la sede de origen.

Ministro Redactor: Dr. Julio Alfredo Posada Xavier. Ministros Firmantes: Dra. María Rosina Rossi Albert, Dr. Julio A. Posada Xavier. Dra. Doris Perla Morales Martínez Montevideo, 30 de setiembre de 2014.