

## Contrato De Trabajo Jornada De Trabajo Horas Extras Prueba Testimonial Despido Indirecto Indemnizacion Falta De Pago Despido Por Embarazo

### JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Jornada de trabajo. Horas extras. Prueba

testimonial. Despido indirecto. Indemnización. Falta de pago. Despido por embarazo Se modifica la sentencia de grado y se eleva el capital de condena, en virtud del despido indirecto en que se colocó la trabajadora debido a la falta de pago del adicional del artículo 15 del Convenio Colectivo de Trabajo 224/75 por manejo de ?máquina de contabilidad?, bajo la presunción de que fue motivada por su estado de embarazo. Buenos Aires, 25 de agosto de 2017. se procede a votar en el siguiente orden:

El Dr. Alvaro E. Balestrini dijo: I - La sentencia de grado anterior, mediante la cual se admitió el reclamo, es apelada por ambas partes según los términos de fs. 202/206 y 207/216, que fueron replicados a fs. 223/225 y 226/228. A fs. 218/vta. la perito contadora apela sus honorarios por estimarlos reducidos. II - En lo que atañe a las quejas mencionadas, dado que versan sobre cuestiones conexas, me expediré en forma conjunta. Respecto del disenso que ambas partes exponen en relación con la decisión adoptada en el fallo apelado respecto de las horas extras reclamadas, considero que asiste razón a la demandada. Al respecto, estimo necesario destacar que la actora en el escrito de inicio denunció que laboró para la demandada desde el año 2010 en el local que esta explotaba en el shopping Alto Palermo cumpliendo una jornada de lunes a domingos de 14 a 22 hs., la que se extendía mayormente hasta las 22:30 o 23 hs., con un franco semanal otorgado entre lunes y jueves, es decir que laboraba 6 días en la semana. Asimismo que a partir de octubre de 2012 pasó a desempeñarse en el local ubicado en las calles Florida y Lavalle con jornadas de lunes a domingos de 12 a 20 hs. que llegaban a extenderse hasta las 21 hs. y con un franco semanal entre lunes y miércoles, es decir que aquí también laboraba 6 días (cfr. fs. 6/7vta.). Finalmente, a fs. 11 sostuvo que si bien realizó tareas en dos locales distintos y con distinto horario ?diariamente realizaba la misma cantidad de horas pero en distinto horario (12 a 19 hs. o 13 a 20 hs.)?. Por su parte la demandada negó tales circunstancias y alegó que la actora laboraba en turnos rotativos de 7 horas diarias con un franco y medio por semana, y que en las ocasiones que superó la jornada legal le abonó las horas extras correspondientes (cfr. fs. 57vta./58). Ahora bien de la prueba testifical colectada surge que la testigo Gómez (fs. 164/vta.) -propuesta por la actora- dijo haber ingresado a la demandada en diciembre de 2011 en el local de la calle Florida y que allí conoció a la actora, quien se desempeñaba como cajera al igual que ella y que trabajaron juntas hasta que la testigo se fue el 07/03/12. Lo expuesto por la misma resulta inconsistente desde que la actora afirmó que recién fue a laborar al local de Florida en octubre de 2012, por lo que estos dichos carecen de trascendencia (cf. arts. 386; 445 y 456 del CPCCN). Por su parte la testigo Rubinsztein (fs. 163/vta.) -citada también a propuesta de la actora- declaró que laboró junto con la demandante en el local del shopping desde principios de 2012 en que la trasladaron allí a la testigo y hasta octubre de dicho año en que la testigo se fue y mes en que la actora fue trasladada -unos días antes- a otro local. En relación con la jornada manifestó que laboraban de lunes a domingo con un franco rotativo en la semana y lo hacían en el horario de 14 a 22 hs. en que cerraba el local, pero siempre se quedaban más tiempo, entre media hora y una hora más. Además, refirió que la actora se desempeñaba como cajera. Cerqueira (fs. 165/vta.) -también ofrecido por la demandante y con juicio pendiente con la demandada- afirmó laborar con la actora en el local del shopping desde mediados de 2010 cuando aquella ingresó (el testigo ya estaba) y lo hizo hasta marzo de 2012 en que el declarante dejó de laborar. Asimismo, refirió que los turnos eran rotativos de 8 a 16 y de 14 a 22 hs., y que este último podía extenderse hasta las 22:30 hs. y que tenían un franco semanal entre lunes y jueves. Que a veces compartía el horario de la tarde con la actora y que otras veces ésta trabajaba a la mañana y que el turno de la mañana terminaba a las 16 hs. En tanto que Espínola Gómez (fs. 166/vta.) -que declaró por pedido de la actora y también en juicio con la demandada- manifestó que laboró con la actora en el local del shopping desde el año 2011 y refirió que laboraba de 14 a 22 hs. pero que debía quedarse hasta las 22:30 o 23 hs. por el arqueo de caja y que la actora laboró junto con él en ese horario cumpliendo funciones de cajera. Refirió además que les otorgaban un franco semanal entre los días lunes y jueves. Sin perjuicio de ello, todos esos declarantes afirmaron que los hacían laborar los feriados. Ahora bien, de la compulsa de esos testimonios se advierten inconsistencias que desmerecen su entidad probatoria pues si bien Rubinsztein y Espínola Gómez coincidieron en cuanto a la jornada laboral que habría cumplido la actora, fueron controvertidos por los dichos del testigo Cerqueira, quien refirió que aquella cumplió turnos rotativos laborando también en el turno de la mañana y cumpliendo, por ende, tan sólo 8 horas diarias. Confrontadas estas declaraciones con los dichos de los testigos propuestos por la demandada (Domine, Videla y Raya a fs. 167/vta., 168/vta. y 170/vta.), se advierte que estos coincidieron en afirmar que cumplían horarios rotativos de 7 horas diarias de lunes a domingo, en turnos de 8 a 15 hs. y de 15 a 22hs. con 6 francos mensuales, lo cual se contrapone a las afirmaciones de los testigos ofrecidos por la actora. Frente a ello, encuentro que no aparece debidamente acreditado que la actora laborara en la

jornada que denunció en el inicio, pues como dije los dichos de quienes declararon a su propuesta aparecen inconsistentes y rebatidos por las afirmaciones de quienes lo hicieron a sugerencia de la demandada, sin perjuicio de que tampoco resultó claro el planteo de la demanda según el resumen que efectué al inicio de este análisis (cf. arts. 386; 445 y 456 del CPCCN). A ello se suma que tampoco encuentra lógica la invocada denuncia de cumplimiento de 17 horas extras laboradas en sábados y domingos (cfr. fs. 10vta.), pues a tenor del franco semanal gozado no se arriba a ese resultado aún admitiendo que en los restantes 6 días laborara 9 horas diarias y además, porque aparece evidenciado el cumplimiento de su prestación en turnos rotativos y con un total de 6 francos mensuales que se oponen a tal denuncia y evidencian la imprecisión en la demanda (cf. arts. 377 y 386 del CPCCN y art. 65, m L.O.). En cuanto a los feriados nacionales que pretende le sean reconocidos, tampoco surge debidamente demostrado que laboró en todos ellos a tenor de las inconsistencias apuntadas. Respecto de las jornadas cumplidas con posterioridad a las 21 horas, considero que frente a la imprecisión de la demanda y por el análisis precedente de la prueba testifical no puede arribarse a una cantidad fehaciente que autorice a efectuar el cálculo pertinente, lo cual obsta a la admisión del rubro (cf. arts. 377 y 386, CPCCN).

Sólo a mayor abundamiento, cabe destacar que las partes coincidieron en que la actora fue trasladada al local de Florida y Lavalle en octubre de 2012, donde no aparece acreditado el cumplimiento de jornadas extraordinarias y surge de la pericial contable que comenzó a gozar de licencia por enfermedad en marzo de 2013 hasta mediados de junio de dicho año en que comenzó la licencia por maternidad, sin efectuar en dicho período y hasta el distacto -ocurrido el 13/06/13- labor alguna en la demandada. Por lo tanto, sobre la base de lo expuesto precedentemente, aconsejo desestimar el reclamo por horas extras y nocturnas efectuadas en el inicio y su incidencia en el módulo salarial acogido. Ahora bien, en lo atinente a la admisión de la diferencia salarial por falta de pago del adicional del art. 15 del CCT 224/75 por manejo de ?máquina de contabilidad? que fue acogido en el fallo apelado y no mereció crítica de la contraria, con lo cual arriba firme el importe asignado y su incidencia la base de cálculo allí adoptada, debo destacar que también justifica la decisión rupturista de la trabajadora pues la negativa de la demandada en reconocer tal derecho importó injuria de tal entidad que no admitía la prosecución del vínculo laboral (cf. arts. 242 y 246 de la L.C.T.). Frente a ello, aparece debidamente aplicada la sanción económica prevista en el art. 2º de la ley 25.323, pues se verifican cumplidos los supuestos formales y materiales que la norma exige para su progreso y en la medida que no se establece en la norma óbice para su aplicación ante un despido indirecto. Respecto del reproche que efectúa la actora ante el rechazo de la indemnización agravada prevista en el art. 182 de la L.C.T., cabe destacar que las partes son contestes en que la actora notificó encontrarse embarazada en noviembre de 2012 y surge reconocido por la demandada en su responde que a partir del 14 de junio comenzó su licencia por ?maternidad? (cfr. fs. 58vta.). Frente a ello, entonces, se infiere que la demandada tuvo conocimiento del alumbramiento de la actora, porque arriba incontrovertido que tal licencia vencía el 13 de setiembre de 2013, con lo cual se infiere que la trabajadora gozó de la misma por todo el período que prevé el art. 177 de la L.C.T. -un plazo de 90 días acumulables en caso de que el nacimiento ocurra antes de los 45 días (ó 30 días) días de la fecha presunta de parto-, si se contempla el período transcurrido entre las mencionadas fechas de los meses de junio y setiembre. De allí entonces que cabe presumir -ante la ausencia de prueba en contrario- que la denuncia del contrato por parte de la trabajadora como consecuencia de la negativa al reconocimiento de su real remuneración fue motivada por su estado de embarazo y, por lo tanto, la demandada debe cargar con la indemnización agravada prevista en el art. 182 de la L.C.T. Respecto de la sanción prevista en el art. 80 de la L.C.T., cabe destacar que ante la acreditación de que no se le abonaba el salario realmente debido, los certificados de trabajo ofrecidos por la empleadora no contienen la realidad del vínculo y tal circunstancia importa el incumplimiento que la norma sanciona, por lo que en atención a ello corresponde incluir en la condena tal rubro. En cuanto al reproche que efectúa la demandada respecto de la condena al pago de ?días trabajados mes de setiembre de 2013?, cabe admitirlo pues las partes son contestes en que la licencia por maternidad vencía el día 13 de dicho mes y por lo tanto al encontrarse amparado dicho período por un subsidio estatal no se encontraba en cabeza de la empleadora el pago de esos haberes, por tal motivo también cabe admitir el reproche que efectúa respecto del S.A.C. proporcional del segundo semestre de 2013, sin perjuicio de que sí cabe contemplar la incidencia del mismo en los días de integración del mes de despido pues ya había vencido el plazo antes mencionado y era resulta carga del empleador abonar dicho rubro (cf. art. 233, L.C.T.). Asimismo, en lo atinente a las vacaciones proporcionales y su S.A.C., también asiste razón a la demandada en cuanto a que en virtud de haberlas incluido en la liquidación final según recibo de fs. 26 y depósito efectuado en la cuenta sueldo de la actora dentro del plazo legal -según informe de la entidad bancaria glosado a fs. 99/100-, cabe considerar cancelados dichos rubros. En el orden de ideas expuesto y atendiendo a las modificaciones antes mencionadas, cabe detraer del importe de \$ 7.418,23 fijado en el fallo apelado como base de cálculo para la liquidación allí practicada (cfr. fs. 199) la suma de \$ 837,48 contemplada en concepto de horas extras y nocturnas mensuales, lo que arroja la suma de \$ 6.580,75 sobre la cual practicaré la liquidación de los rubros pertinentes. Por lo tanto, la actora resulta acreedora a: 1) Ind. art 245, L.C.T. : \$ 19.742,25; 2) Ind. por preaviso (art. 232, L.C.T.): \$ 6.580,75; 3) S.A.C. s/preaviso: \$ 548,40; 4) Integración mes de despido: \$ 3.729,10; 5) S.A.C. s/integración mes de despido: \$ 273,25; 6) Diferencias salarial por adicional

art. 15 CCT 224/75: \$ 14.358; 7) Art. 2º ley 25.323: \$ 15.188,67; 8) Art. 182, L.C.T.: \$ 85.549,75 y 9) Art. 80, L.C.T.: \$ 19.742,25 todo lo cual representa la cantidad de \$ 165.712,42. A influjo de lo precedentemente expuesto, aconsejo modificar la sentencia de grado anterior y elevar el capital de condena a la suma mencionada en último término, la que llevará los intereses allí fijados, pues arribó firme a esta alzada. III - El nuevo resultado del litigio que he dejado propuesto confirma la circunstancia de que la demandada ha sido vencida en lo principal del reclamo, por lo que sin perjuicio de lo normado por el art. 279 de la L.C.T., aconsejo confirmar la imposición de las costas a la misma efectuada en el fallo recurrido (cf. art. 68, 1º párr., CPCCN). En cuanto a los honorarios allí regulados, teniendo en cuenta el mérito, extensión y oficiosidad de las labores cumplidas por los profesionales intervinientes, los emolumentos discernidos a favor de los mismos resultan proporcionados a esos parámetros y de acuerdo a los aranceles legales vigentes, razón por la cual sugiero confirmarlos (arts. 38, L.O.; 6; 7; 8 y concs. de la ley 21.839 -mod. por ley 24.432- y dec.-ley 16.638/57). IV - Por la forma en que se resuelven los recursos, sugiero imponer las costas de alzada en un 10 % a cargo de la actora y en un 90 % a cargo de la demandada (cf. art. 71, L.O.) y regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ... % de cuanto corresponda percibir a cada una de las respectivas representaciones letradas por sus labores en primera instancia (art. 14, ley 21.839). El Dr. Roberto C. Pompa dijo: Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede. El Dr. Mario S. Fera no vota (art. 125, L.O.). A mérito del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Modificar la sentencia de grado anterior y elevar el capital de condena a la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS DOCE CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$ 165.712,42) con más los intereses allí fijados y confirmarla en lo que decide y que fue materia de apelación; 2) Imponer las costas de alzada en un 10 % a cargo de la actora y en un 90% a cargo de la demandada y 3) Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ... % de cuanto corresponda percibir a cada una de las respectivas representaciones letradas por sus labores en primera instancia. Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase. Roberto C. Pompa Juez de Cámara Alvaro E. Balestrini Juez de Cámara 022487E