

SENTENCIA DEFINITIVA

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE PRIMER TURNO.

OLMEDO, VIRGINIA c/ PANDYR S.A y otro - Proceso Laboral

Ordinario (Ley 18.572), Recursos Tribunal Colegiado

0002-014190/2016

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, 07 de junio de 2017.-

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: "OLMEDO, VIRGINIA C/ PANDYR S.A. Y OTRO - PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572) - RECURSOS TRIBUNAL COLEGIADO" IUE 0002-014190/2016 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° 88/2016 del 23 de noviembre de 2016 (fs. 443 a 469) dictada por la Sra. Juez Letrado del Trabajo de la Capital de 16° Turno Dra. Olga M. Guarino .

RESULTANDO:

1º) Que por el referido pronunciamiento a cuya relación de antecedentes cabe remitirse se rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Securitas Uruguay S.A. y se hizo lugar parcialmente a la demanda condenando a la parte demandada a pagar la suma de \$ 12.282 más intereses y reajustes desde el egreso hasta su efectivo pago, con costas a cargo de la demandada y sin especial condenación en costos.

2º) Con fecha 7/12/2016 la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 472 a 484) agraviándose por: a) Los descansos semanales y b) La indemnización por despido común y abusivo. Solicitó que en definitiva se revoque la recurrida, haciéndose lugar a sus agravios.

3º) Por auto N° 2255/2016 del 8/12/2016 (fs. 485) se confirió traslado a la contraparte del recurso de apelación interpuesto, evacuándolo la parte demandada el día 9/02/2017 (fs. 493 a 497) abogando por el rechazo de los agravios y la confirmación de la recurrida en todos sus términos.

4º) Por auto N° 83/2017 del 13/02/2017 (fs. 498) se franqueó la alzada, con efecto suspensivo. El día 12/05/2017 se recibieron los autos en ésta Sede (fs. 505), 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) La parte actora se agravia en primer lugar porque no se hizo lugar al reclamo por los descansos semanales trabajados. Discrepa con la postura de la Sede en relación al régimen de trabajo aplicable al sector servicios al cual pertenecen las empresas de seguridad. Sostiene que debe aplicarse el régimen del comercio.

Señala que se desatendió el convenio laboral puesto que no resultó probado que haya sido contratada para realizar un régimen inferior a las 48 horas semanales pues si la demandada quería hacer valor la excepción establecida en el convenio en cuanto a abonar un precio menor por una

jornada semanal menos (cláusula 8ª) debió agregar la prueba que acreditase que la contrató en un régimen inferior a las 48 horas semanales, lo que no hizo. Finalmente cita jurisprudencia que entiende que el régimen aplicable al sector servicios es el de 44 horas semanales de trabajo y 36 horas de descanso semanal, previsto por el decreto ley 14.320.

El agravio es de recibo por lo que será acogido, revocándose la recurrida y condenándose a la parte demandada a pagar a la actora los descansos semanales reclamados.

En efecto, surge de autos que la actora Sra. Virginia Olmedo promovió demanda laboral contra Pandyr S.A. y Securitas uruguay S.A. expresando haber trabajado para ambas desde el 22/11/2012 al 24/7/2015, desempeñándose como guardia de seguridad física, trabajando de lunes a sábados de 06:00 a 14:00 horas y luego de 14:00 a 22:00 hs. , desempeñándose como encargada a partir del 1/4/2014 durante un período de dos meses. Y reclamó el pago del descanso semanal trabajado al existir una diferencia de 4 horas en el descanso semanal por cuanto el régimen debió ser de 44 horas de trabajo con un descanso de 36 horas consecutivas de descanso y en los hechos trabajaba 48 horas semanales con un

descanso de 24 horas, sin reconocerle las 4 horas que se deben abonar doble (fs. 96 y ss.). Y en autos las demandadas admitieron que son empresas de seguridad que giran bajo el rubro de Seguridad y Vigilancia (fs. 267 vta. y ss.).

La Sala mantendrá el criterio sostenido en múltiples decisiones anteriores sobre el tiempo de descanso mínimo en el sector servicios y concretamente en las empresas de vigilancia y seguridad, al en el que se encuentra incluida la demandada Securitas Uruguay S.A. Concretamente y en relación a la misma demandada de autos Securitas Uruguay S.A. ésta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse ante reclamos similares , como en la sentencia N° 45/2016 del 9/03/2016, entre otras.

El Tribunal comparte los argumentos expuestos por la parte actora en la medida que el desarrollo que la misma realiza en la demanda y parcialmente en el recurso de apelación, resulta coincidente con la jurisprudencia de la Sala. De allí, que discrepa con el razonamiento seguido por la sentencia de primer grado y también en sus conclusiones, entendiendo en su lugar que tratándose de una actividad propia del sector servicios corresponde aplicar el régimen

del Decreto-Ley 14.320 por vía integrativa, por el argumento medular de que se trata de la norma más favorable.

Concretamente, en reiterados pronunciamientos anteriores éste Tribunal ha expresado: "No existe reglamentación expresa para el régimen de descanso semanal del sector servicios, y sí existe para la industria y para el comercio, como incluso admite la demandada. De allí que a la luz del principio protector que informa el ordenamiento jurídico nacional (art. 53 de la Carta), mal puede "escogerse" para su aplicación una disposición, que bajo el argumento de tratarse de una norma general, determina una solución menos favorable que la que arroja la integración. Debe verse que la desprotección del trabajo del hombre se encuentra obturada en el ordenamiento nacional, y únicamente admitida cuando ella se dispone por ley por razones de interés general (art. 7 de la Carta) Por lo que estando blindado el principio protector de tal forma, mal puede aplicarse en forma extensiva a un caso no previsto expresamente, una disposición claramente más perjudicial".

"El goce del descanso semanal constituye un derecho que integra el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales derivado del derecho mayor a la

limitación del tiempo de trabajo y a la protección de la higiene física y mental del trabajador. Derecho expresamente reconocido en el texto constitucional (art. 54) , en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 24) ; en la Declaración Americana de Derechos del Hombre (art. XV) en la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (art. 12) , en el Pacto Internacional de Derechos Económicos , Sociales y Culturales (art. 7 lit. d) , en el Protocolo de San Salvador (art. 7 literal g). (Ermida Uriarte, Oscar. Investigación sobre la aplicación de los principios y derecho fundamentales en el trabajo en Uruguay. OIT. Oficina Internacional del Trabajo. N. 205 págs. 16-17) En la misma línea de reconocimiento, se hallan los Convenios Internacionales de Trabajo 1 y 30, que aunque regulan el derecho a la limitación del tiempo de trabajo en la industria y en el comercio respectivamente, habilitan deducir el derecho al descanso semanal".

"Las fuentes de reconocimiento del derecho, y también las de su reglamentación en el plano del Derecho Internacional, determinan dos consecuencias. La primera. Que ellas mismas deben ser interpretadas conforme con las reglas del derecho universal de los derechos humanos:

autoaplicación; interpretación más favorable o progresividad; elección de la norma más favorable en hipótesis de existencia de más de una; adecuación a los criterios sentados por los órganos internacionales competentes; irreversibilidad; interdependencia de las fuentes (op. Cit . pags. 18-19; Barbagelata, Héctor Hugo. "El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales" en El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos laborales. FCU Pag. 239 y sgtes.) La segunda. Que cumplirán la función de iluminar y guiar bajo estrictos carriles, la aplicación del derecho interno. Tanto cuando de interpretación se trate, como de integración para los casos no resueltos por el ordenamiento interno. Esto es que, tanto el producto intelectual de la interpretación de la regla de derecho como el de la integración de la solución ante la ausencia de regla específica, deberán arrojar un resultado que concilie con la protección del derecho. Lo que la doctrina ha denominado, aplicación del derecho "desde" el ordenamiento superior (entre otros, Risso Ferrand, Martín. "La interpretación "desde" la constitución". En Rev. De la Universidad Católica N. VI pag. 229)."

El punto de partida debe ser "la consideración

del giro principal de la demandada y su calificación en torno al sector de actividad en el que se inserta. Por cuanto, el ordenamiento nacional, el legislativo al menos, reglamenta el tiempo de trabajo y descanso en función del giro principal del empleador. En consecuencia, de la determinación de este punto, surgirá tanto la limitación diaria como la semanal del tiempo de trabajo y por ende, la delimitación del tiempo de descanso en el mismo ciclo."

"El ordenamiento nacional, con su conocida característica de asistematicidad, dispersión y fragmentariedad normativa, presenta regulaciones específicas del derechos fundamental en juego (el descanso semanal) y también de los conexos (el tiempo de trabajo diario y el semanal). Representadas con carácter general, en la industria, por la ley 5.350, el CIT N°. 1 y el decreto reglamentario del 29/10/1957 que refieren a la jornada y al ciclo semanal máximos(ocho horas y cuarenta y ocho respectivamente) ; y en el comercio por el Decreto-Ley 14.320 y el CIT N° 30, y el mismo decreto, que hacen lo propio pero en forma más amplia por cuanto regulan la jornada diaria y semanal máxima y el descanso semanal. (ocho horas, cuarenta y cuatro , y treinta y seis , respectivamente.) A su vez, en cuanto al descanso semanal, la ley 7318 refiere a

establecimientos industriales o comerciales, de cualquier naturaleza, público o privado, laico y religioso aunque tengan carácter de enseñanza profesional o de beneficencia."

"Tales características más la consideración del ordenamiento jurídico como un todo, conducen a su interpretación contextual. Vale decir, a la interpretación de cada regla de derecho objetivo en conexión con las restantes. Lo que significa en el caso, la interpretación conexa de la ley 7.318 - que regula el descanso semanal - con la normativa legal aplicable al tiempo de trabajo diario y semanal, en función del giro de actividad de la empresa demandada."

"De allí que sólo una consideración de la ley 7318 desconectada con las restantes, puede llevar a afirmar que ésta, se trata de una disposición con vocación de generalidad - esto es, referida a todos los sectores de actividad-. Ciertamente es que pretende, con su amplitud abarcar un espectro amplio de giros, pero tal supuesta generalidad tan solo podría admitirse, hasta tanto se encastre la regla de derecho objetivo con las restantes que se ocupan de regular exactamente el hecho antónimo. Esto es la jornada máxima y régimen máximo de horas de trabajo semanal. La interpretación

contextual que la Sala sustenta, desautoriza la calificación de ley 7.318 como regla de carácter general."

Y como lo admite la demandada, la actividad a la que estaban afectados los reclamantes, refería a uno de sus giros que bien debe ser incluido en el sector servicios.

"Sin duda su giro, no podía calificarse como "industria" por cuanto no se dedica a adquirir mercaderías para transformarlas y darles mayor valor (CIT N°. 1, ley 5350 y art. 18 lit e del decreto del 29/10/ 1957) ; tampoco como comercio en tanto no apunta a la compra-venta de mercaderías sin efectuar transformaciones para aumentar su valor (CIT n. 30, Decreto-Ley14.320 y art. 33 del Decreto del 29/10/1957)".

"Sino, precisamente en el sector terciario de servicios de la economía nacional (Castello, Alejandro. "Régimen jurídico de jornada de trabajo y descanso semanal aplicable al sector servicios" en Temas Prácticos de Derecho Laboral . FCU. Pag. 22)".

"Y no existe en el ordenamiento nacional, regla legal general y explícita que reglamente el tiempo de trabajo diario y semanal y por ende el descanso semanal para el sector servicios; de allí que tratándose de un derecho humano fundamental, el mandato del art. 332 de la Carta imponga la búsqueda de la solución integrativa a través de los fundamentos de las leyes análogas, los principios generales de derecho y las doctrinas generalmente admitidas".

"Esto es, el decisor está llamado a integrar. En tal labor, la Sala mantendrá el criterio adoptado entre otras en sentencia N°20/2008 (publicada en Rev. Derecho Laboral N°.230 pag. 354 y sgtes.) y 228/2010, que resuelve el punto, identificando la hipótesis de vacío con la que tiene en su base el principio protector en su proyección de la norma más favorable (Plá Rodríguez, Américo. Los principios del Derecho del Trabajo pag. 103; art. 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT) En el caso, tanto el régimen conexo de la industria y su descanso semanal (ocho horas por día, cuarenta y ocho por semana y un descanso de veinticuatro horas) como el del comercio (ocho horas por día, cuarenta y cuatro horas por semana y treinta y seis horas de descanso

semanal) podrían aplicarse a la solución del caso que refiere al sector servicios respecto del cual, no se releva regulación legislativa alguna."

"Pues bien. Comparativamente, ¿cuál es el régimen más favorable al trabajador? "

"Sin duda, el del comercio. Vale decir, el Decreto-Ley 14.320 y el decreto del 29/10/1957 sin perjuicio de los regímenes especiales que salvo que fueran menos favorables no se verían desplazados. Esto es: cuarenta y cuatro horas semanales de labor y treinta y seis horas consecutivas de descanso semanal".

"Así. El vacío normativo apuntado y la aplicación de la regla de la norma más favorable (art. 53 de la Carta) para resolver el vacío en el derecho interno; y aún para hacerlo respecto de la competencia entre el derecho interno (Decreto Ley 14.320) y el internacional señalado representado por los convenios internacionales de trabajo Nos. 1 y 30, (art. 19 de la Constitución de la OIT) abonan la solución que se plantea: la aplicación al sector servicios del régimen

del Decreto-Ley14.320."

"Por cuanto viene de decirse, éste sería el régimen aplicable a los trabajadores reclamantes. Régimen que - por las razones apuntadas precedentemente, vinculadas a la fuente así como las derivadas de la garantía constitucional de goce del bien trabajo (art. 7)-, debe ser aplicado - o sea interpretado primero y subsumido al caso después - en el sentido que más satisfaga el ejercicio del mismo".

"Pero en el caso, juega otra fuente normativa relativamente reciente que determina re plantearse la solución. En efecto. El 26/11/2013, el Consejo de Salarios respectivo - Grupo 19 , Subgrupo 8 "empresas de seguridad y vigilancia", capítulo "seguridad física ", aprobó un convenio trilateral cuya cláusula 8va indica que : " a partir del año 2014 todos los trabajadores del sector pasarán a ser mensuales manteniéndose el régimen semanal actual de seis días de labor de ocho horas por un día de descanso"

"Y en el mismo el mismo convenio consta una declaración del sector trabajador que dice que "la carga de

régimen semanal debería adecuarse a 44 horas de trabajo y 36 de descanso", y "las cámaras empresariales entienden que el régimen general del sector es de 48 horas de trabajo y 24 de descanso."

"Este convenio colectivo tripartito en la cláusula octava, regula el tiempo de trabajo máximo semanal situándolo en seis días y cuarenta y ocho horas en total".

"En base a ello corresponde abordar si ante la previsión del convenio colectivo citado, puede mantenerse la argumentación sobre la aplicación del régimen de sector comercio por ser el más beneficioso, o, si se ve desplazado por el del convenio colectivo como sostiene la sentencia de primera instancia."

"Entiende la Sala que el razonamiento argumentativo sobre la articulación de fuentes en el Derecho del Trabajo, debe, inexorablemente, estar iluminado por dos principios : el protector y el de irrenunciabilidad. Y el hermeneuta solo podrá apartarse de seguir el camino interpretativo que en mayor medida concrete ambos principios

cuando, la situación esté autorizada por la ley dictada por razones de interés general. (art. 7 de la Constitución) Porque el bien humano "protección en el goce del trabajo" reconocido en la disposición constitucional mencionada, con el tenor de protección especial a través de la ley plasmada en el art. 53, solo puede ceder ante la única hipótesis que admite la propia Carta: la ley dictada por razones de interés general."

"De allí que las fuentes convencionales estarán legitimadas para superar los pisos legales de protección pero no para disminuirlos".

"Y como se analizara precedentemente, la aplicación analógica de fuentes normativas de rango legal, permiten una mayor protección de los trabajadores del sector servicios. Que incluye, a los vigilantes de autos".

"La Sala discrepa con el argumento de la atacada fincado principalmente en lo dispuesto por los arts. 15,16 y 17 de la ley 18.566. Ello por cuanto estas disposiciones refieren a la solución en casos de puja entre varias fuentes

convencionales colectivas. En cambio la hipótesis de autos es diversa en tanto se trata de resolver entre la regla que deriva del proceso de integración del ordenamiento jurídico y la regla convencional. En efecto. No se encuentran en pugna dos convenios colectivos pactados a diversos niveles sino un convenio colectivo tripartito y pactado a nivel del Consejo de Salarios con la regla integrada de aplicación del régimen del comercio al sector servicios. Ésta, la regla integrada aludida, como se ha desarrollado precedentemente responde a la solución inspirada en el principio protector y especialmente en la proyección de la norma más favorable que no solo integra el principio del art. 53 de la Carta sino también se halla expresamente incorporado al art. 19 numeral 8 de la Constitución de la OIT".

"Las fuentes que compiten por su aplicación son la regla convencional señalada (cláusula 8va del convenio colectivo tripartito) y la ley representada en el caso por el Decreto-Ley 14.320. La negociación colectiva se encuentra limitada a las áreas no reguladas por la fuente heterónoma de orden público, o aún estando reguladas si la regla convencional es más favorable. (Raso Delgue, Juan. "Principio de irrenunciabilidad" en Veintitrés Estudios sobre Fuentes del Derecho del Trabajo . AA.VV. Pag . 315. Rivas Ana

Gabriela. " Tiempo de trabajo en la forestación . Tiempo in itinere a la luz de la nueva normativa vigente" rev. Derecho Laboral n. 252. pag. 696.)".

"En tal sentido, no basta para entender legítimo el producto de la negociación colectiva tripartita que se hubiera pactado por representantes no impugnados de los sectores profesionales y del Poder Ejecutivo, sino que además de ello, siempre, debe respetar el orden público".

"Entonces, mal puede decirse que no hay vacío porque está regulado por el convenio colectivo tripartito alcanzado en el Consejo de Salario en el año 2013, cuando , eso es justamente lo que está cuestionado: si es posible incorporar el convenio a la regulación del descanso semanal de los vigilantes. Y ello solo será posible de concluir que este no violenta el orden público. Lo que supone, razonablemente, resolver primero, cuál sería el orden público aplicable para recién poder ingresar en su cotejo con la norma convencional".

"Lo que significa que la aprobación del convenio

colectivo del año 2013 no viene a solucionar el problema que existía antes que consistía en adoptar un régimen entre los dos posibles y previstos: el de la industria y el del comercio. Habiéndose adoptado el del comercio para el sector servicios - y por ende a los vigilantes - con fundamento en ser el más favorable al trabajador".

"Y las razones para aplicar el régimen del comercio a los servicios, adoptadas como criterio de la Sala, no resultan en nada afectadas por el convenio colectivo multicitado. El régimen del comercio es el más favorable y, como el del convenio colectivo es coincidente con el de la industria que es menos favorable para el trabajador, éste se ve desplazado por el primero. Se ve desplazado el régimen correspondiente a la industria establecido por la ley 7.318 y también el establecido por el convenio colectivo del año 2013."

"Como expresa Rosenbaum, la ley determina niveles mínimos que tan solo admiten el sobrepujamiento "in melius", esto es, la superación ascendente o en elevación de los beneficios por ella reconocidos De allí que la negociación colectiva deba transcurrir por andariveles limitados: sus

soluciones no podrán sino superar o al menos mantener los estándares legalmente estipulados, y citando a Camerlynk y Lyon-Caen, señala que "la ley no es sino la base del convenio colectivo" (Rosenbaum Rímolo Jorge. ("La determinación de la norma más favorable" ponencia oficial al X Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, tomo I, Montevideo, 1989)").

"De allí que la regla convencional que marca un descanso semanal de veinticuatro horas se ve desplazada por la solución integrada que consiste en la aplicación del régimen del Decreto-ley14.320 más favorable por cuanto pauta un descanso semanal de treinta y seis horas de descanso."

"Debe decirse que la interpretación que plantea la Sala atiende adecuadamente el principio de progresividad y el de protección del trabajo que operan desplazando otras fuentes normativas desprotectoras. Finalmente también que, pretender validar la costumbre laboral de la empleadora al respecto porque fue recogida en la norma convencional, supone confundir el ser con el deber ser".

"La solución a la que arriba la Sala resulta coherente con otras puntuales del ordenamiento jurídico que tratan actividades similares y relativamente recientes, de la de los vigilantes de autos. En efecto. El régimen de descanso semanal de treinta y seis horas de los vigilantes de los edificios de propiedad horizontal (Ley 19.028). No se encuentra fundamento alguno para sostener, razonablemente, que los vigilantes de edificios de propiedad horizontal deben descansar treinta y seis horas consecutivas y los vigilantes de otro tipo tienen derecho a menor tiempo de descanso".

En definitiva, entonces, se hará lugar al agravio, revocándose la recurrida y condenándose a la demandada al pago de los descansos semanales reclamados. Y en cuanto a la liquidación, se estará a la formulada por la parte actora en tanto la demandada al contestar no la controvirtió categóricamente al no haber formulado una alternativa.

II) En segundo lugar se agravia la parte actora porque no se hizo lugar al despido directo o indirecto así como al despido abusivo ya que sostiene que no puede desligarse el uno del otro dada la mala fe de la demandada

teniendo en cuenta su situación de trabajadora sindicalizada y con edad cercana al retiro por jubilación.

Señala que la prueba testimonial que hace referencia a que dismantelarían de la cuadrilla de todos los trabajadores que integraban la empresa de Pandyr "20 o 30 trabajadores, no quedó ninguno". En algunos casos los trabajadores concertaron el despido y en otros terminaron renunciando ya que insumía tiempo y costo el traslado de Barros Blancos hacia la casa central de Securitas y de allí cubrir el servicio asignado bajo la guardia de retén. Por lo tanto sostiene que ya en ese momento operó el despido indirecto (fs. 478 vta. y ss.).

El Tribunal entiende que los argumentos esgrimidos por la recurrente no logran conmovir los fundamentos del Considerando VII de la recurrida de fs. 463 in fine a 467 por lo que el agravio será desestimado.

Por otra parte, la propia apelante no logra determinar si se habría tratado de un despido directo o indirecto (fs. 478 vta.), lo que de por sí es suficiente para rechazar la pretensión.

En la demanda la actora alegó que cumplía funciones en el Centro de Operaciones TATA donde trabajó hasta fines de agosto terminándose el servicio para ella y sus compañeros del sector y pasan a cumplir funciones de retén en la casa central de las demandadas en Av. Italia 3888 por un mes aproximadamente. Y dijo que en ese período hubo propuestas de despidos incentivados a los trabajadores sindicalizados y que ella era delegada sindical, que muchos de sus compañeros aceptan, pero ella rechaza la oferta permaneciendo una semana más en el lugar. Luego acepta trabajar en la casa del sindicato de SUSTRASE en forma provisoria hasta obtener un nuevo servicio, sin embargo el 24 de julio le notifican telefónicamente su despido y que tenía para cobrar la liquidación en la empresa, no obstante le envía un telegrama a la empresa para establecer una fecha cierta del despido, intimándose a la empresa en tal sentido, sin embargo las empresas contestan el día 30/07/2015 intimándola a presentarse dentro de las 24 horas siguientes (fs. 105 a 107).

La demandada realizó un relato similar al de la actora pero negó haberla despedido. Sostuvo que la actora pretendía un despido, pero la empresa no quería despedirla por su edad, además de que se trataba de una delegada

sindical. Ante esa situación relató que el 24 de julio la actora pasa por la empresa con la liquidación de egreso para consultar e informa que concurrirá al M.T.S.S., sin perjuicio de que se le informa que tenía trabajo a su disposición, sin embargo nunca más volvió a la empresa. El 27/7/2015 recibe un telegrama por el que se le intimaba el reintegro pero pretendiendo ser reintegrada en Barros Blancos. El 28/7/2015 se realiza su solicitud de audiencia ante el MTSS, sin embargo la actora no pretendía su reintegro ya que ni siquiera esperó el aviso de retorno del telegrama para considerarse despedida. Es más, también pudo haber convocado a una audiencia de aclaración de situación laboral. Recibido el telegrama se le intima con fecha 29 de julio el reintegro, lo que no ocurre (fs. 272 y 273).

Y como lo estableciera la recurrida, no surge de la prueba diligenciada en autos que la empresa hubiera despedido a la trabajadora sino que si bien se manejó tal posibilidad, ello no ocurrió efectivamente, esto es, no resultó probado que en ningún momento la empresa haya tomado la decisión de despedir a la actora y precisamente es por tal razón que ésta envía un telegrama con la finalidad de que quede demostrada dicha causal de cese, pero en respuesta la empresa le comunica que debía presentarse a trabajar y la

actora no lo hizo, configurándose entonces el abandono voluntario del trabajo.

En suma, si la propia actora no sabe, no determina si lo que hubo fue un despido directo o indirecto, en la medida que refiere a los dos, lo que se verifica es una clara falla en la carga de la afirmación (arts.117 del C.G.P. y 8 de la Ley 18.572) y por lo tanto su reclamo no puede prosperar. En tal sentido, es significativo advertir la inconsistencia de lo que se expresa a fs. 483: "al despedirla, se configura el despido común y también el despido abusivo, no solo por las pésimas condiciones de trabajo en la que estaba la trabajadora de las cuales puede llegar a configurar solo despido indirecto, sino porque se configura una casuística amparada por la dogmática: cuando se la despide a un trabajador amparado con licencia sindical, y éste se da por despedido, se torna abusivo, ya que atenta contra el espíritu de la ley 17.940 que consagra la libertad sindical". La inconsistencia es clara, no solo porque se confunden ambas modalidades de despido (por un lado dice que se la despidió y por otro que ella se dio por despedida) sino porque además se alegan hechos no invocados en la demanda, como que estaba con licencia sindical. Vale decir, existen claras contradicciones, lo que demuestra que nunca se planteó

tal pretensión en debida forma. Además de lo que dice acerca del despido abusivo, se advierte que lo que alegaría sería un despido indirecto, pues de queja de las condiciones de la finca donde trabajaba, lo cual tampoco fue planteado en la demanda. En definitiva entonces, éste agravio será desestimado.

III) Se impondrán las costas a cargo de la parte demandada (art. 337 de la Ley N° 16226), 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. y art. 17 de la ley 18.572 en la redacción dada por el art. 6 de la ley 18.847

EL TRIBUNAL FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, EXCEPTO EN CUANTO NO HIZO LUGAR A LOS DESCANSOS SEMANALES RECLAMADOS, EN LO QUE SE REVOCA Y EN SU LUGAR CONDENASE A LA DEMANDADA A PAGAR A LA ACTORA LOS DESCANSOS SEMANALES TRABAJADOS DE ACUERDO A LA LIQUIDACION FORMULADA EN LA DEMANDA.

*COSTAS A CARGO DE LA PARTE DEMANDADA Y SIN
ESPECIAL CONDENACIÓN EN COSTOS.*

*HONORARIOS FICTOS: CINCO BASES DE PRESTACIÓN
Y CONTRIBUCIÓN.*

*Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE DE
ORIGEN.*

DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ

PRESIDENTE

DR. JULIO ALFREDO POSADA XAVIER

MINISTRO

DRA. MARÍA ROSINA ROSSI ALBERT

MINISTRO

ESC. SYLVIA GARMENDIA SCHRÖDER

SECRETARIA

Concuerda con el original firmado por los Sres. Ministros,
que tengo a la vista.-

