

**DFA-0012-000054/2016 SEF-0012-000027/2016**

En la ciudad de Montevideo el día tres de febrero de dos mil dieciséis, estando en el Acuerdo el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1er. Turno, sometidos a deliberación los autos "Rodríguez Manuela c/ C.A.L.P.R.Y.C.A . Proceso laboral ordinario. " IUE 2- 441/2015, existiendo discordia parcial, se labra la presente acta de conformidad con lo dispuesto por el art. 201 del CGP aplicable por vía de integración

La Sala ha reunido tres votos conformes sobre todos los puntos que han abierto la alzada, salvo el concerniente al despido indirecto respecto del cual, la Sra. Ministro Dra. Doris Morales se encuentra discorde en tanto discrepa con los otros dos Ministros integrantes de la Sala.

En consecuencia la Sala firmará la sentencia sobre los puntos de acuerdo y procederá a integrar para reunir la mayoría necesaria para el punto en desacuerdo.

**DR.JULIO ALFREDO POSADA XAVIER**

**PRESIDENTE**

*DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ*

*MINISTRO*

*DRA. MARÍA ROSINA ROSSI ALBERT*

*MINISTRO*

*ESC. SYLVIA GARMENDIA SCHRÖDER*

*SECRETARIA*

SENTENCIA DEFINITIVA

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

RODRIGUEZ, MANUELA c/ C.A.L.P.R.Y.C.A - Proceso Laboral Ordinario

(Ley 18.572)

0002-000441/2015

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

MINISTROS FIRMANTES: DRA. DORIS MORALES. DRA. ROSINA ROSSI. DR.

JULIO POSADA.

Montevideo, 3 de febrero de 2016.

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "Rodríguez Manuela c/ C.A.L.P.R.Y.C.A Proceso laboral ordinario. " IUE 2-441/2015 venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva n.53/2015 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 16vo.Turno, Dra. Olga Guarino.

RESULTANDO:

1. Dictada la sentencia definitiva de primera instancia, en término comparecieron ambas partes interponiendo sendos recursos de apelación que sustanciados, fueron concedidos y franqueados, ingresando los autos a este Tribunal el 30.11.2015. El Acuerdo fue fijado para hoy y acordada sentencia se procede a redactarla y firmarla, excluyéndose el punto de desacuerdo a cuyos efectos se procede a la integración .

2. Fue necesario realizar estudio sucesivo en atención a que la Sala carece de medios técnicos apropiados para realizarlo en forma simultánea como dispone el art. 17 de la ley 18.572. Aún así , como surge de autos, acordada sentencia se dicta en el plazo legal de treinta días computables desde que los autos ingresaron al Tribunal y éste estuvo integrado.

**CONSIDERANDO:**

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas, confirmará la sentencia de primera instancia en lo que respecta a todos los agravios deducidos por la parte demandada, por compartir todos los aspectos decisorios así como sus respectivos fundamentos.

2. La sentencia definitiva de primera instancia n. 53/2015 falló en lo medular: *"Rechazando la excepción de prescripción y pago opuestas. Acogiendo parcialmente la demanda y en su mérito*

*condenando a la demandada a pagar a la actora la suma de \$90.179 más intereses , actualizaciones desde la fecha hasta su efectivo pago. Condénase en costas a la demandada ..."*

La parte actora dedujo recurso de apelación agraviándose de la solución de la sentencia respecto de la pretensión de condena por la indemnización por despido común por configuración del despido indirecto. La parte demandada hizo lo propio respecto del rechazo de la excepción de prescripción, la condena por horas extra e incidencias, el monto de la condena y el porcentaje de daños y perjuicios.

### **3. El caso de autos.**

Sostuvo la accionante en lo medular que trabajó para la demandada en calidad de vendedora encargada de local desde 23.4.2011 hasta el 9.8.2014 cuando atento al cambio de turno de trabajo y al daño que ello le provocó se consideró indirectamente despedida. Su régimen de trabajo había sido de jueves a martes , con descanso el día miércoles, hasta que le fue modificado debiendo trabajar de 12.00 a 20.00 descansando el domingo. Indicó que tenía una hija menor a su cargo que concurría a la escuela y que el cambio de horario perjudicaba sus obligaciones familiares con ella por el horario escolar y por el día de la asistencia médica que habitualmente la ubicaba en miércoles.

Indicó que desde el ingreso trabajó en el turno de 08.00 a

16.00 , empero tenía que ingresar tiempo antes para acondicionar el local y en muchas ocasiones quedarse tiempo después para hacer el cierre de caja.

Demandó la condena por media hora extra diaria durante los últimos cuatro años y sus incidencias en licencia, salario vacacional y aguinaldo; además de la indemnización por despido.

La demandada admitió la relación de trabajo pero sostuvo que la accionante toda vez que había trabajado horas extra las había cobrado por lo que a lo sumo podría accionar por la diferencia. Dijo además que el régimen de trabajo en todos los locales era presentarse a trabajar tiempo antes a la hora de atención del público. Repelió la pretensión de condena por despido indirecto indicando que le modificó el horario de trabajo conforme indicó la accionante debido a la escasez de personal que pudiera trabajar de tarde lo que le había llevado a cerrar varios locales.

#### **4. Los agravios de la parte demandada y apelante.**

##### **4.1. Prescripción.**

La accionada dedujo excepción de prescripción de los créditos laborales anteriores al 21.10.2009, argumentando que la accionante no había acreditado la fecha de su presentación en el MTSS solicitando la audiencia de conciliación; por ende, el plazo quinquenal habría computarse a partir de la fecha de la

audiencia.

Ahora bien . Al evacuar el traslado de la excepción , la accionante agregó el testimonio del formulario de su presentación que daba cuenta que ello había ocurrido el 11.8.2014 y en base a ello abogó por el rechazo de la defensa de la contraria.

La atacada desestimó la excepción de prescripción haciendo hincapié en el argumento de la accionante y agregando, que resultaba indiferencia cuál de las partes habría agregado el documento que daba cuenta de la presentación al MTSS en tanto, en el hecho resultaba acreditado.

La demandada insistió en el argumento de la contestación de la demanda y agregó la incidencia de la preclusión basada en el art. 8 de la ley 18.572 que indica que la demanda se debe presentar siguiendo las formalidades del art. 117 del CGP, que a su vez exige acompañar a ella todos los documentos que se quieran hacer valer.

Dos son los fundamentos para no compartir la argumentación de la apelante.

Primero. La carga de acreditar la eventual prescripción del plazo quinquenal gravaba a la parte que quiso valerse de ella y hasta la contestación de la demanda, el punto no se había planteado en autos. En tanto fue la demandada quien lo introdujo, sobre ella pesaba la carga de agregar el documento que avalara la existencia de los hechos en los que se fundaba su planteo

prescripcional. Y, el gravamen de la accionante recién se presentaba en la oportunidad de contestar la excepción, momento procesal en el que, justamente, lo introdujo.

Segundo. Siguiendo la regla del art. 30 de la ley 18.572 las disposiciones procesales, todas, las de la misma ley y todas las otras que se eventualmente se incorporen por vía de integración, deberán ser interpretadas a la luz de los principios del Derecho del Trabajo. Ello por cuanto el nuevo régimen laboral procesal ha cambiado el paradigma de la escisión entre el área sustantiva y la procesal. Todo lo contrario, siendo el Derecho del Trabajo uno solo, los principios sustantivos gravitan en la relación sustantiva y también en la relación procesal, constituyendo ello una herramienta de desigualdad compensatoria que tributa al principio protector.

En consecuencia la interpretación piedeletrista por la que aboga la apelante , no concilia con los principios que inspiran la disciplina, por lo que no sortea el test de legitimidad al que debe someterse toda posible aplicación del precepto objetivo .

Por cuanto viene de decirse , no se estimará el agravio.

#### **4.2. Las horas extra e incidencias.**

La accionante demandó la condena por media hora extra diaria indicando que en tal tiempo y antes de la atención al público, se dedicaba a la preparación del local y luego de finalizado su

horario de trabajo muchas veces permanecía haciendo el cierre de caja.

La demandada al contestar la demanda argumentó que cuando la actora había realizado horas extra las había abonado y descartó la realización de otras que estuvieran impagas.

La atacada entendió probados los dichos de la actora y amparó la pretensión en este aspecto, y la demandada se agravió de ello planteando los siguientes argumentos de crítica: la sentencia concluyó en la realización de las horas extra denunciadas en la demanda en base a testimonios sospechosos así como a la falta de incorporación de las planillas de control horario.

La Sala comparte los fundamentos de la atacada.

Primero, porque no era necesaria la prueba de la realización de horas extra en tanto tal hecho había sido admitido en la contestación de la demanda. De allí que las horas extra no calificaban como hecho controvertido.

Segundo, en tanto la empleadora alegó pago y no cuestionó la existencia de planillas de control horario manuales en una época anterior y posteriormente las marcas en reloj, determinó cuál era la prueba idónea para ofrecer y producir de su parte. La prueba conducente, era la documental por cuanto se trataba de la que podía ilustrar con mayor precisión los hechos del pasado y siendo así no resulta admisible la sustitución de un medio de prueba por otro, como dispone el art. 191 del CGP aplicable por

integración y en concreción del principio protector.

Tercero, no resiste análisis que por un lado justifique no haber presentado la prueba documental con la que contaba en su poder - en tanto siquiera dijo lo contrario - y cuestione que la trabajadora hubiera acudido a la prueba testimonial. En puridad, era la única prueba a la que podría recurrir la accionante quien, en función de su rol en la relación de trabajo, no había tenido la posibilidad de pre constituir prueba a su favor. Como si la habría tenido la demandada y empleadora.

En consecuencia dos son los argumentos para no admitir el agravio: la inconducencia de la prueba documental de parte de la demandada y la calidad de testimonios necesarios los de sus compañeros de trabajo.

El que se indica ha sido criterio de la Sala en reiterados fallos anteriores que habrá de mantener.

Basta observar que el sujeto de la relación de trabajo que tuvo dominio sobre el tiempo de trabajo diario, fue el demandado empleador. De allí que sobre él debía recaer la carga. Y la insatisfacción de la misma lleva a dar por ciertos los hechos invocados en la demanda.

Debe verse que la empleadora no agregó planilla de trabajo, tampoco documento alguno que ilustrara el régimen de trabajo y descansos adjudicado al actor. Con tal actitud no aportó información que tenía o debía tener a su alcance - según lo

previsto por los arts. 1,9,25 y 27 del dec. 108/2007 y con ello obstruyó la reconstrucción de los hechos que interesaban al debate.

Si bien se trata esta de una obligación del empleador frente a la Administración del Trabajo, ejerce impacto en la relación de trabajo y por rebote en los roles y cargas de la relación procesal.

En el mismo sentido opera la solución de exigir al empleador el registro del tiempo de trabajo, que sientan en el ámbito del Derecho Internacional del Trabajo que se integra al derecho interno los CIT de OIT nros 1, 30 y 14 en los arts. 8.1 literales a),b) y c); 11 numeral 2 literales a),b) y c) y 7 literales a) y b), respectivamente.

Debe verse además que obran en autos copias de recibos agregados por el actor expedidos por la demandada que no dan cuenta, ni uno de ellos, de pago de horas extra. ( fjs. 3-13, y 100 a 138)

Ahora bien. Estando y al rol que cumplió el demandado en la relación sustantiva y a lo que comúnmente acaece en la relación de trabajo, el horario de trabajo encomendado al trabajador, era un acto propio del poder de dirección que ostenta el empleador. Vale decir, que los hechos ocurridos en torno a tal potestad, eran de claro dominio del empleador.

Este aspecto más la obligación reglamentaria previamente

anotada, habilitan concluir cuál era la prueba conducente que el empleador habría de aportar: los documentos confeccionados en tiempos de ejecución de la relación de trabajo que demostraran los términos en los que había ejercido su poder de organización y dirección del trabajo humano del que se sirvió.

Un empleador que tiene la posibilidad, de elaborar instrumentos de control y custodia de derechos fundamentales específicos - como en el caso, el tiempo de trabajo contemporáneamente a la ejecución del trabajo, mal puede venir al proceso a batallar con testigos quienes en la emergencia, además, son sus dependientes. En consecuencia, las propias reglas de la lógica y la experiencia , en particular estas últimas que remiten a la realidad de la vida sustantiva, autorizan afirmar que no puede pretenderse acreditar con testigos el hecho que el "buen empleador " hubiera podido ilustrar con documentos. (CGP Comentado , anotado y concordado. Enrique Vescovi y colaboradores. T.4 pag.277 y T. 5 pag. 136)

Ahora bien.

Se produjo en autos prueba testimonial cuya fuerza convictiva la demandada cuestiona por presunto interés en el proceso: por la relación de amistad con la actora derivada de haber sido compañeros de trabajo; y por tener juicio pendiente contra la demandada.

Aún estimando esta consideración de la apelante, la solución que

postula la Sala mantiene argumentos para no modificar lo resuelto en el grado anterior. Ello por cuanto, en caso de entenderse insuficiente la prueba, correspondía acudir al criterio residual de distribución de la carga de la prueba ya que, será aquella parte gravada quien deberá afrontar las consecuencias de la ausencia de prueba convincente.

Entiende esta decisora que la determinación del punto se halla indisolublemente ligada al derecho laboral procesal aplicable. En tal sentido este proceso se ha tramitado bajo el nuevo sistema laboral procesal diseñado por las leyes las leyes 18.572 y 18.847 que no presentan una regulación específica sobre la distribución de las cargas en el proceso laboral.

Corresponde pues, integrar el vacío recorriendo el camino previsto por el art. 31 de la ley 18.572 que indica buscar la solución compatible en "las disposiciones especiales en materia laboral " y en el CGP en cuanto corresponda y armonice con los principios del art. 1, del 30 y los del Derecho del Trabajo.

En tal sentido. Una mirada al ordenamiento jurídico da cuenta de la existencia de numerosas disposiciones en materia laboral que para casos puntuales regulan la distribución de las cargas probatorias, o bien a través de presunciones, o bien a través de la asignación directa.

La consideración en conjunto permite inferir ciertas pautas constantes que el legislador ha tenido en cuenta y una solución

de principio. Las pautas: la priorización de la incidencia de la posición de las partes en la relación sustantiva respecto de la procesal y en consecuencia de la pretensión y la defensa; el poder que cada una hubiera podido ejercer sobre el hecho a probar ( su determinación, su ejecución , etc) La solución de principio: la carga surgirá de considerar el señorío de la parte respecto del hecho a probar. Vale decir: estará gravada con la carga de la prueba no necesariamente la parte que pretende sino la que en la relación sustantiva ostentó mayor poder respecto del hecho a probar.

El hallazgo de la regla distributiva en los términos y en la fuente que se viene de indicar y resultando priorizadas por las especialidad de la materia y por definición, la característica de tributar al principio protector siendo más favorable que las del derecho común, quedan desplazadas las reglas del Código General del Proceso.

Trasladando esta solución de principio que surge de las "disposiciones en materia laboral" al punto en debate se deduce que quien asignó días y horarios de trabajo y asignación de tareas tanto antes de la apertura al público como durante ésta, fue el empleador. De allí que pueda deducirse que fue el empleador quien tuvo dominio del hecho dubitado. Lo que significa que puede deducirse que era el empleador el gravado con la carga de la prueba de las horas de trabajo, el eventual

cambio de régimen de trabajo y descansos . Y se hallaba gravado de probarlo a través de medios idóneos que , por los fundamentos que se explicitaron no era a través de testimonios sino de documentos.

Estos dos aspectos - cargas y conducencia o idoneidad probatoria - no se determinan por aplicación exclusiva del ordenamiento procesal sino, desde la apreciación de las disposiciones que regulan la relación sustantiva.

La distribución de la carga probatoria que se indica encuentra su fundamento primero, en el principio hegemónico del Derecho del Trabajo - la protección del trabajo humano (art. 53 de la Carta) y en la ecuación económica de la relación de trabajo. En tal sentido, debe verse que el empleador que ostenta el poder de dirección sobre el sujeto que se limita a prestar un trabajo a cambio de una remuneración, por un lado es deudor de un elenco de derechos estatutarios - entre ellos derechos fundamentales específicos e inespecíficos , y de otras fuentes -. Por otro, tiene en su esfera de disponibilidad - justamente como derivado de aquel poder - la posibilidad de dirigir la actividad del trabajador administrando - aunque limitadamente- el efectivo ejercicio de tales derechos. Y dentro de estos poderes de organización y administración , está a su alcance la tanto la instrumentación de los mecanismos adecuados para garantizar la satisfacción de derechos laborales, como la documentación de los

parámetros de la relación laboral.

El empleador es custodio de la más absoluta realización de los derechos específicos e inespecíficos (que tienen su ámbito de desarrollo en la relación de trabajo), que el bloque de constitucionalidad garantiza al trabajador en cuanto tal.

Entonces. Si el bloque de constitucionalidad garantiza al trabajador el derecho a la limitación de la jornada se puede deducir que sobre aquel - el empleador - pesa la carga de demostrar que custodió y respetó el límite del trabajador. Esta interpretación de la distribución de la carga, en definitiva , viene a coincidir con la expresada por Francisco De Ferrari cuando sostiene que respecto de hechos cuya prueba se halla en poder del empleador, el gravamen es de éste. ( "Los problemas de la prueba en el derecho del trabajo" en rev. Derecho Laboral n. 27 pag. 137)

Por cuanto viene de decirse , habiéndose llegado a la conclusión de la ausencia de prueba conducente (documental) que ilustrara el registro del tiempo de trabajo diario del trabajador , y gravando al demandado la carga de ilustrarlo, la ausencia de prueba arroja que sea sobre éste que deban recaer los efectos negativos.

De allí que se confirmará la decisión de primera instancia.

#### **4.3. Liquidación de la condena.**

Tampoco se hará lugar a este agravio en tanto la apelante lo describe pero no realiza la liquidación alternativa y acorde a lo correspondiente desde su óptica.

#### **4.4. Los daños y perjuicios.**

La ponderación realizada por la sentenciante de primera instancia es compartida por la Sala en tanto atiende , razonablemente , las cargas familiares de la actora.

Por cuanto viene de fundarse , no se estimará el agravio.

#### **5. Accesorios.**

La actuación de las partes en el proceso no amerita condenas accesorias especiales, debiendo cargarse las costas a la demandada por ser de precepto.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno, **FALLA:**

1. Confírmase la sentencia de primera instancia en cuanto desestimó la excepción de prescripción , y condenó al pago de las horas extra y sus incidencias reclamadas conforme la liquidación de la demanda y con el porcentaje de daños y perjuicios fijado.

2. Costas de oficio y los costos en el orden causado.

3. Honorarios fictos 3 B.P. y C. y oportunamente,  
devuélvase los autos a la Sede de origen.

*DR. JULIO ALFREDO POSADA XAVIER*

*PRESIDENTE*

*DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ*

*MINISTRO*

*DRA. MARÍA ROSINA ROSSI ALBERT*

*MINISTRO*

*ESC. SYLVIA GARMENDIA SCHRÖDER*

*SECRETARIA*

SENTENCIA DEFINITIVA

TRIBUNAL DE APELACIONES DE TRABAJO DE PRIMER TURNO.

Rodríguez Manuela c/ C.A.L.P.R.Y.C.A Proceso Laboral Ordinario  
(Ley 185752)

0002-000441/2015

MINISTRO REDACTOR: DRA. ROSINA ROSSI.

MINISTROS FIRMANTES: DRA. ROSINA ROSSI. DR. JULIO POSADA. DRA.  
LINA FERNÁNDEZ

MINISTRO DISCORDE: DRA. DORIS MORALES. DR. ADOLFO FERNÁNDEZ DE LA  
VEGA

Montevideo, 24 de febrero de 2016.

**VISTOS:**

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados "Rodríguez Manuela c/ C.A.L.P.R.Y.C.A Proceso laboral ordinario. " IUE 2-441/2015" venidos a conocimiento de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia definitiva n.53/2015 dictada por la Sra. Juez Letrado de Primera Instancia de Trabajo de la Capital de 16vo.Turno, Dra. Olga Guarino.

**RESULTANDO:**

1. Dictada la sentencia definitiva de primera instancia, en término comparecieron ambas partes interponiendo sendos recurso de apelación que sustanciados, fueron concedidos y franqueados, ingresando los autos a este Tribunal el 30.11.2015. El Acuerdo fue fijado para hoy y acordada sentencia se procedió al dictado de los puntos de acuerdo. El punto en el que no se reunieron los tres votos fue objeto de estudio por el Sr. Ministro Dr. Adolfo Fernández de la Vega, no alcanzándose la mayoría legal y por la Sra. Ministro Dra. Lina Fernández y emitido su voto el Tribunal se avoca al dictado.

2. Fue necesario realizar estudio sucesivo en atención a que la Sala carece de medios técnicos apropiados para realizarlo en forma simultánea como dispone el art. 17 de la ley 18.572. Aún así , como surge de autos, acordada sentencia se dicta en el plazo legal de treinta días computables desde que los autos ingresaron al Tribunal y éste estuvo integrado.

**CONSIDERANDO:**

1. Con el número de voluntades legalmente requeridas, revocará la sentencia de primera instancia en lo que respecta al despido indirecto invocado por la accionante y a la consecuente pretensión de condena por la indemnización por despido.

2. La sentencia definitiva de primera instancia n. 53/2015 falló no estimando la configuración del despido indirecto invocado por la accionante.

La parte actora dedujo recurso de apelación agraviándose de la solución de la sentencia en este punto.

3. El caso de autos vinculado al punto que abre la alzada. Sostuvo la accionante en lo medular que trabajó para la demandada en calidad de vendedora encargada de local desde 23.4.2001 hasta el 9.8.2014 cuando , al reintegrarse a la culminación del seguro de paro le comunican un cambio de horario de trabajo.

Señaló que desde el ingreso en el año 2001 se había desempeñado en el horario de 08.00 a 16.00 de jueves a martes, descansando todo el día miércoles; y que le fue modificado imponiéndole trabajar de lunes a sábados de 12.00 a 20.00 descansando los domingos. Argumentó la configuración del despido indirecto expresando que el cambio de horario así como el día de descanso le provocaban grave perjuicio por cuanto tenía su vida organizada teniendo en cuenta que tiene una hija menor de edad que concurre a la escuela de 13.00 a 17.00 y que sus controles médicos los fijaba o bien cuando salía de trabajar o bien los miércoles en su día de descanso. Finalmente sostuvo que habiendo

solicitado el retorno a las condiciones anteriores la empleadora no accedió por lo que se vio forzada a considerarse indirectamente despedida.

La demandada no cuestionó los aspectos de hecho invocados por la actora: el régimen de trabajo y descansos desde el comienzo de la relación de trabajo; el cambio de horario; la hija en edad escolar ; tampoco controvirtió la afirmación acerca de que había solicitado el retorno a las condiciones anteriores y había sido en vano.

Sin perjuicio de ello argumentó que: el contrato de trabajo preveía que el trabajador desempeñaría el trabajo en el horario dispuesto por el empleador , y que aceptaba turnos rotativos; la trabajadora había prestado consentimiento a tales cláusulas del contrato debiéndose aplicar la teoría de los actos propios; los supuestos inconvenientes planteados por la actora no podían ser tenidos en cuenta para habilitar el despido indirecto porque se tratarían de molestias y no de perjuicios; desde el año 2013 la empresa ha tenido que cerrar catorce locales en el horario de la tarde por cuanto el personal no es suficiente; el sindicato había pedido refuerzo de personal para el turno de la tarde.

La sentencia de primera instancia desestimó la configuración del despido indirecto argumentando que "el cambio al turno vespertino obedecía a necesidades de la empresa de cubrir turnos en la tarde al punto que tenía locales cerrados por falta de

personal, lo que en definitiva justifica el cambio" ( fjs. 187). Y agregó el cambio respecto del día de descanso y el perjuicio esgrimido por la actora - llevar a su hija a los controles médicos - "no es razón para que ello cause un perjuicio de tal naturaleza que habilite un despido indirecto, podía pedir cambios de turno en el día que ello ocurriera , dado que de las declaraciones testimoniales resulta que la empresa trataba de buscar soluciones a estos planteamientos, además cambiar un libre para un fin de semana no entraña perjuicio en si mismo, por lo que es de carga de la actora probarlo..." y a su juicio "...no se probó"

La accionante fincó en el agravio en el perjuicio a la vida familiar especialmente vinculada a la hija menor que iba a la escuela de 13.00 a 17.00, en el tiempo durante el cual había mantenido su régimen de trabajo y en la época del año en la que se producía el cambio y finalmente en que los problemas con el personal de la tarde los tenía que asumir la empresa por gravitar el principio de ajenidad en los riesgos.

Los argumentos que justifican revocar y amparar:

Primero. El instituto del despido indirecto constituye una excepción en el Derecho del Trabajo , o en términos de Sarthou , un herejía por cuanto supone que el empleador disponga cambios unilateralmente en la relación de trabajo. De allí que su interpretación , en cuanto a su admisibilidad , debe ser

estricta.

Segundo. El despido indirecto supone una hipótesis de incumplimiento del haz obligacional y constituye una forma de defensa del trabajador contra ella. Ello trae aparejada la necesidad de determinar el haz obligacional. Debe verse que el propio texto constitucional refiere a la relación e trabajo o servicio y no al contrato de trabajo. Ello obedece a una concreta razón : el contrato de trabajo se nutre de un volumen muy importante de normas que no son fruto de la negociación ni incluso de la voluntad del sujeto más poderoso, sino del Estado en tanto garante de los sujetos beneficiados con promesa de protección . Razón por la cual la Constitución nacional, no refiere al contrato de trabajo, sino a la relación de trabajo. Lo que supone que mas allá de la voluntad de las partes opera el orden público laboral que se impone a ella.

De allí que cuando el jus variandi se enuncia como incumplimiento refiere no solo a lo pactado sino también al orden público laboral y a la gravitación del principio de irrenunciabilidad.

En la ecuación económica del contrato de trabajo, el trabajador pre enajena los frutos de su trabajo a cambio de un salario y el empleador se adueña de aquellos y como contrapartida asume la obligación de pagar el salario. Y también asume los riesgos de la explotación: la mayor o menor ganancia pertenece al

empleador. Ahora, la asunción de los riesgos le reporta ostentar dos facultades - sin duda, de origen contractual - , unilaterales: el poder de dirección y, derivado de éste, el poder disciplinario. Cada potestad con su particular objetivo y con sus límites.

Por un lado, dirige la actividad del otro sujeto contractual y puede, adaptar las modalidades de la prestación obligacional del trabajador a las necesidades objetivas de la explotación. Vale decir, goza del jus variandi que opera como una válvula de escape a la rigidez contractual inicial, irrogándole al pacto una cierta plasticidad". Vale decir que el objeto del poder de dirección radica justamente en ello, dirigir la empresa y con ello, la actividad que desarrolla el dependiente.

Pero esta facultad no es absoluta sino que reconoce límites. Límites que la doctrina ha clasificado en conceptuales y funcionales. Entre los primeros, se hallan zonas de exclusión a la operación modificativa del empleador: los aspectos esenciales del contrato de trabajo (derechos irrenunciables). Entre los segundos, y vinculados al empleador, que la modificación responda a necesidades objetivas y vinculados al trabajador que aquella no le cause perjuicios (Ermida Uriarte, Oscar. Modificación de las condiciones de trabajo. Ed. Hammurabi SRL. Bs. As. 1989, pág. 74) Se ha entendido que esta limitación es absolutamente

infranqueable. Al punto que podría suceder que el cambio obedeciera a una poderosa razón que recayera sobre aspectos no esenciales de la relación laboral pero que si causare un daño moral o material al trabajador, sería inexorablemente ilícita. Basándose este criterio en la inadmisibilidad de que el trabajador termine asumiendo los riesgos o las exigencias empresariales en detrimento de sus intereses o de su dignidad (Altamira Gigena y otros. Ley de contrato de trabajo. pág. 373 citado por Ermida Uriarte, Oscar, op cit pag. 78) " (sentencia N° 132/2010 del 5/05/2010) ( Plá Rodríguez, Américo. Curso de Derecho Laboral T. II Vol I pag. 175 Ed. Acali 1978; Ermida Uriarte, Oscar. "La doctrina rioplatense sobre el jus variandi en rev. Derecho Laboral n. 132 pag., 781)

Significa pues que para calificar la licitud de un cambio unilateral dispuesto por el empleador en la modalidad de ejecución de la relación de trabajo, no basta que argumente y aún pruebe razones objetivas sino que resulta imprescindible que ello no le ocasione perjuicios.

Tanto la molestia - como argumenta la demandada - y el perjuicio - como argumenta la actora - , constituyen grados de un sentimiento o estado interno de una persona. Siendo así , la prueba de ello puede realizarse a través de indicios que permitan la reconstrucción de la situación de hecho a la luz de lo que normalmente acontece ( salvo que se invocaran y probaran

especialidades) A su vez la entidad del perjuicio reclama situarse en el lugar la víctima o de quien dice sufrirlo; de todos modos los bienes jurídicos - materiales o inmateriales - que se denuncian afectados pueden resultar señeros.

En el caso, la trabajadora accionante indicó que el cambio de régimen de trabajo sostenido durante más de trece años, perjudicó su vida familiar, concretamente su organización familiar vinculada a su hija pequeña.

Surge de autos que efectivamente al tiempo del cambio de régimen de trabajo y descanso, la hija de la actora tenía ocho años, concurría a la escuela pública n. 356 en horario vespertino.

Y si bien podría sostenerse la parquedad en el relato de hechos de la demanda, la carga de la afirmación y su satisfacción debe apreciarse a la luz de la tutela de los derechos sustanciales. Al respecto, cabría preguntarse si los hechos que relató resultan suficientes para recomponer el marco fáctico que denunció alterado por el cambio dispuesto por el empleador.

Y la respuesta , es afirmativa. Estando a los valores culturales imperantes en nuestra sociedad y a los que especialmente se vinculan a la división del trabajo por sexo y a la vida en familia , resulta una constante que una mujer madre de una niña de ocho años subordina cualquier otro quehacer al cuidado y bienestar de aquella. En realidad, es este un valor

tan arraigado en la cultura social de nuestro país en este tiempo presente que, lo que hubiera necesitado un detalle de hechos y mayor precisión sería la situación contraria. Prueba de cuanto viene de decirse resulta la profusa sanción de disposiciones normativas que tutelan especialmente a la mujer - madre - trabajadora y a la conciliación entre la vida familiar y la laboral, que abarcan no solo los primeros tiempos de maternidad sino, prerrogativas que se extienden mucho más allá de la lactancia. En efecto. Desde el impulso y reconocimiento constitucional de garantía de protección en el goce de la mujer trabajadora ( arts. 53,54 inc. 2do) y de la familia ( arts. 40 y 41) , el Estado ha adoptado instrumentos internacionales que la concretan ( Convenio Internacional de Trabajo n. 111 sobre discriminación en el empleo y ocupación; Convenio Internacional de Trabajo n. 156 sobre trato laboral acorde a las responsabilidades familiares; la Convención de Belem do Pará para prevenir , sancionar y erradicar la violencia contra la mujer) y a su vez producido disposiciones normativas de jerarquía legal que los reglamentan (leyes 11.577, 17.215, 18.868, 19.313, entre otras)

En el caso la organización de la vida familiar con una pequeña hija de ocho años que asiste a la escuela como la actora se ocupó de ilustrar constituye sin lugar a dudas un componente del "trabajo decente" que nuestro ordenamiento jurídico prioriza

y garantiza.

De allí que no se precisan más argumentos para deducir que, un componente del orden público laboral que se agrega ab initio al pacto contractual, resulta vulnerado. Y no alcanzan las razones esgrimidas por la demandada para subordinar la protección de los valores en juego - mujer-madre-trabajadora y familia a los intereses del empleador. Aún entendiendo acreditado en hecho del cierre de locales y las dificultad para encontrar trabajadoras que acepten trabajar en el horario vespertino, la situación, constituye un riesgo del empleador al que el trabajador es ajeno.

En definitiva , estando a lo que normalmente acontece, es razonable que una mujer madre de niña de ocho años que sale a trabajar tenga la vida familiar organizada y que una modificación sustancial en el horario de trabajo y en el día de descanso, le provoquen un importante perjuicio, como sostuvo el accionante.

La estimación que viene de fundarse vitaliza la declaración de derechos fundamentales en torno a la dignidad laboral de la mujer madre trabajadora y de la familia. La postura contraria en cambio, determinaría que, por la vía de la interpretación judicial, se derrumbaran tales derechos fundamentales.

De todos modos no puede dejar de abordarse el análisis de la defensa de la demandada en el sentido de que el contrato preveía el horario rotativo y la trabajadora lo había aceptado.

Primero, no se trata del contrato sino de una solicitud de

trabajo por formulario.

Segundo, a la trabajadora no se le impuso un cambio por horario rotativo, sino por condiciones de trabajo fijas y diversas a las anteriores.

Tercero, el contrato no constituye un elemento legitimador de conductas que violenten derechos fundamentales, en tanto el orden público laboral que garantiza la protección de derechos específicos e inespecíficos se mantiene totalmente incólume frente a una cláusula contractual que lo violente.

Agrega la Sra. Ministra Dra. Lina Fernández en su voto que los argumentos de la contestación resultan insostenibles, en tanto cualquier condición que otorque a la empleadora la facultad de mutar el horario de trabajo a su arbitrio, es inoponible lisa y llanamente al trabajador pues todo cambio tiene su límite en no causar un perjuicio de cierta entidad al trabajador. Rigen en el punto reglas de razonabilidad y proporcionabilidad. Lo que es irrenunciable a priori por contrato o en tratativas previas a la contratación, es el derecho a que el cambio su alcance y justificación sea evaluado en cada oportunidad que se presente en su legitimidad.

Por lo que viene de decirse, se entiende configurado el despido indirecto.

Por los fundamentos expuestos el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1er. Turno integrado **FALLA:**

Revócase la sentencia de primera instancia en cuanto desestimó la indemnización por despido y en su lugar, ampárase y condénase a la demandada a pagar a la actora la indemnización por despido conforme la liquidación de la demanda.

***Dr. Julio Alfredo Posada Xavier***

***Presidente***

***Dra. María Rosina Rossi Albert***

***Ministro***

***Dra. Lina Fernández Lembo***

***Ministro Integrante***

#### **FUNDAMENTOS DE LA DISCORDIA**

**Dra. Doris Morales:**

La actora dijo que el despido indirecto se produjo porque al volver del seguro de paro le cambiaron el horario de la mañana a la tarde en forma arbitraria, así como el día de descanso, lo que

le causó graves perjuicios, pues su vida estaba organizada en base a su antiguo horario, dado que la hija iba de 13 a 17 horas a la escuela, tenía controles médicos el día de descanso, que pasó del miércoles al domingo (fs. 25 vto. y 26).

La demandada admite el cambio pero dice que no causó perjuicios (fs. 57), que ha cerrado 14 locales y que hubo solicitud del sindicato para reforzar el trabajo en la tarde (fs. 58).-

Sin duda que las causas del despido indirecto deben ser probadas por quien las alega. La actora dijo que el cambio fue arbitrario o sea sin fundamento, pero no dice en qué consistió la arbitrariedad o sea simplemente califica un hecho que no relata.

Dice también que eso le causó perjuicios porque su hija iba de tarde a la escuela, pero no dice que tuviera que ir a buscar o que viniera a la casa y no había nadie para cuidarla, simplemente dice que el cambio la perjudica, pero no dice cómo es que ello ocurre.-

También dice que organizó su vida así, pero no dice cual era esa organización y en qué medida el cambio determinaba una modificación dramática de su organización vital.-

Tampoco dijo por **FUNDAMENTOS DE LA DISCORDIA** r qué sería que tenía que llevar a la hija a controles aparentemente todos los miércoles, si estamos a lo que dice, no alegando que tuviera

alguna enfermedad o algo que determinara una asiduidad tal en las visitas al médico, debiendo partirse de la base que lo que normalmente acaece es que a lo sumo, una niña sana, va una vez al año al médico o para agregar algo más, dos veces al año, debiendo verse que no dice que no le fuera posible cambiar el día libre, si es que tenía que llevar a la niña al médico, máxime cuando hoy se obtiene número tres meses antes, o sea con suficiente tiempo para arreglar la fecha del descanso, sin haber explicado tampoco cómo era que la hija iba al médico de tarde a tan asiduos controles, si es que también iba a la escuela en ese horario, o sea si lo que molestaba era que ahora no podía llevarla el miércoles al doctor porque tenía que trabajar de tarde , no explicó cómo era que justamente la llevaba de tarde, cuando la niña iba de tarde a la escuela, sin que dijera tampoco que estuviera impedida de llevarla a los controles por la mañana, cuando ambas estaban libres, la hija porque iba de tarde a la escuela y la madre, porque trabajaría en ese horario.

La actora no dijo y obviamente no probó, la arbitrariedad del cambio, tampoco dijo haber realizado ninguna gestión ante la empresa para hacer conocer que no podía trabajar en ese horario por una causa justificada, sin que fue dos días y no fue más.-

Que la empresa cerró varios locales está probado porque casi todos los testigos lo afirman.-

Sconamiglio dijo que hubo gestiones del sindicato para que

reforzara el horario de la tarde (fs. 151), lo mismo que Angeriz (fs. 157), pero muy especialmente debe verse que la delegada sindical Coelho dijo que "en mas de una oportunidad se le planteó a la empresa que contratara más personal y nos respondían que la empresa estaba en crisis que no podía" (fs. 162), o sea el sindicato quería mas gente en la tarde, la empresa también y la actora dice que el cambio fue arbitrario y no explica por qué.-

Para colmo esa testigo dijo que la actora fue a preguntar al sindicato si le podían cambiar el horario y fueron ellos quienes le dijeron que era un despido indirecto (fs. 160), sin que siquiera averiguaran si la actora estaba conforme, pues le preguntaron y dijo "no supongo que no" (fs. 161), o sea la actora no fue a decir que no estaba de acuerdo con el cambio, fue solo a preguntar si la empresa podía cambiarle el horario y le dijeron que no, calificándolo de despido indirecto.

Debe verse que esta testigo dice que de 55 locales quedan 18 (fs. 162), entonces no parece ser que el cambio de la actora fuera solo para perjudicar, al punto de que es de ver que en la demanda no dice qué problema le surgía con el hecho de trabajar de tarde y que su hija fuera a la escuela a esa hora.

En definitiva, no hubo despido indirecto, no se probó que el ejercicio del jus variandi determinara un perjuicio insalvable, máxime cuando la actora no abundó en decir en qué consistían sus perjuicios.

***Dra. Doris Morales Martínez***

***Ministro***

**FUNDAMENTOS DE LA DISCORDIA**

**Dr. Adolfo Fernández de la Vega:**

Voto por confirmar.

En lo medular, adhiero al voto de la Dra. Doris Morales.

En el ocurrente, la controversia quedó centrada en dilucidar, a la luz de la probanza arrojada a la causa, si medió un ejercicio abusivo del jus variandi por parte de la empleadora, al modificar el horario de trabajo de la actora.

En materia de Derecho Laboral se define al jus variandi como la potestad del empleador de variar, dentro de ciertos límites, las modalidades de la prestación de tareas del trabajador, explicándose que se deriva del poder de dirección de la empresa que tiene el empleador para organizar en general la producción y en particular el trabajo de los dependientes que contrata.

Pero también se destaca que esa facultad del empleador,

derivada de su poder de dirección y de su asunción de los riesgos empresariales, que le permite introducir ciertas alteraciones en las condiciones de prestación de los servicios del trabajador cuando las necesidades de la empresa lo requieran, no es irrestricta, sino que está condicionada a que su ejercicio en el caso concreto no cause un perjuicio material o moral al trabajador (cfr. Plá Rodríguez en "Curso de Derecho Laboral", tom. II, vol. I, págs. 186 y ss.; De Ferrari en "Lecciones del Derecho del Trabajo", tom. II, pág. 346 y ss.; Ermida en "Modificación de las condiciones de trabajo por el empleador", págs.67 y ss.; Pérez del Castillo, "Manual Práctico de Normas Laborales", 8va. ed., pág. 137). En efecto, al decir de prestigiosa magistrada: "el jus variandi como vehículo del poder de dirección reconoce un doble límite: por un lado la necesidad objetiva del cambio para el funcionamiento de la empresa y por otro, la ausencia de perjuicio, o la desproporción del mismo, para el trabajador involucrado" (cfr. sent. N° 38 del 20.5.94 del J.L.T. 8°, Dra. Rossi en "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Años 1994-1995, c. 778).

Aparecen entonces límites que no pueden sobrepasarse para que sea lícita la modificación impuesta unilateralmente por el empleador, destacándose como límites infranqueables de naturaleza funcional, además de la necesidad objetiva del cambio para el funcionamiento de la empresa, el de no causar perjuicio

material o moral al trabajador. Lo que se admite es la introducción unilateral por el empleador de modificaciones no esenciales de la vinculación laboral relacionadas con la mas adecuada utilización de la fuerza de trabajo que el dependiente pone a disposición del empresario, como pueden ser algunas variantes en el horario, en la forma y procedimientos de ejecución de las tareas, en el modo de abonar la retribución, etc. Pero lo que no constituye un uso legítimo del jus variandi y da derecho al empleado a considerarse despedido indirectamente es la alteración de las condiciones esenciales del pacto laboral, como ser por ejemplo, el salario, la categoría funcional, la duración de la jornada, en cuanto tales cambios se traduzcan en un perjuicio a la dignidad o a los intereses patrimoniales del trabajador (cfr. sent. N° 281 del 19.11.1984 del T.A.T., en "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Años 1984-1987, c. 620).

En tal sentido, destaca la Dra. Gómez Franco en sentencia N° 5 del 24.2.1993 del J.L.T. 10°, que: "Tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten en general que el trabajador está obligado a aceptar los cambios propuestos por el patrón, a condición de que esos cambios no le causen perjuicios o no medien motivos fundados de oposición. Cuando existen perjuicios desaparece esa obligación y el trabajador queda en libertad de aceptarlos o no, desde que los cambios perjudiciales implican rescisión del contrato existente y la propuesta de un nuevo

contrato. Si bien se ha reconocido que el jus variandi se inscribe en las facultades de dirección del empleador, el mismo debe ser ejercido dentro de ciertos límites referidos también a la persona del trabajador.- El ejercicio de la facultad de variar concedida al empleador esta condicionada: 1) a la razonabilidad de la medida, 2) a la no alteración de las modalidades del contrato y 3) a la inexistencia de daño material o moral de trabajador. Este límite es infranqueable y si la medida decidida, aún en el caso que se le reconozca una poderosa razón en el empleador, causa al trabajador un daño material o moral, autoriza la voluntad rescisoria" (cfr. "Anuario de Jurisprudencia Laboral" Año 1993, sent. N° 5 del 24.2.1993 del J.L.T. 10°, c. 598; ídem referente al cambio de horario en ob. cit. Año 1992: sent. N° 6 del 9.3.1992 del J.L.T. 3°, Baccelli, c. 986 y sent. N° 7 del 6.8.1992 del J.L.T. 10°, Gómez, c. 991).

En cuanto al perjuicio a ponderar, el Dr. Américo Plá Rodríguez señala que: "puede ser también de orden económico (privado de ciertos derechos adicionales) o de orden no económico (como otros derechos adquiridos de variada naturaleza) o de orden familiar (cuando importa cambios que generan repercusiones desfavorables en la familia: traslados que obligan a dislocar la familia, a menos que uno de los cónyuges renuncie a trabajar o los hijos pierdan un año de estudios) o de orden personal (que lo obliga a dejar otro empleo o a renunciar a un curso de

perfeccionamiento o a la realización de actividades culturales de otro tipo, etc.)."; si bien luego aclara: "que no debe confundirse el perjuicio con la simple molestia o mero cambio de rutina o de costumbre que puede provocar todo cambio." (Cfr. "Curso de Derecho Laboral", tomo II, vol. I, pág. 188).

Comparto la argumentación referente a que de acuerdo a los valores culturales imperantes en nuestra sociedad, resulta que la mujer subordina sus quehaceres al cuidado de su hija. Pero ocurre que en la demanda no se argumenta, ni mucho menos se intenta probar en el juicio, en que perjudica material o moralmente en concreto el cambio de horario a la actora en la relación con su hija, por pasar a en lugar de compartir la tardecita, toda la mañana prácticamente. Durante el horario que la hija estaba en la escuela prácticamente la actora antes también trabajaba, pues salía del trabajo a las 16.30 horas ya que aduce hacer media hora extra diaria y la hija salía a las 17.00 horas. No se estableció en la demanda para poder ser valorado en el juicio, de que no hubiera un familiar o tercero que pudiera ir a buscar a la escuela y estar con ella de tardecita, véase que en vacaciones escolares también debía estar con alguien y durante todo el horario escolar.

Tampoco es razonable entender que dejar de tener como día libre el miércoles para pasar a tenerlo el domingo, perjudique la relación de la madre con la hija, sino que la beneficia pues de

principio, el domingo es el día que la familia hace su encuentro familiar, dado que es el día que la mayor parte de la gente no trabaja. Si la actora tenía libre el miércoles, precisamente cuando su hija iba a la escuela y ahora le dan libre el domingo cuando no va, va a poder pasar todo el día de descanso semanal con su hija, cuando antes no podía. El argumento de que los miércoles o a la salida, luego de las 16.30 horas la llevaba a control médico francamente no es aceptable, pues más allá de a los 8 años sabemos que los controles médicos son anuales, no se invocó alguna razón para hacerlos con más frecuencia, de todos modos podía llevarla de mañana.

Entonces, no se entiende, ya que no se aclara, el argumento de que en que perjudica material o moralmente la relación madre-hija el cambio, ya que le permite a la actora poder estar durante toda la mañana y los domingos con su hija, día que es costumbre realizar actividades familiares.

Sabido es que molestia no es lo mismo que perjuicio, por lo que, ante la falta de argumentación realizada en la demanda, no veo que llegar de tardecita más tarde pueda configurar un perjuicio cierto, no puedo suponer por la actora lo que no dice haciendo generalizaciones que no sabemos si son aplicables al caso concreto.

Finalmente, antes que la carga de la controversia de la demandada, primero está la de la actora la de alegar pues no

puede controvertir lo que no se alega y realmente de acuerdo al razonamiento que antecede no resulta verificada de la alegación de hechos de la actora, por más que se tenga por ciertos, que realmente los cambios de horarios y de día de descanso le perjudicaren en su relación maternal con su hija, como se pretende en la demanda.

***Dr. Adolfo Fenández de la Vega***

***Ministro Integrante***

***Esc. Raquel Gatti Rodríguez***

***Secretaria Subrogante***

*Concuerta con el original firmado por los Sres. Ministros, que  
tengo a la vista.*

Esc. Raquel Gatti

Rodríguez

SECRETARIO I ABOG - ESC