Poder Judicial – Provincia de Santa Cruz
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería
de la Segunda Circunscripción Judicial

TOMO: XCII- **SENTENCIAS**
REGISTRO: 2810
FOLIO: 011/020
PROT.ELECT.: A201045 S.191

En la ciudad de Caleta Olivia, Provincia de Santa Cruz a los Veintiocho días del mes de octubre de dos mil diecinueve, se reúnen los señores miembros de la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial para dictar sentencia en los autos: **"ORTIZ, Dina Valeria c/ SCHWINDT, Mariela Catalina s/ Demanda Laboral"**, Expte. N° 17.778 del año 2016 que tramitan en el Juzgado de Primera Instancia N° 1 en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, de la ciudad de Pico Truncado, que tuviera ingreso en la instancia bajo el N° 7443. A estos fines se estableció el siguiente orden de estudio: Dr. Humberto Eduardo Monelos, Dra. Griselda Isabel Bard y Dr. Jorge Omar Alonso para responder a las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia recurrida? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN el Dr. Monelos dijo:

I.- Que la actora representada y patrocinada por el Dr. Gabriel Damián Ariel Ruiz promueve, con la documental de fs. 1/24 y el escrito de fs. 25/41, demanda por cobro de indemnizaciones laborales por despido indirecto, registración deficiente, diferencias salariales impagas, faltas de aportes por cobro de la suma de $617.056,58 o lo que más o en menos resulte de la prueba que se producirá en este juicio, más su actualización si correspondiere intereses desde el distracto y costas. Relata los hechos desde el inicio de la relación laboral el 1 de mayo de 2009 que continuara en forma ininterrumpida hasta el 21/12/2015 cuando se materializa el despido indirecto. Describe las tareas encuadrada como Cajera del comercio conocido como multirrubro El Torre que se fueron

incrementando y el horario. Afirma haberse desempeñado como encargada; que al averiguar el estado de sus aportes comprueba que varios períodos estaban impagos y que la demandada reiteró promesas de mejora. Dice que la demandada nunca bancarizó el pago de los salarios e incumplía con los aportes de seguridad social. Refiere la intimación que le remite a la demandada el 11/12/2015 que es respondido con negativas el 16/12/2015 y que la actora responde con carta documento configurando el despido indirecto por injuria e intimando el pago de las indemnizaciones de ley. Realiza un análisis del intercambio epistolar y descarta la procedencia de la figura de abandono de trabajo sostenida por la demandada y analiza los elementos del abandono. Desarrolla el incumplimiento de bancarizar los pagos y la nulidad de los superiores a $1000 que funda. Analiza el rubro horas extras, su prueba y las presunciones y solicita que la demandada presente el libro de horas (Control de ingreso y egresos). Practica liquidación y funda el pedido de actualización monetaria, reserva el caso federal. Se presenta el pacto de cuota litis suscripto con la actora y se ofrece la prueba de la que intentará valerse.

II.- Que en la audiencia del art. 47 de la ley 1444 de la que ilustra el acta de fs. 61, no se arriba a una conciliación por lo que el Dr. Carlos Toledo Vargas quien se presenta como apoderado de la demandada María Mariela Catalina SCHWINDT contesta la acción con la documental de fs. 54/56 y escrito de fs. 57/60. En la contestación la parte demandada formula negativas que se tienen presente y da su versión de los hechos. Analiza el despido indirecto y sostiene que los aspectos reclamados no configuran injurias suficiente para extinguir el vínculo laboral. Concluye que la actora buscó colocarse en situación de despido indirecto y recuerda que en esa época se encontraba con licencia por enfermedad. Describe el lugar de trabajo como un Kiosco con un local pequeño con movimiento constante pero no abrumador y donde la actora era solo una

auxiliar de la demandada que era quien realizaba la función de cajera. Considera lógico que si bien se le abonaba a la actora con regularidad los salarios, a veces no alcanzaba para cubrir con las obligaciones de los organismos nacionales fundamentalmente AFIP pero afirma que alcanzaba para satisfacer los créditos con la actora y por ello entiende que, en ese aspecto, no existe injuria suficiente. Hace notar que se califica por la actora de improcedente la figura del abandono por cuanto ella se había colocado con anterioridad en situación de despido indirecto. Alega que si bien la actora notifica primero el despido indirecto en su parte era prioritario la continuidad de la relación laboral. Sostiene que la actora albergaba una intención contraria, pues se le hacía saber que finalizada la carpeta médica debía presentarse a trabajar y por ello su parte procedió al despido por abandono. Entiende que al dictar sentencia se debe resolver que el distracto se produce por culpa exclusiva de la actora. Analiza los rubros demandados y hace notar que no se reclama una falta de pago pues los servicios fueron remunerados durante la relación sin objeción alguna y sin reclamar la bancarización y por ello el reclamo de salarios por los dos años anteriores constituye plus petito y se lo debe rechazar. Califica de exagerado el reclamo del pago de horas extraordinarias bajo el pretexto de que el empleador debería llevar un registro horario y que no se le puede imponer la carga diabólica de probar que no trabajó tales horas e invertir la carga de la prueba cuando no se específica que días se generaron horas al 50% y que días se generaron horas al 100%. Impugna además la liquidación practicada para lo cual sostiene que debe computarse la antigüedad a partir del 12/3/2011, dado que si bien hubo un período breve anterior que fue extinguido por renuncia, y que solo meses después volvió a reingresar se debe determinar que es menor de cinco años. Sostiene que el preaviso será de un mes y el agravante del art. 2 de la ley 25.323 es solo del 50% de los rubros

indemnizatorios y pide se lo tenga presente reduciendo los límites a sus justos límites y por plus petito inexcusable se le impongan las costas. Funda en derecho y ofrece pruebas. Pide el rechazo de la demanda.

III.- Que en la misma acta se convoca a nueva audiencia semejante a la audiencia preliminar del proceso civil, de la que ilustra el acta de fs. 66 donde no se llega a un acuerdo. Luego se determinan los hechos controvertidos, se abre la causa a prueba y se provee la considerada pertinente. Producida la obrante en autos a fs. 271 se fija nueva audiencia de alegatos adelantando su fecha. Sólo hace uso del derecho de alegar sobre el mérito de la prueba la parte demandada, quien presenta sus alegaciones en sobre cerrado a fs.276/277, que se abre y agrega a fs. 279/281.

A fs. 282 se dicta el llamado de autos y la sentencia obra a fs. 283/289 que hace lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Dina Valeria ORTIZ contra María Mariela Catalina SCHWINDT y la condena al pago de las sumas de dinero a determinarse en su oportunidad correspondiente a los rubros demandados en concepto de a) Indemnización por antigüedad, b) Preaviso, c) SAC sobre preaviso, d) integración del mes de despido, e) SAC sobre integración mes de despido, f) horas extras, y g) indemnización del art. 2 de la ley 25.323. Determina que las sumas de dinero correspondientes a los rubros condenados deberán ser actualizados desde las fechas referidas supra conforme a la Tasa Activa de Banco de la Nación Argentina y los montos o sumas que definitiva resulten deberán ser abonados, por la demandada condenada, en el plazo de diez días siguientes a la fecha de notificación del auto aprobatorio de la planilla general que al efecto debe practicarse, bajo apercibimiento de ejecución forzosa. (art. 99 y siguientes de la ley 1444). Desestima la nulidad de los pagos superiores a 1000 pesos por falta de bancarización de los haberes e indemnización del art. 80 de la LCT en virtud de lo expuesto en

los considerandos. Condena en costas a la demandada por el principio objetivo de la derrota y difiere la regulación de honorarios de los profesionales.

La sentencia no conforma a la demandada quien interpone y funda recurso de apelación contra la misma con la pieza de fs. 296/299. El recurso le es concedido libremente y con efecto suspensivo por providencia simple de fs. 300 que corre traslado de los agravios, pero no son contestados. Los autos son elevados con la certificación de estilo de fs. 303 y recibidos se integra Cámara. Consentida la integración a fs. 308 se dispone el pase a estudio estableciendo el orden para ello.

IV.- Que el recurrente se agravia contra los puntos 1 y 3 de la sentencia agraviándose por falta de tratamiento debido a los planteos efectuados en el responde y en el alegato para luego, sin analizar debidamente las constancias de la causa, admite los rubros de indemnización por despido indirecto, horas extras e indemnización del art. 2 de la ley 25.323 y le impone las costas. Pide se revoque en su totalidad la sentencia y se rechace la acción con costas. En el primer agravio sostiene que la cuestión pasa por determinar si existió injuria suficiente como para proceder al despido indirecto por incumplimiento de la demandada. Explica que la Sra. Juez entiende que, al haber la actora intimado por Carta Documento de fs. 4, y que el incumplimiento de la demandada se refiere a la deficiente registración en razón de considerar que correspondía la categoría de "cajera A" conforme los testimonios de autos. Ataca la sentencia y sostiene que de los mismos testimonios ha quedado claro que el negocio se trata de un Kiosco, que no existe una gran cantidad de empleados con funciones separadas y es probable que haya cobrado al cliente pero no es suficiente para considerarla cajera, habida cuenta que esta función se ejerce en forma exclusiva, y que además de cobrar debe efectuar los arqueos de caja y rendir cuenta diaria de la recaudación y entregarla al superior lo que no se cumple en un kiosco. Se

pregunta: si era cajera, quien atendía al público y sostiene que en un comercio pequeño no existe la función específica de cajera. Se pregunta cual es la injuria grave pues la registración como cajera o como ventas no le causa ningún perjuicio grave que impida la prosecución de la relación que no explicó en la misiva de fs. 4.

Por otro lado hace notar que la actora menciona en su objeto que reclama diferencias salariales, pero lo cierto es que en su libelo de demanda en ningún punto reclama el rubro diferencias salariales ni se lo admitió en la sentencia ni tampoco fue motivo de juicio la deficiente registración pidiendo se rectifique la misma ni fue motivo de decisión en la sentencia. Sostiene que tampoco se admitió la fecha de ingreso pretendida ya que la sentencia determinó que fue el 12/3/2011. Indica que, salvo las horas extras, ninguna de las otras cuestiones a que se alude en la misiva de fs. 4 las ha reclamado en autos por lo que razona no se han configurado las injurias graves del art. 242 de la LCT. Por ello considera injusto considerar el despido indirecto y obligar a abonar indemnizaciones cuando la injuria grave es inexistente así como el perjuicio por lo que entiende se impone revocar la sentencia.

Le agravia que, como consecuencia de lo anterior, la Sra. Juez a quo no haya admitido el despido con justa causa por abandono de trabajo pues lo cierto es que su parte intimó a la actora a presentarse a trabajar y argumenta sobre este aspecto de sus agravios. Invoca los años de la relación laboral sin reclamos por categoría, diferencias salariales o bancarización e invoca la teoría de los actos propios. Pide se rechace el despido indirecto y se resuelva que el despido se produjo por abandono de trabajo.

En otro agravio ataca la condena al pago de las indemnizaciones del art. 2 de la ley 25.323 por considerar que no se dan los presupuestos en orden a la inexistencia del

despido indirecto.

Dedica un capítulo a criticar la admisión del rubro horas extras en base a declaraciones de testigos y la presunción por la falta de registros de horas extraordinarios y admite 348 horas al 50% y 768 horas al 100% y sostiene que el quantum de horas extras no está probado en autos. Analiza los testimonios y después de compararlos sostiene que no son coincidentes y que la cantidad de horas han sido enunciadas en la demanda, pero sin detalle de días y horarios y sostiene que sólo una presunción jamás puede servir para hacer lugar a semejante cantidad de horas extras sin que esté determinado que las haya trabajado.

En orden a la admisión de los agravios se queja por la condena en costas, y entiende que, al revocarse la sentencia se deberán imponer a la actora. En subsidio se agravia por imponerse las costas solo a la demandada, cuando no han prosperado los rubros más importantes, tal la pretensión de nulidad de los pagos de haberes efectuados por la demandada en dinero efectivo so pretexto de una falta de bancarización lo que le hubiera significado un quebranto económico muchas veces superior a la indemnización del despido incausado y por ello se agravia al entender que la actora deberá cargar con la mayor proporción de las costas y entiende como justo que se impongan en un 80% a la actora y en un 20% a la demandada en caso de mantenerse la sentencia en crisis. Pide se admitan sus agravios y en virtud de ello se revoquen los puntos 1° y 3° del fallo conforme solicita en el exordio y curso de su memorial con costas.

El traslado de estos agravios, como se hiciera notar más arriba, no fue contestado por la actora.

V.- Que antes de ingresar al examen de los agravios debo aclarar un aspecto que se encuentra confuso en la sentencia y en agravios con relación al despido. La sentencia considera que operó primero el despido indirecto planteado por la Sra. Ortiz

y que no se configuró el abandono de trabajo planteado por la demandada (ver fs. 286) mientras que la demandada a (fs. 297 vta. punto V)se agravia por no admitirse el despido por justa causa. Parece ignorarse que el contrato de trabajo se extingue una sola vez, cualquiera sea la parte que lo denuncia (salvo excepciones como por ejemplo el caso del despido de un delegado gremial) y denunciado por una de las partes, la cuestión se centra en determinar si ella obedece a una justa causa o no. Una vez denunciado el contrato es de aplicación el art. 234 de la LCT que establece:

> "Retractación: El despido **no podrá ser retractado**, salvo acuerdo de partes."

Denunciado el contrato por la actora solo queda por determinar si hay injuria de la empleadora a la trabajadora, para así determinar si corresponde indemnizar o no.

La denuncia o despido por la patronal o indirecto por el dependiente tiene carácter unilateral y recepticio y perfeccionada la disolución al ingresar en la esfera de conocimiento del destinatario, no se puede recomponer el contrato por voluntad unilateral. En autos, después del despido indirecto no cabe intimar a la dependiente que se presente a trabajar pues primero debe existir un acuerdo de partes que retracte la denuncia. El despido indirecto queda perfeccionado por la recepción de la comunicación. Solo cabe determinar si existió una injuria que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación y de esta comprobación se determina si hubo o no justa causa y por ende obligación de indemnizar.

Ergo, después de la denuncia de la trabajadora no cabe examinar o sostener que existe abandono de trabajo como justa causa de despido y por ello no corresponde su tratamiento. Solo tenemos que comprobar si existió una inobservancia, por parte de la empleadora de las obligaciones resultantes del contrato de trabajo, que configuren injuria que por su gravedad no consienta la prosecución de la relación en valoración que, el

art. 242 de la LCT, encomienda realizar prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto por la LCT y las modalidades y circunstancias personales de cada caso.

Debo aclarar en este estado, ante la invocación por la demandada en agravios que la teoría de los actos propios no es de aplicación en el proceso laboral contra el trabajador por el principio de la irrenunciabilidad establecido en el art. 12 de la LCT.

El principio de congruencia limita nuestra actuación al examen de los agravios y a las cuestiones controvertidas al trabarse la litis con la única excepción que la dispuesta en el art. 40 de la ley 1444.

Aclarado ello debemos analizar si se dan y en su caso la gravedad de los incumplimientos que la actora atribuye a la demandada en el telegrama de fs. 4 que pueden sintetizarse en a) deficiente registración en lo que hace a la categoría de cajera que la actora se atribuye y reclama; incumplimiento de la obligación de pago al Organismo de la Seguridad Social; no bancarización del salario; no pago del Seguro La Estrella en el marco de la CCT 130/75; adeudar diferencias salariales por diferencia en el básico pagado, adicionales y horas extras al 50% y al 100% y nocturnas con alcance a toda la relación laboral; una fecha de ingreso posterior a la real, e intimó el registro adecuado del contrato, con la real categoría de cajera, reliquide y efectué el pago de diferencias salariales de toda la relación, aportes, horas extras y nocturnas adicionales y vacaciones entendiendo que el silencio tipificaría Fraude Laboral y configuraría injuria que no consentiría la prosecución del vínculo laboral y se consideraría injuriada y despedida en los términos del art. 242 de la LCT.

La demandada por carta documento de fs. 5 rechazó la

intimación y negó cada una de las conductas atribuidas.

Es por ello que la actora con el telegrama de fs. 6 hace referencia a estas comunicaciones y limita las causales enumerando: "…en mérito a que Ud. ha negado sistemáticamente, la registración irregular de la relación laboral, ni ha ofrecido pagar los importes salariales intimados, ni tampoco ha puesto a mi disposición los comprobantes de pago intimados a efectos de constatar el cumplimiento de sus obligaciones de forma, su conducta esquiva y maliciosa materializa una injuria tal que no consiente la prosecución del vínculo laboral que nos une, en consecuencia hago efectivo el apercibimiento, y ME CONSIDERO INJURIADA Y DESPEDIDA POR SU EXCLUSIVA CULPA en los términos del art. 242.ley 20.744…" y formula una serie de intimaciones.

Esta es causal invocada por la actora para el despido indirecto que enumera las injurias y no puede modificarse como lo establece el art. 242 último párrafo de la LCT.

Aclarado ello veamos el aspecto de la registración irregular. No lo es con respecto de la fecha de ingreso, toda vez que la sentencia la ha establecido en la que figura en los recibos, sostiene la demandada en el responde y surge de fs.217. Pero ello no quita que en el caso de autos existió una relación anterior que cesó y un posterior regreso que podría hacer aplicables los arts. 18 y 255 de la LCT pero ello no se ha discutido en autos y la demandada ha consentido lo resuelto en la sentencia.

En lo que hace a la categoría la sentencia, con agravios de la demandada, la incluye como "cajera A" con fundamento en el art. 16 del CCT 130/75, por el desempeño de tareas encuadradas en más de una categoría.

El art. 7 del CCT 130/75 califica a los cajeros como: A) cajeros/a que cumplen **únicamente** operaciones de contado y de crédito. B) cajeros/as que cumplan tareas de cobrar operaciones de contado y crédito **y además** desempeñen tareas administrativas

afines a la caja o de empaque. C)cajeros/as de entidades financieras.

En principio la tarea de Cajera es incompatible con otras tareas pues requiere llevar un control de las operaciones que realiza, realizar arqueos de caja, rendir lo ingresado y tener incluso el control de la Caja en la que nadie puede tener acceso ni abrirla sin su presencia (ver art. 60 de la CCT 130/75) pues el cajero responde de los faltantes. Ello en principio, pues en el caso de pocas operaciones de caja o incluso por ejemplo de venta de grandes maquinarias de las que se haga una o dos operaciones por semana en la que es congruente una doble función y donde el cobro lo puede realizar un Cajero B un socio o un tesorero pero es la excepción. Puede darse el caso de pequeños emprendimientos en que varias personas realicen cobros sin un cajero o los efectúen por tarjetas de crédito y débito. Hay que estudiar cada caso.

En el convenio tenemos el Cajero B con la función de cobrar y realizar tareas administrativas **afines** con la caja (planillas de caja, emitir tickets sellar certificados de garantía, descargar del inventario etc.) o de embalaje. Puede agregarse el caso del art. 16 de empleados que **habitualmente** sean ocupados en tareas encuadradas en más de una categoría o el del art. 18 para el caso de empresas de no más de cinco personas comprendidas en el convenio en que no se las pueda categorizar por la multiplicidad de tareas. Por ello entiendo que lo que caracteriza al cajero es el manejo de la caja de una empresa o por lo menos de una caja si existe más de una. A mi entender no se ingresa a esa categoría por realizar una o aún muchas cobranzas accidentalmente (es necesaria habitualidad) sino que se requiere la responsabilidad de la caja, arqueos, rendición etc. Ni dentro de las tareas afines pueden entenderse la de "limpieza, reposición, atención al público, manejo de cajas, verificar los faltantes, hacer los pedidos; guardar la mercadería que llegaba, subirla al depósito, mantener las

condiciones del depósito que estaba afuera, que era de bebidas, así también hacer vidrieras" como le adjudicó la testigo Maureira.

Los pliegos de interrogatorio de los testigos ninguno incluye las generales de la ley, motivo por el cual de oficio se formula interrogación al efecto y en las actas se ha corrido un número a las respuestas sobre la consignada en el pliego. Además cuenta con preguntas indicativas que no fueron aceptadas en la audiencia.

Respecto **de las tareas** a fs. 102 el testigo Hugo Antonio Ferreyra (compañero de trabajo durante 7 meses) nos indica: "en sus horarios de trabajo eran: atención al cliente, cajera y limpieza." La testigo Laura Vanesa Maureira a fs. 104 quien afirmó al responder primero que no le comprenden las generales de la ley, pero, al responder a la decima afirmó que trabajó "en un momento con ella y **aparte soy amiga de la actora**" respecto de las tareas declara: "limpieza, reposición, atención al público, manejo de cajas, verificar los faltantes, hacer los pedidos; guardar la mercadería que llegaba, subirla al depósito, mantener las condiciones del depósito que estaba afuera, que era de bebidas, así también hacer vidrieras". No es clara la testigo a que se refiere con manejo de "**cajas**" sí a la caja o a las cajas de mercadería, aunque el art. 9 segundo párrafo de la LCT nos incline a entender que la testigo se refiere a manejo de Caja, sin perjuicio de analizar si correspondía encuadrarla en la categoría Cajera.

La testigo Alicia Beatriz Domínguez (fs. 106) también reconoce ser amiga de ella aunque dijo antes no comprenderle las generales de la ley. Respecto de las tareas contestó que ella hacía limpieza acomodaba o sea hacía todo, y agregó más adelante "ella se enfermó trabajando ahí subiendo y bajando cajas pesadas o cajones de gaseosas cervezas, los **sabía** (sic, subía se entiende) al depósito arriba y luego los bajaba a las heladeras. Así también todo lo que implicaba la mercadería del

negocio." Lo sabe por frecuentar el negocio. El último testigo Eduardo Fabián Giménez (fs. 108) es cliente y dice ser quien llevaba a Valeria a Caleta Olivia a comprar cigarrillos una o dos veces por semana y respecto de las tareas contesta: "hasta donde yo se era encargada del negocio".

En el escrito de demanda y en telegramas alude a la categoría de Cajera A pero en el mismo libelo de inicio a fs. 26 y en la liquidación de fs. 37 invoca la categoría de encargada.

El análisis de estas declaraciones no permite llegar a aceptar la afirmación de la actora de haberse desempeñado como cajera o en supuesto de multiplicidad de tareas en que pudo realizar ventas e incluso cobrarlas con la habitualidad y la responsabilidad de la categoría de cajero. A fs. 26 sostiene que cuando la accionada estaba de vacaciones "manejaba el giro de caja completo" lo que a contrario sensu está indicando que cuando la demandada no estaba de vacaciones no lo tenía.

Es por ello entiendo admisible la queja de la demandada en cuanto la sentencia considera que se habría configurado una injuria desde que al tenerla encuadrada en la categoría Ventas B en lugar de Cajera A que a su juicio correspondía. A mi juicio esa sola circunstancia, aún siendo exacta (que no lo es), no es injuria que impida la continuación de la relación pues pudo demandar el correcto encuadramiento para preservar la relación laboral. Hoy día el trabajador puede controlar el depósito de las retenciones y pago de las contribuciones patronales y no hay injuria en no exhibirlos.

La sentencia considera que al no surgir de los recibos el pago de horas extras también constituye una injuria. Para llegar a esta conclusión se apoya en la declaración del testigo Gabriel Ferreyra y no surgir del cotejo de los recibos de haberes de fs. 13 a 24 el pago de ellas. La demandada apeló la condena a abonar 348 hs. al 50% y 786 hs. al 100%.

A fin de verificar la otra causal relativa al no pago de

horas extras debemos tener en cuenta que la actora en su escrito de inicio denuncia que "el horario de trabajo era de 08:00 hasta las 16:30 hs. de lunes a domingo, todos los días." De donde razona que los días sábado después de las 13 hs. y los domingos eran horas extras que jamás se le pagaron. Hace referencia a ocasiones en que se cambiaba el horario semanal a la modalidad de horario cortado o terminando su horario a las 24 horas.

El testigo Ferreyra (fs. 102) bajo el número de respuestas 4ª y 5ª responde a las preguntas 3ª y 4ª claramente indicativas después de contestar la segunda pregunta "que no recuerdo bien, pero me acuerdo que abría a las 08:00am hasta las 16:30pm, pero ella también iba a la tarde a ayudar cuando estaba muy desordenado. Es decir fuera del horario laboral" A la tercer pregunta contesta: "…. A trabajo en ocasiones pero se dedicaba a ir por la mañana, pero en ocasiones concurría en otros horarios para diversas tareas (limpieza y orden en otros) también a pasado que para cubrir a otro compañero ha tomado el turno de la tarde, que el horario consistía desde las 16:30 s a las 01:00 de la madrugada" y a la cuarta contesta: "Si trabajaba los días sábados y domingos y además feriados" pero no indica el testigo cuando tomaba el franco semanal o si no lo hacía.

La testigo Maureira (fs. 104) a los mismos interrogantes indicativos responde a la tercera, respuesta consignada como cuarta: "Si" (aunque antes aclaró que los turnos podrían ser rotativos) y a la cuarta nos indica: "Trabajaba sábados, domingos y feriados con un franco por semana, or lo general los francos de ella eran los días miércoles"

La testigo Alicia Beatriz Domínguez dice que "ella entra a la mañana aproximadamente a las 08:am y no sabía a que hora salía." En la cuarta respuesta contesta: "cuando le cambiaban los horarios si trabajaba de 21 a 24 horas porque por ahí faltaba algún empleado por lo general solía ir a tomar mate y

se quedaba hasta altas horas de la noche." Y en la quinta respuesta contesta: "si trabajaba sábados y domingos." Esta testigo que dice no le comprenden las generales de la ley y que conoció en el negocio a la actora (respuestas 1ª Y 2ª) dice luego que sabe lo declarado "porque yo era amiga de ella cuando ella trabajaba ahí…" y como razón de sus dichos "lo se porque yo frecuentaba el local y la veía trabajando …" y luego hace referencia a un préstamo de dinero y que "vivía en el depósito, cuando ella se enojó la empleadora no quiso entregarle sus cosas…" circunstancias no invocadas en el inicio todo lo cual hace sospechosos sus dichos.

El testigo Giménez no sabe los horarios pero siempre la veía sábados y domingos y que trabajaba después de las 21hs y hasta las 24:00hs y lo sabe como cliente y por llevarla a Caleta Olivia a comprar cigarrillos y aunque en el acta no se aclara debo entender que se refiere a realizar compras en un mayorista no obstante que hay distribuidores que recorren todos los comercios.

Del análisis de estas declaraciones y de su credibilidad tenemos que la testigo Maureira (fs. 104) propuesta por la actora y amiga de ésta, explica el descanso semanal la actora lo tomaba por lo general el día miércoles. A los demás testigos no se le preguntó como era la jornada laboral de la actora, sino si trabajaba el sábado o domingo.

Hay excepciones al descanso los sábados y domingos, tal el caso de empleos de dirección y vigilancia (pero si bien la actora en su escrito manifiesta ser la encargada la demandada sostiene que se desempeña como vendedora y por ende no cabe analizar si como encargada ingresa en esta excepción), el del art. 203 LCT, el trabajo por equipos y también hay excepciones de carácter general (art. 13 del decreto 16.117/33) para una serie de actividades que incluye a los quioscos, con francos compensatorios otro día (un clásico: las panaderías cierran los lunes) u otros comercios tienen turnos rotativos para los

empleados.

Para llegar a las 384 horas extras al 50% y las 768 horas extraordinarias al 100%, aunque no lo indica en su demanda, cabe deducir que la actora partiría aparentemente de calcular los últimos dos años de sábados y de domingos, descontando vacaciones y periodo de enfermedad. Pero no tiene en cuenta que su propio testigo y amiga indicó que preferentemente tomaba el franco los días miércoles que compensa el día domingo por lo que no se pueden considerar horas extraordinarias al 100%. Por otro lado no huelga señalar que el descanso no gozado no puede ser compensado en dinero y el art. 207 de la LCT otorga al trabajador el derecho de gozarlo per se, sí no se le acuerda un descanso compensatorio similar.

Al surgir un horario de 8 a 16,30 o sea 8 horas y media semanal tenemos en seis días 51 horas de trabajo al no contar con compensación por el llamado sábado inglés. Entonces la actora trabajaba 3 horas semanales al 50%. Deberá tomarse esta cantidad de horas al 50% al confeccionar la liquidación. Para llegar a esta solución parto de la no presentación de las planillas de ingreso y egreso a las que la propia empleadora hace referencia en su carta documento de fs. 5 al negar las horas extraordinarias.

Es decir que existió un agravio aunque no de la magnitud señalada en la sentencia y un sólo agravio permite atribuir a la patronal la culpa en la extinción de la relación cuando es de tal gravedad que impide la continuación de la relación. Por lo tanto existió un agravio por parte de la patronal al tener el salario carácter alimentario y confirmar la sentencia en cuanto admite que el despido indirecto es respuesta a la falta de pago de las horas extras. Del testimonio de fs. 104 vta. (respuesta a la repregunta 14) y de la respuesta a la 1ª posición (fs. 109) surge que la demandada pagaba en efectivo por día y a fin de mes, por ahí, si quedaba una diferencia se pagaba cuando entregaba los recibos. Pero en los recibos no

surge el pago de horas extras.

Por la misma razón y ante la falta de una crítica concreta respecto de la condena del art. 2 de la ley 25.323, de compartirse mi voto respecto de la procedencia de la acción por falta de pago de horas extraordinarias al 50% y por ello la procedencia del despido indirecto por culpa de la empleadora, debe ser rechazado este agravio que se funda en la revocación del despido indirecto.

Ya me he referido al tema de las horas extraordinarias y porqué admito parcialmente el trabajo de horas extraordinarias al 50% a razón de tres horas semanales durante los últimos dos años que se reclamaron, que se deberán contabilizar teniendo en cuenta los calendarios de los dos últimos años, descontando vacaciones y licencias por enfermedad en la oportunidad del art. 99 de la ley 1444.

Queda por último rechazar los agravios contra la condenación en costas que opino debe ser confirmada en atención al principio objetivo de la derrota del art. 68 del CPCC que es aplicable en caso de admisión solo parcial, por falta de oportuno allanamiento a los rubros admitidos lo que obligó a la actora a demandar.

VI.- Que en función de lo expuesto considero que la sentencia no es justa y que deberá modificarse en lo que hace a la condena a abonar horas extraordinarias al 100% y confirmarse en lo demás que dispone. Así lo voto y propongo al Acuerdo.

A LA PRIMERA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

VII.- Que coincido con las razones y fundamentos vertidos en el voto que antecede. Adhiero pues al voto que antecede.

A LA SEGUNDA CUESTION el Dr. Monelos dijo:

VIII.- Que por las razones y fundamentos expuestos al responder a la primera cuestión propongo al acuerdo dictar el siguiente pronunciamiento: 1°) Admitir parcialmente el agravio relativo a las horas extraordinarias y limitar la condena al pago de las horas extraordinarias al 50%, rechazando la

procedencia de las horas extraordinarias al 100% y los demás agravios. 2°) Modificar la sentencia en cuando admite el pago de horas extraordinarias al 100% y confirmarla en lo demás que decide. 3°) Las costas de la instancia en el orden causado en atención que no hubo resistencia de la actora al agravio que se admite y el resultado de los restantes (art. 68 segundo párrafo del CPCC). 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN la Dra. Bard dijo:

IX.- Que considero justa y equitativa la propuesta formulada que se adapta a las consideraciones vertidas al responder a la primera cuestión. Adhiero al voto que antecede.

Por ello se dicta la siguiente sentencia:

Caleta Olivia, 28 de octubre de dos mil diecinueve.

Y CONSIODERANDO:

Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcripto precedentemente, resultado de la votación citas legales y lo dispuesto por el art. 44 de la ley 1 Orgánica del Poder Judicial la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial:

F A L L A:

1°) Admitir parcialmente el agravio relativo a las horas extraordinarias y limitar la condena al pago de las horas extraordinarias al 50%, rechazando la procedencia de las horas extraordinarias al 100% y los demás agravios.

2°) Modificar la sentencia en cuando admite el pago de horas extraordinarias al 100% y confirmarla en lo demás que decide.

3°) Las costas de la instancia en el orden causado en atención que no hubo resistencia de la actora al agravio que se admite y el resultado de los restantes (art. 68 segundo párrafo del CPCC).

4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan los

autos al Juzgado de origen. El Dr. Alonso firma sin emitir opinión por no existir disidencia.

GRISELDA ISABEL BARD
Jueza de Cámara-Presidenta

HUMBERTO EDUARDO MONELOS
Juez de Cámara

JORGE OMAR ALONSO
Juez de Cámara subrogante

ANTE MI:

CAROLINA M. LIMA
Secretaria de Cámara