

SD 39153 – Expte. 27.846/2010 – "K. L. E. c/ Wal Mart Argentina S.R.L. s/ despido" – CNTRAB – SALA VIII – SALA VIII – 16/10/2012

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 16 días del mes de octubre de 2012, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden:

EL DOCTOR LUIS ALBERTO CATARDO DIJO:

I.- La sentencia de primera instancia, que rechazó la demanda, viene apelada por la actora y, disconforme con la regulación de su honorario, por el representante legal de la demandada.//-

II.- El recurso de fs. 153/158 es procedente.-

La pretensora en su escrito de demanda relató que ingresó a trabajar a la empresa demandada en 1997 realizando tareas de cajera y cumpliendo horarios rotativos, y que había intimado a su empleadora con carta documento de fecha 03.03.10 -ratificada con la del 9.03.10 bajo apercibimiento de considerarse despedida- en la que solicitó que se le "...reasigne nuevo horario de trabajo en atención a que soy madre de un bebé de dos meses y me es imposible retornar a mi hogar a las 00.00 hs. si se tiene en cuenta que el horario de salida es el de las 23 hs. Mi solicitud radica en el hecho de que me es preferible tomar la hora de lactancia al finalizar la jornada laboral y de esa manera poder volver antes a mi vivienda...dado que ustedes deben como buenos empleadores considerar mi situación personal, y otorgarme un horario en el que pueda retirarme a las 12 hs. y/o alternativamente fijar otro horario que comience de mañana y abarque parte del horario de la tarde, para así permitir a esta trabajadora, volver en un horario normal a su casa para atender a sus dos hijos, y de esa manera mantener el principio de conservación del empleo...". El 15.03.10 la actora le remite a su empleadora la siguiente carta documento: "Ante silencio a mis TCL anteriores, mediante los cuales lo he intimado a informarme nuevo cambio de horario, hago efectivo el apercibimiento de considerarme injuriada y despedida por su exclusiva culpa...".-

La demandada el 16.03.10 contesta las misivas del 3 y 9 de marzo, rechazando lo solicitado por la trabajadora.-

En el caso, el sentenciante concluyó rechazando la demanda con fundamento en que "...no debe soslayarse que no puede considerarse injuriosa la falta de respuesta a una pretensión que no () tiene sustento en una obligación legal de la empresa..." y agregó que "...el despido indirecto en que se colocó la trabajadora no se ajustó a derecho, ya que el hecho de no haber modificado el horario de trabajo no constituyó un incumplimiento contractual, de lo que se deduce que no se configuró una injuria...", lo que motivó la apelación de la actora.-

El primer tramo del recurso cuestiona la manera en la que el sentenciante de grado consideró el silencio de la demandada. El planteo obligó a revisar el intercambio telegráfico y las consideraciones del decisorio apelado, de donde surge con claridad y precisión que la causa del

despido indirecto en que se colocó la accionante fue el silencio guardado por su empleador, frente a la intimación efectuada de modo concreto sobre condiciones de la vinculación laboral. Al respecto, cabe destacar que la respuesta del empleador a la intimación cursada por la trabajadora sobrepasó el plazo de dos días hábiles. Es en base a ello que la situación es evaluada y respaldada en la prescripción normativa contenida en el artículo 57 de la L.C.T.. Dicho artículo dispone que "...constituirá presunción en contra del empleador su silencio...", el cual "...deberá subsistir durante un plazo razonable, el que nunca será inferior a 2 días hábiles...". Lo cierto y relevante en el caso es que si las partes reconocieron que estaban vinculadas por un contrato de trabajo es, en virtud de él y del principio de buena fe (artículo 63 de la L.C.T.)), que tenían desde el inicio y hasta su extinción una serie de obligaciones entre ellas la que establece el artículo 57 de la L.C.T., que imponía a la empleadora el deber de explicarse cuando fue intimada por el trabajador, creándose así, una presunción en contra de aquella cuando guardó silencio, que constituyó una manifestación tácita de consentimiento respecto del reclamo formulado. Además, la norma de referencia debe integrarse con el artículo 919 del Código Civil y considerar que el silencio guardado por la empleadora frente a la intimación de la trabajadora importa manifestación de voluntad porque había una obligación de explicarse ante la ley. Es así, que estimo que la conducta asumida por la empleadora, configuró injuria suficiente en los términos del artículo 242 de la L.C.T.-

A mayor abundamiento, el reclamo al cambio de horario debe ser evaluado con mayor estrictez, en este caso en particular, por tratarse de una trabajadora que se reincorpora de la licencia por maternidad y se encuentra en uso del descanso diario por lactancia (artículo 179 de la L.C.T.). Respecto de ello, corresponde señalar que no está en discusión el reconocimiento o desconocimiento del derecho a los descansos por lactancia a los que tenía derecho la trabajadora, sino su implementación. Sin embargo, a mi juicio, el descanso diario fijado por el artículo 179 refiere a pausas diarias de la madre lactante para amamantar a su hijo durante la jornada de trabajo –derecho consagrado también en el artículo 3° del Convenio 3 de la OIT ratificado por Ley 11.726-, de lo que surge sin hesitación que este derecho –que integra el instituto protección de la maternidad- fue establecido para responder a necesidades fisiológicas (incluso médicas y psicológicas) inherentes al menor y su madre, por lo que nada permite que el empleador pueda oponer –en el caso, infundadamente- cuestiones atinentes a la explotación para entorpecer el libre ejercicio del derecho que le asiste a la madre como protección de un bien jurídico superior.-

Esta preeminencia de la decisión en cabeza de la mujer es una lógica consecuencia del sentido tutelar del derecho del trabajo que establece institutos específicos consagrados para la protección de la mujer y el niño, existiendo consenso internacional (plasmado en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer) en cuanto a la necesidad de proteger de manera especial a la mujer no sólo durante el embarazo sino también durante el parto y el período posterior a éste.-

En esta última etapa resulta innegable que la protección alcanza también al niño quién depende de una correcta alimentación y crianza para poder desarrollarse con plenitud, máxime cuando está ampliamente demostrado que una deficiencia en los primeros años de vida pone en peligro el adecuado crecimiento del infante. El niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento (Declaración de los Derechos del Niño).-

En este marco debo mencionar que la tutela a la mujer y al niño en el período de lactancia tiene largo andamiaje en el derecho vernáculo. En principio, la Ley 5.291 sobre Trabajo de Mujeres y Menores del año 1907 estableció la posibilidad de interrumpir la jornada laboral para cumplir la obligación natural de amamantar a los hijos, en sentido similar lo hizo el ya citado Convenio N° 3 de la OIT sobre Protección de la Maternidad (artículo 3°, inc. d).-

Por ello, concluyo que el precepto no sólo establece una protección especial para la mujer en una de las fases de su maternidad, sino que también salvaguarda al niño recién nacido que tiene una necesidad básica y determinante para su pleno desarrollo, y en este contexto es inoponible la necesidad que pudiera esgrimir el empleador (dada la delicada naturaleza protectoria). Si el artículo 179 de la LCT dispone una facultad para la trabajadora, quien puede incluso tomarse por se los descansos diarios, lo que implica la obligación del empleador de no obstruir o impedir el ejercicio de ese derecho, es decir que en tal hipótesis de ejercicio del derecho, se trataría de una obligación de no hacer y por ello, lógicamente de resultado.-

En este sentido, a mi juicio, constituye injuria de suficiente gravedad como para justificar el despido indirecto en el que se colocara la trabajadora (artículo 242 de la L.C.T.), por lo que, en definitiva, subsiste un crédito a su favor en concepto de indemnizaciones por despido. No haré lugar a la multa del artículo 2° de la Ley 25.323, ya que la interesada no formuló la intimación fehaciente conforme dicha normativa para la procedencia del incremento que prevé la norma. Tampoco haré lugar a las vacaciones 2007/2009 ya que la pretensora en su demanda se limitó a reclamarlas sin fundar en hechos ni derecho. La cuestión fue introducida con marcada inconsistencia, lo que constituye un óbice insalvable para su procedencia. A mayor abundamiento, la mera inclusión de los ítems (fs. 6 vta.) en la liquidación final, no constituye la cosa "demandada designada con precisión" (artículo 65 del ordenamiento procesal aprobado por la Ley 18.345). Por último, respecto de la indemnización "protección de la maternidad", cabe destacar que, no es un hecho controvertido que la actora se encontraba embarazada y que había nacido su hijo. Desde esta perspectiva, resta sólo señalar tanto lo que surge de los recibos de sueldo, esto es que la trabajadora se encontraba en noviembre de 2009 con licencia por maternidad (v. fs. 2;; informe contable a fs. 121), como de la carta documento de fs. 38 en la que la demandada no desconoce que la actora se encontraba en periodo de lactancia. Por lo que, en la especie los actos ejecutados por la demandada revelan que tenía pleno conocimiento del estado de gravedad de la actora y del nacimiento del niño. La actora indudablemente había acercado el certificado médico pertinente a la empleadora, antecedente necesario para el otorgamiento de la licencia que dispone el artículo 177 de la L.C.T.. Por ello, opera en la especie la presunción prevista en el artículo 178 del mismo cuerpo normativo, que no ha sido desvirtuada por prueba en contrario, lo que hace procedente la indemnización agravada que prevé el artículo 182 L.C.T.-

Por todo ello, corresponde revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar a la demanda.-

III.- En cuanto a la base de cálculo respecto de la indemnización del artículo 245 de la L.C.T. será de \$ 3.307,88 (conf. surge del informe contable a fs. 126; abril 2009) y para la determinación de los restantes rubros rige el criterio de la normalidad próxima, por lo que éstos deberán liquidarse sobre \$ 3.031,27.-

En consecuencia opino que la actora es acreedora a los siguientes conceptos: a) indemnización por antigüedad: \$ 43.002,44; b) indemnización sustitutiva de preaviso más s.a.c. prop.: \$ 6.567,75; c) indemnización integrativa del mes de despido más s.a.c.: \$ 635,58; d) sueldo anual complementario prop.: \$ 622,50; d) compensación por vacaciones no gozadas 2010 más s.a.c.: \$ 755,27; e) indemnización por maternidad: \$ 39.406,51. Total: \$ 90.990,05 nominales.-

IV.- Por lo expuesto, propongo se deje sin efecto la sentencia apelada, y se haga lugar a la demanda en la forma establecida; y se condene a la demandada a pagar a la actora Laura Elizabeth K. la suma de \$ 90.990,05 a la que accederán los intereses de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según el cálculo difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (Resolución CNAT n° 8 del 30/05/02), desde que cada suma fue debida; se dejen sin efecto los pronunciamientos sobre costas y honorarios; se impongan las costas del proceso a la demandada; y se regulen los honorarios de las representaciones letradas de la actora y de la demandada, por la totalidad de los trabajos cumplidos en ambas instancias, y los de la perito contadora en \$...-, \$...- y \$...-, respectivamente (artículo 68 y 279 del C.P.C.C.N.; artículo 6°, 7°, 14 y 19 de la Ley 21839).-

EL DOCTOR VICTOR ARTURO PESINO DIJO:

Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede.-

Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE:

- 1) Dejar sin efecto la sentencia apelada, y hacer lugar a la demanda;
- 2) Condenar a la demandada a pagar a la actora Laura Elizabeth K. la suma de \$ 90.990,05 a la que accederán los intereses de la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según el cálculo difundido por la Prosecretaría General de la Cámara (Resolución CNAT n° 8 del 30/05/02), desde que cada suma fue debida;
- 3) Dejar sin efecto los pronunciamientos sobre costas y honorarios;
- 4) Imponer las costas del proceso a la demandada;;
- 5) Regular los honorarios de las representaciones letradas de la actora y de la demandada, por la totalidad de los trabajos cumplidos en ambas instancias, y los de la perito contadora en \$...-, \$...- y \$...-, respectivamente.-

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, devuélvanse.//-

Fdo.: LUIS ALBERTO CATARDO - VICTOR ARTURO PESINO

Ante mí: ALICIA E. MESERI, SECRETARIA

Citar: elDial.com - AA7B38