

SENTENCIA DEFINITIVA n° 122/2021

TRIBUNAL DE APELACIONES DEL TRABAJO DE PRIMER TURNO.

Ministro Redactor: Dr. Julio Alfredo Posada Xavier.

**Ministros Firmantes: Dr. Julio A. Posada Xavier. Dra. Doris Perla Morales Martínez.
Dra. Lina Fernández Lembo**

24 de agosto de 2021

VISTOS:

Para sentencia definitiva de segunda instancia estos autos caratulados: **“CHULIA ARCA, PATRICIA C/ INSTITUTO DEL NIÑO Y ADOLESCENTE DEL URUGUAY Y OTRO – PROCESO LABORAL ORDINARIO (LEY 18.572)” IUE 2-37184/2020** venidos a conocimiento de esta Sala en virtud del recurso de apelación deducido por la parte actora contra la sentencia definitiva de primera instancia N° **6/2021** del 17 de febrero de 2021 (fs. 220 a 231) dictada por la Sra. Juez Letrado del Trabajo de la Capital de 12°. Turno Dra. Natalia Gallardo Fulco.

RESULTANDO:

1º) Que por el referido pronunciamiento a cuya relación de antecedentes cabe remitirse se desestimó la excepción de falta de legitimación pasiva y se amparó parcialmente la demanda condenándose solidariamente a la Iglesia Anglicana del Uruguay y al Instituto del Niño y el Adolescente del Uruguay a pagar a la actora la suma de \$ 104.575 por concepto de licencia no gozada y salario vacacional, según lo expresado en los Considerandos respectivo, más actualización, intereses, multa, con más un diez por ciento de daños y perjuicios preceptivos. Desestimó la demanda en lo demás, sin especial condena procesal.

2º) Con fecha 25/02/2021 la parte actora interpuso recurso de apelación (fs. 236 a 240 vta.) agraviándose por: a) El despido indirecto. b) La indemnización por despido especial y c) El porcentaje de los daños y perjuicios. Solicitó que en definitiva se revoque la recurrida, haciéndose lugar a sus agravios.

3º) Por auto N° 161/2021 del 1/03/21 (fs. 241) se confirió traslado a la contraparte del recurso de apelación interpuesto, evacuándolo la codemandada Iglesia Anglicana del Uruguay el día 15/03/21(fs. 245 a 247 vta.) y la codemandada Instituto del Niño y del Adolescente del Uruguay el día 17/03/21 (fs. 253 a 254 vta.) abogando ambas por el rechazo de los agravios y la confirmación de la recurrida en todos sus términos.

4º) Por auto N° 314/2021 del (fs. 257) se franqueó la alzada, con efecto suspensivo. El día 28/07/21 se recibieron los autos en esta Sede (fs. 269), fijándose fecha para el acuerdo, disponiéndose el pase a estudio de los Sres. Ministros y procediéndose de conformidad con lo dispuesto por el art. 17 de la Ley N° 18.572.

CONSIDERANDO:

La parte actora se agravia en primer lugar porque no se hizo lugar a la indemnización por despido y la indemnización por despido especial por maternidad. En lo sustancial sostiene que es evidente que se le causó perjuicio gozar la licencia reglamentaria en momentos en que gozaba del medio horario por la ley de cuidados ya que al superponerse ambos beneficios uno queda sin efecto. No es lo mismo gozar la licencia reglamentaria cuando se está cumpliendo el horario habitual de 8 horas que cuando se está gozando de otro beneficio legal de una jornada subsidiada de 4 horas como establece la ley 19.161.

Agrega que el límite horario aplicable a la actora era de 11 horas por jornada desde el inicio de la relación laboral, tal como consta en los recibos de pago expedidos por la ex empleadora, por lo cual no se le están suprimiendo horas extra sino que lisa y llanamente se le rebajó el salario. La propia sentencia expresa que la demandada no controvertió la jornada de 11 horas ni su carácter contractual por consiguiente la a-quo está impedida de hacer un razonamiento favorable a la demandada en una suerte de aplicación de un principio protector patronal. Y si la jornada era de 11 horas, la pretensión de rebajar la misma a 8 horas, sin lugar a dudas implica un ejercicio abusivo del jus variandi y por ende un incumplimiento grave que determina el despido indirecto.

En el caso de autos existió daño material padecido por la actora por la decisión unilateral de su empleadora explicitado en el numeral 19 del capítulo de hechos de la demanda y que no fue tomado en cuenta en la sentencia. El daño material sufrido por la actora equivale a \$ 8.526,91 resultante de la diferencia entre el salario que debería percibir \$ 35.812,72 y el que pretendía que cobrara la actora con la cuarta jornada semanal de 8 horas de \$ 27.285,81. Resulta un hecho notorio que el monto de 8 horas comunes semanales siempre va a ser inferior al monto de 9 horas que en los hechos son 18, ya que deben pagarse con el 100% de recargo.

El razonamiento de la recurrida en cuanto a que las partes no pueden acordar una jornada laboral superior a la legal para concluir que no hubo ejercicio abusivo del jus variandi representa un absurdo que colide con las normas y principios rectores del derecho laboral.

Agrega que establecer que la actora acordó la extensión de su jornada laboral con su ex empleadora colide con el principio de primacía de la realidad.

Sostiene que además la sentencia valora mal la prueba al no tomar en cuenta la prueba documental proveniente de la demandada en la que se reconoce en forma expresa que, ante el cambio de horario, es decir, el pasaje de jornadas de 11 a 8 horas se generarían diferencias, se refiere al documento de fecha 4/4/2010. Tampoco se tiene en cuenta que la IAU ni siquiera contestó ninguna de las intimaciones dispuesta por auto No. 1210/2020 ni retiró oficios de prueba por informe que solicitara. Y de corresponder la condena a la indemnización por despido también corresponde acoger el reclamo de indemnización especial por madre reciente según se planteó en la demanda (fs. 236 a 239 vta.)

II) De autos surge que la actora Sra. Patricia Chulia alegó en su demanda de fs. 54 y ss. que su categoría era la de educadora nocturna, desempeñando funciones en “Posada Belén” que es un hogar de amparo mixto de tiempo completo sito en calle Isla de Lobos 1531 y que su régimen de trabajo era los días lunes, jueves y domingos de 21 a 8 horas, es decir, realizando una jornada de 11 horas diarias, como surge de los recibos de pago de sueldos siendo su jornada de 11 horas.

Expresó que las tres horas que excedían la jornada diaria legal de 8 horas se le abonaban de forma simple y que con fecha 30/8/2019 arribó a un acuerdo transaccional sobre el recargo del 100% sobre el total de horas extra pagas simples en el período no prescripto e incidencias.

Señaló que se le otorgó licencia médica en el período 21 de diciembre de 2018 al 4 de julio de 2019 por embarazo de alto riesgo, licencia maternal desde el 5 de julio de 2019 al 10 de octubre de 2019, licencia médica desde el 11 de octubre de 2019 al 27 de octubre de 2019 y licencia por cuidados subsidio por maternidad desde el 28 de octubre de 2019 al 14 de febrero de 2010

Y concretamente alegó que existió despido indirecto porque: a) la obligaron a tomar licencia reglamentaria entre el 2/12/2019 y el 31/12/2019 cuando gozaba de medio horario por amparo de lo dispuesto por la ley 19.161 y b) porque se le envió un mail por el cual le comunicaron la reducción de la jornada de trabajo de 11 a 8 horas, sosteniendo que se trata de un ejercicio abusivo del jus variandi. Y sostuvo que fue contratada para cumplir jornadas de 11 horas, de las cuales tres, las que exceden la jornada legal de 8 horas deben ser remuneradas como trabajo extraordinario. Al pretender pasar la jornada a 8 horas en lugar de

las 11 por contrato y que siempre cumplió, le estarían rebajando el valor del jornal en 6 horas (tres horas extra diarias).

Pues bien, respecto a la primera causa alegada para configurar el despido indirecto que se reclama, esto es, que a la accionante la obligaron a tomar licencia reglamentaria entre el 2/12/2019 y el 31/12/2019 cuando gozaba de medio horario por amparo de lo dispuesto por la ley 19.161, la postura de la recurrente carece de todo sustento.

En efecto, cabe, antes que nada, expresar con toda claridad que en su apelación la actora no analiza ni critica los fundamentos de la recurrida de fs. 229 y 230 por lo que en este aspecto el agravio no cumple con lo exigido por los artículos 253.1 del C.G.P. y 17 de la ley 18.572.

Pero lo más relevante es que el Tribunal comparte totalmente lo fundamentado por la impugnada en tanto no existe norma alguna en nuestro ordenamiento jurídico que impida otorgar licencia en el período al que alude la accionante. La impugnada lo dice expresamente a fs. 229 vta. con relación a la norma de la ley 19.161 que invoca la demandante, pero tampoco existe otra norma en el Derecho Laboral uruguayo que permita sustentar la posición de la apelante.

Cabe advertir además que la licencia cuyo goce se dispuso entre el 2/12 y el 31/12/2019 era la generada durante el año 2018 y según su propio relato del numeral 12 de la demanda (fs. 55 vta.) la trabajadora había gozado de licencia médica, por embarazo, maternal y por cuidados subsidio por maternidad durante todo el año 2019 por lo que para dar cumplimiento a las normas de los arts. 7 y 15 de la ley 12.590 necesariamente la licencia tenía que otorgarse en esa fecha o la misma se perdía ya que como lo expresa la impugnada; “la licencia generada en un año civil determinado, o fracción, debe gozarse en forma íntegra o fraccionada en el transcurso del año inmediato siguiente”. Es precisamente a lo que establecen esas normas a lo que refiere la codemandada Iglesia Anglicana del Uruguay en los numerales 27 y 28 de fs. 73 vta. No es que el B.P.S. obligue a que se tome la licencia al año vencido, sino que son las normas legales mencionadas que así lo establecen. Si la licencia no se gozaba ahí, se perdía, en perjuicio de la trabajadora.

El segundo motivo aducido para considerarse indirectamente despedida por parte de la actora, esto es, que le comunicaron la reducción de la jornada de trabajo de 11 a 8 horas, tampoco resiste el más mínimo análisis. En modo alguno ello pudo constituir un ejercicio abusivo del jus variandi por cuanto como se expresó en la propia demanda las tres horas extra que superaban las 8 horas del régimen legal eran horas extra y así lo reclamó (fs. 6, 7, 55) y como es sabido no existe en nuestro derecho laboral un “derecho adquirido” a realizar horas extra. Por consiguiente, siendo una potestad del empleador permitir o no su realización, nunca puede ser un incumplimiento patronal capaz de configurar una hipótesis de despido indirecto. Si las horas extra son suprimidas no hay ejercicio abusivo del jus variandi, pues cesa la causa

que determinaba la obligación de abonarlas, esto es, el trabajo fuera del horario legalmente establecido de 8 horas diarias.

La apelante pretende sea de aplicación a la demandada la teoría del acto propio (numeral 15 de fs. 239) por haber establecido en el contrato de trabajo y en los recibos de salarios que el régimen era de 11 horas diarias, sin embargo, la teoría del acto propio, en todo caso, es aplicable a la conducta de la trabajadora, en la medida que siempre consideró que esas 3 horas que excedían las 8 legalmente previstas, eran horas extra.

No se entiende entonces cómo es que la apelante puede sostener en el numeral 3 de fs. 236 vta. que “no se le estaban suprimiendo horas extras” sino que “lisa y llanamente se le rebajó el salario”. Tal afirmación es absolutamente contradictoria con lo expresado en el numeral 8 de la demanda (fs. 55) donde expresamente se afirmó que: “Las tres horas que excedían la jornada diaria legal de 8 horas se me abonaban en forma simple, motivo por el cual cite a la Iglesia Anglicana del Uruguay ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, reclamando el 100% de recargo sobre esas tres horas excedentes de la jornada...”.

Vale decir, entonces que fue la propia demandante la que alegó que su régimen de trabajo era el legal, de 8 horas diarias y que las tres adicionales eran horas extra, las consideró siempre horas extra trabajadas. Y nunca alegó que su régimen fuera alguno especial de más de 8 horas por la naturaleza de la actividad que desarrollaba o por alguna otra circunstancia, que determinara que su régimen especial fuera superior a las 8 horas diarias.

Por consiguiente, en modo alguno puede sostenerse que el razonamiento del Considerando 11 de la impugnada, citado en el numeral 3 del escrito recursivo (fs. 236 vta.) sea “totalmente contrario a derecho, como se afirma. Es claro que como lo consigna la a-quo: “Aún cuando el alegado fuera el horario de labor convenido por las partes, no puede soslayarse los límites legales de la jornada de labor y la naturaleza del trabajo que la excede...el empleador no se encuentra obligado a proporcionar trabajo más allá de la jornada legal. El hecho de que se cumplieran con regularidad y desde larga data, no modifica la naturaleza del horario extraordinario y por lo tanto supeditado a las necesidades de la empleadora y la voluntad del trabajador de realizarlas”.

En conclusión, la afirmación de que se produjo una rebaja o reducción del salario, colide con la propia postura de la accionante de considerar horas extra las realizadas más allá de las 8 horas de labor, tal como quedó claro en su reclamo que determinó el acuerdo transaccional que obra a fs. 6 y 7. De manera entonces que resulta irrelevante que la demandada no hubiera controvertido el horario de trabajo, puesto que lo que sí dijo la accionada fue que la actora no tenía “derecho” a mantener la realización de horas extra (fs. 74 y ss.).

De acuerdo a ello, todas las cuentas y números que presenta la apelante a fs. 238 y ss. para demostrar una supuesta rebaja salarial, son irrelevantes, en la medida que no hubo reducción del horario legal de trabajo sino eliminación del trabajo extraordinario, de las horas extra y si bien ello supone una reducción en la retribución, por otro lado, supone un beneficio para el trabajador que deja de experimentar la mayor penosidad que acarrea trabajar excediendo el horario legal. Todo ello, sin perjuicio de que en la demanda tampoco se alegó todo lo que se dice desde el numeral 8 en delante de la apelación (fs. 237 vta. 238 vta.).

En definitiva, entonces se desestimaré el agravio y se confirmará la recurrida en cuanto no hizo lugar a la indemnización por despido indirecto ni a la indemnización por despido especial por maternidad reclamados.

III) En segundo lugar se agravia la parte actora por la fijación de un exiguo porcentaje del 10% en concepto de daños y perjuicios preceptivos ya que ese porcentaje solo se fija en caso de no existir cargas familiares y en el caso de autos se han acreditado cargas familiares, concretamente un hijo de un año por lo que sostiene el porcentaje debería ser de un 25%.

El agravio será estimado solo parcialmente por cuanto si bien es cierto que se ha acreditado (documento de fs. 24) una carga familiar, debe tenerse en cuenta que el art. 4 de la ley No. 10.449 de 12/XI/1943 prevé que éste no es el único indicador a tener en cuenta a la hora de graduar los daños y perjuicios denominados preceptivos, sino que también debe tenerse en cuenta el tiempo que duró el incumplimiento en el pago de los salarios. Y en el caso de autos solamente existe condena al pago de los rubros salariales de egreso, licencia no gozada y salario vacacional, vale decir que, si se toma en cuenta ese otro parámetro previsto en la norma legal citada, el guarismo del 10% fijado no es del todo exiguo como lo plantea el recurrente, pretendiendo la fijación en un 25% que a todas luces resulta excesivo. En consecuencia, y ponderándose ambos elementos el Tribunal entiende adecuado fijar los daños y perjuicios preceptivos en un quince por ciento (15%) sobre los rubros de naturaleza salarial amparados.

IV) Las costas serán de oficio, no existiendo mérito para la imposición de condena en costos (arts. 56.1, 261 del C.G.P. y 688 del C.Civil).

Por lo expuesto, los fundamentos expresados, las normas legales citadas y lo establecido por los artículos 197, 198 y 344 del C.G.P. y art. 17 de la ley 18.572 en la redacción dada por el art. 6 de la ley 18.847

EL TRIBUNAL FALLA:

CONFIRMASE LA SENTENCIA APELADA, EXCEPTO EN CUANTO FIJO LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRECEPTIVOS EN UN DIEZ POR CIENTO (10%), EN LO QUE SE REVOCA Y EN SU LUGAR FIJANSE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS PRECEPTIVOS EN UN QUINCE POR CIENTO (15%0 SOBRE LOS RUBROS DE NATURALEZA SALARIAL.

COSTAS DE OFICIO Y SIN ESPECIAL CONDENACIÓN EN COSTOS.

HONORARIOS FICTOS: CINCO BASES DE PRESTACIÓN Y CONTRIBUCIÓN.

Y OPORTUNAMENTE DEVUÉLVASE A LA SEDE DE ORIGEN.

DRA. DORIS PERLA MORALES MARTÍNEZ

MINISTRA

DR. JULIO ALFREDO POSADA XAVIER MINISTRO

DRA. LINA FERNÁNDEZ LEMBO

MINISTRA INTEGRANTE

ESC. ADRIANA AGUIRRE MEDEROS

SECRETARIA LETRADA