

Rosario, 13 de septiembre de 2018

VISTOS: Los presentes caratulados "GARCIA, CLAUDIA PATRICIA C/ BANCO PIANO S.A. S/ COBRO DE PESOS" EXPTE. N° 1300/2015, CUIJ 21-03754445-8", los que tramitan ante el Juzgado de 1ª Instancia de Distrito en lo Laboral de la 10ª Nominación de esta ciudad y de los que resulta que;

A fs. 4/6, la actora CLAUDIA PATRICIA GARCIA comparece por apoderados y promueve demanda contra BANCO PIANO S.A. reclamando se declare que el uso de la trabajadora bancaria del denominado "día femenino", establecido por el art. 48 del inc. "f" del C.C.T. 18/75 de ninguna manera impide o limita a la misma a percibir el pago de dicho día no laborado, y en consecuencia se le abonen los días descontados por haber hecho uso del día femenino por el período comprendido en los años 2012, 2013, 2014 y 2015.

Manifiesta que comenzó a trabajar bajo las órdenes de la demandada el 13/11/2006 cumpliendo funciones de cajera y que su actividad laboral se rige por las disposiciones del C.C.T. Nro. 18/75 el cual se encuentra plenamente vigente, situación esta que fue reconocida por la hoy demandada en ocasión de celebrarse ante el Ministerio de Trabajo y Acción Social - Dirección Nacional de Relaciones Laborales- dentro del Expte. Nro. 145.0485/11 un acuerdo en fecha 26/08/2011 en que manifestó puntualmente: "ambas partes manifiestan que reconocen la plena vigencia del C.C.T. 18/75 que rige la actividad", por ende existe vigencia de todos los artículos que forman parte del mismo.

Agrega que dentro de ese marco se da el incumplimiento por parte de la accionada en el sentido de no reconocer la vigencia del art. 48 CCT que establece: " art. 48 inc. F: LICENCIAS:"Día femenino": El personal femenino podrá faltar un (1) día en cada mes calendario sin necesidad de justificar dicha inasistencia y con goce de sueldo".

Explicita que la interpretación del mencionado artículo no merece duda alguna pero que el Banco Piano SA -haciendo caso omiso al mismo- desde hace años tomó como modalidad la de descontarle el día, haciendo constar en el recibo de sueldo en el ítem justificativo a dicho descuento: "día ausencia".

Refiere -entrando al plano de la futurología- que es muy posible que la demandada fundamente su posición en el hecho de que ningún empleado de su institución ni de otros bancos hayan hecho uso de tal beneficio, posición que sería totalmente rebatible ya que son innumerables las trabajadoras que hacen uso del beneficio y las que no lo hacen es simplemente para no chocar contra la arbitrariedad de su empleador quien les descuenta el día sin motivo. En el mismo sentido, amplía que el Banco podría ligar el beneficio al ciclo menstrual de las empleadas argumentando que el dictado del CCT fue en el año 1975 y que a la fecha la medicina ha tenido importantes avances que no justifican más el beneficio atento la existencia de medicamentos de venta libre que han hecho cesar con dichas molestias y/o dolores.

Recuerda que el fundamento del art. 48 in. f) del CCT 18/75 no se encuentra atado a ninguna situación ni condición tanto física como de índole alguna, ya que el único requisito que se exige

para tornarse viable su operatividad es pura y exclusivamente “ser empleada bancaria y ser mujer”.

Esgrime que resulta evidente que el litigio se encuadra en el inc.h del artículo 2 del CPL de Santa fe en cuanto determina que uno de los supuestos de hecho en que los tribunales del trabajo resultan ser competentes es en razón de la materia y que nos encontramos aquí ante un conflicto de derecho de carácter laboral individual, siendo esta la acción pertinente ante la existencia de incertidumbre generada arbitraria e infundada por la postura asumida por el Banco Piano atento su interpretación normativa del art. 48 inc., f del CCT 18/75 que evidentemente le causa un perjuicio a quien detenta un legítimo interés, como es la actora.

Alega sobre que el silencio del trabajador no haciendo uso de este artículo por miedo a represalias, de ninguna manera implica renuncia alguna a su derecho convencional. Funda en derecho, ofrece prueba y hace reserva del caso constitucional.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 15/19, comparece la demandada BANCO PIANO S.A., mediante apoderado y contesta demanda negando todos y cada uno de los hechos expuestos que no sean de expreso reconocimiento.

Bajo el acápite “la realidad de los hechos” cuenta que en fecha 25 de junio de 1975 se suscribió el convenio colectivo Nro. 18/75 a fin de reglamentar las condiciones laborales de los empleados bancarios. Así en su artículo 48 inc.F se estableció el día femenino cuyo fundamento legal era las incomodidades que la mujer sufría en función de su ciclo menstrual, pero que en la práctica nadie, ningún empleado del Banco Piano SA ni de otro Banco, ha hecho uso de dicho beneficio.

Explicita que si bien el artículo establece que no hay necesidad de justificar la “insistencia” roza ello la línea del abuso, encuadrando esta figura -cuarenta años después- en el segundo párrafo del artículo 1071 del Código Civil.

Alega que el artículo no establece por ejemplo un plazo mínimo para informar que se hará uso del beneficio y resalta que la actora se desempeña como cajera desde el año 2006 y que sus funciones son esenciales dentro del establecimiento.

Reitera que la finalidad de un convenio es proteger derechos de los trabajadores pero que ello debe ser contrapuesto al compromiso del mismo de hacer uso de esos derechos a conciencia, debiéndose observar que en supuestos como el de marras el ejercicio abusivo de un derecho por parte del trabajador en la práctica convierte a la accionada en la parte más desprotegida.

Señala que el CCT es del año 1975, 37 años atrás donde las condiciones políticas, sociales y económicas que provocaron el dictado de la ley son disímiles a las vividas en la actualidad y que gran parte de su articulado ha caído en desuso o ha sido actualizado, estando frente a un supuesto donde la norma jurídica ha sido superada por la realidad. Así la incomodidad que una persona del sexo femenino puede sufrir en función del ciclo menstrual es una situación que puede perdurar en la actualidad pero lo cierto es que la medicina ha realizado avances que han permitido ingerir medicamentos de venta libre que hacen cesar dichas molestias, situación distinta que en el año 1975.

Ejemplifica como otros artículos han caído en desuso como ser el 58 que refiere a los 25 minutos de refrigerio, pero que su parte entiende que hay condiciones distintas y que por ello requiere de un mayor lapso de descanso y no por eso se hace sobreuso de lo escrito.

Agrega que prueba de la necesidad de actualizar un convenio a las condiciones sociales vigentes a la actualidad es que periódicamente se suscriben nuevos acuerdos, citando a modo de ejemplo el expte. Nro. 1450.485/11 celebrado por su parte ante el Ministerio de Trabajo de la Nación en que se dispone como nuevo beneficio que los empleados podrán gozar como beneficio de una licencia de dos días hábiles mensuales por enfermedad de un familiar, aclarando que al suscribirlo siempre se deja constancia en una cláusula que “Ambas partes reconocen la plena vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo 18/75” pero que ello debe ser interpretado dentro de las condiciones y necesidades actuales.

Realiza consideraciones sobre la “existencia de la buena fe” que debe reinar en toda relación laboral, sobre la configuración del “abuso del derecho” y sobre la aplicación del art. 505 del Código Civil (intereses y costas).

Por último, opone excepción de prescripción. Ofrece prueba, funda en Derecho y hace reserva de la cuestión constitucional.

A fs. 103/104, la parte actora contesta la excepción de prescripción.

A fs. 108, luce el acta que da cuenta de la celebración de la audiencia prevista en el art. 51 CPL. No arribando a conciliación alguna, se abre la causa a prueba constando como producidas: absolución de posiciones de la demandada (fs. 108), reconocimiento de documental de la demandada (fs.108), absolución de posiciones de la actora (fs. 108); informativa al: Ministerio de trabajo y de la Seguridad Social de la Provincia (fs. 52/79), pericial contable (fs. 130/131), testimoniales de Natalia Carolina Zorzoni (fs. 143 y vta.), Caterina Ivon Salva (fs. 146 y vta.), Claudia Evangelina Leguiza (fs. 146 vta y 147) y María José Cebollero (fs. 147 y vta.)

A fs. 148 se clausura el período probatorio luciendo agregados y a la vista el alegato de la parte actora (fs. 185) y de la demandada (fs. 163/167). Dicho decreto se encuentra firme y consentido, dejando a los presentes en estado de dictar sentencia.

Y CONSIDERANDO:

En el caso lo que se encuentra en discusión es si el artículo 48 inc. F del Convenio Colectivo de Trabajo 18/75 se encuentra vigente o o “desuetudo” por el transcurso del tiempo y la evolución científica, pues para la demandada el uso de la licencia constituye un abuso de derecho ante las nuevas condiciones laborales del siglo XXI. Por el contrario, para la actora el derecho sigue vigente y está condicionado solamente por el sexo femenino de la persona en condición de trabajo.

Al decir de Fernández Madrid, el convenio colectivo de trabajo es un “contrato para hacer contratos” que en virtud del acto homologatorio dictado por el Ministerio de Trabajo se convierte en fuente de derecho objetivo para la actividad profesional o la categoría de trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación (Fernández Madrid, Juan Carlos, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3° edición, T. I, p. 330, de, La Ley, Buenos Aires, 2007)

y sus disposiciones no son derogables por acuerdos de individuales, salvo para mejorarlas. Y en cuanto a la facultad judicial de interpretar el alcance de una determinada norma convencional no se incluye la de atribuirle un alcance distinto y opuesto al que las propias partes de la negociación en ejercicio del poder normativo que emana de la autonomía privada colectiva, en forma clara y explícita, han decidido otorgarle.

Ambas partes son coincidentes en que el Convenio Colectivo aplicable a la relación laboral que las vincula -relación de laboral "bancaria"- es el 18/75, y que el mismo se encuentra vigente: "Ambas partes reconocen la plena vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo 18/75" (sic. Contestación de demanda fs. 16 vta.), pero la demandada agrega que ".ello debe ser interpretado, como venimos alegando, dentro de las condiciones y necesidades actuales. No debemos llegar al absurdo de pretender trasladar situaciones vividas en el año 1975 a la actualidad".

Pero a poco que se abunde en el propio escrito de responde, la misma empleadora es quien da la respuesta a este interrogante, cuando expresa que prueba de la necesidad de actualizar este convenio a las condiciones vigentes de la actualidad es que periódicamente se "suscriben" nuevos acuerdos y ejemplifica con el Expte. celebrado por ante el Ministerio de Trabajo de la Nación Nro. 1450.485/11. En pocas palabras, cuando "ambas partes" desean modernizar o actualizar el convenio "suscriben acuerdos" y en el caso que me ocupa, sencillamente jamás se ha suscripto ningún tipo de acuerdo para eliminarlo el "día femenino" o "modernizarlo".

Por otra parte esgrime la empresaria que el motivo en el cual se fundó el denominado "día femenino" fue por ".las incomodidades que una persona de sexo femenino pueda sufrir en función de su ciclo menstrual, es una situación que perdura en la actualidad, pero los avances de la medicina, han permitido que al ingerir medicamentos de venta libre dichas molestias cesen" (sic. fs. 16), argumento que también cae al observarse el nítido y claro texto del artículo 48 inc.F, en el cual en ningún momento se hace referencia al "ciclo menstrual de la mujer" y que ni tan siquiera se exige a la trabajadora certificado médico ni justificación de ningún tipo: "art. 48 inc. F: LICENCIAS: "Día femenino": El personal femenino podrá faltar un (1) día en cada mes calendario sin necesidad de justificar dicha inasistencia y con goce de sueldo". Es que toda tarea interpretativa obliga al juez, en primer lugar, a atenerse a las palabras del texto escrito" (CSJN, "Rizzo", Fallos: 336:760(ref:MJJ79450 y sus citas, mutatis mutandi).

Por último, su tercer intento de rebatir la vigencia del artículo es al aseverar que: "En la práctica nadie, ningún empleado del Banco Piano S.A., ni de otro Banco, ha hecho uso de dicho "beneficio" (sic. fs. 16) premisa que cae a poco que se analizan las testimoniales obrantes en la causa.

Así, Caterina -empleada de Banco Columbia- afirma que en su empleadora le otorga todos los meses el "día femenino", del que siempre hace uso (fs. 146, respuesta 4°). Leguiza -delegada sindical del Banco de Entre Ríos- confirma la tesis en los siguientes términos: "Sí, es un día que me puedo tomar una vez al mes, sin justificativo médico, sin presentar ningún tipo de certificado, basta con la notificación oral al banco que voy a hacer uso del artículo. El BERSA me otorga dicho beneficio y me lo paga como un día de vacaciones, y el aviso puedo realizarlo el mismo día que lo tomo. La única condición para el otorgamiento de dicho beneficio es ser empleada, mujer, en realidad es empleada femenina" (fs. 146, respuesta 5°). Sin correrse un

ápice, Cebollero -empleada del Banco Santa Fe- manifiesta: “Sí, una vez al mes sin autorización previa y se abona, como tal día de licencia. Se pide sin ningún motivo y sin justificación ni certificado de ninguna índole. El único requisito para el otorgamiento de este beneficio es ser mujer y empleada bancaria (fs.147, respuesta 5°).

Finalmente, no se puede soslayar que pese a toda la batalla que intenta desplegar en este pleito, su propio actuar demostró la incuestionable realidad: a partir del mes de setiembre del año 2015 el BANCO PIANO S.A. al igual que otras entidades del ramo, abona el denominado “día femenino” (respuesta cuarta posición de la demandada, fs. 108). Con lo cual queda demostrado su incumplimiento pasado.

Por fin, lo que debe valorarse -sobre todo- es que la decisión patronal no puede prevalecer sobre el orden público laboral, y que ni el eventual silencio más duradero ni la aceptación más explícita del trabajador pueden converger en un acto propio con efectos jurídicos desfavorables hacia su persona porque la naturaleza jerárquica de la relación de trabajo hace incompatible teóricamente el principio de la autonomía de voluntad, conllevando la invalidez absoluta de la capacidad jurídica de las partes para modificar las condiciones de trabajo, por principio jurídico connatural al Derecho del Trabajo (LEDESMA ITURBIDE, Diego, en Ackerman, Mario E. [et. Al], “Manual de elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social”, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, pág. 112).

Por todo lo hasta aquí dilucidado es que he de juzgar que el artículo 48 inc. f del Convenio Colectivo 18/75 se encuentra en plena vigencia y, en consecuencia, he de ordenar el pago de los días descontados por “ausencia” pormenorizado en la pericial contable (fs. 131 vta.).

En este punto, cabe acotar que la excepción de prescripción contra el rubro de los períodos 2012 a 2015 (cfr. fs. 17/8), no tiene andamiaje porque la pericia contable determina días descontados exclusivamente desde de junio de 2013, y la demanda fue interpuesta el 22/05/2015 (fs. 6 vta.) por lo que no existe hipótesis en la que podría haber operado el vencimiento de plazo bienal de prescripción (art.256 LCT).

El importe de los rubros surgirá de la planilla que se efectuará en autos debiendo tenerse presente los rubros receptados en los considerandos. Al monto obtenido se le aplicará, desde que cada suma fue debida y hasta su efectivo pago una vez y media el promedio de la tasa activa de interés sumada que fija el Banco de la Nación Argentina para las operaciones de descuento de documento a 30 días, produciéndose su capitalización mensual a partir de que quede firme la planilla del art. 139 CPL para el caso de incumplimiento.

Por lo que antecede, FALLO: 1) Hacer lugar a la demanda y consecuentemente condenar a BANCO PIANO S.A. a pagar a la actora GARCIA, CLAUDIA PATRICIA, en el término de cinco días, el importe que surja de la planilla que se efectuará en autos conforme lo resuelto en los considerandos. 2) Las costas se imponen a la demandada (art. 101 CPL). Los honorarios se regularán oportunamente.

Insértese, repóngase el sellado de ley y hágase saber.

(Autos: “GARCIA, CLAUDIA PATRICIA C/ BANCO PIANO S.A. S/ COBRO DE PESOS” EXPTE. N° 1300/2015, CUIJ 21-03754445-8”).

PAULA NYDIA HECHEM

SECRETARIA

MARÍA ANDREA DECO

JUEZA