

## LAS PAUSAS PARA COMER INTEGRAN PARTE DE LA JORNADA LABORAL, POR LO QUE LA TRABAJADORA SE ENCUENTRA A DISPOSICIÓN DEL EMPLEADOR

1.-Se juzga que la actora permanecía a disposición del empleador durante las pausas para comer, pues tratándose de un local de venta al público de indumentaria, es razonable que la actividad continuara desarrollándose; máxime siendo que no se ha alegado que los empleados se turnaran o rotaran para gozar de esa pausa mientras el establecimiento comercial estaba en funcionamiento, ni que contarán con un espacio destinado al desayuno o almuerzo, de alguna manera separado del funcionamiento del comercio.

2.-Toda vez que la normativa acogió el criterio 'nominal' para definir la jornada de trabajo, se debe considerar como trabajo computable todo el tiempo durante el cual la persona trabajadora permanece en un puesto de trabajo para ejecutar las órdenes de su empleador (aunque no trabaje efectivamente, art. 1° del dec. 16.115/33 y arts. 103 y 197 de la L.C.T.), por lo tanto, el tiempo de labor efectiva siempre integra la jornada, ya que durante ese lapso el trabajador está a disposición del empleador y no lo insume en su beneficio.

3.-Es improcedente la indemnización agravada por embarazo si el examen del intercambio telegráfico revela que el empleador no había sido notificado del estado de gravidez de la trabajadora al momento del distracto, lo que implica un incumplimiento de su parte en relación a los recaudos exigidos por la Ley de Contrato de Trabajo.

4.-El acto u omisión que pueda generar la injuria laboral debe revestir entidad suficiente para no dejar dudas que se trata de una falta realmente grave, que destruya definitivamente el principio de disciplina.

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I de Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires

### FALLO COMPLETO:

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 26 días del mes de abril de 2.018, reunida la Sala Primera de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y de acuerdo al correspondiente sorteo, se procede a votar en el siguiente orden:

La Doctora María Cecilia Hockl dijo:

I. La sentencia de fs.440/457 ha sido apelada por la parte actora a fs.458/459 y por la demandada a fs.460/468.

II. Se queja la actora porque se rechazó su reclamo de pago de la indemnización agravada por embarazo, a cuyo efecto argumenta sobre el conocimiento que la demandada tenía acerca de su estado de gravidez.

Esta última apela la admisión de las indemnizaciones derivadas del despido, y sostiene que la causal invocada para disolver el contrato de trabajo se encuentra demostrada, que fue contemporánea al conocimiento de los incumplimientos y que ha sido justificada. Cuestiona la condena al pago de horas extraordinarias supuestamente trabajadas, y la procedencia de la sanción del art.2° de la ley 25.323. Apela la imposición de las costas y los honorarios regulados a la representación letrada de la actora y al perito contador, por estimarlos elevados.

III. a. La actora trabajó desde el año 2004 como empleada de distintos locales de venta de indumentaria que son explotados por la demandada, quien la despidió en forma directa el 12 de diciembre de 2013 a tenor de las causales indicadas en la misiva obrante a fs.171, autenticada mediante el informe de Correo de fs.174.Esta comunicación fue dirigida al domicilio de la avenida Avellaneda 2013 de esta ciudad, el que coincide con el que fuera consignado por la propia actora en la comunicación remitida en forma contemporánea -el 13 de diciembre-, y que ha puesto de resalto en su memoria recursiva (ver comunicación de fs.44). La carta documento 'salió a distribución' los días 13 y 14 de diciembre y fue devuelta con la observación 'cerrado con aviso', por lo que se reexpidió al remitente.

En tales condiciones, concluyo que al haber sido correctamente dirigida la carta documento al domicilio que la accionante ha reconocido como propio según sus acciones, la dificultad material que haya existido en concretar su entrega resulta únicamente imputable al destinatario. Debe, pues, considerarse que dicho despacho ingresó bajo la órbita de conocimiento presunto de la actora y que tuvo plena eficacia a su respecto. Las alegaciones que formula con respecto a su ausencia de ese domicilio al momento del intercambio telegráfico son ajenas a la demandada, y la accionante debió extremar los recaudos a fin de asegurarse la recepción de correspondencia durante sus eventuales ausencias. b. Tumbledon SRL alegó las siguientes causales de despido: 1) la maniobra que pretendió realizar la actora al insistir en que la denuncia a la ART de una enfermedad laboral -omialgia de hombro izquierdo- fue originada en esfuerzos físicos por tareas cumplidas en el empleo, mientras la accionante había reconocido que la dolencia sobrevino a actividades de mudanza, denuncia que fue rechazada por la aseguradora luego de haberle realizado los estudios médicos; 2) la comprobación de que, en forma contemporánea a la licencia por enfermedad de la que gozaba ante la demandada y que le impedía prestar servicios a sus órdenes, trabajaba los sábados en otro lugar; 3) los antecedentes consistentes en intimaciones ?carentes de toda seriedad, peleas con empleada que termina en sede penal .y. su rosario de antecedentes desfavorables.?

Para una mayor claridad expositiva, conviene recordar que precedieron al despido una serie de intercambios telegráficos. La demandada suspendió a la actora por dos días en octubre de 2012, con motivo de un hecho de inconducta y violencia contra una compañera de trabajo que mereció la radicación de una denuncia policial (ver fs.158); la intimó a fin de que justificara las ausencias ocurridas entre el 1° y el 10 de julio de 2013 (fs.160); la actora puso en conocimiento de la demandada el tratamiento y reposo laboral indicado por treinta días a partir del 19 de julio de 2013 por el cuadro que describió en la misiva del 30 de julio (fs.161) y al mismo tiempo, intimó por la regularización de la fecha de ingreso y el salario, así como por el pago de las horas trabajadas en exceso de la jornada, todo lo que fue desconocido según carta documento del 31 de julio. En agosto de ese año, la actora intimó por el registro de comisiones por ventas que adujo se le adeudaban (fs.164), extremo que fue rechazado por la demandada (fs.166). El 22 de octubre comunicó la extensión de su licencia médica hasta el 16 de noviembre (fs.167) e intimó a la demandada a que denunciara ante la aseguradora sus padecimientos psiquiátricos y físicos, que adujo eran consecuencia del trabajo por el traslado de cajas y los esfuerzos realizados, la cual también mereció el rechazo de la empresa (fs.169). Se le hizo saber en esta ocasión -el 25 de octubre- que la dolencia psiquiátrica había sido denunciada, y con relación a la omialgia, efectuó el detalle de los hechos que comenzaron el 1° de julio con su ausencia con motivo de la mudanza de domicilio, los certificados médicos del 3, 5, 10, 17 y 22 de julio, que indicaban reposo a consecuencia de aquella dolencia y que los posteriores, se referían a la afección psíquica, sin volver a mencionar la omialgia. En esa oportunidad la citaron a control médico en el centro de medicina laboral CEMLA, para el 1° de noviembre. El 31 de octubre la actora requirió nuevamente se denunciara a la aseguradora su dolencia física (fs.170) y que se incluyera en la evaluación psicofísica del 1° de noviembre.

El perito contador informó que la actora gozó de licencia por enfermedad durante el lapso comprendido entre agosto y diciembre de 2013 (fs.392).

La causal de despido individualizada bajo el punto 1) transitó, en lo sustancial, por la falsedad relativa a la causa, alegada por la actora, de la dolencia física -omialgia-. La demandada había tomado conocimiento del origen ajeno al trabajo con motivo de la intervención del Sr. Cohen, quien declaró a fs.268 que es encargado del local donde trabajaba la actora. El testigo manifestó haber recibido un mensaje de esta última en el que expresaba que no concurriría a trabajar porque se había golpeado en una mudanza particular. El celular donde lo recibió pertenece a la esposa del testigo y se labró una escritura pública en la que la escribana interviniente dejó constancia de que el Sr. Cohen, apoderado de la sociedad demandada, le exhibió un teléfono celular (fs.87 e informe de fs.185). La escritura data del 31/10/2013 y el mensaje del 3 de julio, cuyo contenido allí se transcribe y que se relaciona con una mudanza y la consecuencia que habría tenido sobre el hombro de la actora. La aseguradora informó a la empleadora, con fecha 5/12/2013, que no cubriría el evento denunciado porque fue imposible evaluar la salud de la Sra.Paliza dado que no concurrió a las citaciones ni a realizar los estudios requeridos (ver informe de fs.184). Esta conducta de la actora, al no presentarse a la citación de la aseguradora, denota el desinterés en insistir con el carácter laboral de la dolencia física, a pesar de las invocaciones que realizó posteriormente en la intimación.

Con respecto a la segunda causal, la testigo Balzaretí (fs.239 y vta.), empleada de la demandada, expresó que concurrió con una escribana, el día 12/10/2013, a verificar que la actora trabajaba en el ?Paseo Brujas?, ubicado en plaza Serrano, los días sábados. La

escritura acompañada a fs.88 y fs.208 en copia (ver informe de fs.209) da cuenta de que la testigo, también apoderada de la demandada, solicitó a la escribana que se constituyera en la calle Serrano 1640 de esta ciudad, para constatar si la actora trabajaba en ese lugar. Le preguntó a una señora -a quien no se individualiza- que dijo ser la organizadora de la feria de ropa que funciona en ese domicilio -cuyo nombre de fantasía es 'Brujas?-. Al ser preguntada sobre la actora, respondió que ese día aquella no había ido porque era fin de semana largo; y al mismo tiempo, le indicó que quizás la podía encontrar en otra galería a dos cuadras de distancia llamada 'Paseo Brujas?', y que 'hace unos meses estaba en esa galería los sábados?.

Luego de dirigirse al lugar indicado se les manifestó que la actora 'no viene hace mucho a este local?', que está ahora todos los sábados en el local 'BRUJAS?'. En concreto, de las manifestaciones que constan en el acta examinada, se extrae que no pudieron ubicar dónde concurría la actora, ni que lo hubiera hecho en el lapso crítico para esta causa, esto es, mientras gozaba de licencia por enfermedad.

La última parte de la misiva rescisoria, que alude a los antecedentes, no mejora la postura de la demandada, máxime si tenemos en cuenta que se hizo expresa mención a un hecho que ya había merecido una suspensión de dos días, por lo que ya había sido sancionado.

La valoración de los elementos examinados conforme a las reglas de la sana crítica, revela que los hechos alegados como fundamento del despido no han sido demostrados. En el mejor de los casos para la demandada, aún considerando las particularidades que reviste el hecho individualizado como 1), es preciso recordar que el acto u omisión que pueda generar la injuria debe revestir entidad suficiente para no dejar dudas que se trata de una falta realmente grave, que destruya definitivamente el principio de disciplina, lo que no se ha verificado en esta causa.

IV. En orden a la maternidad de la actora y su conocimiento por la demandada, el distracto se produjo con la misiva remitida el 12 de diciembre, a la que aludiera en el acápite anterior, y que no fue entregada por cuestiones inherentes a la accionante.

El punto central de esta cuestión radica en dilucidar si la demandada estaba en conocimiento del embarazo de la actora cuando disolvió el contrato de trabajo, ya que el art.178 de la LCT requisitos De acuerdo al relato de la demandada, la trabajadora se anotició de su embarazo 'en el mes de diciembre de 2013? (fs.6 in fine), por lo que el 13 de ese mes 'remitió a su superior el certificado de embarazo, pero el sr. Ariel cohen (encargado) no recepcionó dicho certificado argumentándole que 'todo lo manejaban los abogados'?. Remitió en esa misma fecha la misiva obrante a fs.74 -acompañada por la demandada- en la que hizo saber su 'estado de gravidez, ya que conforme surge de constancia médica. Mi estado de embarazo es de aproximadamente 10 semanas pero con amenaza de aborto.?. La accionada recibió la notificación del embarazo de la actora el 14 de diciembre, tal como se extrae del informe de Correo de fs.198 a través del cual queda autenticada la carta documento enviada por la accionante (ver copia de fs.193).

La demandada rechazó esta comunicación mediante la enviada el 18 de diciembre (ver informe de Correo a fs.174 y misiva autenticada de fs.172), oportunidad en la que puso de relieve el despido ya decidido y comunicado al domicilio de la avenida Avellaneda 2013, al que me refiriera en el considerando anterior.

El examen del intercambio telegráfico revela que la demandada no había sido notificada del embarazo de la trabajadora al momento del distracto.

Lo alegado en el memorial a fs.458 en el sentido de que el despido tuvo lugar '[l]uego de que la actora dejara en manos del gerente Sr.Cohen los certificados correspondientes -quien luego maliciosamente dice que no los leyó? no se condice con la versión expuesta en la demanda, oportunidad en la que señaló que Cohen no había querido recibirlos. Al declarar como testigo a fs.268, Cohen se refirió a la recepción de certificados 'cuando no estaba Vanesa. pero no los leía, se los daba directamente a ella.?, y esta manifestación se vincula con el acta de fs. 87 que se le exhibió al testigo, que fuera examinada anteriormente, relativa a la licencia por enfermedad y la intervención de la aseguradora, no a la maternidad de la actora.

El testigo no dijo lo que la actora tampoco dijo al demandar.

La valoración de los elementos examinados y lo argumentado en este litigio, me conducen a proponer se confirme lo resuelto en grado, toda vez que la actora no dio cumplimiento, durante la vigencia de la relación laboral, a la obligación de anotar a la empleadora sobre su embarazo.

V. En cuanto a la jornada de trabajo, no resulta un hecho controvertido que el horario se extendía de lunes a viernes de 8:30 a 18:30 hs. y que los testigos han coincidido en indicar que contaban con dos pausas: una de quince minutos para desayunar, y otra de cuarenta y cinco para almorzar, como señalara la demandada a fs.122 del responde.

La demandada sostiene en su memorial que, durante las pausas de referencia, la trabajadora no permanecía a su disposición. La testifical ha sido conteste al señalar que el horario durante el cual permanecía abierto el local era coincidente con la extensión de la jornada antes mencionada. Balzaretto expresó que trabajaban en el mismo lugar, de lunes a viernes en el horario indicado, lo que sabe porque entraban y salían a la misma hora (fs.239), y Cohen expresó que "paraban sólo para comer" durante el tiempo expresado. No ha sido invocado por la recurrente que contaran con un espacio para desayunar o almorzar, ni que se desplazaran fuera del establecimiento para hacerlo. En este contexto fáctico, si tenemos en cuenta que se trata de un local de venta al público de indumentaria, que permanecía abierto mientras se desarrollaban las pausas mencionadas, es verosímil concluir que la actora permanecía a disposición del empleador durante esos lapsos, ya que reitero, la actividad continuaba desarrollándose y no se ha alegado que los empleados se turnaran o rotaran para gozar de esa pausa mientras el establecimiento comercial estaba en funcionamiento, ni que contaran con un espacio destinado al desayuno o almuerzo, de alguna manera separado del funcionamiento del comercio.

Nuestra legislación acogió el criterio "nominal" para definir la jornada de trabajo, por lo que se debe considerar como trabajo computable todo el tiempo durante el cual la persona trabajadora permanece en un puesto de trabajo para ejecutar las órdenes de su empleador (aunque no trabaje efectivamente, art.1º del dec.16.115/33 y arts.103 y 197 de la L.C.T.). Desde esa perspectiva, el tiempo de labor (efectiva) siempre integra la jornada, ya que durante ese lapso el trabajador está a disposición del empleador y no lo insume en su beneficio.

Por lo expuesto, propongo confirmar lo resuelto en grado.

VI. En punto a la multa del art.2 de la ley 25.323, si bien la actora debió accionar para obtener el cobro de las indemnizaciones derivadas del despido dispuesto por quien fue su empleadora, lo cierto es que la demandada pudo válidamente discutir los incumplimientos que invocara como sustento de su decisión rescisoria. En consecuencia y amén de la valoración que se ha realizado acerca de los pormenores relativos a la acreditación de las causas invocadas, conforme se extrae del acápite III de este voto, realizando una prudente merituación de las circunstancias del caso, éstas no habilitan a declarar la procedencia de esta sanción, ya que no ha mediado mora en el pago de la indemnización por despido, sino un debate razonable acerca de su admisibilidad.

Por ello, propongo detraer la suma de \$45.218,90 del total de la condena.

VII. Las costas han sido adecuadamente impuestas a cargo de la demandada, vencida en lo principal del litigio (art.68, CPCCN), ya que es jurisprudencia de esta Sala que en su distribución no debe prevalecer un criterio aritmético sino jurídico, atendiendo a la índole de las pretensiones de las partes y los rubros que resultaron procedentes (cfr. esta Sala in re "Salaberry Yatchino Juan c/Piso Uno SA s/despido", SD 58448 del 19/5/90, entre muchos otros).

Con relación a las costas de Alzada, y en atención al resultado de los respectivos recursos, propongo que sean distribuidas en el orden causado (art.71, CPCCN).

VIII. Por su parte, teniendo en cuenta el mérito, calidad, eficacia y extensión de los trabajos cumplidos, el resultado del pleito y lo normado por el art.38 de la LO y disposiciones arancelarias de aplicación y vigentes a la época de las tareas ponderadas a los fines regulatorios (art. 6º de la ley 21.839; cfr. arg. CSJN, in re "Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c/ Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios", sentencia del 12/9/1996, Fallos: 319:1915 ), considero que los porcentajes fijados en grado a favor de la representación letrada de la parte actora y al perito contador no son elevados y propongo que sean confirmados.

IX. En definitiva, propongo modificar parcialmente la sentencia, y reducir la condena a la suma de \$109.729,41, que devengará los intereses fijados en origen. Corresponde declarar las costas de Alzada en el orden causado (art.71, CPCCN). Regular los honorarios, por la actuación en esta instancia, para la representación y patrocinio de la actora y de la demandada, en el 25% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art.14, ley 21.839). Todos los honorarios regulados deberán calcularse sobre el nuevo importe de condena (capital e intereses).

Miguel Àngel Pirolo dijo:

Que adhiere a las conclusiones del voto que antecede, por análogos fundamentos.

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, SE RESUELVE:

1º) modificar parcialmente la sentencia, y reducir la condena a la suma de \$109.729,41, que devengará los intereses fijados en origen; 2) Declarar las costas de Alzada en el orden causado (art.71, CPCCN); 3) Regular los honorarios, por la actuación en esta instancia, para la representación y patrocinio de la actora y de la demandada, en el 25% respectivamente, de lo que les corresponda percibir por su actuación en la anterior etapa (art.14, ley 21.839). Todos los honorarios regulados deberán calcularse sobre el nuevo importe de condena (capital e intereses). Hacer saber a las partes que, de conformidad con lo establecido en las Acordadas Nro. 11/14 de fecha 29/04/14 y Nro. 3/15 de fecha 19/2/2015 de la CSJN, deberán adjuntar copias digitalizadas de las presentaciones que efectúen, bajo apercibimiento de tenerlas por no presentadas.

Regístrese, notifíquese, oportunamente comuníquese (art.4º, Acordada CSJN N° 15/13) y devuélvase.