

//neral Roca, 30 de septiembre de 2019.-

-----Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "MUÑOZ CAMILA BELÉN C/ BARROS JOSÉ S/ ORDINARIO (I)" (Expte. N° A-2RO-1354-L1-17).-

-----Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. Paula Inés Bisogni quien dijo:

-----RESULTANDO:

1.- A fs.16/19 comparece Camila Belén Muñoz, por apoderado, a plantear formal demanda laboral contra el sr. José Barros, a quien reclama el pago de la suma de \$206.974,97 en concepto de diferencias salariales e indemnizaciones, así como la entrega de las certificaciones de servicios.-

Relata que el accionado explota un local comercial bajo el nombre de fantasía "Estilo y campo", sito en calle Tucumán 783 de esta ciudad. Allí ingresó a trabajar la actora el 22-6-2016, en la categoría Vendedor B jornada completa, cumpliendo el siguiente horario de 9.30 a 13.30 hs. y de 16.30 a 21.30 hs.- Relata que en algunos periodos trabajó junto a otras empleadas, según detalla.-

No obstante trabajar jornada completa fue registrada por media jornada, de modo deficiente, sin que le fueran abonados sus remuneraciones en los montos correspondientes a la jornada y horas efectivamente trabajadas, y según la escala salarial vigente del sector. Reclama asimismo el pago de horas extras, a cuyo fin practica liquidación.

Refiere que ante tales irregularidades e incumplimientos, y frente a la pretensión del demandado de reducir su laboral a media jornada, cursó intimación al mismo en fecha 02-05-17 a fin de que se le aclare su situación laboral, denunciando su real jornada -de 9.30 a 13.30 hs. y de 16.30 a 21.30 hs. de lunes a sábados-, y se regularicen tales circunstancias, bajo apercibimiento de considerarse despedida.

Dicho telegrama no fue contestado por el empleador, razón por la cual la actora procedió a hacer efectivo su apercibimiento, considerándose despedida mediante

telegrama de fecha 09-05-17.- Reclama en consecuencia las indemnizaciones derivadas del despido incausado.

Manifiesta asimismo que el empleador no dio cumplimiento a la contratación del seguro de retiro convencional (CCT130/75), por lo que reclama los daños y perjuicios de ello derivado, conforme jurisprudencia del Tribunal.

Agrega que le corresponden también las indemnizaciones establecidas por el art.1 de la ley 25323 -por la deficiente registración-, y la del art.2 de la misma ley, por la falta de pago de la indemnización por despido incausado, viéndose obligada a acudir a la justicia a tal fin.

Practica liquidación, ofrece prueba, y solicita se haga lugar a la demanda.

A fs.24 denuncia el cobro de la suma de \$13.014 en sede de la Delegación Zonal de Trabajo, a descontar de la liquidación practicada en demanda.

2.- Corrido el traslado pertinente, comparece el accionado José Barros, por apoderado, a fs.56/60 a contestar demanda. Niega los hechos alegados por la actora, y en particular que la misma hubiera estado registrada deficientemente, que haya cumplido la jornada que invoca o que no se le hubieran abonado sus haberes en debida forma.

Relata que la actora ingresó el 22-06-16 a trabajar para su parte realizando tareas de vendedora en el local sito en calle Tucumán 783, cumpliendo media jornada en horarios rotativos. Ello surge de los recibos de haberes y planillas horarias que acompaña y que fueran suscriptos por la actora sin reserva alguna.

Manifiesta que el horario era de 9 a 13 hs. ó de 16.30 a 20.30 hs., los días en que le tocaba concurrir en forma vespertina. Cobraba el haber proporcional a la media jornada efectivamente cumplida, conforme art.92 ter LCT.-

Expresa que la trabajadora se encontraba trabajando con normalidad cuando en forma imprevista cursó el telegrama de fecha 02-05-17, sin entender su accionar. El mismo fue rechazado por su parte mediante CD de fecha 5-5-17, negando la intimación cursada y haber incurrido en incumplimiento alguno, intimando a la actora a reintegrarse a sus tareas. Expresa que dicha comunicación no fue recepcionada pese a haber sido dirigida al domicilio de la actora, por lo que debe ser tomado como válido, conforme al principio de buena fe.

Seguidamente la actora decidió darse por despedida el 9-5-17, lo cual fue nuevamente rechazado por su parte, mediante CD de fecha 12-5-17, por improcedente. Comunica en el mismo acto despido por abandono.

Niega que haya existido registración deficiente. Ante la desvinculación, su parte

concurrió a la Delegación de Trabajo, donde depositó el sueldo de abril y liquidación final, demostrando su buena fe.

Impugna liquidación, niega que hayan existido horas extras, las que en su caso deberán ser fehacientemente acreditadas. Cita jurisprudencia. Niega que procedan las indemnizaciones por despido y multas reclamadas.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita se rechace la demanda, con costas.-

3.- A fs.72 obra acta de audiencia de conciliación, sin alcanzarse acuerdo.

A fs.73/74 se abre la causa a prueba, produciéndose la agregada. A fs.75/86 obra pericia caligráfica. A fs.91/107 obra agregado expediente administrativo de la Delegación de Trabajo. A fs.112/114 y 133/136 obran agregados informes de Correo Argentino.

A fs.139 obra acta de audiencia de vista de causa, en la que se recibió prueba testimonial, y su continuatoria de fs.154/155-testimonial, confesional-, con lo que los autos se encuentran en estado de recibir la presente sentencia.

-----CONSIDERANDO:

I.- Corresponde en primer término me expida sobre los hechos que, relevantes para decidir, han quedado acreditados (cfr. art. 53 ley 1504):

1.- La actora Camila Belén Muñoz ingresó a trabajar el 22-6-2016 para el accionado José Barros, en el local comercial explotado por éste, sito en calle Tucumán 783 de esta ciudad, en la categoría Vendedor B (CCT 130/75). (contestes las partes).-

2.- La actora se encontraba registrada por media jornada, percibiendo los salarios que surgen de los recibos acompañados a fs.4/12 (cfr. recibos fs.46/55, 4/12, constancias Afip fs.15, 31/32).

3.- La actora cumplió jornada completa, cumpliendo el siguiente horario de 9.30 a 13.30 hs. y de 16.30 a 21.30 hs.-

Ello se acredita con las testimoniales recibidas en autos, según se explicita infra. Si bien el demandado desconoce dicha circunstancia, y afirma que la misma cumplió media jornada de labor (4 hs.), ello ha sido desvirtuado por la prueba rendida en autos.-

A tal efecto cabe tener en cuenta que el contrato de trabajo es un contrato-realidad, y que la prueba testimonial es la prueba por excelencia en materia laboral, particularmente frente a la existencia de contratos de trabajo indebidamente registrados.- Por tal motivo, dicha prueba, -debidamente configurada-, desplaza la validez de las constancias documentales llevadas por el empleador, tales como los recibos o planillas horarias.-

En el presente caso declararon en vista de causa tres testigos, quienes afirmaron sin hesitación alguna, que la actora cumplía tareas en toda la jornada, de lunes a sábado, como afirma en su demanda. Testimonios que, apreciados en conciencia, produjeron convicción al respecto.

La testigo Jessica Marlene Rubilar trabajó junto a la actora tres meses, desde julio 2016, afirmando que para entonces la actora ya estaba trabajando. Refirió que estaba registrada con media jornada, pese a trabajar todo el día. El horario era de 9.30 a 13.30 y de 16.30 a 21.30 hs., de lunes a sábados, a veces también feriados. Afirmó que la actora hacía el mismo horario, ella tenía la llave y era quien abría y cerraba el local. Dijo que el dueño iba, pero no todos los días, lo común es que fuera una vez por semana a llevar mercadería. Vive en Neuquén. Tuvo juicio con el demandado, que ganó. Agregó que la actora vendía y cobraba, y era quien rendía la caja. Barros la llamaba a Camila y le daba instrucciones, me mandaban a mí a hacer depósitos en la cuenta del Banco Patagonia. Estábamos registradas por media jornada, pero nos pagaba el resto del sueldo en negro. Cobrábamos en efectivo. En el recibo oficial pagaba las horas extras. Firmábamos una planilla de asistencia. Después que me fui, pasé por el local en el 2017 y la vi a Camila, seguía trabajando.

Marcelo Gómez: mantiene amistad con la actora.- De vez en cuando la llevaba al trabajo a la actora, a eso de las 8 de la mañana. Sé que a mediados del 2016 trabajaba en un local en calle Tucumán y Avda. Roca, donde vendían mates, billeteras, cinturones. La llevaba porque su casa me quedaba de pasada. En invierno yo entraba al taller a las 9, aclara. Sino ella iba en bicicleta. A fines de 2016 ella se mudó y no la llevé más. Ella me contó que era encargada del local, trabajaba todo el día, mañana y tarde.

Laura del Carmen Gómez dijo: fui compañera de trabajo en el mismo local, tengo juicio pendiente. Yo entré en noviembre 2016, como vendedora, me tomó José Barros. Él venía cada tanto de Neuquén a dejar mercadería, cada 15 días más o menos. Tenía dos locales más en Neuquén. Nos controlaban con las cámaras y el teléfono. Yo estaba registrada por media jornada, pero hacía jornada completa. El horario era de 9 a 13 hs. y de 16.30 a 21 y algo, 21.15, de lunes a sábado. Estábamos con Camila Muñoz y Priscila García. Yo estuve hasta mayo 2017, me despidió, me mandó telegrama pero no me indemnizó. Cuando yo entré Camila ya estaba. Ella hacía el mismo horario que yo, y ella tenía la llave, abría y cerraba el local. Priscila se había ido dos meses antes. Afirmo que no les pagaba por jornada completa, mas no recuerda si el monto abonado efectivamente coincidía con lo que decía el recibo. Pagaba en efectivo. Ha ido el

Ministerio de Trabajo en 2 o 3 ocasiones y él decía que dijéramos que estábamos media jornada.

4.- Que la actora intimó al empleador a fin de que regularice su registración y reajuste de pago de haberes por jornada completa, denunciando su real jornada de 9.30 a 13.30 hs. y de 16.30 a 21.30 hs. de lunes a sábados, así como a que le aclare su situación laboral, por haberle manifestado su intención de reducirle a media jornada su contrato, con el consiguiente perjuicio económico que ello le ocasionaría.-

Dicha intimación fue cursada mediante telegrama de fecha 2-5-17 acompañado a 13, cuya autenticidad, entrega y recepción fue acreditada con informe de Correo de fs. 134,136.-

5.- La demandada contestó dicha intimación mediante carta documento de fecha 5-5-17, que no fue desconocida por la actora (fs.64), debiendo tenérsela por reconocida (art.356 inc.1 CPCC).- Allí el accionado negó que la actora cumpliera jornada completa y que existiera errónea registración, afirmando que la misma cumplía media jornada en forma rotativa, intimando a la actora a abstenerse de efectuar reclamos infundados y reintegrarse a sus tareas, conforme surge del texto de la CD agregada a fs.38.-

6.- La actora cursó nuevo telegrama a la accionada en fecha 9-5-17 por el cual ante la falta de respuesta a su reclamo, y no habersele abonado el reajuste de haberes requerido se consideró despedida por injuria económica. Intimó al pago de sueldo abril, liquidación final, indemnización por despido indirecto y por registro deficiente.-

Dicha comunicación fue cursada mediante telegrama acompañado a 14, cuya autenticidad y entrega fue acreditada con informe de Correo de fs. 135,136.- Con la recepción operada el 10/5/17 quedó configurado el distracto.

7.- El demandado rechazó el despido indirecto decidido por la trabajadora, mediante CD de fecha 12-5-17, obrante a fs.39 (no desconocido por la actora, fs.64).-

Destácase que el despido por abandono de trabajo allí dispuesto por el empleador carece de efectos, en cuanto el vínculo laboral había quedado extinguido con anterioridad (10/5/17), con la comunicación del despido indirecto decidido previamente por la trabajadora.-

8.- La actora concurrió a la Delegación Zonal de Trabajo a fin de reclamar las indemnizaciones por despido en fecha 19-5-17 (fs.92).- Ello se le comunicó al empleador, quien concurrió a la audiencia de fs.96 y 102, acreditando a fs.105 el depósito de las sumas que imputó al sueldo de abril y liquidación final por aguinaldo y vacaciones (fs.103/104), por la suma de \$13.014 percibida por la actora cfr.fs.23/24.-

II.- Establecidos de tal modo los hechos del caso, corresponde avocarme a la solución jurídica del caso.-

1.- Diferencias salariales: De conformidad a los puntos 2 y 3 precedentes, ha quedado acreditado que la actora cumplió jornada completa durante toda la relación laboral, en el horario de 9 a 13.30 hs. y de 16.30 a 21. 30 de lunes a sábados.-

Ha quedado acreditado, con los recibos acompañados, que se encontraba registrada por el empleador en la categoría de Vendedor B por media jornada, percibiendo una remuneración inferior a la que le habría correspondido, de acuerdo a la escala salarial CCT130/75 por jornada completa.-

Adviértese que de acuerdo a lo prescripto por el art.138 LCT "todo pago en concepto de salario u otra forma de remuneración deberá instrumentarse mediante recibo firmado por el trabajador" -salvo las disposiciones de los arts.124, 125 en relación al pago hecho en cuenta sueldo-.-

No obrando en autos ninguna otro recibo ni constancia documentada de pagos efectuados a la actora, a excepción de los recibos de haberes acompañados a fs.46/55 y 4/12 habrá de estarse a sus constancias.- No modifica ello lo declarado por la testigo Rubilar -que refirió haber percibido en efectivo sumas superiores al recibo-, ya que su declaración careció de toda precisión, -con más razón en particular en cuanto a la actora-, lo que impide ser considerado como prueba de pago cancelatorio de remuneraciones.- La forma escrita que instrumente el pago resulta un medio especialmente exigido por el legislador, en protección del trabajador, y su prueba así lo requiere.-

Asimismo, resulta operativo lo dispuesto por el art.42 de la ley 1504, en virtud del cual "la prueba contraria a la reclamación en materia de remuneraciones corresponde a la parte patronal".-

Toda vez que el empleador se encuentra obligado a abonar las remuneraciones respetando como mínimo los valores de la escala salarial de dicho convenio, y acreditado su pago insuficiente, corresponde hacer lugar al reclamo por diferencias salariales efectuado en demanda (arts.4, 12,74, 124 y cc. LCT).-

Corresponde asimismo hacer lugar al reclamo por horas extras, ya que en la jornada efectivamente cumplida por la actora (de 9.30 a 13.30 hs. y de 16.30 a 21.30 hs., de lunes a sábados) totalizaba 54 horas semanales (9 hs. x 6 días), excediendo el máximo de la jornada normal de 48 hs., establecido por la ley 11.544.- Corresponde entonces el cálculo de 32 horas extras mensuales (promedio 6 hs. semanales x 4 semanas), de las

cuales 20 corresponden al 100% (sábados después de las 13 hs.) y las 12 restantes al 50% (cfr.art.201 LCT).

Aun cuando en los recibos surjan liquidadas algunas horas extras , ello lo fue en cantidad y monto inferior a la correspondiente, sin perjuicio de computarse en la liquidación correspondiente de los haberes percibidos.

Haberes devengados (jornada completa y horas extras):

Diferencias salariales:

2.- Indemnizaciones por despido: De acuerdo a los hechos acreditados (ptos. 4/7) la actora se consideró despedida por injuria económica, frente a la falta de respuesta por parte del empleador a su intimación al pago del reajuste de sus haberes en base a la jornada completa cumplida y a que se regularice su registración en debida forma de acuerdo a ello.-

De acuerdo a lo previsto por el art.242 LCT el trabajador se encuentra habilitado para considerar rescindido el vínculo frente al incumplimiento del empleador de sus obligaciones laborales, siempre que hubiera mediado intimación previa y que se trate de una injuria grave, impeditiva de la continuidad del vínculo.-

No cabe duda que el mantener registrada la relación laboral por media jornada y abonar los haberes por media jornada, cuando la trabajadora cumplía jornada completa resulta un incumplimiento grave a las obligaciones laborales del empleador, que configura injuria económica que justifica el distracto.-

En nada modifica dicha conclusión el hecho de que el demandado hubiera respondido a la intimación mediante Cd del 5-5-15 (fs.38), en cuanto allí se rechazó de plano la intimación cursada por la actora, negando que ésta cumpliera jornada completa, sin ofrecer el pago de las diferencias salariales ni corregir la registración, en modo alguno.-

Ello torna procedente las indemnizaciones por despido incausado a favor de la actora, en base a lo prescripto por el art.246 y 245 LCT, por un periodo, según MRNH de

23.935,88.- Así como por el preaviso omitido y su integración, en los términos de los arts. 232, 233 LCT.-

Resulta procedente asimismo la indemnización prevista por el art.1 de la ley 25323, habiendo quedado acreditado que la actora se encontraba deficientemente registrada.

Asimismo resulta procedente la indemnización del art.2 de la ley 25.323, toda vez que existió injuria grave que autorizó el despido indirecto decidido por la actora, sin que le fueran abonadas las indemnizaciones correspondientes, viéndose obligada a efectuar el presente juicio a tal efecto.- El reclamo efectuado ante la Delegación de Trabajo luego del distracto, cfr.fs.91/106, configuró intimación fehaciente al empleador, que no reconoció ni efectuó su pago (sólo abonó último sueldo y liquidación final por sac y vacaciones).-

3.- Seguro de retiro convencional:

Corresponde una indemnización a favor del trabajador por dicho rubro, cuando el empleador haya omitido la contratación y pago del Seguro de Retiro convencional a favor de aquel, que se fija en un monto equivalente al 1,75% del salario mensual destinado a su cuenta individual, según los argumentos desarrollados infra.- La falta de contratación de dicho seguro se tiene por probada en el caso, por efecto del art.356 CPCC, al omitir toda referencia a ello en la contestación de demanda, ni haberse acompañado constancia alguna de la que ello surja.-

Los alcances de dicha indemnización han sido tratados y resueltos por este Tribunal en reiterados antecedentes, a partir del fallo "POBLETE GISELA C/ KLIMBOVSKY JULIO RICARDO S/ RECLAMO" (Expte.Nº 1CT-24503-11), -entre otros-. Tal como allí se dijera: "El incumplimiento de las obligaciones por parte del empleador ha ocasionado un perjuicio indebido al trabajador, que con ello se viera impedido de ingresar al sistema con la consiguiente pérdida de los beneficios establecidos en éste.- Por lo que aún cuando éste no se encontrara legitimado a exigir el cobro de los aportes, lo que estaba en cabeza de la entidad gremial, el trabajador resulta acreedor por los

daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento.-

El acuerdo en cuestión, integrado al CCT 130/75, creó un sistema de retiro complementario que otorga a los empleados de comercio un plan de jubilación privada suscripto por la Federación de Empleados de Comercio en calidad de tomador de póliza, con un aporte del 3,5% del salario de cada empleado en relación de dependencia a ser abonado por el empleador, especificando que el 50% de dicho aporte será destinado a una cuenta individual a nombre del empleado, dentro del sistema.-

El sistema prevé que el trabajador que contara con los aportes correspondientes, accederá a una renta vitalicia al llegar a la edad jubilatoria, complementaria de ésta-, cfr. lo dispuesto por los arts.5, 8 y cctes.- Asimismo prevé la opción para el trabajador, en oportunidad de desvincularse del sector, de acceder al rescate de su cuenta individual, o bien permanecer en el plan sin rescatar sus aportes personales con el fin de computar los años de aportes cumplidos en caso de reintegrarse al sector, conforme art.9.- No obstante, se trata de beneficios excluyentes, pues para poder acceder a la renta vitalicia se requiere que el trabajador no hubiera percibido el rescate de su cuenta individual (arts.8 in fine, 9).-

En orden a resolver la indemnización por daños y perjuicios solicitada en demanda resulta necesario analizar cuáles serían los daños a indemnizar y a partir de ello cuáles los parámetros para fijar su quantum, en base a los hechos expresados por el actor, mas aplicando el principio de "iura novit curia" en cuanto al encuadre jurídico correspondiente.-

A tales efectos, de acuerdo al marco jurídico convencional referido y en orden a establecer la procedencia de la responsabilidad civil reclamada, he de considerar que el daño en el presente caso admite dos encuadres posibles, de acuerdo a las opciones, alternativas y excluyentes, que le daba el sistema del SRC al trabajador:

La imposibilidad de acceder al rescate de su cuenta individual constituye un daño cierto y determinable, que consiste en la sumatoria del 50% de los aportes que la habrían integrado (1,75% de su haber mensual), con una quita del 8% de acuerdo a su antigüedad (art.9), con más el rendimiento de dichos fondos (art.10), que ha de establecerse en la tasa de interés fijada para las obligaciones judiciales.-

Por otra parte, si analizamos la otra opción prevista por el sistema, ésta consistía en la posibilidad para el trabajador de no retirar sus aportes individuales, permaneciendo en el sistema y, en la medida que cumpliera los restantes requisitos, acceder a la renta vitalicia en oportunidad de su retiro jubilatorio.-

Se trata de un daño futuro que reviste a mi criterio el grado de probabilidad suficiente, que lo torna susceptible de ser considerado como pérdida de chance a acceder en el futuro a dicha renta vitalicia, cfr. art.904 CC., y como tal indemnizable.-

Aun cuando pueda éste considerarse una consecuencia mediata, el empleador ha de responder en virtud de haber incurrido en un incumplimiento malicioso de su obligación, entendiéndose por tal la indiferencia en el deudor en relación a las probables y previsibles consecuencias dañosas del incumplimiento (art 521 CC.), tal como fuera considerado en fallo "Esponda María Noemí c/Saturno Hogar S.A. s/reclamo" Expte 2CT-22286-10.-

En este caso, el valor estimado por la pérdida de chance no se identifica ni guarda relación con el monto de los aportes omitidos, sino que el perjuicio estaría dado por la renta vitalicia frustrada, reducido según la mayor o menor probabilidad en el caso concreto de haber accedido a ello el trabajador, según las particularidades propias del caso (edad, años de servicio y aportes al sistema, etc.).-

Teniendo en cuenta que en el caso no se ha producido prueba que permita determinar en concreto tal perjuicio, he de tomar en consideración la pauta establecida en el propio régimen obligacional.- Esto es, que al establecer la opción al trabajador de acceder al rescate de su cuenta individual ó mantener sus aportes al sistema, el convenio ha considerado que ambas alternativas representaban prestaciones razonablemente equivalentes: por un lado el cobro actual del 50% de sus aportes individuales (1,75%), en relación a la expectativa de beneficiarse en el futuro, al llegar a la edad jubilatoria, manteniendo la totalidad de sus aportes en el sistema (3,5%).

Por tal motivo, en ausencia de toda prueba en contrario de que la frustración de esta última alternativa hubiera importado en el caso un perjuicio mayor, considero que éste sólo puede razonablemente establecerse en el 50% de la sumas correspondientes a los aportes omitidos.-

Consecuentemente, y teniendo en cuenta el carácter excluyente de ambas opciones, el daño ha de establecerse, por cualquiera de las dos vías posibles, en la sumatoria del 1,75% del salario mensual del trabajador durante toda la relación laboral, según recibos agregados en autos, con la quita del 8% según lo dispuesto por el art.9 primer apartado del convenio, con más intereses.

No se ha acreditado una pérdida de chance que permita establecer el daño en una suma mayor, ya que no se acreditó el reingreso del trabajador a la actividad dentro del año -ya transcurrido a la fecha de interposición de demanda-, que le hubiera permitido sumar los

aportes del periodo trabajado para la demandada para acceder a la renta vitalicia en oportunidad de su retiro jubilatorio cfr.art.8 de la Disposición homologatoria DNRT4701/91.-

Téngase en cuenta además que cfr.art.9 in fine de dicha norma, en caso de no reintegrarse, y aun contando con la antigüedad mínima del art.8, sólo percibirá el beneficio derivado de sus aportes personales (50%), que es en definitiva el que se reconoce en el caso.-

Atento la naturaleza indemnizatoria del reclamo, la extensión del daño configura un presupuesto fáctico jurídico cuya prueba estaba a cargo de la parte actora (art.377 CPCC), por lo que, de acuerdo a las constancias de autos y lo explicitado supra, corresponde establecer la reparación en el 50% de los aportes omitidos, deducido el 8% del art.9, con sus intereses.-

Se procede, en consecuencia, a practicar liquidación de la indemnización correspondiente a la omisión del seguro de retiro, en los valores referidos:

4.- Conclusión: De conformidad a lo expuesto, corresponde hacer lugar a la demanda, resultando procedente las diferencias salariales, horas extras, indemnización por omisión de seguro de retiro CCT 130/75, las indemnizaciones por despido (art.245 LCT), preaviso e integración de mes de despido (arts.232, 233 LCT) y las multas previstas en los arts.1 y 2 de la ley 25323, de conformidad a la siguiente liquidación:

1.-Capital indemnizaciones despido	\$120.876,21
Intereses desde 17-05-2017 al 15-09-2019?.....	\$133.518,65
Capital + Intereses ?.....	\$254.394,86
2.- Diferencias salariales c/intereses.....	\$295.860,53
3.- Indemnizacion seg retiro omitido.....	\$ 8.768,52
TOTAL.....	\$ 559.024

Las sumas reconocen intereses, desde la mora respectiva, a la tasa legal fijada por el STJRN en fallos "Jerez", "Guichaqueo" y "Fleitas", que se calculan al 15/9/19.

Tal Mi voto.-

A la cuestión planteada el Dr. Nelson Walter Peña dijo: Adhiero al voto precedente.-
Con excepción de lo resuelto en cuanto a la cuantía del rubro daños y perjuicios por

omisión de contratación del seguro de retiro convencional, el que considero debe ser fijado en el 3,5% correspondiente al valor de los aportes omitidos. Me remito a lo dicho en autos caratulados: "POBLETE GISELA C/ KLIMBOVSKY JULIO RICARDO S/ RECLAMO" (Expte.Nº 1CT-24503-11, sentencia del 4 de diciembre de 2.012) y "ESPONDA MARIA NOEMI c/ SATURNO HOGAR S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-22286-10, sentencia del 29 de agosto de 2.011). En estos último dije que "...Coincido con el Dr. Broggin, en cuanto a que el incumplimiento del pago de la contribución patronal destinada al sistema de retiro complementario, mas conocido como "Seguro La Estrella", por parte de Saturno Hogar S.A., resulta malicioso en los términos del art.521 del Código Civil, pues estando en conocimiento de esta obligación convencional, deliberadamente no la cumplió".

"Al respecto Mario Ackerman, en su obra Tratado de derecho del Trabajo, T. IV, pág. 410 señala que: ??El incumplimiento debe reputarse malicioso cuando el deudor ?se aparta deliberadamente del programa de cumplimiento del contrato? (Morello), esto es, no se requiere la intención de dañar (como dolo) sino el ?designio o mala voluntad? de dejar incumplida la prestación, violándola de modo conciente (Alterini)??.

"Sentado ello, y conforme lo establece el artículo en análisis, el deudor responde también por las consecuencias mediatas, que no son otras que las previstas por el art 904 del Código Civil, es decir, aquellas que resultan de la conexión de un hecho jurídico generador con un acontecimiento distinto, pero habitualmente ligado al primero y, por lo tanto, ordinariamente previsible".

"Julio César Riviera y Graciela Medina, en la obra Código Civil Comentado, en el comentario al art. 904 de CC., pág. 76, sostienen que: "...El criterio adoptado por nuestro ordenamiento para imputar las consecuencias mediatas al autor del hecho del cual derivan se funda en su efectiva previsión o en su previsibilidad... Fácilmente se advierte que el criterio de imputación radica en la previsibilidad de las consecuencias por parte del agente. El término prever es definido por el Diccionario de la real Academia Española como "ver con anticipación", o "conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder." Al momento de determinar cuándo ha de reputarse que una consecuencia mediata ha sido efectivamente prevista, o lo ha podido ser, mayoritariamente, se entiende que el criterio de previsibilidad que se ha de utilizar es abstracto, esto es, debe formularse un juicio de probabilidad en abstracto, y a posteriori del hecho, teniendo en cuenta la producción de los efectos corrientes o comunes...".

"Ahora bien, no coincido en cuanto a que, en este caso, el seguro de retiro convencional, sea solo una hipótesis conjetural y que en todo caso, cuando el actor reingrese nuevamente en la actividad y cumpla con los requisitos para acceder al beneficio de carácter previsional, recién se encontraría en condiciones de reclamar los daños y perjuicios. En el presente caso, considero que dicha solución resulta disvaliosa, ya que ello ocurriría dentro de diez años, creando una incertidumbre y una indefinición de los derechos y obligaciones de las partes, máxime teniendo en cuenta que se trata de una relación laboral extinguida hace dos años atrás".

"Estoy persuadido que lo que corresponde indemnizar son daños actuales y los futuros previsibles en los términos del art. 904 del Código Civil. Dentro de los futuros, no los meramente conjeturales o hipotéticos sino los que resultan previsibles por ser la consecuencia de lo que ocurre en el transcurso normal y ordinario de los acontecimientos".

"Jorge Mosset Iturraspe y Miguel A. Piedecabras, en la obra Código Civil Comentado, en el comentario al art. 1068 del Cód. Civil, señalan que: "El daño, para dar pie a una demanda resarcitoria, debe existir; no ser puramente imaginario, nacido de la fantasía o del temor. Empero, doctrina y jurisprudencia admiten que pueda tratarse no de un "daño actual", sino de un "daño futuro", siempre que su probabilidad de llegar a existir sea abonada científicamente; no un mero daño hipotético o conjetural. Por lo general se reclama como daño futuro la continuidad o permanencia de uno actual, o el agravamiento del que ya se padece". Las denominadas "chances" no son sino daños futuros de probabilidad cierta o razonable".

"En el presente caso, el incumplimiento es actual ya que se encuentra acreditada la falta de los aportes correspondientes y el daño futuro resulta previsible teniendo en cuenta las particularidades de la presente causa. En efecto, la actora es una persona que en la actualidad tiene 55 años de edad (53 años al momento del distracto, carta poder de fs. 2) y trabajó para Saturno Hogar S.A. durante más de 11 años (de marzo de 1998 al 31 de agosto de 2009) como vendedora "B" dentro del CCT 130/75, de manera que su profesión es la de ser una trabajadora formada y especializada en la actividad de comercio".

"Su carta de presentación ante futuros empleos, acreditada por la experiencia adquirida en trabajos anteriores, es la de ser una operaria con conocimiento en la rama ventas de la actividad de comercio, por lo que, lo previsible siguiendo el curso ordinario de los acontecimientos, es que sea contratada en trabajos del mismo rubro, pues es su oficio".

"En consecuencia, considero que los daños y perjuicios, que cabe indemnizar se corresponden con el 3,5% de los haberes percibidos durante todo el período en que el empleador omitió el cumplimiento del aporte impuesto en el art.3° del Acuerdo del 21/6/1991 homologado por Disposición D.N.R.T. 4701/91 e incorporado al CCT 130/75; es decir, tanto del 1,75% destinado a la cuenta particular del trabajador afiliado (consecuencias inmediatas) como del 1,75% restante que se deriva al seguro colectivo para obtención de la renta vitalicia del art. 8 de Acuerdo (consecuencias mediatas), en virtud de los arts. 520 y 521 del Código Civil, respectivamente".

Finalmente, atento a que se reitera la situación observada en "García, Adrián Exequiel", esto es, la falta de acreditación de los rendimientos obtenidos, corresponde aplicar el criterio allí expuesto. En efecto, en dicha sentencia se dijo que: "...Que al no haberse producido prueba al respecto entiendo que resulta razonable que el rendimiento normal y mínimo esperado se corresponda con un interés equivalente a la tasa pasiva del Banco de la Nación Argentina desde que cada suma debió depositarse y hasta el momento en que el actor hizo la opción del rescate..."..."Ello por cuanto una materia de esta naturaleza, tan profundamente ligada con el orden público y el principio protectorio, pone al judicante en una posición en la cual puede en determinadas circunstancias suplir a la parte débil de la relación laboral en determinadas cuestiones, acudiendo para ello - sin excesos- a su propia percepción del sentido común y el normal acontecer de las cosas. Concepto en cuyo marco bien puede sostenerse como natural y previsible que el común de las personas, bajo un standar promedio de previsión y resguardo de su patrimonio, de haber contado con la disponibilidad de los fondos que aquí fueron negados los hubiera sometido a la rentabilidad básica que ofrece el sistema bancario. De ahí el mecanismo que se propone para suplir la ausencia de prueba respecto de los valores de rendimiento que en principio debieran informar las entidades específicas..."..."

A la misma cuestión el Dr. José Luis Rodríguez dijo:

Adhiero a los votos precedentes en cuanto a lo resuelto respecto cuanto a procedencia de las diferencias salariales, horas extras e indemnizaciones derivadas del despido y ley 25323, de conformidad al voto ponente de la Dra. Bisogni, por sus fundamentos, a los que adhiero.- En cuanto al rubro Seguro de retiro La Estrella, me veo llamado a dirimir la disidencia parcial que exteriorizan los muy distinguidos colegas que me anteceden.-

Así, entre tales rubros de la pretensión, coinciden también en la procedencia de la reparación del perjuicio derivado de la comprobada omisión del patrono en integrar los

aportes al sistema de retiro complementario para empleados de comercio (conf. C.C.T. 130/75, y Disposiciones 4701/91 y 5883/91 D.N.R.T.).-

Sin embargo discrepan en la extensión del resarcimiento, pues el voto ponente -de la Dra. Bisogni- postula el reconocimiento de un importe equivalente al 50% de los aportes omitidos -en consonancia a la porción de los mismos destinados a la cuenta individual del empleado (art. 4 Disp. cit.)-, y sus intereses, a cuyo rescate hubiera tenido derecho la trabajadora al desvincularse del sector (arts. 9 y 10 Disp. cit.).-

Mientras que el Dr. Peña sustenta su disidencia proponiendo que el quantum indemnizatorio por el mencionado rubro alcance la totalidad de los aportes al sistema omitidos por el empleador (3,50% del salario liquidado al empleado; conf. art. 3 Disp. cit.).- Ello con fundamento en los alcances de la responsabilidad contractual en los supuestos de incumplimiento malicioso, comprensiva por ello de las consecuencias mediatas (conf. art. 521 Cód. Civil entonces vigente), entre las que cuenta la frustrada posibilidad de obtener una renta vitalicia futura (arts. 5 y 8 Disp. cit.).-

II. Ambos votos exhiben sólidos fundamentos, sin perjuicio de lo cual -lo adelanto- habré de acompañar la solución jurídica que postula para el caso la Dra. Bisogni, fijando el quantum indemnizatorio por el rubro en el 50% de los aportes que fueran omitidos, y sus intereses.-

Así, en plena afinidad con los fundamentos fácticos y la argumentación jurídica al respecto que sustentan el primer voto, doy razones para fundar la adhesión:

Coincido con los argumentos concordantes de los colegas que me preceden en la votación, en orden a la ausencia de legitimación sustancial por parte del empleado para exigir el pago de los aportes al sistema.- Y con la consecuente naturaleza resarcitoria que cabe asignar a su reclamo persiguiendo reparación en la órbita contractual de los perjuicios propios originados por la omisión del empleador de integrar esos aportes.-

Desde esta última perspectiva, el daño -en tanto presupuesto sustancial de la responsabilidad civil (arg. art. 506, 508, 511, y 1068 Cód. Civil entonces vigente)- para ser indemnizable debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético (conf. Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, pág. 125; Llambías J.J., Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T. I, págs. 303/4; C.N.Civ., Sala G, diciembre 21-981, L.L. 1982-D, 477, E.D. 99-317).-

En otras palabras, y más derechamente, el daño cierto es aquél cuyo acaecimiento resulta objetivamente probable.-

Sentado lo expuesto debe señalarse que la pretensión de la accionante reclamando una

indemnización que aparece como sustitutiva de los aportes omitidos, equivale a la solicitud del rescate de los fondos de su cuenta personal, tal como podría haber requerido si los mismos se hubieran efectivizado (conf. art. 9 Disp. cit.).- Véase en tal sentido que la accionante pudo haber demandado a su empleadora persiguiendo el cumplimiento de la obligación de integrar los aportes omitidos, y sin embargo ha venido a reclamar el pago directo de los mismos a modo de indemnización.-

Así las cosas, la probable frustración de su derecho a obtener el beneficio básico de la renta vitalicia -destino del 50% restante de los aportes- (art. 5 Disp. cit.), en ningún caso pudo configurarse, pues es requisito esencial para ello no haber retirado sus aportes personales al plan (arg. arts. 8 y 9 Disp. cit.).- O si se quiere: la obtención de la renta vitalicia con incidencia de los aportes personales depende en todos los casos de que el beneficiario no hubiera optado por el rescate anticipado de aquellos fondos de su cuenta individual.-

Que de tal modo, como se adelantara, la cuantía de la reparación, como se propone en el primer voto, debe limitarse por equivalente a la indemnización del daño cierto.- El que en el supuesto se encuentra representado por el 50% de los aportes omitidos por el empleador durante todo el lapso de la relación laboral, que la empleada hubiera tenido derecho a rescatar al desvincularse del sector.- Ello, con sus respectivos intereses.-

Que en el sentido de la mencionada solución que se propone para el caso se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al sostener:

"...El sistema de retiro complementario establecido por acta de 21/6/91, homologada por disposición 4701 DRP en sus arts 3, 4, 5 y 9, autorizan al empleado de comercio al rescate del 50% de lo depositado al desvincularse del sector. Si tal depósito no fue realizado por el empleador, éste debe soportarlo de su peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo..." (C.N.A.T., Sala VI, Sánchez Néstor c/Terbo S.A., Sent. Nº 50.284 del 19/11/98, Mag.: Fernández Madrid-Capón Filas).-

Y asimismo, que "...El Sistema de Retiro Complementario establecido convencionalmente mediante acta del 21/6/91 (CCT 130/75) se halla destinado a reforzar el régimen de previsión social vigente, mediante el otorgamiento de un beneficio adicional. Pero el art. 9 de su normativa faculta al trabajador desvinculado del sector a solicitar el rescate de los aportes personales, sin requerirle el requisito de la edad, reduciendo tal recate al 50% del total de los aportes referidos y si tales aportes no fueron realizados por la empleadora, es ésta la que debe soportarlos de su propio peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo..."

(C.N.A.T., Sala II, Sabaté Cristina c/Alcira Travellers Services S.R.L., Sent. 89.634 del 28/8/2001, Mag.: González-Rodríguez).-

-----Por todo lo expuesto, LA CAMARA PRIMERA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

-----RESUELVE: 1) Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por la actora CAMILA BELÉN MUÑOZ, contra el demandado JOSE BARROS, y en consecuencia condenando a éste último a pagar a la primera, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$559.024 (pesos quinientos cincuenta y nueve mil veinticuatro) en concepto de haberes e indemnizaciones.- Importe que incluye intereses a la tasa del Banco de la Nación Argentina en los términos establecidos por los fallos del STJRN calculados al 15/9/19, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos. Con costas a cargo de la demandada a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr.Miguel Dithurbide en la suma de \$109.569 y los del Dr.Daniel Alejandro Melo en la suma de \$86.090 (MB:\$ 559.024, 14 y 11%, 40% -Arts. 6,7, 9 y cc.Ley de Aranceles).-

-----2) Condenar a la demandada a hacer entrega a la actora, dentro de los SESENTA DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, los CERTIFICADOS DE TRABAJO Y SERVICIOS (que incluye el de cesación de servicios), bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes).- Con costas a la demandada, estando la regulación honoraria comprendida en el punto anterior.-

-----3) Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.-

-----4) Firme la presente, por Secretaría, practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones.

-----5) Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.-

Dr. José Luis Rodríguez
Presidente

Dr. Nelson Walter Peña Dra. Paula I. Bisogni
Vocal Vocal

Ante mi: Dra. Lucía Meheuech
- Secretaria -