

//neral Roca, 05 de Diciembre de 2023.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**GONZALEZ AILEN SUYAI ALDANA Y IBARRA EVELYN FERNANDA C/ ACTUAL S.A. S/ ORDINARIO (L)**" (Expte. N° RO-07231-L-0000)

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:

I) RESULTANDO:

1) En fecha 17/11/20 se presentan AILEN SUYAI ALDANA GONZALEZ y EVELYN FERNANDA IBARRA, por apoderado, a plantear formal demanda laboral contra Actual S.A., reclamando la suma de \$1.154.916,16 (pesos un millón ciento cincuenta y cuatro mil novecientos dieciseis c/ 16 ctvos) y/o lo que en más o en menos surja la prueba a rendirse en este proceso, en concepto de haberes por enfermedad (González), Indemnización por antigüedad, preaviso, ley 25323, y DNU de emergencia, Daños y Perjuicios por omisión de contratación Seguro La Estrella, con intereses y costas.

Relata que la actora Ailén González ingresó a trabajar para la accionada en fecha 01/02/2018 en la categoría Administrativa B CCT 130/75; mientras que Evelyn Ibarra ingresó en fecha 05/06/2017 en la categoría Cajera B CCT 130/75.

El día 12-5-2020 la demandada despidió a las actrices invocando una falsa causa, que fue expresamente rechazada por las trabajadoras. Adjunta comunicación rescisoria. La falsedad surge objetivamente del hecho en que la fecha del alegado incumplimiento de Evelyn Ibarra se corresponde con un día no laboral (domingo), en que ésta no prestó servicios. Mientras que a la actora Ailen Gonzalez se le señala haber cometido un hecho en una jornada que no trabajó (estaba de reposo laboral).

Manifiesta que la empresa en esa época despidió a varios empleados de otras sucursales (Neuquén, Tierra del Fuego, Cipolletti) también invocando causas falsas, en un claro intento de eludir sus obligaciones laborales y evitar el pago de la duplicación indemnizatoria, en conducta de absoluta arbitrariedad.

Señala asimismo la ilicitud de la causa invocada, ya que en el despido no se señalan ni especifican los supuestos "incumplimientos", ni las órdenes, ni se identifica al "superior jerárquico", revistiendo una generalidad que encubre la arbitrariedad y afecta el derecho de defensa de las trabajadoras.

El despido fue impugnado por las trabajadoras mediante telegramas que en copia

acompaña, reclamando el pago de las indemnizaciones derivadas del despido incausado.

En el caso de la actora Ailén Aldana Gonzalez, quien a la fecha del despido se encontraba en uso de licencia médica, reclama asimismo el pago de los salarios correspondientes al plazo de licencia pendiente, de conformidad a lo dispuesto por el art. 213 LCT. En fecha 8-6-2020 fue dada de alta, lo que fue comunicado a la empleadora en fecha 22-6-2020.

Reclama las indemnizaciones derivadas del despido, así como la duplicación establecida por el DNU 34 y sus prórrogas. Pide el pago de indemnización de daños y perjuicios por la omisión de seguro La Estrella, conforme jurisprudencia del fuero.

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

2) Corrido el traslado pertinente, se agrega cédula de traslado de la demanda en SGP en fecha 27-09-21.

En fecha 23-09-21 se presenta Actual S.A, por apoderado, a contestar demanda.

Niega que el despido haya sido arbitrario, y que les corresponda a las actoras las sumas que reclaman.-

Reconoce la relación habida entre las partes, y fecha de ingreso denunciada. Expresa que ambas actoras revestían categoría Adm B. Refiere que su parte cumplió con las obligaciones a su cargo, no así las actoras, que incurrieron en numerosos incumplimientos, consistentes en llegadas tarde, desacato de las órdenes de los superiores jerárquicos, maltrato hacia sus superiores y compañeros de trabajo, lo cual será acreditados mediante testigos.

De ello surge que las actoras fueron despedidas con justa causa, por generar con su conducta grave perjuicio a su parte, siendo la demanda un claro intento de hacerse acreedoras de indemnizaciones que no les corresponden.

Impugna liquidación practicada, refiere que el DNU 34/19 resulta improcedente por haber sido despedidas con justa causa, al igual que la indemnización del art. 2 ley 25323 reclamada.

Manifiesta que no procede la multa del art. 80 LCT, acompañando Certificaciones de Servicios y Certificados de Trabajo. Rechaza el pago de daños y perjuicios por Seguro convencional La Estrella.

Ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda.

3) En fecha 30-09-21 contesta la actora traslado de la documentación acompañada por la contraria.

En fecha 28-10-21 obra acta de audiencia de conciliación, sin alcanzarse acuerdo.

En fecha 03-12-2021 se dicta auto de apertura a prueba.

En fecha 05-06-2023 la Dra. Brito del Pino acompaña CD por la que notifica a la demandada la renuncia al poder. Se ordenó allí intimar a la parte demandada a comparecer a estar a derecho dentro del término de diez días, bajo apercibimiento de continuar la causa en rebeldía y tener por constituido domicilio en los Estrados del Tribunal, debiendo ser notificada para ello en su domicilio real, quedando la letrada vinculada a la causa hasta el vencimiento del plazo fijado.

En fecha 04-08-2023 se agregó informe del Dr. Daian Petricio, confirmando la autenticidad de los certificados médicos acompañados.

En fecha 11-08-23 se agregó informe de Correo.

En fecha 10-08-2023 obra acta de audiencia de vista de causa, a la que compareció únicamente la parte actora, desistiendo de la prueba ofrecida, y se la tenga por alegada. Con lo que quedan estos autos en estado de dictar sentencia.

II) CONSIDERANDO:

Corresponde en primer término, conforme art.55 inc.1 ley 5631 expedirme en relación a los hechos que se tienen por probados:

1.- La actora Ailén Gonzalez ingresó a trabajar para la accionada en fecha 01/02/2018 en la categoría Administrativa B CCT 130/75; mientras que Evelyn Ibarra ingresó en fecha 05/06/2017 en la categoría Cajera B CCT 130/75. Ello surge de los recibos de haberes acompañados en demanda, que no fueron desvirtuados. Ello en forma coincidente con las certificaciones de servicios y remuneraciones adjuntados por la demandada.

2.- Que en fecha 04-05-2020 la demandada adoptó la decisión de comunicar el despido con justa causa de la actora Ailén Suyai Gonzalez, todo lo cual consta en el texto de la carta documento n0048694, recepcionada por ésta en fecha 12-05-20, cuyo texto reza: “Debido a sus continuos y reiterados incumplimientos a las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos y considerando antecedentes y sanciones previas, nos consideramos injuriados por su nueva falta cometida el 18/04/2020, razón por la que despedimos por su exclusiva culpa y responsabilidad, desde el día de la fecha. Haberes y certificados a su disposición. ...”

Se agregó en autos copia de dicha CD por parte de la actora, junto a su

demanda, sin que medie desconocimiento de la contaria.

3.- Que en fecha 04-05-2020 la demandada adoptó la decisión de comunicar el despido con justa causa de la actora Evelyn Ibarra, todo lo cual consta en el texto de la carta documento n0048695, recepcionada por ésta en fecha 12-05-20, cuyo texto reza: “ Debido a sus continuos y reiterados incumplimientos a las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos y considerando antecedentes y sanciones previas, nos consideramos injuriados por su nueva falta cometida el 19/04/2020, razón por la que despedimos por su exclusiva culpa y responsabilidad, desde el día de la fecha. Haberes y certificados a su disposición. ...”

Se agregó en autos copia de dicha CD, por parte de la actora junto a su demanda, sin que medie desconocimiento de la contaria.

4.- La actora Ailen s. Aldana Gonzalez rechazó el despido, mediante telegrama del 14-05-20, que dice: “Rechazo contenido y texto de su CD recibida en fecha 12.5.2020 mediante la cual me despide con causa falsa. Niego continuos y reiterados incumplimientos a las ordenes impartidas por mis superiores jerárquicos.- Niego antecedente y sanciones previas.- Impugno por falso que haya cometido un falta en fecha 18-4-2020 (de hecho ese día no trabajé por estar con reposo laboral.- Ud. tiene conocimiento (pues he presentado los certificados médicos) que me encuentro en reposo laboral desde el 3.2.2020 sin que se me haya otorgado el alta definitiva.- El despido no tiene efecto (pues la relación laboral esta “suspendida” como consecuencia del reposo laboral) de manera que me deberá abonar los haberes hasta la fecha del alta medico.- Sin perjuicio de lo manifestado, ud. me despide arbitrariamente (con causa falsas) en consecuencia, oportunamente deberá abonarme las indemnizaciones de ley “.-

Se agregó en autos copia de dicha CD, por parte de la actora junto a la demanda, sin que medie desconocimiento de la contraria. Su autenticidad y

recepción se acredita asimismo con informe de Correo.

5.- La actora Evelyn F. Ibarra rechazó el despido, mediante telegrama del 13-05-20, que dice: "Rechazo causal de despido notificada en fecha 13/5/2020, por improcedente y falso; es decir es arbitrario y sin causa.- Niego continuos y reiterados incumplimientos a las ordenes que me impartieran mis superiores jerárquicos.- niego antecedentes y sanciones previas.- Niego que uds. hayan sido injuriados.- Niego haber cometido alguna falta en fecha 19/4/2020.- El despido es arbitrario e ilegal.- En consecuencia, intimo plazo dos días hábiles abone indemnizaciones legales las que deberán incluir la doble indemnización y la liquidación final, bajo apercibimiento de accionar judicialmente “.

Se agregó en autos copia de dicha CD, por parte de la actora junto a la demanda, sin que medie desconocimiento de la contraria. Su autenticidad y recepción se acredita asimismo con informe de Correo.

6.- Que la actora Ailén González se encontraba bajo licencia por enfermedad desde 7/2/20 según surge del recibo de haberes del mes de abril acompañado, y de los certificados médicos del Dr. Daian Petricio, adjuntados en autos. Dicha situación subsistía a la fecha del despido, según surge de certificado de fecha 7/4/20 indicando reposo hasta 8/5/20; resumen de historia clínica y certificado del 6/5/20 indicando reposo laboral hasta 8/6/20.-

7.- La actora Ailen Aldana Gonzalez comunicó posterior telegrama dirigido a Actual S.A. con fecha 24-06-20, que dice: “Notifico a Uds. que en fecha 8-6-2020 fui dada de alta médica.- Pongo a su disposición el certificado correspondiente, que envié en a fecha vía WSP al Sr. Ricardo Cabral.- Considero extinguido el vinculo laboral por despido con causa falsa a partir de esa fecha.- Intimo plazo dos días hábiles abone haberes de mayo/20 (15 dias) y 8 dias de junio/2020.- Abone, además, en el mismo plazo, las indemnizaciones legales por despido sin causa (causa falsa).- Su

incumplimiento en el plazo otorgado me obligará a iniciar las acciones legales correspondientes.- Haga entrega de los certificados de trabajo, certificado de servicios y remuneraciones en un todo de acuerdo a la LCT bajo apercibimiento de lo allí dispuesto”.-

8.- Se abonó a la actora Ibarra el sueldo del mes de mayo 2020 y liquidación final según surge del recibo adjuntado con la demanda.

9.- No se acreditó pago de mayo ni liquidación final a González. No se acreditó el pago de las indemnizaciones por despido a ninguna de las actoras. No se acreditó la contratación de seguro convencional La Estrella.

III). Corresponde a continuación expedirnos sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 55 inc 2 Ley 5631).

1. Despido directo: Atento la forma en que ha quedado trabada la litis, la cuestión litigiosa se centra en primer término en determinar si ha existido justa causa en el despido decidido por la empleadora el día 04/05/2020. El mismo se hizo efectivo con la recepción de dichas CD, en fecha 12-05-20, en razón del carácter recepticio del despido.

A tales efectos, y de conformidad a lo dispuesto por el art. 243 LCT, que establece la fijeza prejudicial de la causa del despido, ello habrá de valorarse partiendo del texto de la comunicación rescisoria invocada por la demandada -transcripta supra-, adelantando que no se ha acreditado la justificación del mismo.

Cabe recordar que el art.242 LCT establece la facultad de rescindir el contrato de trabajo con justa causa, cuando la otra parte incumpla en forma grave sus deberes y obligaciones, de forma tal que configuren lo que la doctrina denomina "injuria laboral". Debe tratarse de un agravio a los intereses del empleador dado por un incumplimiento a sus obligaciones laborales de tal gravedad que no consienta la continuidad del vínculo.

No cualquier incumplimiento amerita el despido, contando el empleador con la posibilidad de aplicar sanciones disciplinarias al trabajador, antes de recurrir al despido, de modo que éste ajuste su conducta a los deberes que le son legalmente exigibles (art.67 LCT). La ley busca de esta manera dar una oportunidad a las partes de reconducir el vínculo, teniendo en cuenta que se trata de contratos de tracto continuado con vocación de permanencia, destinados en principio a durar muchos años, ya que en principio la ley prevé que los contratos de trabajo son celebrados por tiempo indeterminado, es decir que han de perdurar hasta que el trabajador alcance la edad

jubilatoria (art. LCT). Así se ha dicho que "para erigirse en justa causa de despido, el obrar contrario a derecho debe asumir magnitud suficiente para desplazar del primer plano al principio de conservación del contrato" CNAT sala I 31-8-01 "Maciel Alejandro c. Molba S.A."DT 2002-a77).

A los fines de determinar si la conducta endilgada al trabajador constituye injuria que justifica el despido, ésta ha de ser valorada "prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y las circunstancias personales en cada caso" (art. 242 2do párrafo LCT).

Es así que en el caso que nos ocupa, y analizado que fuera el texto de la comunicación rescisoria surge en forma evidente, la ausencia de precisión y vaguedad de los incumplimientos que se le reprochan a las actoras en pos de fundamentar la justa causa de despido, omitiendo mencionar en la misiva -al igual que al tiempo de contestar la demanda- cuáles fueron en concreto, y en forma individualizada los "continuos y reiterados incumplimientos a las órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos", sin tampoco especificar las supuestas nuevas faltas cometida por ellas el 18 y 19/04/2020 -respectivamente.-

Las comunicaciones de despido son inválidas en cuanto no cumplen los recaudos del art.243 LCT que exige que éste contenga "expresión suficientemente clara de los motivos en que se funda la ruptura del contrato".

"Al determinar la ley que la comunicación enuncie el o los hechos que lo motivan se refiere a hechos concretos, específicos, individualizados, expresos, enunciados taxativamente, es decir perfectamente distinguibles e inequívocos, no susceptibles de ser ampliados o modificados posteriormente.." STJ Entre Rios Sala 3º del Trabajo, 5-9-80 "Lezcano Martin c.Frigorifico Gualeguaychú S-A. s /cobro de pesos", Revista Derecho Laboral, 2000-1, sum. 324, cit en Ley de Contrato de Trabajo, Raúl Ojeda, T.III, pag.386. Ya que de lo contrario se vería afectado el derecho de defensa de las actoras, (op. cit pag.387).

Se advierte que en forma manifiesta los telegramas de despido de las

actoras del caso, transcritos precedentemente, no cumplen con los recaudos referidos. No se especifican ni se han acompañado las antecedentes de sanciones previas a que allí se hace referencia.

Tampoco se ha producido prueba testimonial tendiente a acreditar los hechos invocados como causal del distracto, los cuales fueron expresamente negados y desconocidos por las actoras, estando la carga de la prueba a cargo del demandado. Cabe recordar que la prueba de la causa del despido recae en quien invoca la existencia del hecho injurioso, así en caso de despido directo, el empleador debe justificar la causa invocada al efecto (art. 377 CPCC).

En definitiva, el despido decidido por la empleadora debe tenerse por injustificado, por no reunir los requisitos del art.243 LCT, ni haberse acreditado en modo alguno las causales allí invocadas.

Que así las cosas corresponde hacer lugar a las indemnizaciones por despido incausado que son su legal consecuencia (arts. 232, 233, y 245 L.C.T.).-

A los fines de la indemnización por antigüedad corresponde considerar, para la actora Ibarra la mejor remuneración normal y habitual de \$52.888.93, y una antigüedad de 3 periodos (fecha de ingreso 05/06/2017, despido 12/05/20: 2 años y 11 meses) y un mes de preaviso.

Mientras que para la actora Gonzalez le corresponde la mejor remuneración normal y habitual de \$48.899.96, y una antigüedad de 3 periodos (fecha de ingreso 01/02/2018, despido 12/05/20: 2 años, 3 meses y 11 días) y un mes de preaviso.

2.- Salarios de enfermedad Gonzalez: Con el recibo del mes de abril y los certificados médicos acompañados en demanda, cuya autenticidad fuera acreditada por informativa del Dr.Petricio, se acreditó que la actora se encontraba a la fecha del distracto, en uso de licencia médica, habiendo obtenido el alta médica en fecha 08/06/2020.

En consecuencia, y de conformidad a lo dispuesto por el art. 213 LCT le corresponden los salarios hasta dicha fecha (8/06/20). Se ha considerado que "la obligación de pago de los salarios durante este periodo no implica la continuidad del contrato, sino que la relación se extingue pero la obligación de abonar las remuneraciones permanece" (op ct. pag.134).

3.- Duplicación DNU 34: El DNU 34/2019 establece la duplicidad de la indemnización por despido, siendo el objetivo buscado mediante dicha norma, dar

especial protección a las fuentes laborales en épocas especiales de emergencia, ponderando una situación de mayor gravedad y desamparo cual es el desempleo. Corresponde su aplicación, en razón de haber operado el despido en el periodo de vigencia de dicha norma (vigente desde el 13 de diciembre 2019, y prorrogada por sendos decretos (conf. DNU 156/2020, BO 17/2/2020, DNU 528/2020, 10/6/2020 y DNU 39/2021 (BO 23/1/2021), con las limitaciones del DNU 886/21 (BO 24/12/2021), y habiendo ingresado las trabajadoras con anterioridad a la misma.- No basta que se hubiere invocado una causa en la comunicación rescisoria atento la manifiesta invalidez de la misma, y su absoluta falta de prueba. Por aplicación de ésta deberán duplicarse todos los rubros indemnizatorios derivados del despido sin causa: indemnización por antigüedad, sustitutiva de preaviso, integración del mes de despido.

4.- Indemnización art. 2 ley 25323: Con respecto al incremento indemnizatorio previsto por el art.2 de la Ley 25.323, cabe destacar, que su finalidad tiene por objeto desalentar conductas obstruccionistas y dilatorias del empleador que obligado a abonar las indemnizaciones derivadas del despido omite hacerlo sin causa razonable que lo justifique (conf. S.T.J.R.N., in re "Tellez", Se. N° 45/13, 24/09/2013), no dejándole otro camino al trabajador que iniciar acciones judiciales para obtener su cobro. Tal como dijéramos en autos "Romero Angela Elizabeth c/Canil Nélica Haydée s/reclamo" (Expte.n° R-2RO-221-L2013), para que este recargo adicional sea procedente, la norma exige que el trabajador intime en forma fehaciente al pago de las indemnizaciones por despido (arts.232, 233, 245 LCT).

En el presente caso, el despido directo de las trabajadoras, fue impugnado por éstas en forma fehaciente, conforme telegramas transcriptos supra, en los que reclamaron asimismo el pago de las indemnizaciones por antigüedad, sin que ello fuera cumplido, viéndose obligadas a acudir a la vía judicial para obtener su reconocimiento. Por lo que el rubro resulta procedente.

5.- Que en relación a la indemnización prevista por el art.80 de la L.C.T. la misma procede únicamente en relación a la actora Ailón Gonzalez, quien acreditó haber intimado fehacientemente a ello mediante telegrama del 24-06-2020, sin que se hubiera acreditado que la empleadora hubiera entregado dichas certificaciones, ni contestado el requerimiento. Con ello se verifica el cumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 3 del Decr. 146/01, pues se efectuó el requerimiento previsto por el art. 80 de la L.C.T. luego de transcurridos treinta días corridos de extinguido el contrato de trabajo.-

Por el contrario, no se acreditó que la actora Evelyn Ibarra hubiera cursado tal

requerimiento, por lo que no corresponde a su respecto dicha indemnización.

6.- Seguro de retiro convencional. Indemnización por daños y perjuicios.

Cabe en este punto definir si corresponde una indemnización a favor de las actoras 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. Cabe señalar que la falta de contratación de dicho seguro se tiene por probada en el caso, ya que ello njo fue de ningún modo acreditado por la contraria.

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, 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 DNRT 4701/91.

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 recepta el rubro en consecuencia, de acuerdo a la liquidación practicada en demanda, que no fuera desvirtuada.-

Conclusión: De conformidad a lo expuesto, corresponde hacer lugar a la demanda, resultando procedente la indemnización por despido sin causa conf. art. 245, preaviso (arts. 232 LCT), duplicación DNU 34/19, la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323 y la indemnización por omisión de seguro de retiro CCT 130/75. Adicionándose

en el caso de Gonzalez, la multa art.80 LCT y los salarios de enfermedad (mayo/junio 2020).

Finalmente, en cuanto al reclamo de entrega del Certificado de Trabajo y de la Certificación de Servicios y Remuneraciones, no surgiendo de las constancias de autos que hayan sido entregados al actor, y habiéndose agregado éstos únicamente en copia con la contestación de demanda, corresponde hacer lugar al reclamo en virtud de lo dispuesto por los arts. 80 L.C.T. y art. 12 inc. g Ley 24.241. Dichos certificados deberán ser acompañados ante el Tribunal en original, para su entrega a las actoras, bajo constancia.

LIQUIDACIÓN: La presente planilla se practica al 30 de noviembre de 2.023, a la tasa del Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino hasta 72 meses o la que en el futuro se establezca como de plazo menor (conf. S.T.J. in re "FLEITAS", Expte. N° 29.826/18-STJ, Sentencia del 03 de Julio de 2.018).

GONZALEZ : MRNH \$ 48.899,96

1.- Antigüedad (245 LCT).....	\$ 146.699.88
2.- Preaviso.....	\$ 48.899.96
3.- Haberes mayo/junio 2020.....	\$ 45.639.96
4.- Indem DNU 34/19.....	\$ 195.599.84
5.- Indem art. 2 ley 25323.....	\$ 97.799
6.- Indem art. 80 LCT	\$146.699.88
7.- Indem. seguro La estrella.....	<u>\$ 44.498</u>
Subtotal	\$ 725.836,52
Intereses del 19-05-20 al 30-11-23	<u>\$1.908.848.46</u>
Total Adeudado	\$2.634.685

IBARRA : MRNH \$ 52.888,93

1.- Antigüedad (245 LCT).....	\$ 158.666.79
2.- Preaviso.....	\$ 52.888,93
3.- Indem DNU 34/19.....	\$211.555,72
4.- Indem art. 2 ley 25323.....	\$105.777,86
5.-Indem seguro La Estrella.....	<u>\$ 63.655</u>
Subtotal	\$ 592.544
Intereses del 17-05-20 al 30-11-23	<u>\$1.558.307.78</u>
Total Adeudado	\$2.150.852

Con costas. Tal Mi voto.-

El Dr. **Nelson Walter Peña** dijo: Adhiero al primer voto. 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. Broggini, 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 consciente (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. 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 2.009) 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. Victorio Gerometta** dijo: Adhiere al primer voto, por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Sobre el Seguro de Retiro Complementario, de conformidad con antecedentes del fuero (expte. "Esponda c/ Saturno Hogar S.A. del 29-08-2011, y muchos otros) y tal como allí se estableciera, la mitad del aporte patronal que debió destinarse al sistema, va a una cuenta particular de dependiente, mientras que el restante 50% se deriva a una suerte de seguro colectivo, por lo que mal puede reclamar el actor el total de la contribución del

3,5% previsto convencionalmente. De allí que como el monto de rescate que le hubiera correspondido es el 50% de cuanto debió la empleadora consignar en el régimen de seguro de retiro complementario, es que debe acogerse parcialmente la pretensión esgrimida, hasta el 1,75% del salario mensual, más antigüedad, zona y presentismo, con su SAC, lo que permitirá establecer los valores verosímiles de la cuenta individual. Ello así en concepto de daños y perjuicios y no de seguro en si mismo, toda vez que al no haber habido argumento de la empleadora en tal sentido, debo entender que nunca se hizo el depósito al régimen especial, complementario del CCT 130/75.

Por los motivos expuestos, acompaño 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. Tal como me expresara en fallo dictado en expte. "AMACIO, JOSE OSCAR Y OTROS C/ INTEGRAL SERVICIOS S.R.L. S/ ORDINARIO - RECLAMO LEY DE CONTRATO DE TRABAJO" (Expte. N° RO-00114-L-2021), del 25-08-23.

-----Por todo lo expuesto, **LA CÁMARA PRIMERA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;**

-----**RESUELVE:**

-----1) Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por las actoras **AILEN SUYAI ALDANA GONZALEZ Y EVELYN FERNANDA IBARRA**, contra la demandada **ACTUAL S.A.**, y en consecuencia condenando a ésta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de **\$2.634.685 y 2.150.852**, respectivamente a cada una de ellas, en concepto de indemnizaciones por antigüedad y preaviso, DNI 34/19, art.2 ley 25323, art.80 LCT y salarios enfermedad (Gonzalez), según Considerandos precedentes.- Importe que incluye intereses calculados al 30-11-23 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 \$937.965, y los de la Dra. Ailin Brito del Pino en la suma de \$401.985 (MB:\$4.785.537, 14 + 40%; 12% +40%, %2 -Arts. 6,7, 9 y cc.Ley de Aranceles).-

-----2) Condenar a la demandada a hacer entrega a las actoras, 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) Rechazar parcialmente la demanda instaurada por la actora Evelyn Ibarra contra la demandada Actual S.A., por los conceptos que se da cuenta en los considerando (multa atr. 80 LCT). Costas a cargo del actor a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Miguel Dithurbide en la suma de \$26655, y los de la Dra. Ailin Brito del Pino en la suma de \$ 15.549 (MB:\$158666, 14 + 40%; 12% +40%, %2 -Arts. 6,7, 9 y cc.Ley de Aranceles).-

-----4) 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.-

-----5) Líbrese cédula al Banco Patagonia S.A , a efectos de que proceda a la apertura de una cuenta judicial a nombre de estos autos y a la orden del Tribunal, haciéndole saber que deberá dar cumplimiento con la medida en plazo de 48 hs. de notificado, informando número de cuenta y de CBU, bajo apercibimiento de aplicar la suma de \$5.000 diarios en concepto de astreintes.-

-----6) Firme la presente, por Secretaría, practíquese planilla de liquidación de

impuestos y contribuciones.-

-----7) Regístrese, publíquese, notifíquese ministerio legis (conf. Acordada 36/2022 S.T.J.), cúmplase con Ley 869.-

Dr. Nelson Walter Peña
Presidente

Dra. Paula I. Bisogni Dr. Victorio Gerometta
Vocal Vocal

El instrumento que antecede ha sido firmado digitalmente en los términos y alcances de la Ley Nac. 25506 y Ley A 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ y se publica en el día de la fecha. Conste.-

Secretaría, 05/12/2023

Ante mi: Dra. Lucía Meheuech
-Secretaria Cámara Primera-