

//neral Roca, 28 de diciembre de 2017.-

-----Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "VILAZA ULLOA LUIS GILBERTO C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO" (Expte. N° R-2RO-394-L1-13).-

-----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.- A fs.40/47 se presenta Luis Gilber Vilaza Ulloa, por apoderado a plantear formal demanda laboral contra Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia por la suma de \$ 186.044,82 en concepto de reajuste de indemnización por antigüedad, horas extras, reajuste de haberes, ley 25323 y daños y perjuicios por incumplimiento de Seguro La Estrella.

Relata que ingresó a trabajar para la accionada, que desarrolla la actividad de supermercado, en fecha 9/06/98, desempeñando tareas como Auxiliar especializado. La relación laboral concluyó el 29/05/12, al ser despedido sin causa.

A partir de su ingreso fue categorizado como Auxiliar B, mas a partir de la apertura del local de calle San Juan en el año 2001, la empresa decidió unilateralmente denominarlo "jerárquico", abonándole una remuneración con un básico superior al del CCT 130/75.- El fundamento para ello es que debía estar a disposición en su domicilio para ser convocado en forma urgente cualquier día y hora, incluyendo los fines de semana.

Detalla la jornada de trabajo establecida por el empleador, en la que debía cumplir una semana de guardia en forma alternada.- Por su especialidad en electricidad debía reparar los artefactos eléctricos, máquinas y estar a disposición de la empresa los fines de semana y fuera de su horario, por lo cual pactaron un básico superior al del convenio.

Dicho básico era reajustado cada vez que se producían aumentos en la escala convencional, en el mismo porcentaje. No obstante en mayo 2012 hubo un aumento general del 15% que no se aplicó en sus haberes.-

Tampoco se le abonaban los adicionales por zona (5%) ni presentismo (8,33%), cuyo pago reclama por el periodo de 24 meses. Reclama asimismo el pago de horas extras a

razón de 12 mensuales, toda vez que la jornada efectivamente cumplida excedía la reglamentaria de 48 horas semanales, por el mismo período.

Ante el despido sin causa producido, percibió las indemnizaciones liquidadas por la empresa, reclamando por telegrama de fecha 26/06/12 las diferencias resultantes de la omisión de los rubros mencionados. Ello fue rechazado por la empresa en la contestación cursada en CD, por lo cual debió interponer la presente acción judicial.

Expresa que a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad debió considerarse la suma de \$ 13.181,75, comprensiva de \$9612,14 de básico convenido, más \$1442,12 de adicionales por presentismo y zona, y \$ 605,64 de horas extras, con más el 15% de aumento fijado a partir de mayo.-

Calcula la diferencia en el rubro antigüedad por la suma de \$49.946,54 y preaviso en \$ 7.711,82. Reclama asimismo la multa del art.2 de la ley 25.323.

Plantea la inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas convenidas en la escala salarial, conforme su real carácter remuneratorio y lo establecido en la jurisprudencia de la Corte.

Expresa que la empresa cumplió parcialmente con la obligación de pago del seguro de retiro La Estrella, haciéndolo hasta el año 2000, dejando de hacerlo a partir de entonces, en que lo consideró jerárquico, cesando los aportes.- Tal incumplimiento generó un daño al trabajador, que debe ser resarcido, y que calcula en el 3,5% de sus remuneraciones, en que debió consistir el aporte omitido, el que estima en la suma de \$47.880.-

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

2.- Corrido el traslado pertinente, a fs. 101/119 comparece la accionada Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia a contestar demanda incoada en su contra, oponiéndose a su progreso.

Niega en forma pormenorizada los hechos en que se funda la demanda. Plantea la improcedencia del reclamo formulado, solicitando se apliquen sanciones por temeridad procesal y pluspetición inexcusable ya que resulta excesivo pretender la exorbitante suma de casi doscientos mil pesos, habiendo cobrado ya la suma de \$168.273 que se le abonó con la baja.

Niega que el actor hubiera trabajado horas extras. Hasta enero del 2011 los empleados jerárquicos prestaban tareas de 55 hs., pasando allí a cumplir 48 hs semanales.

Según las tareas descriptas en demanda, el actor era supervisor de mantenimiento de las

cuatro sucursales de General Roca, desempeñándose como personal jerárquico.

Reconoce las fechas de ingreso y egreso invocadas en demanda, cuyas remuneraciones surgen de la certificación que acompaña. El actor nunca reclamó, pues nada tenía que reclamar, ya que los haberes abonados superaban notablemente los máximos convencionales. Ningún perjuicio le ocasionó ello, antes bien, un claro beneficio. Los adicionales que reclama no le son aplicables por estar fuera de convenio, como así tampoco las horas extras. La ley 11544 art.3 y el decreto reglamentario 16115/33 exceptúa de los límites de la jornada a los empleados que se desempeñen en tareas de dirección y vigilancia, en las que encuadraba la relación laboral del actor. Cita jurisprudencia. Agrega que a partir de la reforma de dicha normativa por la ley 26.597 de fecha 11-06-10, se le abonaron las horas extras realizadas. En su caso, es carga del actor la prueba de la mayor cantidad reclamada en forma fehaciente.

En relación a la estructura de la remuneración, invoca la aplicación del criterio que emana del fallo de la Corte en autos "Carol Haginian", por la cual debe preservarse la estructura de la remuneración que supera los mínimos convencionales, seguido también por el STJRN. Sólo resultan exigibles los montos resultantes de la escala salarial, por lo que si los montos abonados lo superan ninguna diferencia existe a favor del trabajador, independientemente de la estructura adoptada en el recibo, o la falta de discriminación de rubros.

Señala que no le corresponden por ello los adicionales que reclama, además de que por su carácter de jerárquico estaba fuera de convenio. Niega la inconstitucionalidad de las sumas acordadas convencionalmente como no remunerativas, toda vez que fueron debidamente homologados por la autoridad de aplicación.

Impugna la planilla de liquidación acompañada, y sostiene la improcedencia de la multa del art.2 de la ley 25323 reclamada.

Niega asimismo la procedencia del seguro de retiro La Estrella reclamado al empleador, ya que quien debe abonar el mismo es la compañía aseguradora.

Ofrece prueba, formula oposición a la de la contraria y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

3.- A fs.123 obra acta que da cuenta de la realización de audiencia de conciliación. A fs.131 obra acta de apertura a prueba. Se agrega prueba informativa: a Asociación de Supermercados Unidos a fs.147,216; a INC S.A. a fs.235/237; del Ministerio de Trabajo a fs.238/242 y de la Cámara Argentina de Supermercados a fs.248.-

A fs.185/201 se agrega pericial contable, que fue impugnada por la actora a fs.212/213

y por la demandada a fs.221. Dichas impugnaciones fueron contestadas por la perito a fs.257.-

A fs.227 obra acta que da cuenta de la audiencia de vista de causa, disponiéndose a fs.266 el pase de los autos al Acuerdo, con lo que quedan estos autos en estado de recibir la presente sentencia.

II.- CONSIDERANDO: Corresponde a continuación fijar los hechos que considero acreditados, apreciando en conciencia las pruebas producidas, conforme lo establece el art. 53 inc.1º de la Ley 1504, los que a mi juicio son los siguientes:

1. Que el actor comenzó a trabajar bajo las órdenes de la demandada S. A. Importadora y Exportadora Patagonia, el 9 de junio de 1998.- A su ingreso le fue otorgada la categoría de Auxiliar especializado B (conforme surge de la pericia contable, punto f fs. 197).- A partir del año 2001 figura registrado con la categoría "jerárquico", y de igual modo figura en los recibos correspondientes a los dos últimos años (mayo 2010- mayo 2012).- En el Certificado de Trabajo emitido por la empleadora a fs.101 se consignó que el actor se desempeñó como "Supervisor de Mantenimiento", en la categoría de "Jerárquico" (Recibos de haberes de fs.6/39, 61/93 155/160 y Certificado de Trabajo y certificación de servicios de fs.101/103).

2. Que el 29 de mayo del 2012 fue despedido sin causa, mediante CD obrante a fs.4, habiendo efectivizado la empleadora al pago de la liquidación final e indemnización derivada del despido, de conformidad y por los montos que surgen del recibo agregado a fs. 37 (copia suscripta por el trabajador a fs.93).-

3.- Que en fecha 28-6-12 el trabajador intimó al empleador por el pago de diferencias salariales y en la indemnización abonada, en razón de la mayor jornada cumplida, rubros por "zona" y presentismo" omitidos y último aumento salarial del 15% convenido a nivel nacional. Impugna en dicha misiva la calificación de "jerárquico" unilateralmente impuesta por la empresa, considerando le correspondía la categoría del art.12 del CCT 130/75 (fs.5, 91).-

4.- Dicha comunicación, fue respondida por la empleadora mediante CD de fecha 3-7-12 negando la procedencia de la categoría y diferencias reclamadas (fs.3,98).-

5. En la audiencia de vista de causa, el testigo Juan Alberto Castro dijo: "Entré en 1989, 1990, Vilaza entró después, no me acuerdo cuándo. Yo estaba en panadería. Los de mantenimiento eran full time, si se rompía algo se los llamaba.- En mantenimiento eran dos, Vilaza y otro de nombre Alberto. Mi horario era de 5 a 11 hs. y de 16 a 21 hs. A veces lo veía y a veces no. Los de mantenimiento hacían horario corrido. Yo estaba en

la sucursal 10 de Avda.Roca y Estados Unidos. Vilaza hacía el mantenimiento ahí y en la sucursal 42, de calle Córdoba y San Martín. Aproximadamente en el año 2000 fui a la sucursal 92 nueva de Avda. San Juan, ahí estuve primero en la panadería y después en el salón, como Jefe de Salón. Como encargado no me pagaban horas extras, eran como mínimo 10 horas al día. Después hicieron en la sucursal 92 el taller de mantenimiento, ahí lo veía a Vilaza. Eran dos ahí, y a lo último tres. Vilaza era el referente, pero no sé si era Jefe de sector. Había reuniones de encargados de sector con el gerente, pero no iba nadie de mantenimiento. Había un encargado regional, Ocares, de base y él los mandaba a ellos. Vilaza no aplicaba sanciones, creo sería el gerente de la sucursal. Todos marcábamos tarjeta, los encargados también".-

El testigo Alberto Márquez dijo: "Conocí a Vilaza en el trabajo, yo trabajé en La Anónima desde noviembre del 2005 y sigo. Hago mantenimiento para las tres sucursales. Al principio éramos dos, Vilaza y yo, después entró uno más, Félix, después estuvo otro Claudio, mientras estaba Vilaza.- Se hacían trabajos de electromecánica (mantenimiento eléctrico, frío, heladeras, freezer), mantenimiento de edificio (plomaría, gas, un poco de carpintería), según la sucursal. Se trabajaba por remitos de servicio. El jefe es Gustavo Ocares, que está en Cipolletti, ahí tiene su oficina. Él diagrama los horarios y nos dice a qué sucursal tenemos que ir. El gerente de cada sucursal le pasa los pedidos de trabajos a Ocares, y éste lo asigna al personal. En el año 2005 cuando entré hacíamos horario de 8 a 17 hs., 48 hs. semanales. Después se alternaba una semana horario corrido, y la otra cortado, de 8 a 12 y de 16 a 21 hs.- Más una guardia pasiva. Me podían llamar y tenía que ir, y ahí también marcaba el horario.- Para las urgencias me daban un celular provisto por la empresa, podía ser un problema con el frío alimentario, algo eléctrico. No eran mucho, o a veces se resolvía por teléfono, dependía. Para las guardias pasivas me turnaba por semana con Vilaza. Estuvimos 3 o 4 años así, después se cambió el diagrama horario, de 48 hs. semanales, con 12 horas de descanso. Ya no siguieron con la guardia pasiva. Vilaza creo todavía estaba. Ahora se usa el celular sólo en el horario de trabajo, queda en el taller. Soy auxiliar A o B, no sé bien. Vilaza tenía categoría de jerárquico, él era mi jefe, era el encargado en Roca. Tengo entendido que él hacía el mismo horario que yo. Había un tarjetero, o firmábamos planilla en una época. Las guardias activas siguen los sábados a la tarde y domingo, pero nos dan un franco en la semana en compensación. A mí me pagaban horas extras si hacía. Por las pasivas, me pagaban si había tenido que ir. Todos los meses había una o dos horas extras. No se pagaba la guardia pasiva en sí, sólo si se

hacía algún trabajo. Vilaza hacía lo mismo que yo. Si yo tenía algún problema y tenía que faltar le avisaba a Ocares".

El testigo Juan Carlos Narváez dijo: "Traabjo en la Anónima desde 2009 y sigo. Conozco a Vilaza de ahí. Era operario de mantenimiento, en el taller de la sucursal 92. Hacía horario corrido de 8 a 17 hs, a veces cortado, en forma alternada (8 a 12 y de 16 a 21 hs.). El diagrama lo hacía Gustavo Ocares, que está en Cipolletti. Éramos tres, Vilaza, Márquez y yo. Firmábamos planilla en la sucursal 92, la entrada y la salida. Un tiempo hacíamos guardia pasiva los fines de semana o después de horario, por si había alguna urgencia, con un teléfono que nos daba la empresa. Eran rotativas, una semana cada uno (de lunes a lunes). Te tocaban una o dos semanas al mes. Vilaza hacía lo mismo que yo. Yo era Auxiliar B, sigo igual. Cuando entré no me pagaban horas extras al 100% si trabajaste un sábado o domingo, después sí, nos daban un franco en la semana. Con el diagrama siempre había alguien de mantenimiento".-

De los testimonios recibidos extraigo las siguientes conclusiones: Que el actor Vilaza cumplía funciones en el sector de mantenimiento de supermercado.- Si bien los testigos Castro y Márquez refirieron que era jefe o referente del sector, no pudieron detallar el ámbito de decisión que le correspondía en tal carácter.- Por el contrario, todos ellos dijeron que dependían del encargado regional Ocares, de Cipolletti, que era quien diagramaba sus horarios e indicaba los trabajos a realizar por el sector.- Tenían turnos rotativos por semana (una semana horario corrido de 8 a 17, y la otra horario cortado de 8 a 12 y de 16 a 21 hs.), y otras cubrían los fines de semana -sábados y domingos- contando en tal caso con un franco en la semana.- Vilaza hacía el mismo diagrama horario que ellos. Todos marcaban tarjeta. Hacían guardia pasiva en forma rotativa semanal con un teléfono provisto por la empresa, y les pagaban horas extras si habían tenido que ir a hacer algún trabajo fuera de horario.-

III.- Corresponde a continuación expedirme sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53, inc. 2, Ley 1.504).-

Conforme ha quedado trabada la litis las cuestiones a resolver son: 1. si la función desempeñada por el actor está comprendida en las disposiciones del CCT 130/75 y en su caso, qué calificación profesional le corresponde; 2. Remuneración; 3. Planteo de inconstitucionalidad del carácter de las sumas no remunerativas establecidas por convenio colectivo; 4. Jornada del trabajo cumplida; 5. si corresponden las diferencias salariales reclamadas. 6.- si corresponde el aumento del mes de mayo 2012 para el cálculo de la indemnización por despido.-

Cabe señalar, que sobre las cuestiones a tratar en el presente caso este Tribunal se expidió en autos caratulados: "CORSO RAFAEL ALBERTO C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO" (Expte.n O-2RO-4599-L2012, Sentencia del 20 de mayo de 2.015), "GIOVAGNOLI SILVANA NOEMI C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO" (Expte.Nº 1CT-24369-11, Sentencia del 11 de agosto de 2.015) y "ARAYA MARIA YAQUELIN C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO" (Expte.Nº R-2RO-849-L1-14, sentencia del 21/12/15.- Antecedentes que, sin perjuicio de las particularidades fácticas del caso, han de tenerse en cuenta para la resolución del reclamo planteado.-

1. Función desempeñada por el actor y su encuadre o no en el CCT 130/75. Categoría laboral:

Que a los fines de determinar si el actor era un empleado jerárquico o no, voy a tener en cuenta las tareas que efectivamente realizaba y su grado de importancia, independientemente de la denominación de la categoría que las partes pudieron haberle asignado.

Sabido es que para determinar si un empleado es o no jerárquico son los hechos los que lo definen, de manera independiente de la denominación de la categoría que las partes pudieron haberle asignado. Ello así por aplicación del principio de primacía de la realidad, además del art.17 del CCT 130/75.

De acuerdo al art.8 de dicho convenio se considera personal Auxiliar al que desempeña tareas de reparación, ejecución, mantenimiento, transformación, service de toda índole, de bienes que hacen al giro de la empresa, revistiendo en la categoría B aquellos que cumplan tareas de "herrero, carpintero, ... albañiles...plomeros, instaladores de antena... service de artefactos... personal de mantenimiento de supermercados, autoservicios y/o empresas" y categoría C al capataz de cuadrilla o de florada.-

Según el art.11 se considera "Capataz al empleado que es responsable del trabajo que se realiza en un sector de una sección compuesta por personal obrero. Actúa en calidad de ejecutor, distribuidor y supervisor de las distintas tareas que se cumplen en el mismo, y a su vez se desempeña a las órdenes de un superior jerárquico".-

Por su parte, el art.12 especifica que se considera "Encargado de Segunda al empleado que es responsable del trabajo que se realiza en un sector de una sección, actuando en calidad de ejecutor, distribuidor y supervisor de las distintas tareas que se cumplen en

aquel".

En el caso del actor, considero que por las labores desarrolladas encuadra como "Personal Auxiliar" del art.8, que específicamente incluye como tal al personal que hace el mantenimiento en supermercados.- El "Personal auxiliar especializado" al que se refiere el art.9, si bien incluye como tales a los trabajadores con conocimientos o habilidades especiales en técnicas o artes que hacen al giro de los negocios, no menciona entre las actividades comprendidas aquellas desarrolladas por el actor, lo que determina corresponda su inclusión en la norma anterior, por su especificidad para el caso.-

En cuanto a la índole de las tareas desarrolladas, considero las mismas encuadran en la de Personal Auxiliar C -capataz-, ya que se corresponden con las desempeñadas a las órdenes de un superior jerárquico. No se acreditó que Vilaza cumpliera funciones jerárquicas diferenciadas, que permitan asignarle una categoría superior y menos aún considerarlo personal de dirección fuera de convenio.-

A través de los testimonios recibidos, quedó en claro que aun siendo identificado como jefe o referente del sector, Vilaza cumplía tareas similares a las de sus compañeros del sector Mantenimiento, correspondientes a la ejecución de las tareas propias del área. Todos los testigos dijeron que quien daba las órdenes era el responsable operativo regional sr.Ocares, él era quien les indicaba las tareas a realizar, confeccionaba los diagramas de horarios, y de quien dependían.- Vilaza no tenía facultades disciplinarias.- El testigo Castro, lo identificó solo como referente, pero no como jefe. Marquez lo reconoció como jefe suyo, lo que condice con el rol de capataz atribuido (quien ejecuta, distribuye y supervisa las tareas, a las órdenes a su vez de un superior jerárquico, en el caso Ocares).- Todos los empleados del sector cumplían un horario similar, y en cuanto a la responsabilidad por urgencias fuera de horario, dichas guardias pasivas eran cumplidas en forma alternada por semana de igual manera por sus compañeros. Ninguna otra prueba se produjo que desvirtúe lo dicho por los testigos mencionados, que permita considerar a Vilaza en la categoría de "jerárquico" fuera de convenio.-

Menos aún se demostró que el actor tuviera un poder de decisión asimilable a la de un gerente o dueño de la empresa, ni que tampoco contara con facultades para aplicar sanciones disciplinarias. Por el contrario, el actor ejecutaba directamente las tareas de mantenimiento, siguiendo al efecto las indicaciones dadas por el responsable regional Ocares, sin que se probara que el personal del sector estuviera a su cargo, en aspectos

que involucraran poder de decisión de significación.-

Es por ello que no cabe considerar al actor como encuadrado en funciones de dirección o jerárquicas fuera de convenio, máxime cuando en la misma sucursal, por sobre su nivel jerárquico se encuentran el gerente de sucursal y dependía de otro responsable que impartía las directivas de trabajo diarias, diagramaba al personal, etc.- El actor contaba con la obligación de fichar su horario de ingreso y egreso al trabajo, al igual que todos sus compañeros.

No correspondía considerar al actor como jerárquico fuera de convenio por la sola denominación dada por la empresa, o por el solo hecho de abonársele un haber superior al previsto en las escalas salariales. Por el principio de primacía de la realidad propio de la materia, la categoría que le corresponde es aquella que condice con las tareas efectivamente realizadas, que en el caso encuadra en las descritas en la convención colectiva, dependiendo necesariamente de instrucciones y modalidades generales que se implementan desde los cargos más altos de gerenciamiento.

Para ser considerado personal de dirección o jerárquico se requiere que un encargado de sector, tenga una importante autonomía de poder, con decisión asimilable a la de un gerente o dueño de la empresa. Lo esencial es que el tipo de tareas que realice sean de tal jerarquía e independencia que aún estando dentro de las pautas de organización general, pueda resolver con libre criterio y de forma inconsulta muchas más cuestiones que las relativas a la organización y contralor de las tareas cotidianas del ámbito específico, , elemento ausente de prueba en el caso.

Juan Carlos Fernández Madrid, en su obra Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, 3° ed., T II, pág. 1637, señala como criterio diferenciador del personal de dirección, la realización de tareas de responsabilidad identificables con el empleador. Señala que: "Esta excepción comprende indudablemente a los cargos de dirección de la empresa y a los directamente ligados con ella. Es decir traducen una identificación con el empleador y en cuanto a los empleos de dirección, el ejercicio delegado de ese poder".

De suerte tal que, de acuerdo con las tareas que desempeñó Luis Gilber Vilaza Ulloa, considero que debió habérselo encuadrado dentro del agrupamiento del Personal Auxiliar en categoría "C", según lo dispuesto por el art.8 del CCT 130/75, que comprende en su aplicación a los establecimientos que se individualicen como supermercados y/o autoservicios en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el Capítulo II art. 2° inciso B).

2.- Remuneración:

En materia laboral, la autonomía de la voluntad se encuentra limitada por el orden público, en virtud del cual, se deben abonar al trabajador como contraprestación de su trabajo, los montos mínimos que surjan de la ley o de las convenciones colectivas (arts.7,8, 12 LCT).

A consecuencia de lo resuelto precedentemente, corresponde establecer la remuneración mínima devengada por la actora, según la categoría de Auxiliar C, que se calcula considerando el básico correspondiente a la misma, con más todos los adicionales reconocidos por el convenio y los aumentos o sumas no remunerativos, sucesivamente establecidos por resoluciones homologadas por el MTySS, de aplicación también obligatoria para todos los empleados del sector.

Ello no significa que estos adicionales deban calcularse sobre la remuneración global efectivamente percibida por la actora.

Ciertamente las partes pueden convenir un salario mayor, por encima de los básicos de convenio, más ello no obliga al empleador a calcular los adicionales por sobre dicha suma.

El orden público laboral funciona en materia remuneratoria a modo de piso, debajo del cual no pueden abonarse los salarios del trabajador, pero tampoco puede exigirse que deba el empleador hacerlo por encima de éstos, tal como ocurriría si se toma el salario efectivamente percibido como básico y se le agregan los adicionales y demás rubros legales o convencionales sobre éstos como pretende la actora, lo que no corresponde.

Así ha sido resuelto por la Corte Suprema de Justicia en el citado fallo “Carol Haginian Washington y otros c/La Prensa S.A.” del 13/10/1987 (310:2091), en el cual se resolvió que “el cambio de denominación de los distintos rubros que configuran el salario no ha rebajado la retribución del trabajador”... pues en tal caso “falta el perjuicio concreto que autorizaría a considerar que se ha violado el principio de intangibilidad de aquél (art. 66,130 y 131 de la Ley de Contrato de Trabajo).

En igual sentido, en fallo “Tropea, Alicia Marta y otros c/ Club Atlético Vélez Sarsfield” del 24-5-92 (fallos 315:502) en que se resolvió que “Para invocar el principio de intangibilidad salarial se debe examinar si las modificaciones alegadas importaron alteraciones irrazonables en la composición del salario, si lo disminuyeron o implicaron la desjerarquización respecto del nivel alcanzado por el trabajador, esto es, un perjuicio concreto derivado de la modalidad remuneratoria”.- En similar sentido, ver fallo de la CNAT Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 15 de Abril de 2010 (caso Ricciotti Vanina Isabel C/ Maghini Verónica Andrea y Otros S/ Despido).-

Tal ha sido asimismo el criterio adoptado por el STJRN en caso similar, al resolver que “Las convenciones colectivas -como fuente propia del derecho laboral (art. 1 inc. c de la LCT)- establecen un piso por debajo del cual las partes tienen vedado el ejercicio de la autonomía de la voluntad. En consecuencia, la remuneración total abonada al trabajador no puede ser inferior al mínimo de convenio, pero si ésta la supera no puede prosperar ningún adicional que, aunque se haya omitido, se encuentre absorbido en la diferencia, salvo que las partes hubieran pactado en contrario. En el caso de autos, la Cámara estableció que las tareas que cumplía el actor se hallaban fuera del convenio aplicable. Ahora bien, si el actor reivindica su encuadramiento dentro de la convención colectiva no puede omitir considerar que la empleadora le pagaba un básico muy superior al que correspondía a la máxima categoría dentro del agrupamiento administrativo del CCT 130/75, lo que absorbe la suma reclamada en virtud de las normas de éste o cualquier otra que se hubiere dejado de abonar”. Expte 20223/05 “BARZOLA, JULIO OSCAR C/ S.A. IMPORTADORA EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY” del 13/10/05 y Expte.24147/09 “FERNANDEZ, ALEJANDRO C/ S.A. IMPORTADORA EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO” del 20/10/10.-

En consecuencia, habiéndose abonado en el presente caso al actor una suma única global bajo la denominación “sueldo”, corresponde entonces cotejar si con el valor total percibido se cubren los montos mínimos garantizados que le reconoce el convenio, correspondientes al salario básico de la categoría Auxiliar C, sumas no remunerativas y adicionales de convenio.-

3.- Planteo de inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas: A los fines de tal cotejo, ha de resolverse el planteo efectuado por la actora, en cuanto al carácter remunerativo que atribuye a los aumentos otorgados por los acuerdos convencionales que fueran homologados por Res.782/10, 685/11 y 829/2012 MTEySSN.

Ello así pues los adicionales “zona” (art.20) y “presentismo” (art.40) establecidos por el CCT130/75, deben calcularse sobre la remuneración del mes, quedando comprendido en ella todos los rubros o ítems de naturaleza remuneratoria que integran el salario.

Tal como este Tribunal resolviera en reiterados precedentes, a partir del fallo “García c. Roymar” y siguientes, acorde a la jurisprudencia emanada del más Alto Tribunal, en fallos “Pérez c. Disco”, “González c.Polimat” y “Diaz c. Cervecería Quilmes” toda suma y aumentos que el trabajador percibe como contraprestación de su trabajo encuadra en el concepto de remuneración conforme al Convenio 95 OIT, y así debe ser

considerado, más allá de la denominación asignada por las partes, e incluso la que emane de acuerdos convencionales. Estos son en definitiva normas colectivas de aplicación erga omnes a partir de su homologación, que deben ajustarse a la normativa constitucional y de los tratados internacionales, de superior jerarquía. Por ello, no entra en el marco de disponibilidad colectiva la posibilidad de modificar el concepto de remuneración.

De las Res.143/10, 782/10, 685/11 y 829/12 MTySS surge en forma nítida e irrefutable el carácter intrínsecamente remunerativo de los aumentos allí reconocidos a los trabajadores de comercio, no sólo por responder únicamente a la contraprestación laboral, sino que incluso dichas sumas, en base a los mismos acuerdos, progresivamente se incorporaban al básico remunerativo, eran consideradas para el cálculo de aguinaldo y de contribuciones a la obra social del gremio (arts.100 y 101) y se abonan en forma proporcional a la jornada.

En consecuencia, en la base del cálculo de los adicionales Zona (15%) y presentismo (8,33%) deben incluirse las sumas no remunerativas establecidas por las Resoluciones 143/10, 782/10, 685/11 y 829/12 MTySS -correspondientes al periodo reclamado-.

4.- Jornada. Horas Extras: El correcto encuadre del actor como Auxiliar "C" CCT 130/75 determina que éste resultaba comprendido en el régimen de jornada legal general de 48 hs. semanales.

No rige entonces a su respecto la excepción que preveía el anterior texto de la ley 11.544 respecto al personal de dirección o vigilancia, el que quedaba exceptuado de los límites de la jornada semanal, a condición de que ejercieran exclusivamente los trabajos inherentes a su denominación (cfr. Dec. reglamentario 16.115/33), lo que tampoco se condice con la situación del caso, ya que el actor se encontraba abocado a la ejecución directa de tareas propias del sector donde se desempeñaba (mantenimiento). Tal excepción fue derogada posteriormente por la ley 26.597 a partir del 11-6-10.

Sin perjuicio de ello, se advierte que en la demanda existe una referencia genérica al supuesto trabajo extraordinario realizado. En efecto, en el telegrama cursado luego del despido invoca haber realizado una "jornada superior a las 48 hs semanales, incluyendo sábados, domingos y feriados quedando a disposición en su domicilio con teléfono de la empresa para ser llamado ante cualquier urgencia".-

En la demanda, por su parte, expresa que cumplía el siguiente horario, en forma alternada: Semana 1: lunes y martes de 9 a 13hs. y de 16 a 21 hs. (9 hs. diarias), Miércoles franco; Jueves medio día franco y tarde de 16 a 21 hs.(5 hs.), viernes 9 hs.,

sábado medio día de 8 a 13 hs. (5 horas).- Y sábados a la tarde y domingo en guardia pasiva-. Ello totaliza 37 horas de trabajo efectivo habitual, más las horas en que pudo ser convocado los sábados a la tarde o domingos.- Semana 2: horario corrido de lunes a viernes de 8 a 17 y sábado medio día de 8 a 12 (sin guardia pasiva). 49 hs. semanales - Las guardias pasivas eran rotativas con sus demás compañeros, por lo que podía tocarle uno o dos fines de semana al mes.- Según lo explicado por el testigo Márquez solo debían acudir en forma efectiva algunos fines de semana -no siempre-, una o dos horas. Los testigos además dijeron que el horario en la semana que hacían horario cortado éste era de 8 a 12 hs. y de 16 a 21 hs., y la siguiente semana, horario corrido de 8 a 17 de lunes a viernes y sábados medio día, en forma alternada.-

Los testigos no pudieron precisar en concreto la realización de horas extras por parte de Vilaza en forma particularizada en los periodos reclamados (mayo 2010-mayo 2012).-

Y en particular, se advierte del cotejo de los recibos acompañados (fs.6/39 y 61/93) que de ellos surge el pago de horas extras sin que se haya acreditado en concreto que se hubiesen realizado más horas de las liquidadas.- Sin perjuicio de la pericia practicada, y del relato genérico efectuado del horario cumplido, si alguna diferencia puntual pudo existir, ha de tenerse en cuenta que, como se verá infra, las sumas abonadas excedían sobradamente los mínimos convencionales, por lo que con ello han de considerarse de tal modo cubiertas.- El propio actor en su demanda expresa que el mayor salario convenido en el contrato individual correspondía a la mayor jornada cumplida (fs.40 vta.) comprensivo por tanto de horas extras, sin que se advierta abuso o exceso alguno de la patronal en el caso.-

A todo evento se ha resuelto que: "...No basta la invocación genérica de realización de horas extras, sin efectuar otras especificaciones que permitan a la contraparte y al propio Tribunal verificar la existencia del horario normal de labor y del supuesto trabajo extraordinario..." (Cámara Federal de Córdoba, en Auto: "FERREYRA, Celso c/ A y E de la Nación -Ordinario 18.345-" (Expte. N° 305-F-1998) - Ref.: PRUEBA - Magis.: SANCHEZ FREYES-MOSQUERA-RUEDA. SEC. II PALACIO DE CAEIRO - Fecha: 10/11/1998).-

5. Diferencias Salariales reclamadas: A los fines de establecer su procedencia en el caso concreto, corresponde entonces comparar la remuneración efectivamente percibida por el actor con la mínima devengada de acuerdo a los parámetros precedentes, incluyendo el básico de la categoría Auxiliar "C", antigüedad, sumas no remunerativas y adicionales según escala (zona 15% y presentismo 8,33%).

Ese fue el criterio que se siguió en las causas "TURA", "SOLO", "CORSO", "GIOVAGNOLI" y "ARAYA", citadas precedentemente, por reclamos similares.

En el presente caso, el experto contable a fs.185/201 hizo la comparación aludida, entre lo percibido y la categoría Auxiliar Especializado "B". Se advierte que el importe del básico de la categoría Auxiliar C -que es la que corresponde al actor- es levemente superior al de la categoría Aux. Esp. B (vg. a Junio 2010 básico Aux.C, con 12 años antig. \$1528,68; cat. Aux.Esp.B \$1504,21, diferencia aproximada del 1,5%).-

A la luz de los resultados que arroja el comparativo efectuado por el perito a fs.189, según el cual, liquidando los haberes según convenio 130/75 con la categoría Aux Esp.B debió abonársele en el periodo mayo 2010- mayo2012 la suma total de \$97.484,38 -incluyendo las sumas no remunerativas en el básico y calculando los adicionales con ellas, y las horas extras-, mientras que se le abonó en forma efectiva al actor en forma neta en igual periodo la suma de \$181.098,62. El comparativo arroja un saldo negativo de \$83.614,24, es decir que las sumas abonadas exceden sobradamente las que le hubiera correspondido abonar como monto mínimo de convenio, diferencia que por su magnitud obviamente se mantiene aun tomando en consideración las correspondientes a la Categoría Aux. C (por la escasa incidencia de la diferencia en el básico, del 1,5%).-

De ello surge que en el período reclamado -mayo/2.010 a mayo 2012, el actor percibió un sueldo mensual superior al que le hubiera correspondido por su categoría de Auxiliar "C", incluidas las sumas no remunerativas y los adicionales, y horas extras liquidadas, sin que exista por tanto diferencia a su favor.

Si alguna diferencia puntual existiera, no alcanza para conmovir la decisión apuntada. El objeto de la pretensión es el sistema de cálculo de los haberes de la actora, y no el pago insuficiente de un mes en particular. De lo contrario, tendría que haberse especificado el reclamo de un mes determinado, dando razones y fundándolo en derecho, cosa que se omitió en la demanda.

6.- Diferencia indemnización despido. Aumento mayo 2012.-

Finalmente, el actor se agravia de que no se le aplicara en sus haberes el aumento del 15% establecido para el personal de comercio según Acuerdo alcanzado y vigente a partir del mes de mayo 2012 -último mes trabajado-, incrementándose con ello en consecuencia el cálculo de la indemnización por antigüedad y preaviso.-

Aun tratándose de haberes pactados en el contrato individual que superan los mínimos de convenio, el empleador debe respetar en relación al otorgamiento de aumentos el

principio de "no discriminación" e "igualdad de trato", establecido por el art.81 LCT, que resguarde la remuneración del trabajador, dentro del esquema de responsabilidades y funciones asignado por la empresa.-

"Justo López pone como ejemplo el caso de que en circunstancias de considerable inflación a un empleado superior que no puede obtener aumentos nominales de su remuneración se lo mantiene largo tiempo sin aumentos. Eso puede equivaler a echarlo... la solución correcta sería admitir la posibilidad de que el trabajador demandara el reajuste de la remuneración" (Hacia una teoría general de las obligaciones laborales, L.T. XXXII p.683).-

También la jurisprudencia de la CSJN se ha referido al deber del empleador de tratar en forma justa a sus empleados en el aspecto remuneratorio. Así con fecha 20/3/86 en autos "Del Papa Liliana Beatriz c/Sur Cía Arg. de Seguros" determinó que era arbitrario que una trabajadora con licencia por maternidad fuera excluida de aumentos periódicos otorgados por la empresa, destinados a recomponer el monto nominal".

Asimismo, en agosto de 1988, en fallo dictado por la CSJN en autos "Fernández Estrella c/Sanatorio Güemes" se reconoció que a una mayor responsabilidad debe corresponder una mayor remuneración, sin que deba admitirse un "uso fluido" de la facultad del art.81 LCT que lo afecte, debiendo el empleador respetar las pautas de equidad.-

También la jurisprudencia ha establecido que el principio del salario justo y equitativo (art.14 bis CN) debe ser interpretado como establecido también para los trabajadores sin convenio y los que perciben haberes por encima de las escalas de convenio, lo que en principio les otorga el derecho a percibir incrementos salariales similares a los reconocidos para las categorías "convencionadas" bajo su mando (CNAT sala IV "Norese Fernando y otro c/SIAM S.A. " 20/11/88).- También se dijo que "parece inequitativo y contrario al salario justo reconocer aumentos derivados de la ley o del convenio colectivo a personal de categorías inferiores y negarlos en proporción análoga a quienes por su condición jerárquica, se hallan fuera del ámbito de las normas legales o convencionales" (CNAT sala IV "Cainzoz Jorge c. Banco Cop Ltda 12/12/95.- En el mismo sentido, ver fallo "Thierry, Rodolfo Daniel vs. Aguas Danone de Argentina S.A. s. Diferencias salariales", Suprema Corte de Justicia, Mendoza; 12-12-2014; Rubinzal Online; RC J 122/15.-

Y ello resulta con mayor razón procedente en el caso, toda vez que se advierte que la empleadora en el desarrollo del contrato, venía desde largo tiempo atrás otorgando aumentos en los haberes del actor, en las mismas fechas y por los mismos porcentajes a

los que surgían de los aumentos acordados por vía convencional, constituyendo una conducta jurídicamente relevante que la obliga y no puede abandonarse en forma injustificada, ya que ello la coloca en contradicción con sus propios actos anteriores.-

Así lo impone la llamada doctrina de los propios actos, derivada del brocardo latino “venire contra factum proprium non valet”, y que constituye una regla derivada del principio general de la buena fe que debe regir entre las partes (arts.62, 63 LCT).-

Alejandro Borda, citando a Diez Picazo dice: "... funda la sanción a la conducta contradictoria en la necesidad de guardar una conducta coherente. Enseña este autor que cuando una persona ha suscitado en otra, con su conducta una confianza fundada - conforme a la buena fe- en una determinada conducta futura (manteniendo un sentido objetivo deducido de la conducta anterior) no debe defraudar la confianza suscitada y resulta inadmisibles toda actuación incompatible con ella. Esto es, la confianza no se deposita en una apariencia jurídica sino en la obligatoriedad de comportarse coherentemente" (La teoría de la Actos Propios, Alejandro Borda, pág. 68).-

Su aplicación requiere de tres condiciones: a) una conducta anterior relevante y eficaz; b) el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción -atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas; y c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas, que se verifican en el caso.-

Sin perjuicio de la pericia, del cotejo de autos surge que: 1) El aumento convencional acordado en Junio 2010 por Ac.872/2010 homologado por Res.MTySS 782/10 del 15% a partir de mayo 2010, del 7% a partir de septiembre 2010 y del 5% a partir de diciembre 2010, fue otorgado con igual porcentaje al actor en el salario pactado que venía percibiendo.- De los recibos acompañados: en los haberes de junio figura el aumento del 15% y el aumento retroactivo adicional del 15% correspondiente a mayo (fs.66,67); septiembre con aumento del 7% -bajo el rótulo a cta. fut aumentos- (fs.70) y diciembre con aumento del 5% -bajo el rótulo aum voluntario-(fs.73), aumentos que fueron incorporados a su sueldo a partir del mes siguiente.-

2) Asimismo, el aumento convencional acordado en Junio 2011

Ac.871/2011 homologado por Res.MTySS 685/11 por el 15% a partir de mayo 2011, 8% a partir de septiembre 2011 y 7% a partir de diciembre 2011, fue otorgado al actor casi con igual porcentaje, en el salario pactado que venía percibiendo.- De los recibos acompañados surge que: en los haberes de junio figura el aumento del 15% y el aumento retroactivo adicional del 15% correspondiente a mayo (fs.79,80); septiembre

con aumento del 7% -bajo el rótulo aum. voluntario- (fs.83) y diciembre con aumento del 5,69% -bajo el rótulo aum voluntario-(fs.86), aumentos que fueron incorporados a su sueldo a partir del mes siguiente.-

En este contexto, y de acuerdo a la anterior conducta seguida, correspondía se aplicara a los haberes del mes de mayo del actor el aumento del 15% establecido por el Ac.640/2012, Res.homologatoria MTySS 829/12, conforme a los principios de buena fe contractual y doctrina de los actos propios. Los contratos obligan no solo a lo que está formalmente expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que puedan considerarse comprendidas en ellos (integralidad de los contenidos del contrato), evitando el abuso del derecho. Si la empresa abonaba al actor haberes superiores que al resto de los empleados del sector, por considerarlo de mayor jerarquía, estableciendo una diferenciación salarial mantenida en el tiempo, otorgándole los mismos aumentos que al personal que cobraba según convenio, ello debe respetarse, hasta la finalización misma del contrato.- Ninguna casua o motivo se alega que justifique lo contrario. En virtud de ello, debió aplicarse a los haberes del mes de mayo 2012 el porcentaje de aumento general del 15% abonado a sus subordinados, como venía haciéndose con anterioridad.-

De tal modo, al sueldo correspondiente al mes de mayo 2012 (29 días) de \$ 8.845,44 debió incrementarse con el 15% de aumento, por al suma de \$1.326,81, alcanzando un total de \$10.172,25.- Monto que resulta superior a la mejor remuneración normal y habitual considerada por el empleador al liquidar la indemnización por antigüedad de \$9614,14 (9614,14 x 14 periodos: \$134.597,96, cfr. fs.93).- Debió abonarse por dicho rubro -art.245 LCT- la suma de \$ 142.411,50 (\$10.172,25 x 14), existiendo una diferencia adeudada al actor de \$7.813,54.-

Del mismo modo, el preaviso debió otorgarse según el criterio de normalidad próxima en base al sueldo de \$ 10.172,25, por dos periodos \$20.344,50. Habiéndose abonado por el rubro la suma de \$ 18.651,68, existe una diferencia a favor del actor de \$ 1692,82.-

Corresponde asimismo el pago de la indemnización del art.2 ley 25.323, por la suma de \$ 4.753,18, atento la intimación cursada a fs.5 por el pago insuficiente establecido supra, sin que se advierta motivo suficiente que autorice a justificar la conducta seguida por la empresa de excluir de dicho aumento al actor al despedirlo, con el perjuicio a la indemnización de ello derivado.-

Sumas éstas, (\$14.259,54) que reconocen intereses desde la mora (5-6-12) a la tasa judicial establecida por el STJRN en fallos "Loza Longo", Jerez y Guichaqueo,

habiéndose devengado en tal concepto hasta la fecha del presente decisorio (20-12-27) la suma de \$ 22153,43, totalizando un monto de condena por los rubros referidos receptados por la suma de \$36.413.-

7.- Indemnización por seguro de retiro La Estrella:

El actor reclama el pago de daños y perjuicios por la omisión de la empresa de efectuar los aportes convencionales al seguro de Retiro La Estrella a partir del año 2000 en que lo consideró jerárquico fuera de convenio, privándolo de percibir el rescate de dichas sumas a la finalización del contrato.-

A ello se opone la accionada considerando que la legitimada a reclamar tales aportes es la Federación de Comercio, y no el trabajador.-

Se tiene por reconocido la falta de aportes efectuado a partir del año 2001 -cfr. fs.25/27-, según lo dispuesto por art.356 y cc.CPCC, derivada de la categoría de jerárquico fuera de convenio asignada por la demandada al actor.- Cabe referir que excluido el carácter de jerárquico fuera de convenio del actor, y la categoría asignada de personal Auxiliar C correspondía el pago de los aportes al seguro de Retiro La Estrella, convenido como una obligación patronal, de fuente convencional (DNRT 4701).-

El reclamo aquí incoado frente al incumplimiento de tales aportes, ha sido tratado y resuelto por este Tribunal en en fallo dictado en autos "POBLETE GISELA C/ KLIMBOVSKY JULIO RICARDO S/ RECLAMO" (Expte.Nº 1CT-24503-11), -entre otros, estableciendo que corresponde indemnizar al trabajador por los perjuicios derivados de tal omisión, y que salvo prueba expresa en contrario, la indemnización se limita al 1,75% de los salarios mensuales destinados a su cuenta individual.-

Tal como allí expresara: "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 (DNRT 4701), 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 que podrían indemnizarse 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; máxime ante el cuestionamiento efectuado por la accionada en su conteste.-

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%,5% y 10%de acuerdo a su antigüedad (art.9), con más el rendimiento de dichos fondos (art.10), que ha de establecerse en la tasa pasiva a computarse desde que cada aporte debió ser abonado, cfr. criterio establecido en fallo "Coria".-

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, entendiendo

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, con las quitas previstas en el rescate, más los intereses a la tasa pasiva, desde que cada suma debió ser abonada hasta la fecha de demanda, y de allí en adelante a la tasa judicial vigente según Loza Longo.-

Consecuentemente, el daño ha de establecerse en el porcentaje del 1,75 % de los salarios y sac abonados a partir del mes de enero 2001 -en que pasó a ser categorizado como jerárquico cfr.fs.27-, según haberes consignados en certificación de servicios, y hasta el despido producido el 29-5-12. Resultado mensual, al que ha de adicionarse intereses, a la tasa mensual pasiva emergente del Banco de la Nación Argentina -cfr. fallo "Coria", computados desde la fecha de consumación de cada mes hasta el 30-7-13 (fs.54, reclamo del rubro). Resultado mensual al que debe deducirse un 8% durante los primeros cinco años y 5% los restante los cinco años siguientes y 10% el periodo posterior hasta el cese -mayo 2012-. Al resultado obtenido (capital - quita del 8%, 5% y 10% mencionada + intereses), han de adicionarse, desde principio del mes agosto 2013 hasta el efectivo pago, intereses a la tasa tasa activa del Banco de la Nación Argentina, conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo", "Jerez" y "Guichaqueo", en sus

respectivos e periodos.- Liquidación que, firme la presente, debe ser practicada por la parte actora y consecuente sustanciación. Con costas a cargo de la demandada.

8.-Temeridad y Malicia. La demandada peticona se aplique la sanción dispuesta por los arts.20 y 275 de la LCT, por pluspetición y temeridad y malicia. Dicha sanción se encuentra prevista asimismo en los arts.72 y 45 CPCC, de aplicación supletoria al proceso laboral conforme al art.59 de la Ley 1.504, aunque con una distinta sanción y ampliando el marco a cualquiera de las partes.

Lo cierto es que no se ha evidenciado ninguna de las dos conductas eldiligadas a la actora en el presente proceso.

Elena I. Highton y Beatriz A. Areán, en su obra Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. I, pág. 758 y 759, señalan que: "La temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. Se configura, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sinrazón...", mientras que: "...La malicia es considerada como la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión, habiéndosela caracterizado también como la conducta de quien dificulta la pronta terminación del pleito injustamente...".

Por su parte, Jorge Rodriguez Mancini, en su obra Ley de Contrato de Trabajo, T. IV, pág. 901, al comentar el art. 275 LCT., dice que: "La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que, en su ámbito específico, tiene por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras a lograr la concreción del valor justicia en cada caso. Indudablemente, y conforme surge de lo expuesto, la norma se vincula con el derecho de defensa en juicio, presentando una particular tensión la configuración de la línea demarcatoria entre las conductas que constituyen un legítimo ejercicio del mismo, de aquellas que implican una burla al proceso judicial...".

De allí que el criterio, en cuanto a la configuración de este tipo de conductas debe ser restrictivo y quedar circunscripto a cuando surja de manera evidente y manifiesta que se haya actuado con temeridad y malicia.

La Cámara nacional del Trabajo, Sala X, ha entendido que: "Las sanciones previstas por el art. 275 LCT, sólo proceden en casos extremos y cuando de la actuación resulta un proceder malicioso y temerario, que debe quedar perfectamente configurado, nacer de

las propias actuaciones y dejar en el ánimo de quien debe aplicarlas el convencimiento absoluto de que se ha actuado con dolo o culpa grave en grado sumo" (Sen. del 04/07/2003, Rey, Patricia c/Helvenc S.A.).

En cuanto a la pluspetición, requiere que se trate de un reclamo totalmente injustificado y a todas luces excesivo, sin fundamento jurídico, sobre bases absolutamente falsas o con un pleno conocimiento de la falta de razón, circunstancias que no se verifican con tal alcance en el caso. "la procedencia de sumas inferiores a las reclamadas, el rechazo de determinados rubros, la falta de prueba de la incapacidad denunciada o el vencimiento parcial del pretensor no permiten -en general y en principio- tener por configurada la situación bajo estudio ya que dicha norma se refiere a aquellos casos en los que se acciona con dolo o culpa grave, a sabiendas de que no se tiene derecho, complicando inútilmente la labor jurisdiccional y abusando de las facilidades que el ordenamiento adjetivo le otorga al acreedor laboral para acceder a la jurisdicción" (Ley de Contrato de Trabajo, com. y anot. Raúl Horacio Ojeda, Ed Rubinzal Culzoni, p.243 y ss.).-

En el presente caso, tal como lo anticipé en párrafos anteriores, no surge que la actora haya actuado con conciencia de su sin razón, ni que sus defensas hayan sido manifiestamente inverosímiles, ni que haya obstruido el proceso, ni que su intención haya sido la de retardar el proceso, por lo que corresponde rechazar el planteo de la accionada sobre el particular.

TAL MI VOTO.-

El Dr. Nelson Walter Peña, dijo que: disiento con el voto precedente en cuanto a la cuantía del rubro daños y perjuicios. 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 2012) y "ESPONDA MARIA NOEMI c/ SATURNO HOGAR S.A. s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-22286-10, sentencia del 29 de agosto de 2011). En estos últimos sostuve que "...Coincido con el Dr. Brogini, 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 previsible en los términos del art. 904 del Código Civil. Dentro de los futuros, no los meramente conjeturales o hipotéticos sino los que resultan previsible 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 (50 años al momento del distracto, carta poder de fs. 1) y trabajó para Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia durante 14 años (de junio de 1998 al 29 de mayo de 2012) como Auxiliar dentro del CCT 130/75, de manera que su profesión es la de ser un trabajador formado y especializado en la actividad de comercio.

Su carta de presentación ante futuros empleos, acreditada por la experiencia adquirida en trabajos anteriores, es la de ser un operario con conocimiento en la actividad de comercio, por lo que, lo previsible siguiendo el curso ordinario de los acontecimientos, es que sea contratado 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. 3º 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..."...".

Por todo lo cual propongo la procedencia del rubro por el 3,5% de los salarios devengados a partir del mes de enero 2001 -en que pasó a ser categorizado como jerárquico cfr. fs.27- y hasta el despido producido el 29-5-12. Resultado mensual, al que ha de adicionarse intereses, a la tasa mensual pasiva emergente del Banco de la Nación Argentina -cfr. fallo "Coria", computados desde la fecha de consumación de cada mes hasta el 30-7-13 (fs.54, reclamo del rubro, y a partir de allí, -y hasta el efectivo pago-, intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina, conforme criterio STJRN en causa "Loza Longo", "Jerez" y "Guichaqueo", en sus respectivos periodos. Con costas.-

Tal mi voto.-

El Dr. Dario Soto dijo: Adhiero a los votos precedentes.- Sin perjuicio de ello, y llamado a dirimir puntualmente en la disidencia mantenida por los estimados colegas preopinantes en cuanto a los alcances del resarcimiento al actor, respecto de la omisión en el aporte del empleador al sistema de retiro complementario, a partir del seguro en cuestión; resultante del acuerdo integrado al CCT 130/75; como contrapunto generado en el destino del 1,75 % que se ha omitido aportar -destinado a la cuenta de capitalización individual, desde que no hay desacuerdo en torno a la procedencia de la indemnización en torno al restante e igual porcentaje por el que se posibilitaba el rescate-; anticipo al acuerdo que mi voto será en afinidad con los fundamentos vertidos por el Dr. Nelson Walter Peña.

No sin antes dejar a salvo que ambos votos resultan portadores de la necesaria solidez

argumental; en pos de fundar las distintas soluciones jurídicas que proponen para el caso, sin que -por cierto y desde ya- ninguna de ellas resiente el valor Justicia; mi elección se apoya fundamentalmente en la valoración y severidad del alcance con que deben meritarse las consecuencias del incumplimiento, en tanto aparejadas de una conducta de incumplimiento malicioso; como lo es la de sustraerse deliberadamente de aportar al fondo de capitalización individual precitado.-

En empresas de la envergadura de la demandada, con la profesionalización y experiencia que se presume en el departamento relativo a los recursos humanos de los que dispone; evidentemente una decisión de esta naturaleza no puede obedecer a un descuido, sino a una posible política empresarial deliberada.-

Por ello, cobran cuerpo las palabras de Alberto J. Bueres y Elena I Highton -"Código Civil", T. 2 B, editorial Hammurabi, Bs. As, 28/02/04, pág. 434-, en cuanto comentan el art. 904 del C.C.; refiriendo que " ... Estas consecuencias son imputables al agente cuando las hubiere previsto o pudiera preverlas. A más que su carácter de "mediatas", si bien nace por conexidad con un hecho distinto, lo es por su previsibilidad. No existe un concepto uniforme para su determinación. Algunos autores consideran que el criterio de previsibilidad es subjetivo, ya que se exige que sea el sujeto que ha empleado el debido conocimiento de las cosas quien debe prever el resultado. Otra corriente entiende que no interesa la actitud del interviniente, sino que debe aplicarse un sentido de previsibilidad in abstracto; y probada dicha circunstancia nace la imputabilidad hacia el agente. Que el artículo indique que se atribuyen cuando el sujeto "las hubiere previsto o haya podido preverlas" es un dato que hace descartable la primera de las tesis... Las circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores que fueron conocidas, o pudieron serlo por el sujeto actuante, hacen que dichas consecuencias le sean imputables. El juzgamiento debe hacerse en abstracto, y de conformidad a un criterio de previsión ordinaria, sin perjuicio de lo expuesto en relación al art. 902 del Código Civil... La disposición del artículo es aplicable ... Para los incumplimientos contractuales solamente cuando se obró con malicia o dolo ...".-

Comparto con el citado colega entonces, que el caso ofrece aristas que permiten redondear la conclusión en torno a la pertinencia de la chance con la extensión que ha propuesto -habida cuenta el rango etario del actor y su experiencia laboral previa-; habilitan a presumir que el actor permanecería en el mismo rubro de actividad bajo relación de dependencia y que entonces, al tiempo de su jubilación, se vería impedido de contar con el importe complementario que hubiera proporcionado el cumplimiento

del aporte para el seguro en cuestión; con lo que se vislumbra que se ha frustrado una esperanza que tenía un juicio de probabilidad de certeza suficiente. ASI VOTO.-

Por todo lo expuesto, LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL SALA I CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD, RESUELVE:

I.- Rechazar la demanda incoada por Luis Gilber Vilaza Ulloa contra Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia en concepto de reajuste de haberes y horas extras, de conformidad a los Considerandos precedentes. Con costas al actor vencido, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr.Miguel Dithurbide, en su carácter de apoderado y patrocinante de la actora, en la suma de \$7958 (m.b.\$ 51.677,28 x 11% +40%), y los de los Dres.Rodolfo Paulo Formaro, Pablo Joaquín González, Martín Sánchez, Jimena Gallisá, Dante Cauquoz y Gonzalo Cáceres, en calidad de apoderados y patrocinantes de la demandada, en la suma de \$10.128, en conjunto y proporción de ley (m.b.\$ 51677,28 x 14% +40%), (arts. 6,7,9 y cc Ley de Aranceles). Asimismo, se regulan los honorarios del perito contador Susana Graciela Daniele, en la suma de \$ 2585.-

II.- Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por Luis Gilber Vilaza Ulloa contra Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia en concepto de diferencia en la indemnización por antigüedad y preaviso, y art. 2 de la ley 25323 por la suma de \$36.413, que incluye intereses al 20-12-2017 a la tasa fijada por el STJRN en fallos "Loza Longo", "Jerez" y "Guichaqueo", sin perjuicio de acrecer hasta su efectivo pago.- Con costas a cargo de la demandada, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr.Miguel Dithrubide, en su carácter de apoderado y patrocinante de la actora, en la suma de \$7.137 (m.b.\$36.413 x 14% + 40%), y los de los Dres.Rodolfo Paulo Formaro, Pablo Joaquín González, Martín Sánchez, Jimena Gallisá, Dante Cauquoz y Gonzalo Cáceres, en calidad de apoderados y patrocinantes de la demandada, en la suma de \$ 5.607, en conjunto y proporción de ley (m.b.\$ 36.413 x 11% + 40%)(Arts. 6,7,9 y 40 Ley de Aranceles).

III.- Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por Luis Gilber Vilaza Ulloa contra Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia, por daños y perjuicios respecto al 3,5 % que debió aportar mensualmente la demandada (DNRT 4701/91), desde enero del año 2001 a Mayo inclusive del 2012, que debieron destinarse a una cuenta individual abierta a nombre del trabajador en Seguro de Retiro La Estrella (conf.art.4 de dicha disposición). Ello con más intereses explicitados en los

considerandos. Cuya liquidación, firme la presente, debe practicar la parte actora . Con costas a cargo de la demandada. Difiriéndose la regulación de honorarios hasta que haya causado estado la liquidación precitada.

IV.- 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.-

V.- Una vez que se encuentre firme la presente sentencia, por secretaría practíquese planilla de impuestos, sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por la condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal.

VI.- Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869 y con el art. 58 1er.párrafo del Dcto.199/66 5% Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Río Negro.-

Con lo que terminó el Acuerdo, firmando los Sres. Jueces Dres. Paula Bisogni, Nelson Walter Peña y Víctor Darío Soto, por ante mí que certifico.-

Dr. Nelson Walter Peña
-Presidente-

Dra. Paula I.Bisogni Dr. Victor Dario Soto
Vocal Vocal -subrogante-

Ante mi: Dra. María Magdalena Tartaglia
-Secretaria Subrogante-