

/////////neral Roca, 20 de mayo de 2015.-

-----VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados:"CORSO RAFAEL ALBERTO C/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO" (Expte.n O-2RO-4599-L2012).-

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

-----RESULTANDO:

1.- A fs. 33/46 se presenta Rafael Alberto Corso, por apoderado a plantear formal demanda laboral contra la Sociedad Anónima Importadora y Exportadora, reclamando la suma de \$536.570 en concepto de diferencias salariales por incorrecta registración, horas extras, indemnización por despido y multas arts.1 y 2 ley 25.323, como asimismo la entrega de certificado de trabajo, aportes previsionales y recibos de haberes conforme art. 80 LCT (agregado por art.45 ley 23545).-

Relata que ingresó a trabajar para la accionada en el supermercado que la accionada explota en Villa Regina el 7/2/01 en la categoría vendedor B CCT130/75. En el año 2004 se lo trasladó al sector Depósito siendo a partir de allí recategorizado como empleado jerárquico, sin tener personal a cargo, cumpliendo una jornada semanal de 55 hs de lunes a domingo, con un franco rotativo. A partir de enero 2011 volvió a trabajar 48 hs. semanales.

Refiere que comenzó a efectuar reclamos verbales a sus superiores, a fin de solicitar el correcto pago de sus haberes y registración. Ante la falta de respuesta dirigió reclamo telegráfico, cuya copia acompaña, manifestando que su real categoría resulta la de Vendedor C y que se encontraba erróneamente calificado como jerárquico viéndose con ello privado del pago de horas extras y adicionales de convenio. Ello fue rechazado por la empleadora, mediante contestación en CD del 2/5/12.-

En razón de la actividad de la empresa resulta de aplicación el CCT 130/75 y en virtud de las tareas desarrolladas por el actor le corresponde la categoría Vendedor C, definido

por convenio como aquel 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 tareas que se cumplan en aquel, o en su caso vendedor D, que secunda a aquel, debiendo establecerse ello así en base a la primacía de la realidad. Señala que se hacían al empleado las retenciones del art.100 CCT 130/75 propio de los trabajadores incluidos en el convenio.

Expresa que las remuneraciones del convenio resultan de contenido mínimo, y sin perjuicio de las mayores convenidas en el contrato individual. Por lo que ello no obsta al pago de los adicionales previstos por el convenio de aplicación como complemento de los haberes básicos allí fijados, y de los que se viera privado indebidamente. Invoca lo resuelto en fallo “Solo c/Saiep” Expte 19662/07.-

Considera se ha configurado con ello fraude laboral, solicitando la aplicación del art. 14 y 9 LCT.-

Plantea la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo conferido a los incrementos salariales establecidos por los acuerdos convencionales homologados por Res. 510/08, 570/09, 143/10, 782/10, 685/11 MTySS, conforme jurisprudencia en la materia. Plantea asimismo la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio art.245 LCT. Practica liquidación, ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda, con intereses y costas.-

2.- Corrido el traslado pertinente, comparece a fs.108/124 la accionada Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia, por apoderado, a contestar demanda.

Niega los hechos invocados en demanda, la categoría reclamada y que le correspondan las sumas que demanda, que considera improcedentes, solicitando se apliquen sanciones por temeridad procesal y pluspetición inexcusable.

Refiere que el actor era empleado jerárquico y por lo tanto cobraba un haber muy superior al de la categoría pretendida. No corresponde aplicar los adicionales sobre las sumas abonadas, sino sobre el básico de convenio, resultando de la comparación que tales mínimos fueron cubiertos con las sumas efectivamente abonadas.

Afirma no obstante que el actor era personal jerárquico, por tanto fuera del convenio por las tareas desarrolladas como encargado de la supervisión de todas las tareas del depósito.

El actor fue debidamente indemnizado una vez despedido, en tiempo y forma, siéndole entregadas las certificaciones de servicio. Ningún reclamo se efectuó durante la vigencia de la relación. No corresponde el pago de los adicionales no remunerativos

cuya inconstitucionalidad se reclama en demanda, emanados de los acuerdos convencionales, por tratarse de trabajador no incluido en el convenio.

Invoca prescripción por las diferencias reclamadas por el mes de marzo 2010, teniendo en cuenta que la demanda fue interpuesta el 12-4-12.-

Afirma que el actor no cumplía horas extras, sino que tenía una jornada pactada de 48 hs. (fs.109 vta.), y además no corresponde su pago en virtud del carácter de empleado jerárquico que revestía el actor, conforme lo dispuesto por el art.11 de la ley 11544, hasta su reforma por ley 26.597.-

Invoca la aplicación del fallo Carol Haginian de la CSJN, y demás jurisprudencia que cita y argumentos que desarrolla en sustento de su posición.- Impugna la liquidación efectuada en demanda y sostiene la improcedencia de las multas de la ley 25.323. Ofrece prueba y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

3.- A fs.134 se celebra audiencia de conciliación, sin resultado positivo, abriéndose a continuación la causa a prueba.

Se produce la agregada: informes de Ansess fs.148/162; Correo Argentino fs 166/176; Afip fs.183/184; Osde fs.228/229; MTySS fs.256/316 y OCA fs.331/332.- A fs.187/198 se agrega pericial contable, respecto a la cual las partes solicitan explicaciones (fs.242/247 y 248/249), que fueron respondidas por la perito a fs. 319/329 y 359/367.-

A fs.233 obra acta de audiencia de vista de causa en la que se recibieron testimoniales, y continuatorias de fs. 330 y 375, en la que las partes formularon alegatos, quedando con ello los autos en estado de recibir la presente sentencia.

CONSIDERANDO:

En primer término corresponde me expida en relación a los hechos que, relevantes para decidir, han quedado acreditados y los que no, conforme a lo dispuesto por el art. 53 ley 1504:

1.- El actor Rafael Alberto Corso trabajó en relación de dependencia de la accionada Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia entre el 7/5/01 hasta el 2/5/12, en que fue despedido sin causa (contestes las partes).

2.- El trabajador se encontraba registrado por la empleadora como personal jerárquico, tal como surge de los recibos acompañados.-

Existe controversia entre las partes en cuanto a la categoría correspondiente al actor, toda vez que éste invoca que le correspondía la categoría de Vendedor C o D, según las funciones por él desempeñadas.- Alega el actor que fue fraudulentamente encuadrado como jerárquico y que ello le ocasionó perjuicio al verse privado de percibir horas

extras y adicionales de convenio.

En la audiencia de vista de causa celebrada en autos, declaró el testigo Daniel Sandoval, quien dijo: "fui empleado de la accionada en la sucursal de Villa Regina, Jefe de Carnicería, fui compañero del actor.- Tengo juicio con la empresa por pago de horas extras y feriados. Corso era Jefe de Depósito, desde hacía varios años, hacía la recepción y salida de mercadería, controlaba stock. El era el único empleado fijo del depósito, pero cuando llegaba un camión el gerente le asignaba uno o dos empleados para descargar.- Corso llevaba los pallets con una zorra hidráulica al salón para que los reposidores la acomodan. Se descargaba la carne del camión, se cuelga a un riel, y de allí va a la cámara de carnicería. También hay cámara de congelado, de verduras y de pollo. Si hacía falta Corso reforzaba otros sectores. Corso tenía la llave del depósito, ya que los camiones entran temprano, desde las 6 de la mañana. La Serenísima llega a esa hora, de lunes a sábados. Todos los encargados entrábamos a las 6, y hacíamos 10 hs diarias. Siempre marcábamos tarjeta. Corso hacía el horario de 6 a 11 hs. y de 16 a 21 hs., de lunes a sábados.- Si llegaba un camión al mediodía tenía que quedarse.- Uno o dos domingos al mes los encargados teníamos que ir a la noche a reponer mercadería, ya que el domingo es el día que más se vende, y para arrancar la semana con las heladeras llenas.- Esas veces descansábamos el lunes. Corso tenía franco los domingos o algún otro día de la semana. Para la época que me despidieron en junio 2011, ya hacía un tiempo que la empresa nos había dicho que no fuéramos más el sábado a la tarde ni los domingos, que no hiciéramos más horas extras.- Cuando yo era carnicero e iba los domingos me pagaban horas extras, cuando me pusieron de Jefe no, así que por ahí el carnicero ganaba lo mismo que yo.- Yo tenía obra social de Osecac, los jerárquicos podíamos elegir".

El testigo Raul Carlos Sosa dijo: "era proveedor de carne, trabajaba para Fridevi, entre el año 1995 y 2013 en que me jubilé.- Conocí a Corso ya que yo hacía el reparto de carne en las sucursales de La Anónima, desde Roca a Chichinales. Tres días a la semana salía de Roca, paraba en la sucursal de Huergo, a eso de las 8 hs. y llegaba a la de Regina a eso de las 10 hs., y de ahí seguía. Corso nos atendía en el depósito. Bajábamos la carne a la ganchera y ellos la metían en la cámara, entre los dos del camión y Corso. Le dejábamos los remitos, facturas, no se pagaba ahí. El depósito abría a las 6, alguna vez he ido a esa hora, sabíamos que estaban a partir de esa hora. La descarga llevaba entre 40, 45 minutos. En general íbamos a la mañana, pero si no podíamos ir a partir de las 15 hs."

El testigo Pedro Fernández dijo: "trabajé en La Anónima del 2001 al 2005 como repositor. Corso era encargado del depósito. Yo iba de 6 a 10 y de 16 a 18 o 20 hs. Los repositores y encargados teníamos el mismo horario de entrada, a las 6 hs.- Cuando yo me iba Corso seguía trabajando. A la tarde también.- A veces me mandaban a ayudar a descargar al depósito, el gerente. Dentro del depósito ahí me mandaba Corso lo que tenía que hacer. A veces me tocaba ir los sábados o domingos, y a veces lo veía también a Corso.- Corso también manejaba los pallets para llevar la mercadería".-

Destaco que la empleadora no acompañó las planillas horarias y registro de horas extras art.6 ley 11544, pese a haber sido debidamente intimada (fs.330,333), por lo que cabe a su respecto la presunción del art.42 ley 1504 y art.388 CPCC. El testigo Sandoval refirió que siempre marcaban tarjeta. No consta que dicha documentación hubiera sido exhibida a la perito contadora, antes bien refiere no haber contado con ésta (fs.192 vta./193 y 196 vta./197), efectuando su cálculo únicamente de las horas extras incluidas en los recibos a partir de agosto 2010.-

De las declaraciones testimoniales referidas extraigo las siguientes conclusiones: 1) Que en el periodo reclamado en autos 2010-2012 Corso cumplió tareas en el depósito de la sucursal del supermercado La Anónima de Villa Regina, encargándose de recibir y descargar los camiones de mercadería, llevando ésta a las cámaras de frío o en pallets al salón, para ser acomodada por los repositores.- 2) Que era el único empleado fijo del sector, aunque en ocasiones se le asignaba una o dos personas que lo ayudaban a descargar. 3) que desde que fue designado Jefe de Depósito en el año 2004 cumplía una jornada de 55 hs. semanales de lunes a sábados, hasta el mes de enero del año 2011, en que pasó a cumplir 48 hs semanales, salvo las que fueran liquidadas en sus recibos a partir de agosto 2010.-

Destaco que aun cuando Sandoval resulte un testigo de atendibilidad restringida por mantener juicio contra la demandada, ello no invalida su testimonio, y es considerado teniendo en cuenta su coherencia y concordancia con el de los demás testigos deponentes.-

II.- Establecidos de tal modo los hechos que tengo por acreditados, corresponde determinar la solución jurídica que corresponde al caso.-

II.a.- CATEGORÍA LABORAL DEL ACTOR: 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.

Según la descripción que hace el CCT 130/75, en los arts. 11 y 12, se llama capataz o encargado de segunda (Vendedor C) al empleado que es responsable del trabajo que se realiza en un sector de una sección, división o departamento, compuesto por personal y que actúa en calidad de ejecutor, distribuidor y supervisor de las distintas tareas que se cumplen en el mismo y que a su vez se desempeñan a las ordenes de un superior jerarquizado.

El encargado que cumple este tipo de funciones, aunque tenga una mayor responsabilidad que otros empleados, como se colige del hecho de tener las llaves del depósito que Corso abría para recibir los camiones a las 6 hs. de la mañana, y funciones de control asignadas, ello no representa el ejercicio de un cargo o empleo de dirección.- Nótese que la función del actor consistía primordialmente en ejecutar en forma directa las tareas, aunque a veces las distribuía y supervisaba en algún empleado ocasionalmente asignado por el gerente para colaborar con él.-

El Jefe de segunda no está fuera de convenio sólo porque se le abone un haber superior a los previstos en las escalas salariales. Menos aún si la descripción de tareas desarrolladas se corresponde con alguna de las descriptas en la convención y si dependen necesariamente de instrucciones y modalidades generales que se implementan desde los cargos más altos de gerenciamiento.

Las tareas desempeñadas por Corso se corresponden con el encuadre del art.12 CCT 130/75, por lo que ha de ser considerado con un cargo de jefatura, pero no jerárquico y reglamentariamente hubiera correspondido que se le abonara según la categoría específica con los adicionales de convenio y que se le respetara la jornada legal o se le abonaran las horas suplementarias realizadas al 50 y 100% de conformidad a lo dispuesto por el art.201 LCT.

La CNAT, Sala IV, ha sostenido que "...las normas de la Ley de Jornada de Trabajo y su decreto reglamentario han sido interpretadas en forma confusa por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia, porque no se ha contemplado, por lo general, el llamado principio de primacía de la realidad que obliga a aplicar las normas con prescindencia de las denominaciones que las partes dan a sus figuras, atendiendo a lo que se da en la realidad. Así puede suceder que un trabajador, aunque en teoría se le asigne el título de gerente, capataz o director, por ese solo motivo no queda incluido en la excepción de la jornada máxima legal..." (cfr. Carballo, Graciela c/Pico Estrada, Luis y Otro, 30-12-91).

A tal fin, 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 recepción de mercadería, descarga, control y traslado, que implican la ejecución de las tareas cotidianas del ámbito específico, y que en el caso, ejecutaba primordialmente por sí mismo.

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 diciendo 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 Corso considero que debió habérselo encuadrado dentro del agrupamiento del Personal de Ventas en categoría "C" encargado de segunda pues el art. 12 del CCT 130/75, 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).

II.b.- JORNADA: El correcto encuadre del actor como Vendedor "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 ejerzan 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 mayormente abocado a la ejecución directa de tareas propias de carga, descarga y reposición de mercadería.- Tal excepción fue incluso derogada posteriormente por la ley 26.597 a partir del 11-6-10.-

En virtud de ello, y toda vez que ha quedado acreditado que el actor cumplía efectivamente hasta diciembre 2010 una jornada superior a la legal, de 55 hs. semanales, las horas laboradas en exceso deben ser retribuidas con el recargo legal correspondientes, al 50 y 100% según lo dispuesto en el art.201 LCT, y así consideradas a los fines de establecer la remuneración devengada.-

II.c- 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 el actor, según la categoría de Vendedor “C”, la 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 el actor.-

Ciertamente las partes puedan 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 el actor, 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 trabajador 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, sumas no remunerativas, adicionales de convenio.-

II.c.-INCONSTITUCIONALIDAD 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. 510/08, 570/09, 143/10, 782/10, 685/11 MTySS , 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. 510/08, 570/09, 143/10, 782/10, 685/11 MTyS. 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 510/08, 570/09, 143/10, 782/10, 685/11 MTySS.

III- DIFERENCIAS SALARIALES e INDEMNIZATORIAS:

III a.- En primer término cabe tratar el planteo de prescripción parcial opuesto en relación al mes de marzo 2010 (fs.112). Teniendo en cuenta que dicho crédito habría resultado exigible a partir del 5-4-10 (cfr.art.128 LCT), se advierte que efectivamente el mismo se encontraba prescripto al momento de interposición de la demanda en fecha 24-10-12 (art.256 LCT).- Sin que surtan efecto suspensivo a su respecto los reclamos cursados por el trabajador previamente, ya que el primer telegrama fue cursado el 12-4-12, cuando ya había operado la prescripción en relación a dicho mes.-

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 Vendedor C, sumas no remunerativas y adicionales según escala.-

Si bien en la pericia contable se han efectuado diversas planillas, de acuerdo a lo solicitado por las partes, la practicada a fs.327/328 permite visualizar el comparativo entre las sumas percibidas y mínimos garantizados, de acuerdo a los parámetros expuestos. Ello, corroborado con los recibos y escalas agregados en autos, arroja los siguientes valores:

PERIODO HABERES PERCIBIDOS HABERES MIN. DEVENGADOS
DIFERENCIAS

ABRIL/10 5.103,70

MAYO/10 4.725,65

JUNIO/10 6.142,00 3.378,33 2.763,67

SAC 2.717,25 1.689,16 1.028,09

JULIO/10 5.434,50 3.397,20 2.037,30

AGOS/10 5.439,28 3.416,09 2.023,19

SEPT/10 5.820,15 3.665,35 2.154,80

OCT/10 5.814,92 3.684,24 2.130,68

NOV/10 5.814,92 3.703,12 2.111,80

DIC /10 6.163,41 3.944,33 2.219,08

SAC 3.540,22 1.972,16 1.518,06

ENERO/11 6.142,15 3.965,07 2.177,08

FEB./11 6.141,84 3.985,83 2.156,01

MARZO/11 6147,52 4.006,58 2.140,94

ABRIL /11 6.145,57 4.027,35 2.118,22

MAYO/11 6.153,58 4.652,58 1.501,00

JUNIO/11 7.978,56 4.698,90 3.279,66

SAC 3.533,72 2.349,45 1.184,27

JULIO/11 7.209,03 4.747,98 2.461,05

AGOS/11 7.104,06 4.797,09 2.306,97

SEPT/11 7.558,98 5.168,58 2.390,40

OCT/11 7.623,41 5.217,69 2.405,72

NOV/11 7.758,75 5.266,79 2.491,96

DIC/11 8.426,61 5.548,89 2.877,72

SAC 4.601,50 2.774,44 1.827,06

ENERO/12 8.628,75 5.548,89 3079,86

FEBR/12 10.147,70 5.548,89 4.598,81

MARZO/12 8.098,79 5.548,89 2.549,90

ABRIL/12 8.103,44 5.868,33 2.235,11

De ello se concluye que no existen diferencias a favor del actor entre las sumas percibidas y las devengadas, ya que incluso se han abonado al actor sumas por encima

de los mínimos de escala convencional obligatorios.

III.-b-HORAS EXTRAS:

Distinto ha de ser el criterio en relación a las horas extras, pues éstas, de conformidad a lo dispuesto por el art. 201 LCT deben calcularse de acuerdo al salario habitual del trabajador, no sobre el básico del convenio.

De allí que si las partes hubieran convenido un salario mayor al mínimo, como ocurre en el caso, las horas extras deben abonarse en base a la mayor remuneración que integra el contrato individual en particular.-

Lo contrario sería desconocer que las partes pueden válidamente convenir un salario superior al mínimo y que en tal caso también las horas extras también deben guardar relación con el sueldo efectivamente abonado, pues ello se corresponde a la extensión de labor de igual índole que debe ser remunerada en forma proporcionalmente mayor, tal como lo dispuso el legislador en el art.201 LCT. Asimismo, cabe tener en cuenta que se presume que el contrato de trabajo es celebrado para la jornada normal legal.- De allí que, en esta materia, quien invoque una jornada diferente -reducida o mayor, con horas extras-, deba acreditarlo.- Y si las partes hubieran convenido un salario mayor comprensivo de horas extras, debe acreditarlo quien lo invoque, no puede ello así presumirse, en contra de los intereses del trabajador (art.9 LCT).-

Adviértase que en este caso, según los propios términos de la contestación de demanda, la empleadora, más allá de negar la realización de horas extras por parte de Corso ya que tenía pactada una jornada de 48 hs. (fs.109 vta.), afirma que no correspondía su pago por tratarse de un empleado jerárquico, de conformidad al texto del art.3 de la ley 11.544 entonces vigente.- No afirma ni invoca en modo alguno que el salario convenido lo fuera en función de la mayor jornada asignada, lo que por tanto no puede presumirse, sin afectar con ello el principio in dubio pro operario y de irrenunciabilidad (arts. 9 y 12), y sin que la diferencia en más de lo abonado, respecto a los mínimos incluyendo horas extras con tal base, sea de tal magnitud que lo tornen un hecho irrefutable o evidente.- Máxime teniendo en cuenta que el principio de irrenunciabilidad, a partir de la reforma introducida por la ley 26.574 del 26/12/09 extiende sus alcances no solo a los derechos emanados de la ley y convenciones colectivas, sino aún a los que emanan del contrato de trabajo individual.

De tal modo, entiendo no corresponde considerar comprendidas las horas extras realizadas efectivamente por Corso en exceso de la jornada legal en el sueldo abonado, aun cuando éste hubiera sido superior al mínimo legal convencional.-

Adviértase incluso que ello ha sido así interpretado y aplicado por la propia empresa demandada, a partir de la reforma de la ley 11544 al comenzar a abonar al trabajador a partir de agosto 2010 horas extras, por encima de los haberes que hasta entonces venía cobrando, y liquidándolos en base al sueldo real por éste percibido (ver vg. recibo de fs.23: salario \$7021,52%200, +50%: \$52,66 x 3,56:\$187,47, idem siguientes)

Por el contrario, el hecho de que el trabajador no hubiera reclamado las horas extras con anterioridad no lo priva de derecho a su posterior reclamo, toda vez que en materia laboral el silencio del trabajador no importa consentimiento, debiendo tenerse los pagos efectuados a cuenta de la suma que pudiera corresponderle (arts.58 y 260 LCT).-

Así se ha dicho que "El valor a considerar en la determinación de las horas extras no debe obtenerse sobre los salarios básicos del CCT aplicable, cuando la remuneración efectivamente percibida por el trabajador es superior a la escala de dicha convención colectiva, fuente del contrato individual de trabajo (art.12 LCT) y es además el salario habitual al que se refiere el art.201 LCT" Expte. "López Héctor c. El Porteño Apartments Ltda. y otro s/despido" CNAT 28/2/13 Rubinzal Culzoni RC J 5025/13.-

Asimismo, voto del Dr. Capón Filas en fallo "Sabbadini, Mauro vs. Neumáticos Goodyear S.R.L. s. Despido" Fecha: 13/03/2003 Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VI Fuente: Rubinzal Online Cita: RC J 3608/04; y fallo CNAT Sala VIII "Moreira Gustavo Marcelo c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. s/despido" 27/12/12 RC J 4963/13.-

En consecuencia, y en tanto ha quedado efectivamente acreditado que en relación al periodo aquí reclamado el actor cumplió jornada en exceso, corresponde disponer su pago de igual forma, liquidándolos en base a los salarios abonados según recibos acompañados:

PERIODO HABERES PERCIBIDOS valor hora 10 hs. al 50% 18 hs. al 100%

ABRIL/10	5.103,70	25,51	382,77	918,36
MAYO/10	4.725,65	23,62	354,42	850,32
JUNIO/10	6.142,00	30,71	460,65	1105,56
JULIO/10	5.434,50	27,17	407,58	978,12
AGOS/10	5.439,28	27,19	407,94	978,84
SEPT/10	5.820,15	29,10	436,51	1047,6
OCT/10	5.814,92	29,07	436,11	1046,52
NOV/10	5.814,92	29,07	436,11	1046,52

DIC /10* 6163,41 30,81 154,05 369,72

TOTAL 3476,14 8341,56

*Del mes de diciembre se toman 10 días (1/3) por haber gozado de vacaciones el resto del mes, sin devengar horas extras.-

Se adeudan en consecuencia por el periodo abril-diciembre 2010

la suma de \$ 11.817,77, sumas que han de llevar intereses a la tasa Loza Longo que suman \$11.155, totalizando un monto de condena de \$ 22.973.-

PROYECCIÓN SOBRE INDEMNIZACIONES: Las diferencias establecidas no arrojan diferencias por liquidación final e indemnizaciones comunes, en razón de corresponder a un periodo anterior al del último año anterior al despido, operado el 2-5-12, que es el que debe ser considerado a los fines de su cálculo (cfr. art.245 LCT).- Ello torna asimismo improcedente la multa del art. 2 ley 25.323, en tanto no se acreditó su pago insuficiente.-

Tampoco procede la multa del art.1 de la ley 25323, en tanto no median sus supuestos.-

"Cuando el art.1 de la ley 25323 alude a deficiente registración lo hace en los términos previstos en los arts.9 y 10 de la ley 24013, por lo que los datos de categoría profesional y jornada laboral no son exigidos por el art.52 de la LCT, punto básico de la registración laboral. Consecuentemente, no procede la sanción allí prevista en relación a dichos rubros" CNAT Sala II Expte 24137/2000 31/8/2010 "Grandinetti Lucas Ramon c/Servicios POst Venta RSL" (Maza-Pirola).-

No resulta procedente la multa art.80 LCT, en cuanto no medió intimación a la entrega de Certificados de trabajo vencido el plazo de 30 días establecido por el Dec 146/00, toda vez que los telegramas agregados a fs.7/11 resultan anteriores.- Asimismo a fs.96/99 surge agregados en copia dichos certificados, con constancia de recepción por parte del actor, sin que al respecto haya habido cuestionamiento al correrse traslado del art. 32 de la ley 1504.

Por todo ello, corresponde hacer lugar a la demanda en cuanto al reclamo de horas extras por el periodo abril-diciembre 2010, y rechazarla en cuanto a los demás rubros pretendidos.- Atento el modo en que se resuelve, y cfr. art. 68 CPCC, costas, por las diferencias salariales al demandado (MB \$22.973) y por las diferencias en indemnizaciones y multas al actor vencido (MB \$317.903).- Tal Mi voto.

El Dr. Nelson Walter Peña, dijo: discrepo con los fundamentos y lo resuelto en el punto

"III.b. Horas Extras" y adhiero en cuanto a las demás cuestiones tratadas en el voto precedente.

Considero que los "jefes de sección" o "encargados" -aún cuando incorrectamente fueran encuadrados por la demandada como personal jerárquico y fuera de convenio- estaban afectados a una jornada distinta y superior que el resto de los trabajadores, y esta fue una de las razones por las que se le abonaba un sueldo superior al mínimo legal convencional.

Al respecto, el testigo Daniel Sandoval, quien se desempeñó como jefe de carnicería, declaró que "Todos los encargados entrábamos a las 6 y hacíamos 10 hs diarias. Siempre marcábamos tarjeta. Corso hacía el horario de 6 a 11 hs. y de 16 a 21 hs., de lunes a sábados".

Y es por ello, que Corso desde que fue designado Jefe de Depósito en el año 2004 cumplía una jornada de 55 hs. semanales de lunes a sábados, hasta el mes de enero del año 2011, en que pasó a cumplir 48 hs semanales.

En tales condiciones, entiendo que corresponde considerar comprendidas las horas extras realizadas efectivamente por Corso en exceso de la jornada legal en el sueldo abonado, toda vez que resulta de aplicación lo normado por el art. 9 de la LCT, que no admite la acumulación de las cláusulas que surgen de diferentes fuentes normativas sino por el principio de conglobamiento por instituciones, de manera que la norma convencional colectiva sólo podría aplicarse si se demostrase que la cláusula contractual individual es inferior en sus contenidos a la norma del convenio (Sala IV CNAT González, Patricia Rosa c/Asociación Mutual de Empleados del Banco de la Provincia de Buenos Aires, sentencia del 12 de septiembre de 2.007).

En un caso análogo al presente, el Superior Tribunal de Justicia en autos: "BARZOLA, JULIO OSCAR C/ S.A. IMPORTADORA EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY" (Expte. N° 20223/05-STJ, sentencia del 11 de octubre de 2.005), confirmó la sentencia dictada por la Cámara del Trabajo de Viedma que había rechazado en todas sus partes la demanda promovida por un operario "encargado de sector", en reclamo de adicional por zona desfavorable (art. 20 del CCT 130/75), presentismo (art. 40 íd. ant.) y horas extras. En el recurso extraordinario presentado por el actor, se sostuvo que se aplicaron erróneamente las normas laborales vigentes en la materia como consecuencia de haber incluido al actor dentro de la excepción establecida por la ley 11.544 y haberlo considerado como personal jerárquico. Agregó, que la categorización del actor resultaba ser una ficción para evitar

abonarle los rubros reclamados, lo que constituía un claro fraude laboral y que se había aplicado erróneamente la ley 11.544 y su decreto reglamentario N° 16.115/33.

El máximo Tribunal de la Provincia, declaró inadmisibles los recursos por considerar que el actor en realidad pretendía revertir lo decidido con respecto a una cuestión netamente de hecho y prueba ajena a la casación, aunque destacó que: "...Sin óbice de lo expuesto, también se estima pertinente destacar que la Cámara de grado descartó la concurrencia de cualquier ardid fraudulento en la jerarquización del actor por el hecho de que la pericial contable producida en autos -y consentida por las partes- demostró que el ingreso que efectivamente percibió durante el período de prescripción fue superior al que arroja dicho cálculo si se toma en consideración la asignación básica de la máxima categoría del personal administrativo del CCT 130/75 (categoría F: segundo jefe o encargado de primera) y se computan sobre ella los demás rubros convencionales (zona, presentismo) e, inclusive, las horas extraordinarias liquidadas por la perito con base en las planillas horarias. 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. En tales condiciones, la recurrente no ha arrojado otros elementos -más allá de una visión subjetivamente distinta- para que la instancia de legalidad habilite una nueva interpretación en virtud de la normativa citada como violada o erróneamente aplicada, pues no ha logrado demostrar que haya sido equivocado el fundamento en el que se basó el fallo atacado, congruentemente -conforme lo ya manifestado- con lo que surgía de la pretensión inicial, o que éste haya incurrido en absurdidad o arbitrariedad en la valoración de los hechos y de la prueba analizados...".

Cabe agregar, que el mismo criterio fue seguido en la causa "Solo, Alberto Omar c/Sociedad Anónima Exportadora e Importadora de la Patagonia s/Reclamo" (Expte. n°

2CT-19.416-07, sentencia del 24 de junio de 2.010) en la que intervino y adherí a los fundamentos del primer votante.

En consecuencia, en la medida que el salario efectivamente abonado resultó superior al previsto en el CCT 130/75 con más los adicionales zona, presentismo y antigüedad incluidas las horas extras laboradas, no existe perjuicio y por lo tanto diferencia alguna que abonar.

TAL MI VOTO.-

El Dr. Emilio Meheuech dijo: Observo que el colega preopinante ha discrepado con el voto que lo precedió únicamente respecto a que una de las razones por las que se le abonó al actor un sueldo superior al mínimo convencional fue porque cumplía una jornada laboral distinta y superior al resto de los trabajadores. Lo que lo llevó a considerar que las horas extras trabajadas por Corso se encontraban comprendidas en el sueldo abonado por la empresa.- Discrepo al respecto con el estimado colega.- Ello es así por cuanto por la calificación profesional en la que efectivamente revistió el dependiente la jornada laboral legal normal, diaria y semanal, debió ser la reglada en la ley 11.544, habida cuenta que no estaba comprendido en la excepción que marca la misma. Y en éste sentido no cabe presumir que el sueldo global que se le asignó al actor comprendiera el trabajo extraordinario realizado por el mismo. Al respecto y cuanto el pago del sueldo es global, sin discriminación de rubros, lo que cabe presumirse, no desvirtuado en el caso, es que esa remuneración cubre lo que hace a la normalidad del contrato.- De ésta manera adhiero a la definición que al respecto diera la Dra Paula Inés Bisogni.- Adhiriendo además el resto de su voto.-

-----Por todo lo expuesto, LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL SALA I CON ASIEN TO EN ESTA CIUDAD, por mayoría;

-----RESUELVE:

-----1) Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por el actor RAFAEL ALBERTO CORSO, contra la demandada SOCIEDAD ANONIMA EXPORTADORA

E IMPORTADORA DE LA PATAGONIA, y en consecuencia condenando a ésta última a pagar al primero, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 22.973 en concepto de diferencias salariales por horas extras, importe que incluye intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina calculados al 30-4-15, 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.Armando Silverio Brusain en la suma de \$ 4.502 y los de los Dres. Joaquin Formaro, Pablo Joaquin Gonzalez, Diego Janavel Tejada y Gustavo Perazzoli en forma conjunta y proporción de ley en la suma de \$ 3.859 (MB:\$ 22973- 14 y 12%, 40%, -Arts. 6,8,9, 10 y cc.Ley de Aranceles).-

-----2) Rechazar parcialmente la demanda instaurada por el actor RAFAEL ALBERTO CORSO contra la demandada SOCIEDAD ANONIMA EXPORTADORA E IMPORTADORA DE LA PATAGONIA, por los conceptos que se da cuenta en los considerando. Costas a cargo del actor a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr.Armando Silverio Brusain en la suma de \$ 53.407 y los de los Dres. Joaquin Formaro, Pablo Joaquin Gonzalez, Diego Janavel Tejada y Gustavo Perazzoli en forma conjunta y proporción de ley en la suma de \$62.308 (MB:\$ 317.903.- 12 y 14%, 40%, Arts. 6,7,9 y cc.Ley de Aranceles).-

-----3) Regular los honorarios de la perito contadora en la suma de \$ 15.000, imponiendo las costas a su respecto en el 10% a cargo de la demandada, y 90% a cargo de la actora.-

-----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) 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 empleadora 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.

-----Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869 y con el art. 58 1er.párrafo del Dcto.199/66 \$ 750- 5% Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Río Negro.-

Dra.Paula I.Bisogni
Vocal de Trámite Sala I

Dr.Nelson Walter Peña Dr.Emilio Meheuech
Vocal de Sala I Vocal de Sala I

Ante mi: Dra. Zulema Viguera
Secretaria