

//neral Roca, 03 de febrero de 2022.-

-----**Y VISTOS:** Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "**WAGNER JENIFER EMILCE C/ ANDES SHOP S.A S/ ORDINARIO (L)**" **EXPTTE N° RO-13036-L-0000-**.

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

-----**RESULTANDO:**

1.- A fs. 11/13 comparece **Jenifer Emilce Wagner**, por apoderado, a plantear formal demanda laboral contra **ANDES SHOP S.A.**, a quien reclama el pago de la suma de \$ 144.461 en concepto de liquidación final, indemnización por despido (antigüedad y preaviso) indemnización de ley 25.323 y daños y perjuicios (seguro de retiro CCT 130/75).-

Relata la actora que comenzó a trabajar para la firma demandada en fecha 02/06/2.014 en la categoría Vendedor B jornada completa. La relación laboral se mantuvo vigente hasta el 24/02/2.017 fecha en que la actora fue despedida en los términos del art. 247 LCT, acto del cual fue notificada mediante escritura pública. En dicha notificación se expresa que el despido tiene como causa la *"recesión que sufre la economía de la República Argentina y su incidencia directa en la zona del Alto Valle de Río Negro y Neuquén"*. Alegó igualmente la empleadora que dicha recesión había ocasionado una disminución en las ventas de más del 60% en el trimestre considerado.

Manifiesta la actora que concluida la relación laboral, se presentó en reiteradas oportunidades al local comercial en busca de su respectiva indemnización, sin obtener respuesta alguna. En razón de ello, dice, cursó telegrama laboral en fecha 09/03/2.017 rechazando el despido dispuesto por la empleadora por improcedente, falso e ilegal, negando la causal de despido invocada por la misma, sosteniendo además que el riesgo que supone la actividad económica debe ser soportado por el empleador, como asimismo que en virtud de la causa invocada, conforme al art. 247 LCT los despidos

que se dispongan debían recaer sobre el personal con menos antigüedad, lo que no fue cumplido en tanto que ella presentaba la mayor antigüedad en el establecimiento de General Roca.

En fecha 11/05/2.017 la actora inició trámite administrativo ante la Delegación de Trabajo de General Roca, bajo el expte. "Wagner, Jennifer s/ pedido de audiencia c/ Andes Shop S.A." sin que la mencionada audiencia arrojará resultados satisfactorios.

Alega que al día de la interposición de la demanda se mantiene la deuda y la mora por parte de la empleadora.

Manifiesta asimismo que el empleador no dio cumplimiento a la contratación del seguro de retiro convencional (CCT 130/75), por lo que reclama los daños y perjuicios de ello derivado, conforme jurisprudencia del Tribunal.

Agrega que le corresponden también las indemnizaciones establecidas por el art. 2 de la Ley 25.323 por la falta de pago de la indemnización por despido incausado, viéndose obligada a acudir a la justicia a tal fin.

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

2. Corrido el traslado pertinente, se presenta a fs.26/32 la demandada ANDES SHOP S.A., mediante representante legal a contestar demanda. Niega todos los hechos alegados por la actora en su escrito de inicio a excepción de los expresamente reconocidos. En particular niega que se le deba a la actora la suma de \$144.641, que la misma haya desarrollado su labor con dedicación, ya que contaba con sanciones previas, niega que no se hayan puesto a disposición las sumas correspondientes a la indemnización y liquidación final. Niega también que haya existido conducta maliciosa de su parte, que no corresponda la procedencia del art. 247 LCT y que sí sea procedente la aplicación del art. 245 de la ley de contrato de trabajo. Niega la liquidación practicada por la actora, como también que sea de aplicación el régimen sancionatorio de la ley 25.323.

Relata que debido a la crisis económica existente a la época del distracto, el rubro textil tuvo una caída de cerca del 80% en sus ventas sin que se evidenciara recuperación, por lo cual se dispuso la desvinculación. Manifiesta que a partir de septiembre de 2.016 se vio obligada a cerrar las puertas de tres de sus sucursales, dos en la ciudad de Neuquén y una en la ciudad de Villa Regina, debiendo proceder a reubicar a aquellos trabajadores de mayor antigüedad en las tres sucursales restantes, una en General Roca, otra en Neuquén y otra en San Martín de los Andes. Que en virtud de esto se procedió a la desvinculación de la Sra. Wagner siendo, según dice, una de las dependientes con

menor antigüedad.

Sostiene que luego de concluído el vínculo laboral, llamó en reiteradas oportunidades a la actora con el fin de que percibiera su liquidación final, sin que se presentara a cobrar. Alega la improcedencia de la multa del art. 2 de la ley 25.323, en virtud de que, según entiende, la misma solo torna operativa una vez que pronunciada la sentencia y dado el incumplimiento del demandado, ya que es a partir de ese momento que existiría un crédito perfecto por indemnizaciones.

Plantea la inconstitucionalidad del art. 9 de la LCT, por entenderlo en clara violación al art. 75 inc. 12 y conc. art. 5, 116 y 122 de la Constitución Nacional. Manifiesta que por los mencionados artículos las provincias se reservaron la aplicación de la ley común, y de manera extensiva, la sanción de sus códigos de forma, que regulan lo a teniente al procedimiento judicial ante lo cual el art. 9 de la LCT viene a inmiscuirse en cuestiones procesales que le son propias a las provincias.

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

3. A fs. 39 obra el acta de audiencia conciliatoria, sin alcanzarse acuerdo en virtud de la incomparecencia de la demandada.

A fs. 55 se abre la causa a prueba, proveyéndose la ofrecida por las partes.

En fecha 27 de agosto de 2.021 obra en sistema PUMA acta de audiencia de vista de causa, en la que consta la incomparecencia de la parte demandada. La parte actora desistió allí de la prueba testimonial y confesional, solicitando se la tenga por alegada, con lo que se dispuso el pase de los autos a dictar sentencia.

-----CONSIDERANDO:

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

1.- Que la actora, Jenifer Emilce Wagner ingresó a trabajar el 02/06/2.014 para para la demandada ANDES SHOP S.A., en la categoría Vendedor B (CCT 130/75), lo que fue expresamente reconocido en el conteste.

2.- La actora se encontraba registrada, percibiendo el salario correspondiente a su categoría conforme surge del recibo de sueldo acompañado a fs. 7. Lo que se tiene por reconocido cfr. art.356 CPCC.

3.- Que la actora fue despedida por acta notarial de fecha 24 de febrero de 2.017, obrante a fs.3/5, en los siguientes términos:... *"se le hace saber que en atención a la*

recesión que sufre la economía de la República Argentina y su incidencia directa en la zona del Alto Valle de Río Negro y Neuquén afectando de manera directa el desenvolvimiento normal de la actividad comercial ha ocasionado una disminución en las ventas de más del 60% en el último trimestre, siendo su causa fuente absolutamente ajena a mi representada que deriva en la disminución del trabajo e imposibilidad de mantener las fuentes laborales en la misma medida... Es por ello que frente a la indiscutible situación económica de conocimiento público y notorio, notifico a Ud. en los términos del art.247 LCT y en cumplimiento de la ley 24013 que prescindiremos de sus servicios a partir del 24 de febrero del 2017".

4.- Que la actora rechazó el despido dispuesto mediante TLC CD 796291641 del 09/03/2.017 (fs.6), negando la causal de despido invocada por la empleadora por improcedente, falso e ilegal al tiempo que considera el despido sin causa en virtud de no tenerse por cumplidos los requisitos del art. 247 de la LCT, reclamando el pago de la liquidación final e indemnizaciones.

5.- Que la demandada contestó la intimación cursada por la actora en fecha 17/03/2.017 mediante CD 7993140704, rechazando el mismo, reiterando los términos y causales expuestos para el despido (fs.25).

6.- Que la actora concurrió a la Delegación Zonal de Trabajo a fin de reclamar las sumas correspondientes a su indemnización en fecha 11/05/2.017, fijándose audiencia con la empleadora para el día 01/06/2.017 sin que la misma arrojara resultados satisfactorios (fs.9/10).

7.- Que no se acreditó que la demandada hubiera contratado el seguro de retiro convencional, previsto por el CCT 130/75.

8.- No se acreditó el pago de la liquidación final ni de las indemnizaciones por despido.

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

1.- De la causal de despido invocada.

Atento el despido dispuesto por el empleador, corresponde resolver la procedencia de las indemnizaciones reclamadas. Tal como surge de la documental acompañada en fs.3/5, la demandada ANDES SHOP S.A. dispuso el despido de la actora en base lo prescrito por el art. 247 de la LCT, alegando para ello *"la recesión que sufre la economía de la República Argentina y su incidencia directa en la zona del valle de Río Negro y Neuquén afectando de manera directa en desenvolvimiento normal de la actividad económica"*, así como otras circunstancias de la crisis económicas y de

disminución de las ventas que allí se detallan.

El despido por fuerza mayor o causas económicas no imputables al empleador previsto en el art. 247 de la ley 20.744 requiere la acreditación fehaciente por parte del empleador, máxime ante el expreso rechazo del trabajador, circunstancia que, se adelanta no está presente en este caso.

No procede el despido en los términos del art. 247 LCT si no se demuestran acabadamente las circunstancias que lo justifiquen, ya que, como lo ha entendido la jurisprudencia y doctrina en forma inveterada, "se trata de una excepción y su aplicación debe ser restrictiva, ya que el principio que rige es el de conservación del trabajo (art. 10 LCT)", que deriva a su vez del principio protectorio, máxime si tenemos en cuenta que en estos casos la indemnización se reduce a la mitad de la común.

La norma resulta de aplicación restrictiva, debiendo considerarse que no comprende las dificultades económicas que derivan del riesgo propio de la empresa, en razón del principio de ajenidad del trabajador, que se inserta en una estructura ajena a cargo del empleador, por lo que no corresponda comparta con éste el riesgo empresario.

Al respecto, Jorge Rodríguez Mancini, en su obra Ley de Contrato de Trabajo, T. IV, pág. 512/513, señala que: "...La jurisprudencia y doctrina, en general, asocian la causa en examen a una situación económicamente crítica de la empresa, aunque poniendo de relieve que la crisis económica o financiera de aquella, per se, no es suficiente para causalizar el despido del trabajador...no cualquier situación económicamente crítica de la empresa posibilita despedir por falta o disminución de trabajo; es necesario además, a) que la misma no sea imputable al empleador (en ese sentido se habla de ajenidad u objetividad), lo cual significa que debe haberse originado en circunstancias totalmente ajenas a su voluntad; que no hubo acciones u omisiones de su parte encaminadas a generar esa consecuencia; en última instancia, que el hecho carga con la nota de imprevisibilidad o inevitabilidad; b) que no se trata de una situación pasajera, temporaria, ocasional o coyuntural, sino definitiva, perdurable y por tanto grave, c) que el hecho sea actual, descartándose en consecuencia las crisis futuras; d) que la situación crítica, no sea atribuible al riesgo propio de la empresa..." Asimismo "Para ser justificada la decisión del empleador debe responder a una falta o disminución de trabajo no imputable (emergente de circunstancias objetivas) que por su entidad y perdurabilidad justifique la rescisión del vínculo, y demostrar una conducta diligente (adopción de medidas tendientes a evitar la situación deficitaria). Para fundamentar un despido por falta o disminución de trabajo hay que acreditar la imprevisibilidad, la inevitabilidad y

la irresistibilidad del hecho por quien lo invoca (arts. 513 y 514 CCiv.)" (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Julio Grisolia, Abeledo Perrot, T.II, p. 1140).

Ante la total falta de prueba acerca de las circunstancias invocadas en la escritura publica de rescisión por parte del empleador, cabe concluir que no se configuran aquellas que pudieran autorizar el despido en el art. 247 LCT, debiendo tenerse al mismo por incausado, procediendo en consecuencia, las indemnizaciones establecidas por el art. 245 LCT. Tomando al efecto la mejor remuneración normal y habitual de \$16.707,75 (recibo enero 2017, fs.7). Del mismo modo, y no habiendo sido otorgado el preaviso correspondiente, resultan procedentes las indemnizaciones sustitutivas establecidas por los arts. 232 y 233 LCT.-

Asimismo, no habiéndose probado el pago de la liquidación final, resulta procedente incluir el pago de los haberes del mes de febrero hasta el distracto, aguinaldo y vacaciones proporcionales (arts.123 y 156 LCT).

Por ultimo, no habiendo sido abonada la indemnización por despido, pese a la intimación cursada por el trabajador, y acreditada su procedencia -que se retrotrae a la fecha en que el mismo operó-, corresponde hacer lugar a la indemnización agravada establecida por el art. 2 de la ley 25323, por acreditarse los presupuestos fácticos de la norma que así lo determinan.

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

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

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

daños y perjuicios derivados de tal incumplimiento.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

oportunidad de su retiro jubilatorio cfr. art. 8 de la Disposición homologatoria DNRT 4701/91.-

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

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

Se recepta el rubro en consecuencia, de acuerdo a la liquidación anexa, por la suma de \$ 6909,11, a la que habrá de adicionarse intereses.

4.- Conclusión: De conformidad a lo expuesto, corresponde hacer lugar a la demanda, resultando procedente la indemnización por despido sin causa conf. art. 245, indemnización por omisión de seguro de retiro CCT 130/75, preaviso e integración de mes de despido (arts. 232, 233 LCT) y las multa prevista en el art. 2 de la ley 25323, de conformidad a la siguiente liquidación:

1.- haberes mes despido (febrero 2017).....	\$ 13.366,20
2.- SAC proporcional.....	\$ 2.505,16
3.- Vac. proporcionales.....	\$ 1.336
4.- Indemn antigüedad.....	\$ 50.123,25
5.- Preaviso.....	\$ 16.707,75
6.- SAC s/preaviso.....	\$ 1.391,75
7.- Indemnizacion art.2 ley 25323.....	\$ 33.415,50
7.-Indem omision Seg.retiro.....	\$ 6.909,11
Subtotal.....	\$ 125.754,72
Intereses.....	\$ 310.767,15
TOTAL	\$436.522

Las sumas reconocen intereses, desde la mora respectiva, a la tasa legal fijada por el STJRN en fallos "Jerez", "Guichaqueo" y "Fleitas", que se calculan al 31/12/2021.

Tal Mi voto.-

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

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

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

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

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

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

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

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

"En el presente caso, el incumplimiento es actual ya que se encuentra acreditada la falta de los aportes correspondientes y el daño futuro resulta previsible teniendo en cuenta las particularidades de la presente causa. La actora es una persona que en la actualidad tiene 55 años de edad (53 años al momento del distracto, carta poder de fs. 2) y trabajó para Saturno Hogar S.A. durante más de 11 años (de marzo de 1998 al 31 de agosto de 2.009) como vendedora "B" dentro del CCT 130/75, de manera que su profesión es la de ser una trabajadora formada y especializada en la actividad de comercio".

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

"En consecuencia, considero que los daños y perjuicios, que cabe indemnizar se

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

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

A la misma cuestión, la **Dra. María del Carmen Vicente** dijo:

Adhiero a los votos precedentes en cuanto a lo resuelto respecto a la procedencia de las indemnizaciones derivadas del despido y ley 25323, de conformidad al voto ponente de la Dra. Bisogni, por sus fundamentos, a los que adhiero.-

En cuanto al rubro Seguro de retiro convencional, me veo llamado a dirimir la disidencia parcial que exteriorizan los muy distinguidos colegas que me anteceden.-

Sobre el Seguro de Retiro Complementario, de conformidad con la sentencia de la Cámara II, en autos "Esponda c/ Saturno Hogar S.A. del 29-08-2011, a cuyos argumentos me remito, es criterio de aquel Tribunal, cuyo cuerpo integro, que la mitad

del aporte patronal que debió destinarse al sistema, va a una cuenta particular de dependiente, mientras que el restante 50% se deriva a una suerte de seguro colectivo, por lo que mal puede reclamar el actor el total de la contribución del 3,5% previsto convencionalmente. De allí que como el monto de rescate que le hubiera correspondido es el 50% de cuanto debió la empleadora consignar en el régimen de seguro de retiro complementario, es que debe acogerse parcialmente la pretensión esgrimida, hasta el 1,75% del salario mensual, más antigüedad, zona y presentismo, con su SAC, lo que permitirá establecer los valores verosímiles de la cuenta individual. Ello así en concepto de daños y perjuicios y no de seguro en si mismo, toda vez que al no haber habido argumento de la empleadora en tal sentido, debo entender que nunca se hizo el depósito al régimen especial, complementario del CCT 130/75.

Por los motivos expuestos, acompaño la solución jurídica que postula para el caso la Dra. Bisogni, fijando el quantum indemnizatorio por el rubro en el 50% de los aportes que fueran omitidos, y sus intereses.

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

-----**RESUELVE:**

-----**1) Hacer lugar** a la demanda instaurada por la actora JENIFER EMILCE WAGNER, contra la demandada ANDES SHOP S.A., y en consecuencia condenar a ésta última a pagar a la primera, en el plazo DIEZ DÍAS de notificada, la suma de \$ **436.522** (cuatrocientos treinta y seis mil quinientos veintidos) en concepto de indemnizaciones por despido, liquidación final, art.2 ley 25323, y daños y perjuicios.- Importe que incluye intereses a la tasa del Banco de la Nación Argentina en los términos establecidos por los fallos del STJRN calculados al 31/12/2.021, que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos.

----- 2) Costas a cargo de la demandada a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Miguel V. Dithurbide por la parte actora en la suma de \$73.335 y del Dr. Federico Stella por la parte demandada en la suma de \$30.556 (MB: \$536.522 , 12%, 40% y 7%. Arts. 6,7, 9 y cc. Ley de Aranceles).-

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

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

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

Dr. Dra. Paula I. Bisogni
Presidente

Dr. Nelson Walter Peña Dra. María del Carmen Vicente
Vocal Vocal subrogante

Ante mi: Dra. Marcela Lopez
- Secretaria -