

//neral Roca, 6 de agosto de 2014.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "DALSASSO MARCELO HÉCTOR c/ SOCIEDAD ANONIMA IMPORTADORA y EXPORTADORA PATAGONIA s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-24826-11).

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. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO: Que a fs.11/22 se presenta el Dr. Armando Silverio Brusain con su propio patrocinio y el de la Dra. Verónica Andrea Cardozo y en nombre de Marcelo Héctor Dalsasso promueve demanda contra la Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia persiguiendo el cobro de \$ 873.556,37 en concepto de diferencia de haberes, horas extra al 50 y 100%, y diferencia que se proyecta sobre preaviso, vacaciones, SAC proporcional, indemnización por despido, arts. 1 y 2 de la ley 25323 y art. 80 LCT.

Cuenta que se desempeñaba desde el 25-11-1996 como dependiente de la demandada en el sector de fiambres y lácteos, hasta que fue designado como personal jerárquico, empero omitiendo la liquidación de horas extraordinarias y los adicionales de convenio, aunque continuaba realizando sus tareas sin personal a cargo, es decir, como "Vendedor C" actuando como ejecutor, distribuidor y supervisor de las tareas que allí se efectuaban. Cumplía jornadas laborales en turnos rotativos que iban la primera semana de 6 a 12 hs. y de 17 a 21 hs. (lunes a sábados) y domingos de 7.30 a 12.30 hs. y la semana siguientes de martes a sábados de 6 a 12 hs. y 17 a 21 hs.

Hasta que fue despedido por la empleadora, a causa de los reiterados reclamos verbales por el pago de jornada extraordinaria, dado que los haberes le eran abonados mensualmente en calidad de personal jerárquico, con lo que no recibía los incrementos salariales establecidos mediante acuerdos colectivos, ni las horas extra que realizaba en forma normal y habitual. En 29-4-2011 es despedido sin causa, comunicándosele ello mediante CD, en la cual se puso a disposición los haberes, la indemnización y el certificado del art. 80 de la LCT en sede de la empresa.

En 7-6-2011 intima el pago de reajuste de haberes sobre todos los conceptos remunerativos, los adicionales del CCT 130/75 sobre todos los conceptos remunerativos, haberes del mes de integración de despido, preaviso, vacaciones no gozadas y aguinaldo. Sobre la base que de ellos, tomando también el aumento voluntario de incrementos salariales con fundamento en "Pérez Aníbal" y "Gonzalez

Martín" de fechas 1-9-2009 y 19-5-2010 dictados por la CSJN, solicita se tomen las horas extra laboradas, el adicional por zona (20%) y presentismo tal como se le liquida al resto del personal.

Cuestiona que se lo haya rotulado como personal jerárquico para omitir liquidación de adicionales de convenio y hacer prestar jornada superior a la legal, acusando una evidente contradicción e incongruencia al retenerse el concepto contemplado por el art. 100 CCT 130/75 y encuadrarlo como un fuera de convenio.

Se responde a ello que la empresa tomó como base de cálculo los conceptos de sueldo mas aumento voluntario, adicionales e incrementos establecidos por acuerdos y resoluciones ministeriales de 2008, 2009 y 2010. Niegan sin embargo la aplicación al caso de la jurisprudencia citada.

Hace referencia a la autonomía del derecho convencional y a que las tareas desplegadas se encuentran previstas en los arts. 10, 12 y 14 del CCT 130/75, donde se define la categoría de encargado de Segunda (vendedor C) y la de encargado de primera (vendedor D). El primero 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 cumplen en aquél. El segundo es quien secunda al respectivo jefe de sección en las obligaciones del mismo y lo reemplaza en caso de ausencia por cualquier motivo.

Entiende que en razón de que según el art.34 las remuneraciones del convenio son mínimas, y no impeditivas de pactos superiores, sea por acuerdo de partes o por decisión unilateral del empleador, en ningún caso podrá dar lugar a disminución de las que se estuvieren percibiendo. De allí que en vistas de que el haber que se venía liquidando se encuentra indefectiblemente incorporado a su patrimonio y es sobre el cual se efectúan las deducciones del art. 100, como el empleador resultaba conciente de que se trataba de un trabajador convenionado, ese es el que debe tenerse como básico para todos los cálculos, sean adicionales, horas extra o indemnizaciones.

Afirma que la denominación o rótulo que se le impusiera a la tarea desplegada por el trabajador es independiente de la que determina la realidad que es la que va a dar la categorización efectiva de las tareas prestadas. Por encima de las atribuciones conferidas al empleador por la LCT, comienzan a operar el derecho colectivo con sus principios y reglas. La intangibilidad del orden público y el interés general preservado por el art. 4, la norma mas favorable convencional prevista en el art. 7 del mismo plexo, o la mejor condición individual se integran para anular las convenciones o interposiciones destinadas a encubrir renuncias o derechos establecidos en el derecho de

aplicación, incluso del autónomo, receptado en los arts. 12 y 14 LCT.

No podría a su criterio interpretarse de otro modo, pues fue el empleador quien efectuó la retención del art.100 del CCT 130/75, que es nada más que el aporte del 2% como trabajador convenionado que deben efectuar los trabajadores comprendidos en el convenio, retenidos en virtud del art. 38 de la ley 23551. Lo contrario sería sostener que el trabajador está convenionado para efectuar los aportes, pero no para ser destinatario de las contraprestaciones remunerativas originadas a partir de su prestación de servicios como empleado de comercio.

Pide la declaración de nulidad del art. 14 LCT, en tanto resulta una simulación o fraude a la ley laboral, donde se omitió dar cumplimiento a las normas laborales y previsionales pretendiendo servirse de la fuerza de trabajo, con elusión de las consecuencias económicas de índole impositiva o laboral por su actividad generada, actuando al margen de la ley vigente. La propia conducta asumida por la demandada debe hacerla responsable directa de su elección, pues el trabajador estaba obligado a aceptar la forma contractual impuesta por el empleador. El consentimiento del dependiente no hace más que reflejar la falta de capacidad negocial.

Acusa temeridad y malicia y pide la aplicación de la condena prevista por el art. 9 de la ley 25013 y art. 275 LCT. Plantea la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo de los incrementos salariales. Subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio en razón de que durante la prestación de servicios para la empleadora y sus ingresos estuvieron determinados por imperio del art. 34 del CCT 130/75, y no por haberes mínimos de escala previstos para la actividad.

Practica liquidación y ofrece prueba.

A fs.90/110 la Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia contesta demanda con apoderamiento del Dr. Rodolfo Paulo Formaro y patrocinio del Dr. Pablo Joaquín González. Destaca la improcedencia del reclamo, pues en términos objetivos si uno divide el monto pretendido por los 24 meses (plazo bianual de prescripción), sería lo mismo que decir que un encargado de fiambrería devengaría \$ 45.000 mensuales, pidiendo la aplicación de los arts. 20 y 275 LCT.

A su modo de ver el actor al reclamar prescinde de todo lo que cobraba, que era jerarquizado y que por lo tanto percibía un haber superior al del salario máximo de convenio, con una estructura de remuneración que superaba lo que habría cobrado incluso alongando al máximo los básicos convencionales. Entiende que utilizar el haber percibido para a su vez sumarle los adicionales, es una maniobra que se repite en estos

estrados y que lleva a que es impensable que quien cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo no puede adeudar \$ 900.000, razón por la que pide desalentar conductas con la imposición de costas.

Al ingresar en la realidad fáctica reconoce que el actor fue personal jerárquico y por ende fuera del encuadre del CCT 130/75 durante 15 años de relación laboral, durante los cuales no efectuó reclamo alguno, porque su relación se encuadraba dentro de lo máximo de la estructura y dentro de la ley 11544 que no prevé horas extra a dicho personal. Tenía personal a su cargo y en el último período eran Victor Uribe, Adrián Jara y Oscar García. Dirigía en general el sector, controlaba el stock, hacía los pedidos a proveedores, diagramaba horario de los empleados a su cargo y disponía de facultades disciplinarias sobre sus dirigidos, dependiendo exclusivamente de la gerencia.

En la categoría que pretende (ventas C) a junio/2010 hubiera cobrado \$ 3.067,34 y a fin de explicar el beneficio económico formula un cuadro comparativo entre lo que hubiera correspondido en concepto de horas extraordinarias sobre categoría C (descontando los francos compensatorios) con lo que demuestra que las pretendidas diferencias serían inexistentes. Se pregunta dónde está el fraude alegado.

Entiende que una nota relevante a tener en cuenta es que el actor dependía directamente de la gerencia y no existía otro personal intermedio, lo que denota su jerarquía. Al ser despedido se le abona la indemnización sobre la mejor remuneración mensual, normal y habitual, a pesar de lo cual se despacha acusando temeridad y malicia.

No exhibe la demanda fundamento alguno que permita presumir que tuviera derecho a horas extra, ni que se le haya mermado injustificadamente su salario. Refiere que hay una evidente industria del juicio que el Poder Judicial no puede ni debe tolerar y que este tipo de prácticas ocupa tiempo, recursos públicos y privados en la aventura. Una base indemnizatoria con un importe de cálculo de más de \$ 15.000 no surge de documentación alguna y además excede topes indemnizatorios que el actor no ha cuestionado en parte alguna de su relato.

Cuestiona el reclamo sobre horas extra, pues siendo jerárquico no le correspondían, pero igual tenía francos. Parece desconocer los presupuestos de la ley de jornada 11544 que hasta la modificación dispuesta por ley 26597 (posterior al despido) exceptúa su aplicación cuando se trate de empleos de dirección y vigilancia, cuyo decreto reglamentario 16115/33 comprende a los altos empleados administrativos o técnicos que sustituyan a jefe, gerente, director o habilitado principal, individualizándose a jefes de acción, de departamentos, de taller, de equipos, de personal de máquinas, de personal

de calderas, etc, siempre que efectúen trabajos de dirección o vigilancia.

Insiste en que es ese el caso del actor, quien como encargado de la supervisión del sector de fiambres y lácteos tenía al menos tres personas a su cargo, por lo que recibía una cuantiosa remuneración.

Desconoce que Dalsasso hubiera realizado horas extraordinarias durante la relación laboral, pero a todo evento, para el caso de comprobarse la realización de las mismas, lo cierto es que no procede su pago por la categoría jerarquizada, y que jamás a lo largo de más de quince años efectuó reclamo alguno, con la presunción que ello conlleva. Pide que se imponga al actor la carga de la prueba de la existencia de las mismas.

La pretensión de la accionante va directamente en contra de lo afirmado por la CSJN en autos "Carol Haginian", en orden a que debe preservarse la estructura de la remuneración que supera los mínimos convencionales. Dice en tal sentido que toda diferencia salarial por encuadramiento convencional o categorización dentro del mismo convenio, antes que nada debe demostrar ser inferior a lo que efectivamente percibía, sino, no hay agravio que justifique la indemnización. Agrega que aunque la accionante afirme que la doctrina de los actos propios no alcanza y tenga una presunción que la garantía de irrenunciabilidad mantiene intacta, no se está hablando de un adicional pagado indebidamente, sino que el actor percibía mensual y pacíficamente una suma global que superaba ampliamente lo calculable sobre el salario que parece pretender.

No trabajó las horas que denuncia, pero aún si lo hubiera hecho, la cuestión es que no procede su pago por estar excluido del régimen ordinario de jornada laboral. Refiere al precedente del STJRN en autos "QRH c/ Banco Río Negro SA" fallado en 30-8-2001.

Referido a la aplicación del art.7 de la LCT advierte sobre aquellos casos en que las partes acuerden condiciones menos favorables a las que emergen de normas imperativas, pero sin impedir que convengan mayores beneficios que los establecidos por esas normas. En tal sentido concluye que el empleador no puede abonar menos de lo que establece la ley o el convenio, pero que nada se opone a que abone sumas mayores y si por cualquier causa así lo hace, es evidente que no están vulneradas las normas de orden público y que ninguna diferencia puede existir a favor del trabajador que percibe sumas mayores que la que le hubiera correspondido recibir en virtud de disposiciones de carácter imperativo. De allí que, para resolver adecuadamente un caso como el de autos, es necesario cotejar el valor al que debieron haber alcanzado las calculadas según las normas imperativas, con las efectivamente percibidas y establecer si se han respetado o no los mínimos que el orden público exige y si, existen o no diferencias a favor del

trabajador.

En un caso de aristas similares, la CNAT dijo que no existe norma legal que obligue a la demandada a mantener en una misma proporción un determinado porcentual generado por el aumento de las escalas salariales ("Gamarra Carlos Alberto" 30-5-2008). En tal sentido si el razonamiento argumental que sustenta la sentencia se aparta de las reglas de la sana crítica y consagra una solución manifiestamente contraria a la lógica y la experiencia, esto es, al correcto entendimiento judicial, pues se basa en apreciaciones meramente conjeturales sin advertir que el cambio de denominación de los distintos rubros que configuran el salario no ha rebajado la retribución del trabajador, falta el perjuicio concreto que autoriza a considerar que se ha violado el principio de intangibilidad (Carol Haginian Washington 1-10-1987).

Según ello, de entenderse que al actor le corresponde estar convenionado bajo el CCT 130/75 en la categoría de ventas C, la remuneración pagada por la empresa deberá ser tenida como cancelatoria de todos aquellos rubros que, aun no mencionados expresamente en su estructura, se hubieran devengado a su favor.

Sobre la pretensión de que se declare la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo conferido a los incremento salariales, pide no olvidar que ellos se encuentran homologados por la autoridad de aplicación, lo que significa que el Estado aprobó o prestó conformidad al convenio colectivo, cuya implicancia en la negociación es decisiva, pues el convenio se torna obligatorio para los trabajadores y empleadores de la actividad y fue producto del diálogo libre y voluntario alcanzado por las partes debidamente representadas. La impugnación de un convenio colectivo debidamente formalizado, ratificado y homologado, debe realizarse en el ámbito administrativo, mediante la interposición de los recursos pertinentes y tan sólo luego de agotada dicha instancia ser objeto de revisión judicial.

Hace historia sobre las razones del nacimiento de las sumas fijas no remunerativas como un modo de crear un canal de comunicación entre las partes, para la discusión de salarios y mejores objetivos laborales después de la crisis profunda que vivió el país en 2002, resultando una constante en varias negociaciones. Una resolución contraria, que legitima y ratifica la constitucionalidad de los acuerdos paritarios celebrados desde el año 2006, no hacen sino generar inseguridad jurídica al controvertir procesos de mejora de los ingresos del trabajador, fruto de las negociaciones en el marco de la ley 14250 y conspira contra la dinámica y solución que en lo sucesivo pudieran mantener los mismos, provocando incertidumbre y malogrando una posibilidad vital en aquel

contexto político, económico y social.

Impugna la planilla de liquidación; describe el cumplimiento de sus obligaciones económicas como consecuencia de la extinción del vínculo incausado. Recuerda que de cobrar como empleado convencionado en la categoría ventas C como parece pretender, la base de cálculo para la indemnización hubiera sido de \$ 3.067,34, notablemente menor a la aplicada. Concluye que deberá analizarse si las diferencias entre los cálculos efectuados por la intrincada liquidación del accionante son los correctos y si los rubros reclamados en exceso resultan procedentes, lo cual como se ha demostrado no es así.

Sobre la multa de la ley 25323 insiste en la conformidad de la categoría ostentada a lo largo de 15 años y la vacuidad de argumentos. Enuncia que se reclama su aplicación pero no se da fundamento alguno de ella. Señala que la ley 25323 establece una forma que es penal y que como tal, tiene un carácter taxativo y no susceptible de ampliación por analogía.

El art.1 resulta inaplicable en tanto la registración fue la correcta y jamás fue cuestionada hasta después de operado el despido.

El art.2 es inaplicable en tanto el propio actor ha reconocido haber percibido la suma de la liquidación final. Entiende que debe priorizarse la intención del legislador al sancionar a empleadores que sin motivo o causa válida omitieran dar cumplimiento a la obligación de abonar al finalizar la relación laboral y no cuando pronunciada la sentencia y condenado el empleador a satisfacer las indemnizaciones, su incumplimiento podría tornar operativo al art. 2 de la ley 25323. A todo evento solicita la declaración de la inconstitucionalidad pues atenta contra los derechos de propiedad y defensa en juicio. No sanciona un obrar reprochable del empleador sino el simple hecho de acceder a la justicia en busca de la valoración jurídica de los hechos que entiende le asisten en razón. Por otra parte la norma no prevé supuestos de pago insuficiente.

En cuanto a la aplicación del art. 45 de la ley 25345 dice que la certificación de trabajo y la de servicios y remuneraciones fueron entregados en legal tiempo y forma. Deviene improcedente además porque no se cursó la intimación en los términos del decreto 146/01.

Ofrece prueba.

A fs.114/115 el actor contesta el pedido de inconstitucionalidad del art. 2 de la ley 25323 y dice que según se desprende de los recibos de haberes, aun cuando se lo rotulara como personal jerárquico, la empleadora ha efectuado descuento en los haberes liquidados en conceptos del art. 100 CCT 130/75 aportes con fines sindicales, de modo

tal que de los propios actos cumplidos por la demandada surge a ciencia cierta el cabal conocimiento del encuadre convencional de las tareas prestadas por el trabajador. Entiende que no se puede sostener el agravio pues el mismo trabajador no puede estar convenionado y excluido para ser destinatario de los beneficios de serlo.

A fs. 121/122 se abre a prueba, produciéndose a fs. 137/141 y 552 informativa de Oca postal, a fs. 142/182 la de ANSeS, a fs. 195 la de Osde Binario, a fs. 200 la de Carrefour, a fs. 212/228, 232/240, 476/527 y 532/541 las de Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, a fs. 229/230 la de AFIP y a fs. 241/243 la de FAECyS. A fs. 249/461 y 554/555 y 558/682 (legajo) la demandada agrega la instrumental pedida por la perito contadora interviniente. A fs. 686/711 se produce dictamen pericial de la Dra. Susana Graciela Daniele, quien contesta pedido de explicaciones a fs. 736/748.

A fs. 765 la Dra. Verónica Cardozo renuncia a su patrocinio letrado.

A fs. 777 se produce audiencia de vista de causa en la cual la Dra. Jimena María Gallisa se presenta con sustitución de poder para representar a Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia. Se producen alegatos y se llaman AUTOS al ACUERDO para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I:- HECHOS Y PRUEBAS: Las partes han coincidido en la fecha de ingreso y egreso del actor, no así en la realidad de cuanto traducían la verdadera categorización que revestía el accionante.

Fue acreditado:

1. Que el actor comenzó a trabajar bajo las órdenes de la demandada el día 25 de noviembre de 1996 (documental de fs 3/4, 51/89).
2. Que ingresó realizando tareas varias dentro de la Sucursal Villa Regina de la accionada.
3. Que desde su ingreso cubrió las funciones comunes y al poco tiempo fue designado como personal jerárquico, y si bien dice que realizaba sus tareas sin personal a cargo, ello ha quedado absolutamente descartado con la prueba rendida y de conformidad con lo dicho a fs. 92 por la demandada, pues el personal de la sección se componía de 4 personas en total siendo sus compañeros en el último período Víctor Uribe, Adrián Jara y Oscar García.
4. Que a partir de su designación en el cargo superior se le consignó en los recibos de haberes la categoría "Jerárquico" (recibos de haberes y admisión de fs. 91 vta.). También quedó claro que se le descontaba el aporte del art. 100 CCT 130/75.
5. Que se desempeñaba en el sector de fiambres y lácteos en la sucursal N° 48 de Villa

Regina.

6. Que la relación laboral se extinguió el 29-4-2011, cuando la empleadora remite CD por la que notifica la prescindencia de sus servicios y la puesta a disposición de la indemnización, haberes y certificados del art. 80 LCT en la sede de la empresa sita en Av. Cipolletti N° 502.

7. Que reclama extrajudicialmente el pago de horas extra (diez horas diarias) y adicionales de convenio sobre el importe básico pagado como jerárquico. Que también pide el pago de los incrementos salariales según acuerdos colectivos y resoluciones de 2008, 2009, con carácter remunerativo.

8. Que efectivamente realizó tareas atinentes a la venta de productos en el sector fiambres y lácteos, siendo responsable del trabajo del sector en calidad de ejecutor, distribuidor y supervisor de las tareas que allí se efectuaban.

9. Que con la sola excepción de las facultades disciplinarias sobre sus dirigidos, pues solo podía poner en conocimiento los incumplimientos y sugerir la imposición de una sanción al gerente general y cualquier decisión se tomaba desde el sector de recursos humanos, se acreditó que dirigía el sector con cierta independencia dentro del mismo.

A partir de estos presupuestos fácticos, las consecuencias jurídicas que atribuyen al contrato las partes difieren ostensiblemente. Serán tratadas en los diferentes ordenes punto por punto, previo a lo cual creo importante sintetizar lo que se dijo en las audiencias testimoniales para que quede debidamente aclarado cuanto consideré probado.

La testigo Sara del Carmen Provoste Pincheira fue compañera del actor durante 6 o 7 años y en 2009 pasó como gerente de ventas. Dijo que Dalsasso hacía los pedidos diarios y semanales de mercadería, delegaba tareas a sus tres compañeros que junto a él trabajaban en el sector. Que se ocupaba de mantener el stock en góndola de lácteos y fiambres. Todas las marcas se feteaban antes, salvo algunos que venían envasados al vacío. Que el personal iba todos los días y tenían turnos y francos rotativos. La declarante como encargada de sector también participaba de los diagramas diarios. Se estructuraban en jornadas de no menos de 8 horas y no más de 9 hasta llegar en 2009 a una jornada no mayor de 8 horas. Que trabajaban antes 50 o 55 horas semanales con un día de franco. Los jerárquicos hacían 10 horas diarias sin distinción respecto de ellos a partir de las 13 horas del día sábado, participando rotativamente al igual que sus compañeros de sector. Que los jerárquicos tienen otras responsabilidades por el personal a cargo y rinden cuentas al gerente. En las sucursales grandes hay un gerente general y

un gerente de ventas. El primero se ocupa de la generalidad. El segundo del movimiento de ventas. La gerencia de recursos humanos está en Cipolletti y alcanza a todas las sucursales del Valle. Dalsasso rendía cuentas al gerente general. Las sanciones sobre los dependientes del sector se definen a partir de la elevación de la propuesta pero decide gerencia de personal. Que él diagramaba los horarios de personal, según situaciones de francos, vacaciones y feriados, considerando a Victor Uribe, Adrián Jara y Oscar García. Los camiones de lácteos llegan todos los días. Hay dos camiones semanales que vienen de BA con congelados y refrigerados. Allí llegaban las hormas. Rafael Alberto Corso estaba en el depósito como encargado. Los del sector específico ayudaban a descargar. Los días que llegaban los camiones de BA no se daba franco. Marcelo Dalsasso disponía quien hacía cada tarea, pero estaba en el lugar y ayudaba en la tarea de todos. Si bien él podía negarse a realizar las tareas generales, sostenía que era conveniente para no entrar en conflicto con el personal a su cargo y no porque él tuviera que hacerlo.

Marcelo Sanmartino al momento de declarar era gerente en sucursal de Roca (Evita y Damas Patricias), pero trabajó entre noviembre/2007 y febrero/ 2012, como gerente de la sucursal V.Regina. Relató que Dalsasso era encargado de fiambres y lácteos. Que hacía la jornada diaria con sus respectivos francos. Algunos entraban a las 6 y se iban al mediodía y otros a las 16 y hasta la salida en tiempos de horario cortado. Que en ese sector contando a Dalsasso eran 4 dependientes. Que como encargado manejaba los pedidos, armaba los horarios del personal, y recibía algunos camiones por depósito con obligación de controlar la mercadería que llegaba. Que hacía horario cortado aproximadamente de 7 a 12 y 15 a 19 o 20, con un franco corrido de 36 horas semanales y los domingos a la tarde que estaba cerrado. Dependía de la gerencia general. Los dependientes del sector eran Uribe, Jara y Oscar García. Que si bien no tenía facultades disciplinarias directas, era quien planteaba los incumplimientos ante el sector de recursos humanos. Informaba a la gerencia para tomar alguna medida, sugiriendo la sanción. La gerencia consultaba con Recursos Humanos. Todo se hacía por mail comunicando lo que pasó en el sector y desde recursos humanos consentían o no la propuesta. El sector de lácteos receipta la mercadería de mayor movimiento diario. Solo se encargaba personalmente cuando Corso (encargado de depósito) estaba de franco. Esa mercadería es bajada por la gente del camión de las empresas (La Serenisima, Sancor). Cuando llegan los camiones de La Anónima de BA, los baja la gente del sector. En esos casos colaboraba Dalsasso hasta que se adquirió el pallet hidráulico y a

partir de ese momento solo controlaba el stock. También hacía reposición. Si bien no formaba parte de sus funciones porque tenía la jefatura era parte de las tareas asignadas a su sector y nunca se negó a hacerlo. Preguntado por la diferencia entre un jefe y un vendedor C, respondió respecto de la responsabilidad de los pedidos, la exhibición, todo lo que repercute en llevar el sector al objetivo, pues se evalúan los resultados. Los cronogramas se hacían en conjunto. Una vez que se hace el primer cronograma horario, evaluado el buen funcionamiento luego se reitera, salvo algún ajuste eventual. Que mientras estuvo como gerente general nunca hubo reclamo de horas extra. Que de la totalidad del personal del sector, solo uno ingresaba en horario de las 6 para armar la góndola y controlar los vencimientos y calidad de los productos exhibidos. Dalsasso llegaba a las 7 hs. y se iba a las 12 hs. Su tarea central eran los pedidos, reposición, seguimiento y contacto con proveedores locales. Luego de eso colaboraba con todas las tareas, incluso el feteado. Actualmente no se fetea mas porque viene todo cortado y cerrado al vacío desde BA. Un jerárquico hace las mismas tareas que el resto pero sujeto a las tareas prioritarias que solo él tiene asignadas. El testigo como gerente general ejercía control y con quien más trato generaba era con el actor.

Lorena Sandra Britos trabajó entre 2006 y 2010 en el mismo sector en que el actor era jefe. Se extinguió por reducción de personal. Dalsasso además de dar ordenes, hacía lo mismo que el resto y también más. Era encargado de recibir todo lo que era mercaderías, controlar y que estuviera exhibida en góndola. Tiempo después ya no se feteó porque lo envían envasado de BA. Cuando llegaban los camiones con mercadería iba al depósito y la llevaba al sector. Una vez por mes hacían un balance de stockeado completo para lo que se quedaban después de horario. Si llegaba la mercadería fuera de su horario se quedaba a controlar. Comenzaba el día a las 6 de la mañana y se iba a las 12, quedándose solo si llegaba el camión. A la tarde volvía alrededor de las 16 o 16.30 hasta las 20.00. Todos marcaban tarjeta de entrada y salida con tarjeta magnética. Los francos eran durante la semana salvo algún domingo por mes, pues son los días que más se trabajan. Si trabajaba sábado y domingo tenía un día y si no medio día. Si se iba un domingo a las 21 horas y tenía de franco el lunes, el martes volvía a las 6 de la mañana. El último año que estuvo eso cambió un poco. El día o el medio día franco se manejaba entre todos con cierta libertad. Eran difíciles de recuperar como francos cuando alguien se enfermaba y a veces ofrecían pagarlos. Normalmente se hacían 9 horas diarias. Dalsasso casi siempre 2 horas más. Sobre todo cuando hacía balances. En aquel tiempo cortaba al mediodía el horario de atención al público. A la testigo le pagaban las horas

extra. No supo decir si el actor las cobraba. El también al igual que todos fichaba.

II.-CATEGORÍA LABORAL DEL ACCIONANTE: Corresponde a continuación expedirnos sobre el derecho aplicable a fin de resolver este litigio (art. 53 inc. 2 L. 1.504).

Sabido es que para determinar si un empleado es o no jerárquico son los hechos los que definen, de manera independiente de la denominación de la categoría que las partes pudieron haberle asignado. Así lo indica además el art.17 del CCT 130/75.

Según la descripción que hace el CCT 130/75, en los arts. 11 y 12, se llama capatáz o encargado de segunda 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.

Por ende, si en la lógica del trabajo de un supermercado de importantes dimensiones como el de la demandada, que es conocido por una importante cantidad de consumidores en ésta y otras ciudades de la zona y país, una persona que ejecuta, distribuye y supervisa las tareas de personal inferior en una de las diversas secciones con que cuenta, no supe los empleos de dirección.

No están fuera de convenio sólo porque se les abona un haber superior a los previstos en las escalas salariales. Menos aún si la descripción de tareas desarrolladas se corresponde con alguna de las descritas en la convención y si dependen necesariamente de instrucciones y modalidades generales que se implementan desde los cargos más altos de gerenciamiento.

El único argumento defensivo de la demandada en relación a esta particular cuestión fue: "...Allí en ese sector tenía personal a su cargo ... Sus tareas eran la dirección general de dicho sector, control de stock, pedidos a proveedores, diagramación de horarios de los empleados a su cargo, etc. Disponía además de facultades disciplinarias sobre sus dirigidos y dependía exclusivamente de la gerencia. Por todo ello percibía los elevados salarios que surgen de la documentación adjunta, los cuales superaban notablemente los máximos convencionales. Además la empresa proveía de la obra social OSDE, reservada para los empleados jerarquizados. De cobrar por la categoría que pretende (ventas C CT 130/75), el actor hubiese percibido al mes de junio de 2010 \$ 3.067,34 (comprende sueldo básico+antigüedad+zona fría 15%) y no como de manera maliciosamente errónea indica el actor. El sueldo básico con la antigüedad suman un total de \$ 2.462,12 a lo que se le agrega la zona fría (15 y no 20) por \$ 369,32 y el

presentismo (8,33% sobre los conceptos anteriores) por \$ 235,86 ... el sueldo convenido con el actor en su condición de jerárquico superaba ampliamente el importe antes mencionado, por lo que no existe perjuicio alguno en su contra, sino un claro beneficio...".

Pues bien, esas tareas de responsabilidad de un sector como el que se describe (sector fiambres y lácteos) se corresponden con las del art.12 del CCT 130/75, de suerte tal que Dalsasso era empleado 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%.

Si se benefició económicamente o no es otra cuestión que se desarrollará en puntos siguientes, pero cabe señalar que producida la prueba y verificada la condición fáctica que prevé la convención, es real que el actor no era "jerárquico" sino "jefe de segunda" en los términos del art. 12 CT 130/75.

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, capatáz 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 organización y contralor, stockeado y ejecución de las tareas cotidianas del ámbito específico.

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 Dalsasso, 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. 2º inciso B).

III.- ALCANCE DE LA IRRENUNCIABILIDAD: Cuando a fs.11/22 la parte actora reclama por sus diferencias de haberes e indemnizaciones que considera pendientes de cancelación, sobre cuya base también incorpora las especiales de los arts.1 y 2 de la ley 25.323 y el art. 80 LCT, su sostén económico de base para el cálculo está en lo que dice- unilateralmente la demandada había conferido como salario fuera de convenio por haberlo incorporado al grupo profesional de jerárquicos. Pretende que la sustancia de tal pretensión está en que a pesar de habérselo tenido como fuera de convenio, se descontaba el aporte del art. 100 del CCT 130/75, comprensivo del 2% que deben efectuar los trabajadores comprendidos en el convenio en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 38 de la ley 23551 y que existe un obrar contradictorio del empleador por cuanto, por una parte desconoce su calidad de trabajador convencionado, omitiendo abonarle los adicionales de zona tal como se liquida al conjunto de trabajadores que presta servicios en la sucursal (20%), antigüedad y presentismo (arts. 20, 24 y 40) como las horas extra prestadas, y por otra parte efectúa retención de aportes como trabajador del contrato colectivo. Concluye pues que tal proceder, importa reconocimiento explícito a que las tareas desplegadas por el actor se encuentran comprendidas en el convenio que rige la actividad, correspondiéndole como haber básico el que se le liquidaba como jerárquico.

Pide que se reanalice con los fundamentos descriptos lo resuelto en la sentencia "Solo" de fecha 25-6-2010, pues de seguir dicho criterio en su comprensión se estaría retrotrayendo la relación laboral, a pesar de encontrarse convencionado y sabiendo que lo estaba y le estarían compensando lo que cobró de más cuando esto viola el art. 31 CCT, cuya constitucionalidad no fue planteada en el caso, referida a la posibilidad de establecer haberes mayores, violando el principio de intangibilidad y progresividad.

Agrega al alegar que debe tenerse en cuenta que mes a mes y año a año, los haberes de los trabajadores que se denominaban "de facto" jerárquicos acrecían en idénticos porcentajes que el resto de los trabajadores.

Al contestar, la demandada niega que existiera fraude porque se le pagaba por encima

de los salarios convencionales, de conformidad con el criterio que indica que al haberse acreditado que el cambio de denominación de los distintos rubros que configuran el salario no ha rebajado la retribución del trabajador, falta el perjuicio concreto que autorizaría a considerar que se ha violado el principio de intangibilidad de aquel (según CSJN en autos "Carol Haginian Washington" de fecha 1/10/87).

Al alegar la demandada dice que no se debiera salir del salario creado para hacer uno nuevo, pues no se puede razonablemente crear un salario y casi duplicarlo con los 9 items que se adicionan al liquidar.

El nuevo art. 12 LCT según t.o. ley 26574 puso fin al debate jurisprudencial y doctrinario más potente que hubo en relación al alcance del principio de irrenunciabilidad, especialmente desde "Bariain c/ MercedesBenz" cuyo primer fallo de CNAT fuera dictado por la Sala VI en 14-5-1985. Se impone reinstalar los conceptos finales a los que se había arribado ya casi pacíficamente antes del cambio referido. "...La casi totalidad de los jueces y autores doctrinarios consideraban nula la derogación de un derecho o beneficio del trabajador nacida de la mera decisión unilateral del empleador, aunque haya sido seguida del silencio e inacción del dependiente. Casi todos los tribunales resolvían que, para que la renuncia por el trabajador, de un derecho o beneficio incorporado a su contrato pero aún no devengado fuera válida, se requería un acto jurídico bilateral expreso y equitativo, negándosele valor al silencio o la inacción del dependiente frente a decisiones unilaterales del empleador aun por largos lapsos... También se había afianzado una línea jurisprudencial que negaba valor a acuerdos en los que lo único pactado fuese la pérdida de un derecho por el trabajador, si éste no ha obtenido a cambio de ese derecho renunciado otro beneficio real o potencialmente tangible (por ejemplo: una reducción salarial actual a cambio de participación en las ganancias o de estabilidad absoluta)..." (Ley de Contrato comentada y concordada 2ª edición año 2011, pags. 171 y 172, Rubinzal Culzoni Editores, Raúl Horacio Ojeda coordinador).

De allí que si fuésemos rigurosos, sin la razonabilidad que supone admitir el aparentemente hermético texto actual que desautoriza negociaciones peyorativas, en la presente causa no habríamos podido dar razón al actor en el sentido de acoger favorablemente un reclamo sustentado en una baja de categoría sino sujeto a que dicho reconocimiento implicara una mejora económica, por lo que en la realidad fuera su verdadera prestación de servicios, pues justamente la norma establece la nulidad de la convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en el contrato

individual de trabajo.

De tal modo que para hacer lugar a la pretensión se impone evaluar cuál fue la liberalidad del empleador en el caso, para con ello saber si lo que se pide en relación a la base salarial para el cálculo de las diferencias salariales e indemnizatorias, puede entenderse como supresión o reducción de algún beneficio conferido e ingresado al patrimonio del trabajador con motivo del contrato individual, "...ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución o del ejercicio de derechos provenientes de su extinción..." como lo dice el actual art.12 de la LCT. Procedo entonces a revisar el criterio de "Solo" fallado en 24-6-2010 (tal lo pedido por la parte actora) para merituar si se impone modificarlo y he de denegar tal pretensión.

Ello así porque la empleadora otorgó un "beneficio complejo" al actor cuando otorga un mejor salario, de base superior al mayor de la escala salarial vigente, porque a dicho fin le confiere la cualidad de jerárquico y una obra social con mejores prestaciones asistenciales en un combo que, entre otras chances, permitía cubrir cualquier eventualidad que como dependiente de categoría convencional pudiera presentarse y tal como se pudo advertir de los antecedentes fácticos aquí conocidos, no hubo abusos de ningún tipo en tal sentido.

La pretensión ejercida es que se le admita su verdadera categoría convencional (Vendedor C) y que, reconocida judicialmente, se le paguen las horas extraordinarias efectivamente realizadas y los adicionales previstos para todos los trabajadores comprendidos en la convención colectiva específica, a lo que una vez analizada la prueba se hace lugar.

Ahora bien, ingresando en la cuestión relativa a la irrenunciabilidad, si se concede lo reclamado (categoría real) con todos sus adicionales, el interrogante sería: ¿A que renunciaría el actor? ¿Donde se pone en riesgo la intangibilidad salarial que pretende hacer jugar?. Si tal como lo hemos dicho en el precedente "Solo", hechas las cuentas finales, una vez definida la categoría y abonados todos los adicionales que le corresponden, la suma total de cada ítem supera lo que fuera abonado, se ha de acoger el mayor valor que se hubiera pagado, pero si ocurriera a la inversa, y se ha pagado por encima, no habrá de ser devuelta suma alguna a la patronal.

Ergo, si el actor pretende que su categoría era la de vendedor C y no la de jerárquico y por tal condición deberá percibir el mismo haber, está reclamando por encima de lo que fue el beneficio conferido por la empleadora, pues se trató de un "mix de categoría y salario", de suerte tal que, al salirse el accionante de la condición asignada, se escapa

también del componente económico que la integraba.

Lo que está incorporado al patrimonio jurídico del trabajador como derecho es lo percibido como comprensivo del grupo profesional en el que se lo ubicó, y nada podría reclamar la empleadora si pagó de más.

Lo que el nuevo texto legal del art. 12 LCT (t.o. ley 26574) no permite son negociaciones peyorativas, y en esta sentencia no se presenta reducción alguna en perjuicio del trabajador al conferirle el derecho que el accionante manifestó tener.

Bueno es señalar que el empleador respetó tal ofrecimiento a lo largo del contrato pues, como bien lo dijo la propia parte actora, cuando aumentaban los haberes convencionales del CCT 130/75, en idéntica proporción se le otorgaba al llamado por la empresa "grupo profesional de jerárquicos".

No se puede obviar que la regla de la irrenunciabilidad, como instrumento inescindible del principio protectorio busca no sólo otorgar beneficios considerados mínimos básicos o esenciales a los dependientes, sino, igualmente poner al trabajador a salvo de los efectos que el mayor poder negocial del empleador tendría sobre otros derechos y beneficios. La irrenunciabilidad no es un valor en si mismo, sino sólo un instrumento jurídico derivado del principio tutelar, que debe correlacionarse y conjugarse armónicamente con la esencia contractual. No puede servir para viabilizar una totalidad que no fue concebida en el contrato, ni tampoco llevar a concepciones que resulten inconcebibles en términos económicos.

Cuando el art.12 de la LCT refiere a los derechos que se hayan pactado entre el trabajador y el empleador o que éste haya reconocido unilateralmente, no se está dirigiendo a parcialidades sino a una integralidad y aquí el demandante se escapa de esa totalidad al reclamar por una categoría inferior a la otorgada en términos de prestación, categoría y salario, pretendiendo hacer valer lo que lo beneficia, en desmedro de lo que lo hubiera perjudicado, en claro desmedro de lo que fue la verdadera oferta del empleador y de la que, como mas adelante veremos no se advierte abuso alguno sino por el contrario, un claro beneficio económico y en la exhibición de antecedentes, pues como lo indica el certificado de trabajo entregado al finalizar el vínculo, el actor ha sido un dependiente jerárquico durante 15 años, condición que sin dudas ha hecho valer para conseguir otro puesto de trabajo.

De todo lo expresado concluyo que no se dan las notas de irrenunciabilidad, intangibilidad y progresividad que pretende Dalsasso hacer valer y mantengo el régimen liquidatorio de "Tura Javier Alejandro" (11-3-2009) y "Solo Alberto Omar"

(24-6-2010), según los cuales corresponde calcular el haber por la categoría de "Vendedor C" del CCT 130/75 con los adicionales que le hubieran correspondido por sumas no remunerativas que hemos dicho que deben ser sumadas al básico, antigüedad, horas extra, zona al 20% y presentismo y de haberse abonado por debajo de dicho resultado, disponer la cancelación de la diferencia a favor del actor. De lo contrario, se tendrá por compensada cualquier diferencia que existiera con cada pago efectivamente realizado mes a mes.

IV.- HORAS EXTRA EN CATEGORÍA ASIGNADA-ADICIONALES REMUNERATORIOS-PRESENTISMO Y ASISTENCIA-ZONA- INDEMNIZACION POR ANTIGÜEDAD- OMISIÓN DE PREAVISO-INTEGRACIÓN MES DE DESPIDO: Teniendo en cuenta el argumento de la demandada respecto a que a todo evento, el sueldo abonado era superior a lo que le hubiera correspondido por CCT incluidos horas extra y feriados, corresponde a continuación expedirme respecto de la realización de trabajo extraordinario.

Los testigos han sido contestes en una jornada diaria que iba de 9 a 10 horas de prestación efectiva, e igualdad en el reparto de la prestación de trabajo los días sábado después de las 13 horas hasta los domingos a las 24 horas con el resto de sus compañeros de quienes era superior. Quedó claro que en 2010 ello cambió a una jornada semanal de 48 horas tanto para el personal raso como para los jefes de sección.

En oportunidad de abrir a prueba (fs. 121), además de los puntos de pericia solicitados por las partes, el Tribunal oficiosamente incluye puntos adicionales, de los que puede inferirse lo pretendido como data. En tal sentido pretendimos mediante ellos conseguir información pertinente de la cantidad de horas extra prestadas durante los últimos 24 meses de prestación, todo lo cual se sostenía en el razonable supuesto de que los dependientes marcaban con tarjeta electrónica su ingreso y egreso diario, de lo cual podría extraerse la pauta diaria, semanal y mensual de la jornada efectivamente realizada. De allí que se agregaron los puntos 3bis, 5bis, 7bis, 8bis y 9bis a los que introdujo la actora.

Haciendo una revisión de las constancias documentales que hayan podido permitir determinar la cantidad de horas al 50 y 100% en exceso de las 48 horas semanales, y de las conclusiones a que arriba la auxiliar contable en estas actuaciones resulta la siguiente secuencia:

-a fs. 464 la demandada acompaña documentación de: a) la autorización para centralizar rúbrica y llevar libro de ley en sistema de microfichas; b) microfichas y rúbricas de las

mismas correspondientes al período marzo/09 abril/11; c) formulario 931 globales y constancias de pago correspondientes al período mencionado; comprobantes de pago al sindicato por el período mencionado; d) legajo del actor. A fs. 465 se pone a disposición de la perito contadora quien asimismo había pedido que se le indicara el domicilio donde relevar la información faltante, lo que es respondido por la demandada a fs. 528.

-A fs. 543 la Cra. Daniele manifiesta haber tomado contacto con el personal de la sucursal, que le ha entregado una caja con documentación, mas expresa que el conjunto de la ya agregada y la obtenida directamente no responde a lo requerido pues falta: 1) legajo del actor; 2) planillas de horarios; 3) recibos de sueldos de los compañeros de trabajo; 4) organigrama que permitiera advertir si tenía o no personal a su cargo; 5) constancia de alta del actor. A fs. 556 responde la demandada agregando el organigrama requerido y solicita que por la voluminosidad de la faltante sugiere se presente a compulsar en la entidad adonde concurrió originariamente (sucursal Avda San Juan 1425).

-A fs. 557/683 se agrega legajo completo del Sr. Dalsasso.

-A fs. 686/711 la Cra. Susana Daniele expide su dictamen. Al tratar las consideraciones generales que hacen al desarrollo de su informe, en el particular tema de las horas trabajadas por el actor dice: "...no he podido relevar información relativa a horarios cumplidos por el Actor debido a que no ha sido puesta a mi disposición documentación referida a planillas de horarios o similares. No he podido relevar información acerca de la realización de horas extras por los dos últimos años de la relación laboral; ya que sólo he contado con un listado de cantidad de horas cumplidas durante el período 1-7-10 al 29-4-11 (es decir 10 meses) el cual no contiene otro detalle...". Contestando el punto 5) pedido por la actora responde: "...tal como lo adelanté, sólo he podido relevar la cantidad de horas trabajadas por el actor durante el período 1 de julio de 2010/ 29 de Abril de 2011. Al respecto, la demandada me ha informado que los días en los que no hay horas trabajadas y que no son feriados- se corresponden con francos compensatorios; mientras que los días no trabajados que exceden de dos (2) son días de vacaciones. Dado que no fue posible establecer el horario en que se desempeñó, a fin de poder realizar los cálculos y respondiendo a un criterio de producencia, he considerado que se trataba de horas extras al 50% salvo para aquellos días feriados en que se las consideró al 100%. La información se presenta en planilla identificada como ANEXO I que se agrega formando parte del presente..." (el Anexo I está a fs. 692).

-Al responder al punto "i" de la demandada dice: "...Tal como expresé al inicio, en el

apartado II del exordio, he podido constatar un listado de cantidad de horas trabajadas por el actor por el período 1-7-10/29-4-11. A través del mismo he determinado las horas extras realizadas durante dicho lapso; pero no ha sido puesto a mi disposición ningún registro de horas realizadas...".

-Al contestar al punto 5 bis de pericia formulado oficiosamente por el Tribunal dijo: "...las horas extras se calculan de la siguiente forma: se efectúa el cociente tomando como numerador la sumatoria total de haberes y como denominador la cantidad de horas totales del mes. A ese resultado se lo multiplica por la cantidad de horas extras realizadas y luego se lo multiplica por 1,5 para el caso de horas extras al 50% o por 2 para el caso de horas extras al 100%...".

-La empleadora impugna el dictamen a fs. 717 vta en este aspecto diciendo lo siguiente: "...el cálculo efectuado por la experta respecto de las horas extras no llega a comprenderse, por lo que solicita la explicación pertinente. Como puede observarse en los recibos de haberes, una vez modificada la ley de jornada (11544) modificación que implicó la eliminación de los empleados jerárquicos de la excepción allí prevista respecto del cómputo de horas extras, art. 3 inc. a)- la empresa comenzó a abonar las mismas en caso de que se registraran y ello surge patente, como hemos dicho, de los recibos de haberes. Ergo, las diferencias entre lo liquidado por la empresa y el cálculo efectuado por la perito carece de fundamento y resulta inexplicable. Por otro lado, no llega a comprenderse cómo la perito llega a tal número de horas extras. Aparentemente, en lugar de contar como horas extras las que superan las 48 horas semanales, ...las calcula diariamente, tomando las que superan las 8 horas diarias...".

-A ello la contadora responde lo siguiente: "...como es obvio, en mi carácter de Perito Contador no he opinado acerca de la procedencia o no del pago de horas extras, por lo que no me incumbe evaluar el criterio de la empresa para el pago de tales horas, toda vez que no se solicitó mi opinión al respecto. En el punto por el que se piden explicaciones, respondiendo a la petición del ítem 5 de la actora me he limitado a efectuar el conteo del total de horas trabajadas y-por diferencia con las horas normales-a determinar las horas extras. Tal como oportunamente lo expliqué, y ante la falta de documentación con detalle, a los fines de la mencionada determinación he aplicado criterios de prudencia. Cabe aclarar que el total de horas trabajadas utilizadas para realizar el conteo antedicho me fue suministrado por la demandada en planilla simple que adjunto a la presente...las horas fueron computadas mensualmente, tal como puede observarse en las planillas que elaboré al efecto...". Tales constancias documentales

obran a fs. 740/744.

Lo que queda claro de todo lo dicho es que la demandada no entregó en oportunidad de formularse el pedido, ni en autos ni en sede de la empresa los antecedentes de planillas de jornadas realizadas por Dalsasso entre abril/2009 y el 30-6-2010 en que se comenzaron a abonar las mismas al actor a instancias de la reforma del art. 3 a) de la ley 11544, que dispuso sacar de las exclusiones de la jornada extraordinaria a los que ejerzan cargos ejecutivos.

Va de suyo pues que todas las diferencias pretendidas en concepto de jornada extraordinaria desde el 1-7-2010 hasta el distracto acontecido en abril/2011, al menos en lo que hace a dicho rubro deben rechazarse de plano, toda vez que aun cuando no lo sostuvo la accionada al contestar demanda, al modificarse la ley 11544, las horas que se hicieran por fuera de las 48 semanales sean al 50 o 100% se pagaron. Ello claramente puede corroborarse con las constancias documentales de fs. 51/60 y las de fs. 740/744.

Debe también tenerse en consideración que en el ANEXO IV que obra a fs. 695 donde se practica liquidación de básico mas adicionales y acuerdos con agregado de horas extra, no se tuvieron en consideración las efectivamente realizadas o verosímilmente presumidas de horas extraordinarias por el período mayo/09 a junio/10. Lo mismo cabe consignar respecto del ANEXO VI de fs. 697.

Ahora bien, como resulta objetivamente de la planilla de fs. 699 el período mayo/09 a junio/10 inclusive, las diferencias entre lo cobrado como jerárquico y lo que hubiera correspondido como "Vendedor C", aplicando los rubros no remunerativos como remunerativos agregándolos al básico, la diferencia es ostensiblemente favorable a la accionada. Mas en tal caso se obvió adicionar un 15% en concepto de zona que por aquel tiempo era del 20%, habiéndosela calculado a un 5%.

Hechas las cuentas por la suscripta con el 20% pactado en concepto de zona para regir en el período que va entre mayo/2009 y junio/2010, adunando un promedio de horas extraordinarias según lo que consideré probado, descontando los meses en que se gozaron de vacaciones y los verosímiles días en que el actor no las hizo porque estaba de franco, la cuenta final sigue siendo favorable a la postura de la demandada. De suerte tal que, el Sr. Dalsasso, quien reclama como empleado convenionado Vendedor C del CCT 130/75, aun cuando haya hecho las horas extraordinarias que dice que hizo, con los pagos recibidos mensualmente no hubiera podido percibir una suma mayor a la cobrada efectivamente mes a mes.

Lo cierto es que la desprolijidad de la empleadora, al no exhibir las planillas de

cumplimiento horario entre mayo/2009 y junio/2010 no generó en su contra perjuicio alguno, pues la relevancia del aporte testimonial dieron cuenta acabada del modo en que se hacía la tarea diaria y semanalmente, formando mi convicción en el sentido de que si bien la jornada se extendió mas allá de la legal, nunca se pagó por debajo de lo que hubiera correspondido en el caso de liquidarlas.

Para determinar la cantidad de horas semanales laboradas por encima de las 48 horas tuve en cuenta las declaraciones sustancialmente coincidentes y concordantes de Sara del Carmen Provoste Pincheira, Marcelo Sanmartino y Lorena Sandra Britos quienes dijeron que el promedio de los jerárquicos y de Dalsasso en particular era de 9 o 10 horas diarias con un franco semanal de 36 horas; que no se trabajaba los domingos por la tarde y que el actor participaba rotativamente con sus compañeros para tener un día domingo al mes como franco. Que lo normal eran 9 horas diarias pero que con alguna habitualidad debía extenderlo por la llegada a destiempo del camión de productos cuyo control estaba a su exclusivo cargo en tiempos de balance.

Asimismo ello se puede corroborar objetivamente (porque no es muy diferente) con lo que se infiere de las únicas constancias documentales de los tiempos en que por el cambio de la ley 11544 a regir desde el 1-7-2010 en relación a Dalsasso acusan las constancias de fs. 740/744, donde el promedio va de 8.30 a 9.30 diarias cuando hacía día completo y de 4 a 5 cuando cumplía media jornada.

De tal modo, si tomamos esa pauta semanal, con un día y medio de franco que se otorgaba habitualmente entre lunes y viernes, a un promedio de 9.30 horas diarias, con solo un domingo libre al mes, claramente hacía 55 horas a la semana, las que estimo al 100%, toda vez que las 48 se habrían cumplido sobre la finalización del sábado y las restantes 7 eran entre sábado y domingo. De lo cual se sigue que semanalmente corresponde calcular 7 horas al 100% o 28 mensuales.

En ello también corresponde considerar el tiempo de vacaciones, que según la documentación de fs. 69 fueron gozadas en noviembre de 2009 y octubre de 2010, en que obviamente no pudieron hacerse horas extraordinarias.

He testado con la planilla de fs. 705 los haberes devengados por la categoría" vendedor C" entre mayo/2009 y junio/2010 de la siguiente manera:

- a) tomando el básico se le adiciona el "no remunerativo" convencional;
- b) a dicha suma se le adiciona la antigüedad;
- c) a la suma de a y b se le calculan las 28 horas extraordinarias al 100%;
- d) sobre tal resultado se adiciona la zona al 20% y posteriormente el 8,33% de

presentismo.

Así las cosas y solo para ejemplificar tomaré separadamente tres períodos mensuales al azar:

Julio/2009: 1.397,28 (básico) + 679,46 (suma no remunerativa) + \$ 124,60 (antigüedad) + \$ 440,26 (20% de zona) + \$ 770,46 (28 horas extra al 100%) + \$ 220,04 (presentismo)= \$ 3.632,12. En julio/2009 el salario básico como jerárquico fue de \$ 4.195,23.

Enero/2010: \$ 1.397,28 (básico) + \$ 854,46 (suma no remunerativa) + \$ 146,36 (antigüedad) + \$ 479,62 (20% de zona) + \$ 839,33 (28 horas extra al 100%) + 309,63 (presentismo)= \$ 4.026,68. En enero/2011 el salario básico como jerárquico fue de \$ 4.550,65.

Junio/2010: \$ 1.397,28 (básico) + \$ 1.064,05 (suma no remunerativa) + \$ 172,29 (antigüedad) + \$ 526,72 (20% de zona) + \$ 921,76 (horas extra al 100%) + \$ 263,25= \$ 4.345,35. En junio/2010 el salario básico como jerárquico fue de \$ 5.434,50.

En ninguno de los meses testeados se superó el importe del haber básico que se pagaba a Dalsasso como jerárquico siguiendo la pauta del detalle de la segunda columna de fs. 693/695, 698 y 707, todo lo cual indica que se impone el rechazo de las horas extraordinarias pedidas entre mayo/2009 y junio/2010, resultando improcedente el pedido tal lo explicado párrafos más arriba entre julio/2010 y abril/2011, pues cualquiera que sea la hipótesis, las horas extraordinarias se pagaron según los recibos de fs. 51/60.

En razón de lo dicho, resulta abstracto expedirme sobre la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo conferido a los incrementos salariales, pues como jerárquico (o sea extraconvencionado) no hubieran correspondido y como vendedor C se ha tenido presente para el cálculo que antecede y ninguna diferencia salarial favorable al actor generaría su aplicación.

V:- PROYECCIÓN SOBRE INDEMNIZACIONES: Tampoco se infiere que procedan diferencias por liquidación final e indemnizaciones comunes, ni aquellas que pudieran resultar de los arts. 1 y 2 de la ley 25323. Tampoco consideración alguna sobre la procedencia del tope del art. 245 LCT de haber sido necesaria su aplicación al caso, si la indemnización por antigüedad lo hubiera superado.

Lo mismo cabe decir sobre la pretendida multa del art. 80 LCT respecto de la omisión de entrega del certificado de trabajo, toda vez que aun cuando intimó su entrega transcurrido el mes de la extinción del vínculo (Decreto 146/01) mediante TCL de fecha

5-7-2011 (obrante a fs. 6), la demandada respondió en 6-7-2011 que tanto el certificado de trabajo como el de remuneraciones y servicios fueron confeccionadas y entregados en tiempo legal y recibidos de conformidad. La documental en cuestión obra a fs. 39 sin que al respecto haya habido cuestionamiento a fs. 114/115 al correrse traslado del art. 32 de la ley 1504.

Por todo lo expuesto, entiendo que debe rechazarse integralmente la demanda promovida por Marcelo Héctor Dalsasso e imponerle las costas por el principio general del art. 68 del CPCyC. TAL MI VOTO.

Los Dres. María del Carmen Vicente y Diego Brogгинi adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, LA SALA II DE LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL, con asiento en esta ciudad;

RESUELVE: RECHAZAR integralmente la demanda deducida por MARCELO HECTOR DALSSASSO contra la SOCIEDAD ANÓNIMA EXPORTADORA E IMPORTADORA DE LA PATAGONIA, por las razones expuestas en el Considerando. Con costas a cargo del actor, a cuyo fin regúlense los honorarios de los Dres. Rodolfo Paulo Formaro, Pablo Joaquín Gonzalez y Jimena Gallisa en las respectivas sumas de \$ 48.900,00, \$ 96.000,00 y \$ 26.200,00, los de los Dres. Armando Silverio Brusain y Verónica Andrea Cardoso en \$ 95.180,00 y \$ 39.300,00 (m.b.\$ 873.556,37. Arts. 6, 8, 9 10 y 40 de la ley 2212) y los de la Cra. Susana Daniele en \$ 43.700,00. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869 y con el art. 58 1er.párrafo del Dcto. Ley 199/66 \$ 2.185,00.-5% Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Río Negro-.

Dra. Gabriela Gadano

Vocal Trámite - Sala II

Dr. Diego Jorge Brogгинi Dra. María del Carmen Vicente

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mí:

Dra. María Magdalena Tartaglia

Secretaria Subrogante