

//neral Roca, 21 de junio de 2019.-

-----Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "GUENTUALA MYRIAM ELIZABETH C/LAS GRUTAS S.A. S/ RECLAMO" (Expte.Nº R-2RO-2176-L1-16).-

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

-----RESULTANDO:

1.- A fs.10/12 comparece Myriam Elizabeth Guentuala, por apoderado, a plantear fomal demanda laboral contra Las Grutas S.A. por la suma de \$319.019 en concepto de indemnizaciones derivadas del despido y diferencias salariales.-

Relata que ingresó a trabajar para la demandada -empresa que se dedica al transporte de pasajeros-, el 20/06/2011 en la categoría de "Administrativa", prestando tareas en la agencia ubicada en la terminal de ómnibus de General Roca.

Refiere que dadas las características de la agencia y por razones personales de la otra empleada de la firma (Paola Alejandra Jara), la actora debía reemplazarla en su trabajo en la agencia. Cumpliendo las mismas tareas y jornadas de 8 hs. diarias (de 5.30 a 10 hs., y de 16 a 20 hs), 20 días al mes.-

Manifiesta que se le abonaba a razón de \$12 la hora, en el año 2014 a \$20 la hora y en el 2015 a \$30 por hora, firmando recibos comunes que se enviaban a la casa central de la empresa.-

Afirma que de acuerdo a la jornada cumplida, que superaba los 2/3 de la habitual de la actividad, y lo dispuesto por el art.92 ter de la LCT debió abonársele la remuneración completa de su categoría, por lo que las mismas se le abonaron en forma insuficiente, practicando liquidación.-

Expresa que en fecha 12/11/15 la actora intimó a la empresa por la falta de registración, diferencias salariales y a fin de que se aclare su situación laboral ya que "a pesar de mis reclamos hace varios días que no me convoca a trabajar y he visto a una persona nueva

que supuestamente me reemplaza", todo ello bajo apercibimiento de considerarse despedida.-

Ello fue contestado por la empresa el 19/11/15, quien negó la relación laboral invocada.- Ante lo cual hizo efectivo su apercibimiento, dándose por despedida en fecha 2/12/15.-

Reclama la indemnización de la ley 25323 (arts.1 y 2) y art.8 de la ley 24013, como asimismo la indemnización por falta de aportes al Seguro de Retiro La Estrella CCT 130/75.-

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

2.- A fs.28/36 comparece a contestar demanda las Grutas S.A., por apoderado, solicitando su rechazo.-

Niega los hechos en que se funda la demanda, y en particular que la actora hubiera ingresado a trabajar en la fecha y condiciones que denuncia, así como el despido indirecto invocado. Niega y desconoce los telegramas de fecha 12/11/15 y 2/12/15 acompañados en demanda.

Impugna la liquidación practicada y las multas reclamadas, por no reunirse las condiciones para su procedencia, ya que la actora no fue empleada de su parte.-

Expresa que la agencia de boletos y encomiendas en Gral Roca de la empresa estuvo a cargo desde hace años de la sra.Paola Alejandra Jara. Actualmente, por un cambio de horarios de trabajo, ésta presta servicios en la mañana y por la tarde Ana Catillo, ambas por media jornada.-

Refiere que por dicha agencia sólo circulan dos micros los días de semana, y uno solo sábados y domingos. La única empleada en el periodo de demanda era la sra. Jara, la actora nunca cumplió trabajos en relación de dependencia de Las Grutas S.A.-

Desconoce todo trabajo que hubiera prestado o cubierto la actora en el lugar.

Aclara que en alguna contada ocasión supieron del reemplazo de atención por parte de Guentuala en el lugar, aunque dicha disposición fue por propia decisión de la dependiente Jara. Esta circunstancia acaeció aisladamente durante los años 2014 y 2015, en ocasión en que Jara se hizo reemplazar por la actora en periodos de 15 días en cada uno de esos años, por haber tenido que viajar a Bs.As por razones de salud de su hijo. Jara comunicó ello a la empresa, manifestando que ella se haría responsable y cargo, tratándose de un acuerdo interno entre ellas.-

Jamás se tuvo conocimiento de que la actora realizara trabajo alguno.- Niega que haya existido relación laboral dependiente, por ausencia de prestación y subordinación

correspondiente.- Desconoce cualquier delegación de tareas, salvo la excepcional prestada en el 2014 y 2015, por pocos días. Agrega que conforme el art.28 LCT, en caso de valerse el trabajador de auxiliares no autorizados por el empleador, no han de considerarse dependientes de éste.-

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita el rechazo de la demanda, con costas.-

3.- A fs.43 se dictó el auto de apertura a prueba, produciéndose la agregada.

A fs.77/79 obran actas de testimonios recibidos en extraña jurisdicción, en base al pliego de fs.67.

A fs.83 obra acta de audiencia de vista de causa, y de alegatos afs.89.- A fs.99 se proveyó el pase de los autos al acuerdo, con lo que los autos se encuentran en estado de recibir la presente sentencia.-

-----CONSIDERANDO:

1.- Existencia de relación laboral: La cuestión litigiosa en estos autos se centra en establecer, en primer término, si ha existido un contrato de trabajo entre las partes, lo cual ha sido negado expresamente por la accionada.-

Existe relación de trabajo cuando una persona presta tareas a favor de otra, a cambio de una remuneración, en forma subordinada, cualquiera sea el acto que le dé origen (cfr. art.22 LCT).-

De acuerdo a lo dispuesto por el art.23 de la Ley de Contrato de Trabajo, el solo hecho de la prestación de tareas presume la existencia de un contrato de trabajo, "salvo que por las circunstancias, las relaciones o las causas que lo motiven se demostrase lo contrario", estableciéndose una inversión de la carga probatoria para el demandado que pretenda excluirla.-

Es decir que bastará al actor demostrar que ha prestado tareas a favor de la accionada, debiendo la accionada que niegue que haya sido en el marco de un contrato de trabajo, demostrar las circunstancias, relaciones o causas que excluyan la relación de dependencia.-

La actora expresa en su demanda que reemplazaba a la dependiente Jara en las tareas administrativas de la agencia de la empresa, en la terminal de micros de General Roca.-

Esta circunstancia se encuentra parcialmente reconocida por la demandada en su conteste, cuando afirma que tuvo conocimiento de que Jara, -que en esa época era la única empleada de la agencia-, había acordado su reemplazo por Guentuala, durante 15

días en que ella debía viajar a Bs. As., en el año 2014.- De igual forma, ocurrió tal reemplazo por 15 días en el año 2015.- Jara comunicó dicha circunstancia a la empresa, afirmando que ella se haría responsable y cargo, indicando que se trataba de una situación única y excepcional.-

No se probó que la actora concurriera 20 días al mes, todos los meses, como afirma ésta en su demanda, ni que hubiera concurrido en otras ocasiones que las admitidas por la accionada en su conteste (15 días en el año 2014 y 15 días en el año 2015).- Ninguna prueba produjo la actora en sustento de tal posición.- No procede la presunción del art.42 ley 1504 al respecto por no haberse cursado la pertinente intimación, ni requerido su aplicación.- Asimismo, las testimoniales resultaron contrarias a los hechos afirmados por la parte actora.- No corresponde la confesional ficta de la actora, por no haberse acreditado su notificación.-

De modo que, estando únicamente a los hechos reconocidos por la accionada (reemplazo 15 días en 2014 y 2015), ha de analizarse su encuadre jurídico.-

Las tareas desarrolladas en la agencia de la empresa demandada, en la terminal de micros de esta ciudad, prestadas por Paola Jara revisten carácter dependiente (la accionada reconoce que Jara era empleada suya). De allí que las tareas efectuadas por Guentuala en los periodos señalados (15 días en el año 2014 y 15 días en el año 2015), en reemplazo de aquella también revisten, lógicamente, igual carácter.-

La accionada argumenta que se habría tratado de un auxiliar del trabajador, de quien Jara se habría valido para cubrir su labor en esas ocasiones, sin que hubiera mediado autorización de la empresa, por lo que no debe ser considerado dependiente del empleador (cfr. art.28 LCT).-

No obstante, contrariamente, se expresa que la sra.Jara había comunicado dicho reemplazo a la empresa, quien lo permitió, debiendo considerarse en consecuencia que medió una autorización al menos tácita de la empresa.- El hecho de que Guentuala ingresara fácticamente al ámbito de la empresa y haya prestado servicios a su favor, al atender el local de la agencia en el periodo admitido por ésta, coloca a la accionada como recipiendaria de sus servicios y en el rol de empleador (art.26 LCT).- Distinta sería la situación si la empresa -cuya sede se encuentra en San Antonio Oeste- no hubiera conocido o dado su conformidad con la prestación de servicios -aun transitoria-, de la sra. Guentuala.- Por el contrario, la accionada reconoce que ello le fue comunicado y que aceptó la prestación de servicios de Guentuala. No basta que la empresa diga que la decisión fue adoptada por Jara, toda vez que la responsable y titular del

establecimiento es la empresa, quien contaba con todas las facultades para prohibirlo.- Si no lo hizo, y permitió el ingreso de Guentuala, y recibió la prestación de servicios por parte de ésta, a su favor, ha de ser considerado empleador directo de ésta.-

Tal la solución que establece la ley de contrato de trabajo (arts.4, 5, 21, 22,26 y cc), y aún el art.28.- Dicha norma establece que "Si el trabajador estuviera autorizado a servirse de auxiliares, éstos serán considerados como en relación directa con el empleador de aquél, salvo excepción expresa prevista por esta ley o los regímenes legales o convencionales aplicables".-

La ley ha regulado de tal modo esta situación, a fin de evitar la interposición fraudulenta del trabajador subordinado como supuesto responsable, cuando la prestación se efectúa por y para la propia empresa.- Así lo ha considerado la doctrina, siendo restrictivos los supuestos de excepción.-

Ackerman se expide en relación al tema, diciendo que: "para el caso de que el trabajador se hubiera valido de ayudantes, debe considerarse que el trabajador se encuentra debidamente autorizado, si no objetó oportunamente su contratación" (Tratado de Derecho del Trabajo, T.II, Ackerman Tosca, pag.159/160), Ed Rubinzal Culzoni).-

En el mismo sentido, dice Sardegna: "Si el trabajador está autorizado para servirse de ellos se considerarán dependientes del empleador como regla; en otra norma -el art.28LCT- que intenta evitar el fraude laboral. Aquí se trata de demostrar que el trabajador no es más que esto y no llega a ser un empresario porque colaboren con él auxiliares o peones que éste remunera con parte de su sueldo. Ambos, el trabajador principal y su auxiliar, son dependientes del mismo empleador con quien se hallan en relación directa, pese a ciertas modalidades como la ya indicada: el pago no directo por su responsable. Las excepciones a esta norma deben ser expresas, tales como la prevista en el estatuto de Encargados de Casas de Renta, donde se admite el auxilio de los familiares del trabajador sin que por ello aquellos adquieran un carácter laboral dependiente." (Ley de Contrato de Trabajo com. Sardegna, p.176, Ed Universidad).-

En el mismo sentido, Raul Horacio Ojeda, en Ley de Contrato de Trabajo comentada, se expide por que debe considerarse al auxiliar, como regla, empleado dependiente del principal, y no del trabajador a quien auxilia; salvo que exista una expresa excepción en la convención o en la ley (que en el caso no ocurre). Ello deriva asimismo del carácter personal ("intuitu personae") de la prestación objeto del contrato, por parte del trabajador, que no admite su delegación en terceros.- (ob. cit. Ed Rubinzal Culzoni, T.I,

p.308/309).-

No obsta a la configuración de relación dependiente, que la misma haya sido efectuada al solo fin del reemplazo transitorio de Jara, lo que habría encuadrado, en su caso, en un contrato de trabajo eventual, en los términos del art.99LCT.-

2.- Establecido ello, cabe analizar la configuración y procedencia de los rubros reclamados en autos:

2.a- El intercambio telegráfico:

La actora cursó telegrama intimatorio a la accionada en fecha 12/11/2015 expresando que: "En fecha 20/6/11 ingresé a trabajar para esa empresa en la categoría de administrativa en la agencia de Gral. Roca sito en la terminal de esta ciudad en reemplazo de la agenciera Paola Alejandra Jara, quien por razones personales no podía ir a trabajar, cumpliendo una jornada de 8 horas diarias (de 5.30 a 10 y de 16 a 20 hs. variando el horario en ocasiones que se nos informaba) 20 días al mes Se me abonaba en negro firmando un recibo tipo vale sumas que no cubrían el valor que me correspondía, según la escala salarial vigente para el sector. La relación laboral no fue registrada a pesar de mis reclamos y sus promesas. A pesar de mis reclamos hace varios días que no me convoca a trabajar y he visto una persona nueva que supuestamente me reemplaza. En consecuencia intimo plazo dos días hábiles aclare mi situación laboral, diga si me seguirá dando trabajo en el futuro. Diga además si registrará la relación laboral, abone los reajustes de haberes por el periodo noviembre 2013/noviembre 2015. Su silencio en el plazo señalado lo consideraré como una negativa a dar cumplimiento a mis reclamos, en tal caso me consideraré despedida" (fs.4).

El envío y recepción de dicho telegrama resulta reconocido, en razón de la Carta documento que la accionada afirma haber enviado en respuesta a dicha intimación, en fecha 19/11/2015, y que obra agregada a fs.27.- En dicha comunicación se expresa: "Rechazo su TCL por falso, malicioso, improcedente y manifiestamente temerario. Niego la relación de trabajo que invoca, así como los días, horarios y jornadas laborales que señala como laborados. Rechazo y niego las diferencias salariales que refiere. También niego la falta de convocatoria a trabajar que indica por resultar la misma improcedente. Absténgase de efectuar reclamos infundados" (fs.27).-

Si bien la actora afirma haber enviado luego el telegrama de fecha 02/12/15 dándose por despedida ante la negativa a su intimación (copia en fs.9), lo cierto es que la accionada desconoció dicho telegrama, sin que se haya producido prueba al Correo, que permita acreditar su envío y recepción.-

Adviértase que aún cuando la copia agregada a fs.9, contiene sello del correo que certifica ser copia del original, ello no acredita el envío ni la recepción de dicha pieza telegráfica por parte de su destinatario.- recepción que por tanto no ha sido acreditada.

2.b.- El despido:

El despido indirecto es la comunicación cursada por el trabajador de considerar extinguido el contrato de trabajo, por culpa o incumplimiento grave del empleador a sus obligaciones.-

Es un acto jurídico voluntario, lícito, unilateral, recepticio y formal que tiene por fin extinguir el contrato de trabajo (art.243 LCT). Es recepticio porque el acto se perfecciona sólo cuando la comunicación es efectivamente recibida -o entra en la esfera de conocimiento- de la otra parte, produciendo desde ese momento sus efectos extintivos y cancelatorios, operando la irrevocabilidad de la voluntad rescisoria (art.234 LCT), sin lo cual no puede válidamente tenerse por configurado el mismo.- (CNAT sala I 31/12/97 "Bord Rodolfo c.Del Nogueira" DT 1998-A-1213; SCBA "Lemma Miguel c. Esc. primaria Msor. Alberti" 7/9/93; SBA "Vargas Luis c. Mongiello Hnos." 23/7/91; CNAT sala 2a. "Perez Horacio c. El Hogar Obrero Coop." 10/9/2001; entre muchos otros.

No habiéndose acreditado en autos el envío y recepción por parte de la demandada de la comunicación de despido indirecto invocada por la actora, no corresponde tener al mismo por efectivizado, de acuerdo a los requisitos que establece la ley.-

Ello hace caer el reclamo por indemnizaciones derivadas del despido, por ausencia de los requisitos para la configuración del mismo, desde el punto de vista formal.-

Sin perjuicio de ello, tampoco se ven debidamente acreditados los agravios invocados en la intimación previa cursada (12/11/15), ya que no se acreditó ni la fecha de ingreso ni el carácter continuo y permanente invocado en dicha comunicación.-

Corresponde por tanto el rechazo de las indemnizaciones de ello derivadas (art.245, 232, 233 LCT, art.1 y 2 ley 25323).-

Tampoco procede la indemnización del art.8 de la ley 24013, toda vez que no ha mediado intimación previa en los términos del art.11, en debida forma. No se acreditó el envío y recepción de la comunicación a Afip agregada a fs.6, y la misma no contiene las circunstancias verídicas de la relación -ya que las allí manifestadas no han sido acreditadas.- Por lo que corresponde el rechazo asimismo de tal rubro.-

3.- Diferencias salariales:

Atento lo resuelto precedentemente, ya que únicamente se tuvo por acreditada que la

actora trabajó para la accionada un periodo de 15 días en 2014 y 15 días en 2015, en reemplazo de licencia de la empleada Jara, y no habiéndose acreditado el pago de sus haberes -la accionada no acompañó recibo alguno-, corresponde el pago de las diferencias salariales devengadas.- Las que surgen de la diferencia entre el salario de escala proporcional a tal periodo (15 días), y las sumas que se tienen por reconocidas y abonadas en demanda (50%).-

Destácase que el accionado, al ejercer su defensa expuso su versión de los hechos, en oposición a los invocados en demanda, reconociendo que la actora sólo efectuó tales reemplazos, mas sin especificar el periodo en que ello fue realizado, incumpliendo al respecto la carga del art.356 CPCC, por lo que ha de estimarse su realización al mes de junio de 2014 y 2015, respectivamente, ante la ausencia de otros datos en concreto, y de acuerdo a la liquidación practicada en demanda, considerando el 50% de lo allí consignado (cobrado y devengado, respectivamente, por 15 días.- Por ello, se fijan tales diferencias en la suma de \$2899,50 (junio 2014) y de \$2099,50 (junio 2015).- Así, se ha dicho: "El accionado tiene la carga de expedirse en forma explícita, clara y circunstanciada acerca de cada uno de los hechos contenidos en la demanda"; Mag. RAMIREZ - ARECHA - GUERRERO, "SINTEQUIM SA C/ MIGRA ESPECIALIDADES MEDICINALES SA S/ SUM".27/08/1990, CAMARA COMERCIAL NACIONAL, Sala E.- LD textos.- "La correcta interpretación del CP 356, en lo que hace a la forma de contestación de la acción, debe contener necesariamente la posición de la parte respecto a cada una de las afirmaciones. La mera negativa de los hechos con el propósito de provocar de esa manera la carga probatoria de la contraria, importa la transgresión de un elemental principio de buena fe procesal, pero lo que es aún peor, de falta de colaboración que se concreta en no expresar al tribunal a través de formas positivas, cuáles han sido las reales circunstancias, a fin de que la litis pueda tratarse sobre pautas de verdad que posibiliten una sentencia justa".Mag.AREAL- BACCARO - GAIBISSO."LOPEZ AREAN, HECTOR C/ ALBERTO J. ARMANDO SA.", 05/07/1974, CAMARA COMERCIAL NACIONAL, sala B.; LD textos.-

4.- Seguro de Retiro la Estrella:

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.- La falta de contratación de dicho seguro se tiene por

probada en el caso, por la negativa de la relación laboral sostenida por la accionada.-
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, entendiendo por tal la indiferencia en el deudor en relación a las probables y previsibles consecuencias dañosas del incumplimiento (art 521 CC.), tal como fuera considerado en fallo "Esponda María Noemí c/Saturno Hogar S.A. s/reclamo" Expte 2CT-22286-10.-

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

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

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

aportes omitidos.-

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, según recibos agregados en autos, 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 DNRT4701/91.- 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.-

5.- Liquidación:

En consecuencia, corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda planteada, por los rubros y montos que a continuación se detallan, a los que corresponde adicionar intereses a la tasa activa del Banco Nación, según criterio STJRN en "Loza Longo" "Jerez" y "Guichaqueo", en sus respectivos periodos de vigencia, calculados al 20-6-19, según la siguiente liquidación:

1.- Diferencia sal.(15-6-14).....	\$ 2.899,50
intereses.....	\$ 5.483,83
2.- Diferencia sal. (15-6-15).....	\$ 2.099,50
intereses.....	\$ 3.477,31
Indem seguro retiro.....	\$ 157,48
intereses.....	\$ 258,56
TOTAL.....	\$ 14.346

Corresponde hacer lugar a la entrega de certificado de trabajo (art.80 LCT) y de

servicios, de acuerdo a los términos aquí resueltos.- Asimismo, corresponde rechazar la indemnización reclamada por despido, preaviso, integración y multas arts.1 y 2 ley 25323 y art.8 ley 24013, y diferencias salariales (periodo no acreditado 23 meses).- Con costas según los respectivos vencimientos.-

Tal Mi voto.-

A la misma cuestión 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. 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 conciente (Alterini)...".

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

"Julio César Riviera y Graciela Medina, en la obra Código Civil Comentado, en el comentario al art. 904 de CC., pág. 76, sostienen que: "...El criterio adoptado por nuestro ordenamiento para imputar las consecuencias mediatas al autor del hecho del cual derivan se funda en su efectiva previsión o en su previsibilidad... Fácilmente se advierte que el criterio de imputación radica en la previsibilidad de las consecuencias por parte del agente. El término prever es definido por el Diccionario de la real Academia Española como "ver con anticipación", o "conocer, conjeturar por algunas señales o indicios lo que ha de suceder." Al momento de determinar cuándo ha de

reputarse que una consecuencia mediata ha sido efectivamente prevista, o lo ha podido ser, mayoritariamente, se entiende que el criterio de previsibilidad que se ha de utilizar es abstracto, esto es, debe formularse un juicio de probabilidad en abstracto, y a posteriori del hecho, teniendo en cuenta la producción de los efectos corrientes o comunes...".

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

"Estoy persuadido que lo que corresponde indemnizar son daños actuales y los futuros 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. En efecto, 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..."..."

El Dr. José Luis Rodríguez dijo:

Adhiero a los votos precedentes en cuanto a lo resuelto respecto cuanto a la desestimación del despido e indemnizaciones de ello derivadas, y procedencia

únicamente de las diferencias salariales, cuyo pago íntegro no fue acreditado, de conformidad al voto ponente de la Dra. Bisogni, por sus fundamentos, a los que adhiero.- En cuanto al rubro Seguro de retiro La Estrella, me veo llamado a dirimir la disidencia parcial que exteriorizan los muy distinguidos colegas que me anteceden.-

Así, entre tales rubros de la pretensión, coinciden también en la procedencia de la reparación del perjuicio derivado de la comprobada omisión del patrono en integrar los aportes al sistema de retiro complementario para empleados de comercio (conf. C.C.T. 130/75, y Disposiciones 4701/91 y 5883/91 D.N.R.T.).-

Sin embargo discrepan en la extensión del resarcimiento, pues el voto ponente -de la Dra. Bisogni- postula el reconocimiento de un importe equivalente al 50% de los aportes omitidos -en consonancia a la porción de los mismos destinados a la cuenta individual del empleado (art. 4 Disp. cit.)-, y sus intereses, a cuyo rescate hubiera tenido derecho la trabajadora al desvincularse del sector (arts. 9 y 10 Disp. cit.).-

Mientras que el Dr. Peña sustenta su disidencia proponiendo que el quantum indemnizatorio por el mencionado rubro alcance la totalidad de los aportes al sistema omitidos por el empleador (3,50% del salario liquidado al empleado; conf. art. 3 Disp. cit.).- Ello con fundamento en los alcances de la responsabilidad contractual en los supuestos de incumplimiento malicioso, comprensiva por ello de las consecuencias mediatas (conf. art. 521 Cód. Civil entonces vigente), entre las que cuenta la frustrada posibilidad de obtener una renta vitalicia futura (arts. 5 y 8 Disp. cit.).-

II. Ambos votos exhiben sólidos fundamentos, sin perjuicio de lo cual -lo adelanto- habré de acompañar 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.-

Así, en plena afinidad con los fundamentos fácticos y la argumentación jurídica al respecto que sustentan el primer voto, doy razones para fundar la adhesión:

Coincido con los argumentos concordantes de los colegas que me preceden en la votación, en orden a la ausencia de legitimación sustancial por parte del empleado para exigir el pago de los aportes al sistema.- Y con la consecuente naturaleza resarcitoria que cabe asignar a su reclamo persiguiendo reparación en la órbita contractual de los perjuicios propios originados por la omisión del empleador de integrar esos aportes.-

Desde esta última perspectiva, el daño -en tanto presupuesto sustancial de la responsabilidad civil (arg. art. 506, 508, 511, y 1068 Cód. Civil entonces vigente)- para ser indemnizable debe ser cierto y no puramente eventual o hipotético (conf.

Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, pág. 125; Llambías J.J., Tratado de Derecho Civil-Obligaciones, T. I, págs. 303/4; C.N.Civ., Sala G, diciembre 21-981, L.L. 1982-D, 477, E.D. 99-317).-

En otras palabras, y más derechamente, el daño cierto es aquél cuyo acaecimiento resulta objetivamente probable.-

Sentado lo expuesto debe señalarse que la pretensión de la accionante reclamando una indemnización que aparece como sustitutiva de los aportes omitidos, equivale a la solicitud del rescate de los fondos de su cuenta personal, tal como podría haber requerido si los mismos se hubieran efectivizado (conf. art. 9 Disp. cit.).- Véase en tal sentido que la accionante pudo haber demandado a su empleadora persiguiendo el cumplimiento de la obligación de integrar los aportes omitidos, y sin embargo ha venido a reclamar el pago directo de los mismos a modo de indemnización.-

Así las cosas, la probable frustración de su derecho a obtener el beneficio básico de la renta vitalicia -destino del 50% restante de los aportes- (art. 5 Disp. cit.), en ningún caso pudo configurarse, pues es requisito esencial para ello no haber retirado sus aportes personales al plan (arg. arts. 8 y 9 Disp. cit.).- O si se quiere: la obtención de la renta vitalicia con incidencia de los aportes personales depende en todos los casos de que el beneficiario no hubiera optado por el rescate anticipado de aquellos fondos de su cuenta individual.-

Que de tal modo, como se adelantara, la cuantía de la reparación, como se propone en el primer voto, debe limitarse por equivalente a la indemnización del daño cierto.- El que en el supuesto se encuentra representado por el 50% de los aportes omitidos por el empleador durante todo el lapso de la relación laboral, que la empleada hubiera tenido derecho a rescatar al desvincularse del sector.- Ello, con sus respectivos intereses.-

Que en el sentido de la mencionada solución que se propone para el caso se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo al sostener:

"...El sistema de retiro complementario establecido por acta de 21/6/91, homologada por disposición 4701 DRP en sus arts 3, 4, 5 y 9, autorizan al empleado de comercio al rescate del 50% de lo depositado al desvincularse del sector. Si tal depósito no fue realizado por el empleador, éste debe soportarlo de su peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo..." (C.N.A.T., Sala VI, Sánchez Néstor c/Terbo S.A., Sent. N° 50.284 del 19/11/98, Mag.: Fernández Madrid-Capón Filas).-

Y asimismo, que "...El Sistema de Retiro Complementario establecido convencionalmente mediante acta del 21/6/91 (CCT 130/75) se halla destinado a

reforzar el régimen de previsión social vigente, mediante el otorgamiento de un beneficio adicional. Pero el art. 9 de su normativa faculta al trabajador desvinculado del sector a solicitar el rescate de los aportes personales, sin requerirle el requisito de la edad, reduciendo tal recate al 50% del total de los aportes referidos y si tales aportes no fueron realizados por la empleadora, es ésta la que debe soportarlos de su propio peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo..." (C.N.A.T., Sala II, Sabaté Cristina c/Alcira Travellers Services S.R.L., Sent. 89.634 del 28/8/2001, Mag.: González-Rodríguez).-

-----Por todo lo expuesto, LA CAMARA PRIMERA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

-----RESUELVE:1) Hacer lugar parcialmente a la demanda instaurada por la actora MYRIAM ELIZABETH GUENTUALA, contra la demandada LAS GRUTAS S.A., y en consecuencia condenando a ésta última a pagar a la primera, en el plazo DIEZ DIAS de notificada, la suma de \$ 14.346 en concepto de diferencias salariales e indemnización por seguro retiro La Estrella.- Importe que incluye intereses a la tasa activa del Banco de la Nación Argentina calculados al 20-6-19 que seguirán devengándose hasta el efectivo pago; todo conforme lo explicitado en los considerandos. Con costas a cargo de la demandada a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales por la parte actora, al Dr. Miguel Dithurbide en la suma de \$2.811, y por la demandada a los Dres. Rafael Augugliaro, Miguel Galindo Roldán, Zina Natalia Hermida y Viviana Lopez -en conjunto y proporción de ley-, en la suma de \$ 2410 (MB:\$ 14346, 14 y 12%, 40% - Arts. 6,7, 9 y cc.Ley de Aranceles).-

-----2) Condenar a la demandada a hacer entrega al actor, dentro de los SESENTA DIAS de notificada y mediante su depósito en autos, los CERTIFICADOS DE TRABAJO Y SERVICIOS (que incluye el de cesación de servicios), bajo apercibimiento, en caso de incumplimiento, de aplicar a pedido de la parte actora una pena conminatoria (astreintes).- Con costas a la demandada, estando la regulación honoraria comprendida en el punto anterior.-

-----3) Rechazar parcialmente la demanda instaurada por MYRIAM ELIZABETH GUENTUALA contra LAS GRUTAS S.A., por los conceptos que se da cuenta en los Considerandos. Costas a cargo de la actora, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales por la parte actora, al Dr.Miguel Dithurbide en la suma de \$52.728, y por la demandada a los Dres.Rafael Augugliaro, Miguel Galindo Roldán,Zina Natalia Hermida y Viviana Lopez -en conjunto y proporción de ley-, en la suma de \$61.516 (MB:\$313.862, 12 y 14%, 40%, Arts. 6,7,9 y cc Ley de Aranceles).-

-----4) Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.-

-----5) Firme la presente, por Secretaría, practíquese planilla de liquidación de impuestos y contribuciones.

-----6) Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.-

Dr.José Luis Rodríguez
Presidente

Dr. Nelson Walter Peña Dra.Paula I.Bisogni
Vocal Vocal

Ante mi: Dra.Lucía Mehehuech
- Secretaria -