

Contrato De Trabajo Empleado De Comercio Categoria Vendedora Asignacion No Remunerativa Seguro La Estrella

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Empleado de comercio. Categoría. Vendedora.

Asignación no remunerativa. Seguro La Estrella Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda por diferencias salariales interpuesta por la actora, en virtud de que estaba erróneamente encuadrada convencionalmente bajo la categoría ?telefonista? cuando su tareas eran de ?vendedora? (CCT 130/75). Asimismo, atento a la omisión de la empleadora de efectuar los aportes al seguro ?La Estrella?, se la condena a abonar los montos correspondientes al rescate directamente a la actora. En la ciudad de Buenos Aires, el 8 de junio de 2015, reunidos los integrantes de la Sala II a fin de considerar los recursos deducidos en autos y para dictar sentencia definitiva en estas actuaciones, practicado el sorteo pertinente, proceden a expedirse en el orden de votación y de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación. El Dr. Miguel Ángel Maza dijo: Contra la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción (fs. 447/52), se alzan la parte demandada a fs. 455/72, la perito contador a fs. 453, y la actora a tenor del memorial obrante a fs. 477. Asimismo, la representación y patrocinio letrado de la parte actora apela los honorarios que le fueron regulados pues los entiende reducidos. I.-La parte actora se queja porque el pronunciamiento de grado anterior dispuso que, en caso de incumplimiento de la demandada por la condena a entregar la documentación del art. 80 de la LCT, el juzgado confeccionaría el certificado de trabajo. Sostiene que ello perjudicaría al trabajador ante un eventual nuevo empleador. Por su parte, la accionada critica lo que entiende como un improcedente despido indirecto de la actora, la condena por diferencias salariales en virtud de la categoría laboral de la accionante y su jornada de trabajo, la condena al pago de una suma de dinero porque la demandada no realizó los aportes al seguro La Estrella, que se considerasen como remuneratorias las sumas abonadas a la trabajadora, y la condena a pagar la indemnización del art. 80 de la LCT. II.-El primer agravio del recurso interpuesto por la demandada Atento Argentina S.A. debe desestimarse pues alude a una ?improcedencia del despido indirecto declarado por la actora?, cuando en estas actuaciones no se encuentra controvertido que el vínculo se extinguió por renuncia de la trabajadora en fecha 13/07/11, por lo que la queja no resulta una crítica concreta y razonada de la sentencia apelada en los términos del art. 116 de la LO. El mismo criterio considero que debe aplicarse al tercer agravio, referido a la ?improcedencia de la diferencia salarial por jornada?, pues la sentenciante concluyó que la jornada de la demandante era normal y no reducida, mientras que la demandada realiza un distingo entre jornada a tiempo parcial y jornada reducida que no guarda relación con el caso de autos, al punto tal que se queja de una admisión de ?horas extras? que no fue objeto de reclamo en esta causa, por lo que este agravio tampoco cumple los requisitos de la norma mencionada ut supra, y, como dije, también debe desestimarse. III.-En cuanto a la queja de la demandada recurrente por la condena al pago de diferencias salariales en virtud de la categoría de la actora, considero que no puede tener favorable acogida. En efecto, a fs. 448 la Sra. Juez de grado entendió que las labores desarrolladas por la actora se correspondían con las de venta y promoción, y fundamentó está conclusión en las declaraciones testimoniales de Tarque (fs. 297), Miño (fs. 298), Meléndez (fs. 382), Caruso (fs. 384/85) y Mazzitelli (fs. 419), de donde se extrae que entre las tareas cumplidas se encontraba la venta de equipos celulares, lo cual se encuadra en el art. 10 del CCT 130/75, y el cumplimiento de esta tarea, aun entre las restantes que pudiese cumplir, no ha sido cuestionada en el recurso bajo análisis. Por ende, la afirmación de la recurrente cuando a fs. 460 sostiene que la sentenciante no expuso ?ninguna fundamentación suficiente y verdadera?, en torno a las labores desarrolladas por la accionante, carece de sustento. Sentado lo anterior, encuentro innecesario el tratamiento del planteo de la quejosa en torno al concepto de ?venta? que desarrolla en su despliegue argumental. No obstante, cabe memorar que es criterio de esta Sala que ?la definición que pueda aportar el Código de Comercio debe ser merituada en el marco del derecho laboral, como un antecedente más para formar el concepto analizado, y no como una definición de aplicación obligatoria. Al respecto, basta con analizar el ámbito de aplicación personal dispuesto por el CCT 130/75, dentro de cuya nómina se enumeran, a título ejemplificativo, a las empresas que suministran personal, a entidades financieras y de crédito, agencias de viaje o turismo, y otras, de lo que cabe concluir que no siempre las transacciones realizadas se centran en la venta de cosas muebles. Del mismo modo, no puede acogerse la pretensión de asimilar a la ?telefonista? con las tareas que desarrollaba la trabajadora, pues ninguna duda cabe que no es lo mismo atender una línea telefónica limitándose a derivar el llamado a un sector o responder una simple pregunta, que la de promocionar un producto, responder acabadamente las dudas acerca del mismo y ofrecerlo hasta lograr su adquisición. Estas últimas tareas encuadran, tal como lo entendió el magistrado de la anterior instancia, en las previstas en el art. 10, inc. b del CCT 130/75, donde no solo incluye a los vendedores y a los promotores sino que, además, no efectúa disquisición alguna respecto de si tal tarea debe involucrar cosas muebles o servicios, tal como pretende la apelante con su planteo. No empece a lo expuesto que no todas las

llamadas que pudiera hacer se dirigieran a la venta o promoción de productos por cuanto ello no resulta impedimento para la categorización de la trabajadora como vendedora. Tampoco que lo hiciera para distintas campañas pues lo importante es que realice tareas de venta y/o promoción, y no la empresa cuyos productos o servicios estén involucrados en la comercialización. (en autos "Medina Silvana Edith c/Atento Argentina S.A. s/ Despido" S.D. N° 97.317 del 30/10/09, ?Alfonzo Noemí Aida C/ Atento Argentina S.A. s/ Despido?, S.D. N° 101.607 del 27/03/13, ?Saravia, Leandro Amadeo c/ Atento Argentina S.A. s/ Despido?, S.D. N° 104.286, del 20/04/15, del Registro de esta Sala). Por lo tanto, considero que corresponde confirmar la sentencia apelada por cuanto hizo lugar a la acción por las diferencias salariales reclamadas en virtud de la incorrecta categorización asignada a la demandante. IV.-Se queja la accionada porque la sentenciante de grado consideró remunerativos todos los conceptos abonados. Merece puntualizarse que la recurrente a fs. 470 vta. expone una supuesta transcripción de la sentencia que no se ajusta a la misma, a lo que se suma que en el párrafo siguiente alude a un fundamento que tampoco fue indicado en el pronunciamiento de grado (que la sentenciante limitase su fundamento al hecho de que las sumas abonadas fuesen dinerarias, lo que no fue dicho en el cuestionado pronunciamiento). Considero que ello solo bastaría para declarar desierto este aspecto del recurso, pues la discordancia entre la sentencia y la queja me parece suficiente para entender que no se da en el caso una crítica concreta y razonada tal como lo dispone el art. 116 de la LO. Sin embargo, a fs. 471 la quejosa realiza un planteo en torno a asignaciones pactadas en el marco de la negociación colectiva, y tal cuestión sí fue merituada por la Judicante de grado anterior al declarar la inconstitucionalidad de sumas fijas convencionales no remunerativas, y por ende considerarlas remunerativas. Al respecto, corresponde señalar que en el caso ?Barille, Roberto Eduardo y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Diferencias de salarios? (Sent. def. 99208; 5/5/2011) esta Sala ha fijado un criterio, adoptado tanto por el suscripto como el Dr. Miguel Ángel Pirollo, al adherir al voto de la Dra. Graciela A. González. Consecuentemente, habré de remitirme a las consideraciones allí expuestas, en la medida que resultan aquí pertinentes. En el mencionado precedente mi distinguida colega hizo referencia al voto del Dr. Fernández Madrid en autos ?Gómez, Gastón Darío c/Telecom Argentina S.A. s/diferencias de salarios? (SD 62701 del 11/3/11), en el que sostuvo que: ?en coincidencia con lo decidido por la Sala X in re ?San Martín, José Luis y otros c. Telecom Argentina SA s. diferencias de salarios? SD nro. 17289 del 26/2/2010; no corresponde aceptar por imperio de un acuerdo sindical que se atribuya carácter no remunerativo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, presenta carácter indisponible, sin que la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo purgue un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo sólo resultan operativos y vinculantes en tanto no violen el orden público laboral?. Puntualizó la Dra. González que la invalidación de normas de origen convencional debidamente homologadas ofrece justificados reparos con sustento en lo argumentado por la doctrina especializada; ?justamente se considera que la negociación colectiva -en la que participan los representantes de los actores sociales y la autoridad estatal- es la que mejor garantiza el avance de la legislación social y, en esa línea de pensamiento, la revisión judicial de lo acordado por las partes colectivas que, a su vez, obtuvo la homologación de la autoridad ministerial, conlleva admitir la intromisión de la autoridad jurisdiccional en el ámbito de la autonomía colectiva y por fuera de la vía recursiva prevista para cuestionar los actos de la administración? y que ?en el ámbito negocial inciden otros factores -además de los técnico jurídicos- que las partes signatarias y, en especial, las entidades representativas del sector trabajador han debido considerar (y en su caso, aceptar, repeler, debatir y/o consensuar) para arribar a los acuerdos cuestionados y no es posible considerar la inadvertencia de los actores sociales al momento de adecuar sus pretensiones?. Pero, no obstante ello, remarcó que ?...como se ha señalado a nivel doctrinario en forma reiterada, más allá de la índole o gravedad de las circunstancias valoradas en los diversos contextos económicos, sociales y políticos en que se llevan a cabo las negociaciones, no parece razonable que se continúe con esta práctica en el ámbito negocial cuando sus efectos nocivos ya se han hecho notar en los hechos (tanto en el ámbito contractual como previsional) y tal temperamento ha sido descalificado -por su contenido u objeto- por los tribunales nacionales? ?Así, en el ámbito provincial, en los autos ?Machuca, Jessica Paola c/Slim Talal, Nasib? (sentencia del 5/11/09 del Tribunal de Trabajo de La Rioja) se cuestionaron los acuerdos salariales de fechas 18/7/06 y 5/9/07 celebrados entre UTHGRA y FEHGRA en el marco del CCT 389/04 mediante los cuales se acordó el pago de sumas adicionales no remunerativas para los trabajadores del sector. En tal ocasión se puntualizó que ?el carácter remuneratorio o no de los incrementos que se otorguen al trabajador de ningún modo depende del nombre que se le asigne sino de su verdadera naturaleza jurídica y que ella deriva de la habitualidad, regularidad y generalidad como también del hecho que no tengan una asignación destinada a cubrir exigencias específicas, siendo las mismas de libre disponibilidad para el trabajador?. En igual sentido se había expedido con anterioridad la Sala X de la CNAT en los autos ?Giménez, Patricia Dolores c/ Blockbuster Argentina S.A. s/ despido?, Sentencia N° 16725 del 26 de Junio de 2009 al descalificar lo acordado por la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, la Confederación Argentina de la Mediana Empresa y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco del CCT 130/75 que fuera homologado mediante resolución 632/07 en cuanto allí se le atribuyó naturaleza no remuneratoria a las asignaciones dinerarias

pactadas para incrementar los ingresos de los trabajadores del sector.? ¿En cuanto a asignaciones no remunerativas fijadas a través de decretos del Poder Ejecutivo Nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró su inconstitucionalidad con fundamento en lo dispuesto en el art. 14 bis C.N. y en el art. 1° del Convenio 95 OIT al decidir la causa ?González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro? (CSJN G.125, XLII del 1975/2010). Del criterio desarrollado en los considerandos de dicho fallo (ver en especial, considerandos 4° y 5° del voto mayoritario) y de lo expuesto con anterioridad en el precedente ?Pérez, Aníbal R. c/ Disco? (CSJN, sentencia del 1/9/09) se colige con meridiana claridad que ni el legislador, ni el poder administrador pueden otorgarle a un rubro salarial una naturaleza nominativa distinta a la que corresponde a su esencia, por lo que mucho menos podrían considerarse legitimados los actores sociales para así proceder -ya sea a nivel individual o mediante concertación colectiva-.? ¿Por lo demás y a mayor abundamiento creo conveniente referir que durante las sesiones legislativas del año 2009, bajo el expediente N° 4289-D-2009 se dio inicio al trámite parlamentario de un proyecto de ley presentado por los diputados Héctor P. Recalde, Juan Carlos Dante Gullo, Edgardo Fernando Depetri, Julio Juan Piumato, Octavio Argüello, Raúl P. Solanas, Ruperto E. Godoy, Juan A. Salim y Juan M Pais. Entre los fundamentos del proyecto se señaló que ?la finalidad de las cláusulas pactadas ha sido recuperar el poder adquisitivo de los salarios y que las mejoras obtenidas en la negociación fueron direccionadas de manera inmediata al bolsillo de los trabajadores; que en la generalidad de los casos se ha pactado entre las partes bajo diferentes modalidades la conversión de tales asignaciones en ?remuneratorias? pero que, esa práctica -justificada en el marco de la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiara declarada por la ley 25561- ha generado inadmisibles distorsiones en el ámbito contractual y respecto de los recursos de la seguridad social por lo que se consideró pertinente comenzar a transitar un sendero de salida de dicha dinámica?.. En base a tales argumentaciones, mi distinguida colega arribó a la conclusión -que comparto- de la existencia de un fuerte cuestionamiento con base constitucional y suprallegal de toda norma -cualquiera fuere su origen- que a través de recursos meramente terminológicos se intente desconocer la esencia salarial de una prestación que, por su adecuación a las previsiones del art. 103 LCT y a las del art. 1° del Convenio 95 OIT, naturalmente lo tiene; extremo fáctico que se presenta en el sub lite. En consecuencia, propicio confirmar la sentencia de grado en cuanto consideró remunerativas las sumas abonadas a la actora.

V.-En orden al agravio de la demandada recurrente en torno a la condena por la falta de aportes al seguro La Estrella, considero que no le asiste razón. En efecto, en precedentes de aristas similares a las de la presente causa, esta Sala falló en el mismo sentido en que lo ha decidido la sentenciante de grado y, sin perjuicio de ello, no puede soslayarse que el apelante no se hace cargo del fundamento medular de la Judicante en este sentido, pues el pronunciamiento de grado contempló lo dispuesto en el art. 9 del acta del 21/06/91, el cual faculta al trabajador desvinculado a solicitar el rescate de los aportes personales, mientras que la recurrente insiste en invocar una norma distinta, la del art. 8 de la misma acta, pretendiendo anteponer el requisito de la antigüedad, que, a su entender, la actora no habría alcanzado, por lo que sostiene que la demandante no tendría derecho al reclamo. En primer término, el argumento que plantea es errado, pues el propio recurrente admite a fs. 469, primer párrafo, in fine, que ?si el trabajador no hubiera alcanzado los 10 años de antigüedad en el sector, sólo percibirá el beneficio obtenido con sus aportes personales?, lo que implica reconocer que sí tiene derecho de accionar. Por otro lado, el planteo de la demandada es una falacia en sí misma porque en la tesitura planteada por la demandada recurrente entonces cabría interpretar que sólo le habría correspondido realizar aportes a partir de que el trabajador cumpliera con una antigüedad determinada, lo cual no está contemplado en ningún acta ni norma. De tal modo, la accionada era el sujeto obligado al pago de los aportes desde el inicio del vínculo, y no se ha acreditado en la presente causa que haya dado cumplimiento con tal obligación. En cuanto al despliegue argumental basado en el aspecto ?previsional? de los aportes al seguro La Estrella y su vigencia, considero lo siguiente. La parte actora reclamó daños y perjuicios por no haber hecho la accionada los aportes al Sistema de Retiro Complementario que convencionalmente se estableció en el Acta del 21/6/91 y que forma parte del Convenio Colectivo de Trabajo nro. 130/75, homologada según disposición DNRT. 4701 del 26/6/91 y modificada por el protocolo adicional de fecha 12/9/91, homologada por disposición DNRT. 5883 del 14/10/91 (fs. 230/246). En tal sentido, cabe señalar que la demandada no acreditó en autos que el Sistema de Retiro Complementario haya sido suplido por la ley 24241 ni por la ley 26425, que fuera absorbido por el sistema de capitalización, ni tampoco que se haya adecuado al nuevo régimen legal. Cabe acotar que si bien el Sistema de Retiro Complementario establecido mediante Acta 21/6/91, se halla destinado a reforzar el régimen de previsión social vigente, mediante el otorgamiento de un beneficio adicional, y a su vez establece que el aporte del 3,5% , a cargo del empleador, es a cuenta de lo que determine cualquier nueva legislación sobre previsión social y que será absorbido dentro de los porcentajes del sistema de capitalización (art. 7°), no surge acreditado en la causa que al sancionarse el nuevo sistema previsional las partes signatarias hayan adecuado el sistema del seguro de retiro complementario al nuevo régimen legal, tal como se dispone en el art. 16 del Acta 21/6/91, con lo cual 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 el rescate 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 (en igual sentido Sala VI in re ?Sánchez Nestor c/ Ferbo SA. s/ despido?, sent. 50284 del 19/11/98 (CNAT. Sala II sent. Nro. 89634 del 24/8/01 ?Sabate Cristina c/ Alcira Travellers Service SRL. S/ despido?). En la especie se observa que la demandada evadió la obligación de ingresar los aportes por tal concepto, situación que no generó rendimientos y tampoco resultó susceptible de las quitas, descuentos y deducciones por gastos e impuestos previstos en el Protocolo analizado (fs. 236/241), por lo tanto, a fin de establecer el importe que debió percibir el accionante en su cuenta de capitalización individual, corresponde estar al 50% del total de los aportes, arrojando la suma que, con idéntico fundamento, concluyó la sentenciante de primera instancia. Agrego que el planteo de que en la actualidad rija el sistema de reparto carece de eficacia porque al inicio del vínculo -año 2007- la ley 26.425 invocada por la recurrente en su memorial recursivo -no así en su contestación de demanda-, no había entrado en vigencia, ni tampoco dicha norma derogó la vigencia del sistema de seguro en virtud del cual la accionada debió haber aportado a La Estrella, como tampoco explica la demandada recurrente por qué a su entender debía entenderse sin vigencia su aplicación durante todo el vínculo habido entre las partes; ello, sin perjuicio de destacar que en el mejor de los casos la accionada debió haber ejercido el derecho de denunciar el convenio y no incumplir lisa y llanamente sus obligaciones sin motivo alguno que justifique tal proceder. Olvida, además, que en materias de convenciones colectivas rige la ultraactividad de las cláusulas convencionales aun vencidas hasta tanto una nueva convención las sustituya (art. 6, ley 14.250), y no se acreditó en autos sustitución convencional alguna. Por todo ello, propiciaré en definitiva que se desestime la crítica formulada y se confirme la sentencia atacada en cuanto a estos aspectos. VI.-La queja de la demandada por la condena al pago de la indemnización del art. 80 de la LCT no puede tener favorable acogida pues, como sostuvo la Sra. Juez a quo, no se acreditó la entrega de la documentación allí prevista, por lo que la afirmación de la recurrente cuando sostiene que acompañó los certificados de servicios y remuneraciones junto con la contestación de demanda carece de asidero. Ello, sin dejar de advertir que dicha documentación incluso no habría sido suficiente para liberarse de la obligación del art. 80 de la LCT, pues se requiere además la entrega de una constancia documentada de haber realizado los correspondientes aportes y contribuciones y el respectivo certificado de trabajo, nada de lo cual se acompañó a la presente causa a pesar de haber sido intimado a tal efecto por parte de la trabajadora en tiempo y forma. Por ende, propicio confirmar la sentencia apelada por cuanto condenó al pago de la indemnización que dispuso. VII.-La queja de la actora, que cuestiona la posibilidad de que el juzgado confeccione el certificado de trabajo, para el caso en que la demandada no cumpliera con la condena a su entrega, resulta atendible. En efecto, es criterio de esta Sala, tal como dispuso en precedentes de aristas similares (?Janzen, Maximiliano C/ Hewlett Packard Argentina S.R.L. y Otro s/ Despido", SD 97866 del 12/04/10), que la obligación prevista en el art. 80 es una obligación de hacer que recae únicamente sobre el empleador y que, la solución adoptada en orden a extender el certificado de trabajo en caso de incumplimiento de la empleadora, si bien no parece, en principio, reprochable, sí resulta peyorativa para el trabajador teniendo en cuenta que se verá expuesto a presentar dicho instrumento para ingresar a un nuevo empleo. En tal contexto, propongo modificar este aspecto del decisorio de grado, disponiendo que la única obligada será la demandada Atento Argentina S.A. VIII.-Respecto de los honorarios correspondientes a los profesionales intervinientes en la presente causa, es decir de la representación y patrocinio letrado de la parte actora como de la parte demandada y de la perito contador, los considero acordes al mérito y extensión de las tareas desarrolladas y por ende acordes a la normativa arancelaria vigente, por lo que propicio su confirmación (cfr. arts. 38 L.O. 6, 7, 8, 9, 19 y art. 38 de la ley 21.839). Dado el modo de resolver, propongo imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada recurrente, vencida (art. 68, primer párrafo, CPCCN), y regular los honorarios correspondientes a la representación y patrocinio letrado de la parte actora en el ...% de lo que le corresponda percibir por las tareas desarrolladas en primera instancia, y los de la representación y patrocinio letrado de la demandada en forma conjunta en el ...% de lo que corresponda percibir por sus tareas en la instancia de grado anterior. Miguel Ángel Pirolo dijo: Adhiero a las conclusiones del voto precedente, por análogos fundamentos. Por lo que resulta del acuerdo que antecede, el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar la sentencia apelada y disponer que la única obligada a la entrega del certificado de trabajo será la demandada Atento Argentina S.A.; 2) Confirmar en lo demás que decide el fallo apelado; 2) Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada vencida; 3) Regular los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora y de la parte demandada en forma conjunta en el ...%, respectivamente, de lo que a cada una corresponda percibir por sus actuaciones en la instancia previa; 4) Hágase saber a los interesados lo dispuesto por el art. 1º de la ley 26.856 y por la Acordada de la CSJN N° 15/2013, a sus efectos. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Miguel Ángel Pirolo Juez de Cámara Miguel Ángel Maza Juez de Cámara

002511E