

Contrato Eventual Prueba Encuestador Eventual Cct 107 90

JURISPRUDENCIA

Contrato eventual. Prueba. Encuestador eventual. CCT 107/90

Corresponde hacer lugar a la pretensión indemnizatoria de la actora -encuestadora-, dado que la empleadora no logró justificar la contratación de la trabajadora como eventual y demostrar que su tarea no pudo ser cubierta por personal permanente de su empresa (art. 34 CCT 107/90). Por lo expuesto, no acreditada la eventualidad corresponde considerar que se trató de un contrato por tiempo indeterminado (art. 90 LCT).

En la ciudad de Buenos Aires, el 5-2-15 para dictar sentencia en las actuaciones caratuladas: ?ARANGUEZ UTHURRIAGA SUSANA ESTHER C/GLOSER S.A.S/DESPIDO? se procede a votar en el siguiente orden: El Dr. Roberto C. Pompa dijo: I- Contra la sentencia dictada en primera instancia de fs. 181/186 se alza la parte demandada a mérito del memorial agregado a fs. 189/195vta., contestado por la parte actora a fs. 200/202vta. El perito contador a fs. 187 apela la regulación de sus honorarios por considerarlos reducidos y la apelante cuestiona a fs. 195 la regulación de los honorarios de las representaciones letradas de la parte actora, demandada y perito contador por estimarlos altos. II- La sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción incoada en procura del cobro de las indemnizaciones derivadas de la ruptura contractual decidida por la dependiente motiva la crítica recursiva de la parte demandada quien se considera agraviada en lo principal porque la Sra. Juez ?a-quo? no consideró acreditada la existencia de un contrato eventual. Al respecto indica que el contrato suscripto por ambas partes establece -en la cláusula décima- que la eventualidad consistiría en la realización de una encuesta para el Banco Macro y agrega que ello respondería a lo establecido en el inc. b) art. 34 del Convenio Colectivo de Trabajo de Publicidad 107/90 (rama investigación de mercado) que contempla la categoría de encuestadora eventual. En dicho marco cuestiona la condena a abonar las indemnizaciones previstas en los arts. 232, 233 y la sanción establecida en el art. 2 de la ley 25.323. Estima equivocada la condena a abonar la integración del mes de despido dado que se habría producido el 31/07/12 y porque se encontraba vigente el período de prueba; cuestiona la aplicación del preaviso y aduce que -de corresponder- sólo progresaría por quince días dada la vigencia del período de prueba. Agrega que la suma de \$... dispuesta como base de cálculo de las sumas adeudadas resultaría equivocada toda vez que la dependiente percibía la de \$... y que el mismo correspondería al personal que se desempeña durante jornadas de seis horas diarias y no cinco como la actora. Impugna la tasa de interés fijada por arbitraria y excesiva, así como la multa del art. 45 ley 25.345. III- Por razones de orden lógico, trataré en primer término la queja dirigida a cuestionar la calificación del vínculo y, adelanto, que no obstante el esfuerzo argumental desplegado en el memorial sub examine, la queja en mi opinión no puede ser receptada. A fin de fundamentar el anticipo señalo que ambas partes son contestes al señalar que se encuentran amparadas en el CCT 107/90 que en el art. 34 contempla dos tipos de relaciones laborales y, en particular, la prevista en el inc. b) que establece: ?La del encuestador que, con carácter eventual, es contratado por la empresa cuando el volumen del trabajo exceda las posibilidades de ejecución por parte de los encuestadores con relación de dependencia por tiempo indeterminado. El desempeño de este encuestador estará comprendido dentro del enunciado de los artículos 99 y 100 de la ley 20744 (T.O.) y de las disposiciones de este convenio?. En este marco, coincido con el criterio expuesto en el fallo de grado en cuanto a la insuficiencia de los elementos de prueba colectados en la causa -en especial la testifical, cuya ponderación ha sido efectuada conforme los lineamientos impuestos por la sana crítica (art. 90 de la L.O., y arts. 386 y 456 del C.P.C.C.N.), y en términos que comparto- para acreditar los motivos que habrían generado un volumen de trabajo que exceda las posibilidades de ejecución por parte de los encuestadores en relación de dependencia (categoría contemplado en el art. 34 inc. a) -en las que la demandada pretendió justificar la contratación de la actora como eventual- y demostrar que ese trabajo no pudo ser cubierto por personal permanente de Gloser S.A., pero sin aportar precisión alguna respecto de las razones objetivas que justificarían tal tipo de contratación excepcional. Lo digo porque tras analizar el contenido de la prueba testifical, aprecio que las declaraciones aportadas a la causa no proporcionaron elementos concluyentes y suficientes a tales fines. En efecto, considero endebles las manifestaciones efectuadas por los testigos, toda vez que ninguno de ellos resulta preciso en cuanto al conocimiento de una circunstancia extraordinaria o de excepcionalidad que hubiera requerido la presencia de personal eventual (cfé. testimoniales de fs. 116/117 y 149). En tal sentido, comparto las observaciones críticas efectuadas en la sentencia de primera instancia respecto de la declaración del testigo Torrado (fs. 149), propuesto a instancias de la parte demandada, pues no justifica la necesidad puntual y de sus dichos no es posible extraer la existencia de razón extraordinaria y objetiva alguna que justifique la contratación de la actora como eventual -y que, por ende, acredite la eventualidad de los servicios prestados por ésta-, de modo que la declaración no constituye respaldo fáctico eficaz a los fines pretendidos por la apelante (art. 90 L.O. y 386 C.P.C.C.N.). Tampoco se acreditó que la tarea prestada haya excedido las posibilidades de ejecución por parte de los encuestadores en relación de dependencia por tiempo

indeterminado con lo cual al ser estos extremos de excepción al principio establecido en el art. 90 de la L.C.T., no es posible presumir tal circunstancia. Máxime que de las resultas de la prueba pericial contable de fs. 151/157 no se ha hecho mención alguna respecto de la necesidad transitoria de las tareas efectuadas por la actora, como se pretende. Por los fundamentos expuestos, voto por confirmar la sentencia recurrida en este punto materia de agravios. IV- En cuanto al cuestionamiento por la aplicación al caso de la integración del mes de distracto, conforme lo dispuesto por el art. 233 último párrafo, adelanto que de prosperar mi voto correspondería su aplicación. Ello por cuanto, la demandada despidió a la actora mediante carta documento del 31/07/12 recibida recién el 01/08/12 (cfe. informe Correo Argentino, fs. 143) y sobre la base del carácter recepticio de las comunicaciones el despido quedó configurado el 01/08/12. Por lo tanto, corresponde desestimar el recurso interpuesto en este punto y confirmar la aplicación al caso de la integración del mes de distracto. Ahora bien, en cuanto al agravio subsidiario planteado a fs. 192 segundo párrafo mediante el cual el apelante pretende la no aplicación de la indemnización del art. 233 de la L.C.T. por la vigencia del período de prueba, destaco que lo solicitado no fue invocado al tiempo de contestar la demanda, por lo que deviene innovativo y ajeno al conocimiento de este Tribunal de Alzada (arts. 277, CPCCN y 18, Constitución Nacional), sino que especialmente no se registró el contrato como de tiempo indeterminado (cfe. art. 92 bis L.C.T.) por lo que no resultan aplicables las liberalidades previstas por esa norma, máxime cuando no se preavisó su extinción, razón por la cual no encuentro mérito para apartarme de lo decidido en la sentencia de grado en este aspecto, por lo que voto rechazar el agravio vertido y confirmar lo decidido en la sentencia de grado. V- Se alza la apelante, además, por la condena a abonar la indemnización sustitutiva de preaviso señalando que de corresponder, debería reducirse a quince días porque al momento del distracto se encontraba dentro del periodo de prueba. Ahora bien, conforme lo resuelto en los considerandos anteriores respecto a la naturaleza de la contratación, voto confirmar la sentencia de grado en este punto. VI- Respecto de la apelación deducida por la condena a abonar la multa derivada del art. 2 de la ley 25.323, opino que encontrándose presente en autos los requisitos formales establecidos en la norma aludida para la procedencia del incremento discutido (ver intimación de fs. 61) y habiendo tenido la actora que iniciar el presente reclamo a fin de cobrar los créditos adeudados, resulta procedente la viabilidad de la sanción, razón por la cual propongo confirmar la decisión de grado en lo que a este segmento se refiere. VII- Así pues, cabe abordar la crítica que expone el apelante en torno al módulo salarial adoptado en la sentencia. La actora denuncia, al iniciar la acción, un salario de \$... correspondiente a la categoría 3° para el mes de junio de 2012. La demandada contesta y acompaña los recibos de sueldo, el contrato de trabajo del que surge una remuneración bruta de \$... por hora y un horario de lunes a viernes de 14.30 a 19.30 hs. junto a la posibilidad de ser convocada los días sábados de 9 a 13.00 hs. (cfe. fs. 57/60). Así pues, el perito contador informa -de la compulsas del libro del art. 52 de la L.C.T.- que la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida asciende a \$... (fs. 151/153). Dicho informe fue impugnado por la parte actora a fs. 161 y vta. -tal como indica la sentencia de grado- por considerar que el experto no consignó la remuneración que debía percibir según su categoría laboral. A fs. 168/169 aquél contesta la impugnación e informa la liquidación final en base al salario denunciado por la parte actora pero actualizado y la sentencia de primera instancia determina en base a ello una remuneración de \$... correspondiente al mes de julio de 2012. Ahora bien, de la compulsas del Acuerdo 1154/12 del 16/07/12 correspondiente a la escala salarial para las Empresas de Investigación de Mercados del CCT 107/90, el salario para la categoría auxiliar 3° es de \$..., ello así y otra horaria de \$... Por lo demás, la remuneración indicada en la apelación de \$... para una jornada laboral diaria de cinco horas es superior a la efectivamente abonada conforme los recibos de sueldo acompañados por dicha parte en los que consta un salario de \$... y feriados abonados habitualmente; por lo tanto, conforme a todo lo expuesto y toda vez que la actora habría laborado un promedio de 105 horas mensuales (cfe. recibos de sueldo de fs. 52/56) considero ajustado a derecho adoptar la suma determinada en el Acta Acuerdo 1154/12 del 16/07/12 de \$... (arts. 56 L.C.T. y 386 C.P.C.C.N.). VIII- No tendrá favorable recepción la queja que procura objetar el progreso de la indemnización establecida por el artículo 80 de la L.C.T. -modificado por el art. 45 de la ley 25.345. Digo esto, porque el distracto operó el 01/08/12 y la actora intimó a la entrega de las certificaciones previstas en el dispositivo legal mencionado (cfe. fs. 65), cumpliendo con los plazos y términos del decreto 146/01. La apelante contestó al emplazamiento informado alegando que los mentados documentos estaban a disposición sosteniendo su posición defensiva en el responde, bajo el argumento de que la actora no se presentó a retirarlos. A efectos de sustentar su postura, la parte apelante acompañó dos certificaciones, la Certificación de servicios y remuneraciones P.S.6.2 cuya fecha de certificación data del 26/09/12 (fs. 62) y otra en la que consta, además, los aportes y contribuciones (fs. 61) certificado por la entidad bancaria el 28/11/12, de manera tal que, evidentemente, los instrumentos que ordena entregar el art. 80 de la L.C.T. no se encontraban a disposición en la fecha en que la recurrente denunció, por lo que no cabe más que confirmar lo decidido en la instancia de grado, también en este aspecto. IX- De conformidad con lo expuesto y en atención a las argumentaciones vertidas en el presente segmento voto modificar la liquidación final. Ello así, la actora resulta acreedora de los siguientes rubros: 1) Indemnización sustitutiva de preaviso omitido \$... 2) S.A.C. s/ preaviso: \$... 3) Salario mes de agosto (1 día) \$... 4) Integración del mes de distracto (30 días): \$... 5) S.A.C. s/rubro

anterior: \$... 6) Art. 2 ley 25.323: \$... 7) Art. 80 L.C.T. \$... que arroja un monto total de condena de \$..., con más los intereses que se establecerán seguidamente. X- La queja articulada por la demandada en torno a la tasa de interés aplicada en origen habrá de receptarse parcialmente. En efecto, la tasa de interés aplicable sobre la condena, que por disposición de la Sra. juez de grado anterior fue adoptada en el marco del art. 622 del Código Civil, eleva la tasa activa en un 50% hasta el efectivo pago apartándose de esta manera del Acta N° 2.357 de esta Cámara del 7/5/02 y, en mi opinión carece de parámetros objetivos y ciertos que conduzcan a su revisión, la que recién se concretó a través del Acta N° 2601 del 21/5/14, que sólo resulta aplicable en la causa a partir de la fecha de su dictado, en tanto la que regía al tiempo de la demanda no fue atacada en el inicio por baja. Por tales razones, de prosperar mi voto propongo que en este accesorio se modifique la sentencia dictada en la anterior instancia y se aplique desde que se devengó cada uno de los parciales que componen la condena y hasta el 21/5/14 la tasa activa fijada por el Banco de la Nación Argentina para el otorgamiento de préstamos según la planilla difundida por la Prosecretaría General de esta Cámara establecida en el acta 2.357 y desde esa fecha y hasta su efectivo pago la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses. XI- Con relación a las apelaciones de honorarios deducidas por la parte demandada por considerar elevados los regulados a la representación letrada de la parte actora, demandada y perito contador y por este último por considerar bajos los propios, teniendo en cuenta el mérito, extensión y oficiosidad de las labores cumplidas por los profesionales intervinientes, estimo que los emolumentos asignados en la anterior instancia lucen adecuados por lo que propongo confirmarlos con excepción a los honorarios del perito contador que por considerarlos reducidos sugiero elevarlos al ...% (arts. 38 L.O., 6, 7, 8 y ccetes. de la ley 21.839 - mod. por ley 24.432- y Dec.-ley 16.638/57). XII- Atento el modo en que se ha resuelto la queja voto imponer las costas de esta instancia por su orden (art. 71 del C.P.C.C.N) y regular los honorarios de la representación letrada de la parte actora y demandada en el ...% de lo que le correspondió por lo actuado en la anterior instancia, conforme las pautas y normativa precedentemente expuestas. El Doctor Alvaro E. Balestrini dijo: Por compartir los fundamentos adhiero al voto que antecede. El Doctor Mario S. Fera dijo: No vota (art. 125 L.O.). A mérito del acuerdo que precede el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar la sentencia de primera instancia y reducir el capital nominal de condena a la suma de pesos ... (\$...) más los intereses dispuestos el considerando X que resultan modificados en dicha forma. 2) Elevar los honorarios del perito contador al ...% del monto de condena conforme el considerando XI. 3) Confirmar lo demás que se decide y ha sido materia de agravios. 4) Imponer las costas de alzada por su orden. 5) Regular los honorarios de los profesionales firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ...% de los asignados en grado. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Dr. Alvaro E. Balestrini Juez de Cámara Dr. Roberto C. Pompa Juez de Cámara 000439E