

Contrato De Trabajo Danos Y Perjuicios Omision Aportes Seguro Complementario Empleado De Comercio

JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Daños y perjuicios. Omisión. Aportes. Seguro

complementario. Empleado de comercio Se hace lugar a la demanda por despido interpuesta por la trabajadora -telemarketer-, dado que el incorrecto encuadramiento convencional, como la falta de aportes al seguro complementario ?La Estrella?, configuraron injurias laborales susceptibles para considerarse despedida. Asimismo, se rechaza las diferencias salariales alegadas por la jornada de trabajo efectuada, atento a lo decidido por la Resolución 782 del Ministerio de Trabajo de la Nación.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a los 05 días del mes de noviembre de 2015, se reúnen en acuerdo los jueces de la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo para dictar sentencia en la causa del epígrafe, y, de acuerdo con el resultado del sorteo realizado, proceden a votar en el siguiente orden: EL DOCTOR VICTOR ARTURO PESINO DIJO: I. Llegan las actuaciones a esta Sala, por los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia que hizo lugar al reclamo en lo principal. La parte demandada, además, recurrió la aclaratoria dictada a fs. 694 mediante la presentación de 714/715. La parte actora contestó los agravios formulados por la contraria contra la sentencia y su aclaratoria, conforme surge de fs. 700/706 y 730, respectivamente. El perito contador apeló por baja la regulación de sus honorarios profesionales a fs. 695I. II. Se queja la accionante por la decisión de la señora Jueza a quo que rechazó su pedido de indemnización por los perjuicios sufridos, ante la falta de aportes al seguro La Estrella en que incurrió la demandada, así como la sanción prevista en el artículo 1 de la Ley 25.323. A su turno, la accionada se agravia por: la categoría laboral resuelta en grado, la decisión de considerar ajustado a derecho el despido indirecto resuelto por la trabajadora; las diferencias salariales otorgadas, por haber aplicado el instituto previsto en el artículo 92 ter de la LCT en lugar del 198 del mismo ordenamiento legal; y por la admisión del resarcimiento del artículo 45 de la Ley 25.345, como así también, la condena de hacer entrega de los certificados previstos en el artículo 80 de la LCT. III. El agravio relacionado con la determinación de la categoría laboral de la reclamante es insuficiente, ya que no exhibe la crítica razonada y concreta de los fundamentos del decisorio de grado, requerida por el artículo 116 del ordenamiento procesal aprobado por la Ley 18.345 como medida de la suficiencia del recurso. La apelante se limita a disentir con las conclusiones arribadas por la señora Jueza a quo, reiterando conceptos vertidos en la contestación de demanda, y limitando la crítica de la prueba aportada a remarcar que los testigos ofrecidos por la contraria tienen juicio pendiente circunstancia que - por sí sola- no impide tomar en consideración sus dichos, sino que obliga al sentenciante a analizarlos con mayor estrictez. Era carga incumplida de la apelante demostrar al tribunal, con precisa referencia al material probatorio acumulado, vicios in judicando derivados de la incorrecta apreciación de la prueba o de la indebida aplicación de las normas jurídicas que gobiernan la cuestión. A mayor abundamiento, la discusión se revela ociosa, ya que el C.C.T. 130/75, al clasificar los agrupamientos en que divide a los empleados, prevé el denominado ?ventas? (artículo 4º), que describe como integrado por ? A) degustadores, B) vendedores; promotores...? (artículo 10), y, finalmente, en las escalas remuneratorias convenidas para el ?personal de ventas?, asimila, a esos efectos, a los vendedores y promotores de la categoría ?B?. Aun cuando no hubiera llegado a concertar operaciones el objeto de la explotación, -servicios de telemarketing, conforme surge de lo informado por el perito contador a fs. 567 pto. b.-, constituye, en su expresión mínima, la presentación de servicios o productos a potenciales clientes, con vistas a inducirlos a adquirirlos, lo que implica promoción y determina que la actora, desde tal perspectiva de mínima, debía ser retribuida como ?promotora?, esto es, con la misma remuneración básica de una vendedora, en aplicación de las mismas estipulaciones convencionales. Que esta intervención tuviera lugar, estrictamente, en la promoción y, según su versión, en la concertación de contratos de prestación de servicios, no de contratos de compra venta civil o comercial, ya que el objeto de aquéllos no es la transmisión del dominio sobre cosas, no modifica el enfoque del tema central del debate, ya que la denominación de ?ventas? es utilizada, vulgarmente, sin pretensiones técnicas, en el ámbito indicado y, en cuanto relevante para la determinación de la categoría de un trabajador en el de la convención colectiva que las partes coinciden en calificar como aplicable, es perfectamente idónea, aunque, insisto, el mismo efecto tendría la no cuestionada ?promoción? de los servicios comprendidos. Finalmente, el argumento de que los ?telemarketers? no sólo promueven -y/o concertan ventas-, sino que también prestan servicios que no constituyen comercialización, soslaya el artículo 16 de la C.C.T. 130/75, que dispone, para el supuesto de prestación de tareas propias de más de una categoría, el encuadramiento en la que prevea el sueldo básico más alto. En razón de lo expuesto, considero que corresponde rechazar el agravio planteado, y confirmar la categoría laboral decidida en grado. IV. A su turno, se queja la parte actora porque la sentenciante de grado desestimó la condena al pago de los daños y perjuicios derivados de la falta de ingreso de los aportes al seguro de retiro La Estrella. Explica que el objeto de su reclamo no fueron los aportes (que le

incumbía a la accionada realizar), sino los perjuicios derivados de dicho incumplimiento, lo que se traduce en la pérdida de obtener el rescate anticipado. Es decir, el planteo se limita a los daños y perjuicios que sufrió por el incumplimiento en que incurrió la demandada a su obligación de realizar los aportes al seguro de retiro La Estrella. Es por esto que razono corresponde hacer lugar a una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de ingreso de los aportes, puesto que surge de lo informado a fs. 321 por La Estrella Compañía de Seguros de Retiro, que la empresa no está allí registrada, lo que torna inviable que exista cobertura alguna a nombre de la actora. Por ende, probado que no se cumplió con la obligación convencional, ello implica de por sí una perturbación de la prestación y su resarcimiento se justifica porque la falta del pago de los aportes ocasiona una lesión actual al patrimonio de la trabajadora, al no poder hacer uso del rescate de los fondos que debería haber depositado el empleador, según lo determina la disposición DNRT 4701/91, incorporada al CCT 130/75. En razón de lo expuesto, propicio se haga lugar al agravio y se revoque el pronunciamiento y se condene a la demandada a afrontar los daños y perjuicios por imposibilidad de rescate de los fondos del seguro, conforme los lineamientos que más adelante se indicaran. V. Atento a las propuestas contenidas en los considerandos precedentes, donde estimé acreditadas algunas de las causales por las que la actora se consideró despedida, concretamente la incorrecta categoría en la cual la registró la demandada y la falta de ingreso de los aportes a la compañía de seguros La Estrella y su imposibilidad de rescate; entiendo que las mismas constituyen injuria de suficiente gravedad como para justificar el despido indirecto en el que se colocara la trabajadora (artículo 242 de la L.C.T.). Lo dicho, vuelve abstracto el tratamiento del agravio formulado por la demandada contra la decisión arribada en grado en cuanto evaluó ajustado a derecho el despido indirecto decidido por la trabajadora. VI. Corresponde tratar ahora el planteo efectuado por la demandada contra la decisión de la magistrada de grado de conceder las diferencias salariales generadas en virtud de aplicar a la definición de la jornada lo previsto en el artículo 92 ter de la LCT, en lugar del 198 del mismo plexo normativo. La objeción obtendrá favorable andamio, atento que un detenido análisis del expediente me convence que, en el presente caso, nunca existió un contrato de trabajo a tiempo parcial. Me explico. La sentencia receptó el reclamo, y utilizó como base de cálculo para practicar la liquidación la suma de \$..., con el fundamento de que "...pese a encontrarse registrada y haber acordado horario part time en los hechos y tal como resulta acreditado en la testimonial transcripta cumplía habitualmente horas adicionales lo que implica que le asiste razón en cuanto a que le corresponde el 100% del sueldo básico y adicionales de convenio requerido...". Sin embargo, no se ha tenido en cuenta que con fecha 28 de junio de 2010, el Ministerio de Trabajo emitió la Resolución 782, (citada por la demandada en su contestación de fs. 29), mediante la cual se homologara el acuerdo del 16 de junio del mismo celebrado entre la F.A.E.C.y S., la UNION DE ENTIDADES COMERCIALES ARGENTINAS - UDECA-, la CONFEDERACION ARGENTINA DE LA MEDIANA EMPRESA -CAME- y la CAMARA ARGENTINA DE COMERCIO -CAC-, en cuyo artículo octavo se estableció que "Ratificando las condiciones especiales en las cuales desarrollan su actividad los trabajadores que se desempeñan en las empresas de servicios de call center para terceros y conforme las previsiones del art. 198 LCT las partes convienen que dichas empresas podrán contratar personal para prestar estas tareas en un régimen de jornada laboral de hasta seis días por semana, laborables de 6 horas diarias corridas y hasta un tope de 36 horas semanales. Consecuentemente, la hora que exceda del presente régimen de jornada deberá ser considerada hora extra y abonarse con el recargo de ley. El salario, en tales casos, se liquidará conforme al régimen de jornada acordada?". Vale decir que para los trabajadores que se desempeñan en este tipo de actividad las partes colectivas han acordado una jornada máxima de 6 horas diarias y 36 semanales, circunstancia que echa por tierra la pretensión de la actora, en tanto la misma parte de la base de que la jornada, en la actividad, es de 48 horas. Considero que no es aplicable, entonces, el artículo 92 ter de la L.C.T., por cuanto si la extensión máxima semanal es de 36 horas semanales, claramente la prestación de servicios de la actora, superior a las 2/3 partes de esa cantidad, encuadra en las previsiones del artículo 198 de la L.C.T. y, desde esta óptica, no se podía pretender que se pagase el trabajo como si fuese de 48 horas. Ciertamente que la Resolución aludida data del año 2010 y el vínculo laboral comenzó en el año 2007, sin embargo ello no permite arribar a una solución diferente, habida cuenta que el mentado artículo octavo comienza diciendo "Ratificando las condiciones especiales en las cuales desarrollan su actividad los trabajadores que se desempeñan en las empresas de servicios de call center... ", lo que implica reconocer, por las entidades intervinientes en el acuerdo, que la jornada habitual ya se venía cumpliendo desde tiempo antes y de ello informa la propia demanda, donde se reconoce que el actor trabajaba en jornadas de 6 horas diarias. El acuerdo convencional aludido da cuenta, en la última parte del artículo octavo que "El salario, en tales casos, se liquidará conforme al régimen de jornada acordada?", lo que evidencia que los trabajadores como la actora no tienen derecho a percibir su remuneración sino en función de la real extensión de su prestación, lo que diluye el fundamento del reclamo, en razón de que nadie tiene derecho a percibir haberes por servicios no prestados. Finalmente, destaco que no surge de este expediente que la extensión máxima de 36 horas semanales se hubiese originado en alguna declaración de insalubridad efectuada por la autoridad de aplicación, único supuesto que habría implicado la razonabilidad de cobrar por servicios equivalentes a los de jornadas de 48 horas semanales. Por lo expuesto, soy de opinión que debe revocarse la condena al pago de diferencias salariales.

La magistrada a quo fijó la remuneración de la actora en la suma de \$... en el entendimiento que dicha suma correspondía a la jornada de 48 hs semanales. Conforme lo propuesto precedentemente, considero que debe modificarse la base de cálculo, y fijar la misma en \$... por ser el proporcional para una jornada de 36 hs semanales. VII. En cuanto a la crítica formulada por la trabajadora contra el rechazo a la aplicación de la sanción prevista por el artículo 1° de la Ley 25.323, es mi opinión que, sin perjuicio de que la categoría y la extensión de la jornada, no son datos exigidos por el artículo 52 L.C.T., la omisión de consignarlos, o su asiento erróneo, no generan tal sanción. No se me escapa que, en la especie, la adjudicación a la actora, de condiciones de trabajo diferentes a las reales, conllevaba la percepción de una remuneración inferior, pero este incumplimiento contractual ha sido considerado al juzgar la procedencia de la denuncia, según el artículo 242 segundo párrafo, L.C.T. La razón de la norma, que es una proyección de la Ley 24.013 aunque referida a los supuestos en los que no se cursó la intimación del artículo 11, es evitar y combatir la evasión de aportes. La descripción del presupuesto de la sanción en discusión es clara y sólo comprende la omisión de registro o el registro legalmente deficiente, sin prever una derivación desde cualquier asiento cuestionable a una aplicación extensiva de la sanción, excéntrica respecto de la definición legal, aunque, paralelamente, hubiera mediado un perjuicio. Sin embargo, teniendo en consideración la postura asumida frente a este planteo, por la mayoría de los jueces que en la actualidad integran la Sala, razones de economía procesal me llevan a adherir a dicha postura y proponer se haga lugar al agravio, incrementando el monto de condena en la suma que resulte al practicar la liquidación en concepto de sanción artículo 1 Ley 25.323 (ver en este sentido S.D. N° 38585 del 21/12/11, del registro de esta Sala, en los autos ?OVELAR Natalia Magali c. ATENTO ARGENTINA S.A. y otro s. Despido?). VIII. En atención a las propuestas formuladas en los considerandos precedentes, corresponde calcular la suma atinente a los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de la trabajadora de efectuar el rescate de los fondos que debería haber depositado el empleador, según lo determina la disposición DNRT 4701/91, incorporada al CCT 130/75. El mismo equivale al 50% de los importes que debieron haberse ingresado; Altamirano prestó servicios durante 40 meses (marzo de 2007 a julio de 2010), de acuerdo a lo sostenido en el considerando VI. Su remuneración debió ascender a \$... y el 3,5% que debió aportar la empleadora de \$... Entiendo prudente efectuar los cálculos a partir de este importe, dado que los aportes generan renta (argumento artículo 56 L.O.), razón por la cual, el monto de lo que debió ingresar la accionada era de \$... (\$... x 40) y el 50% que tenía derecho a rescatar el accionante de \$... suma que debe ser diferida a condena. IX. En lo que atañe a la multa del artículo 80 LCT, a fs. 109, (reservada en el sobre glosado a fs. 42), obra la CD ... mediante la cual la actora intimó a la demandada por los certificados de trabajo una vez vencido el plazo que prevé el Decreto 146/01. La demandada dijo haberlos puesto a disposición pero no produjo la prueba pertinente para acreditar su postura, por lo que corresponde se confirme la procedencia de dicho rubro. Respecto el agravio dirigido a cuestionar lo decidido en torno a la nueva entrega de los certificados de trabajo, el mismo es improcedente ya que, no sólo las certificaciones del artículo 80 L.C.T. no fueron acompañadas con la contestación de demandada sino que, aún cuando las mismas hubieran sido aportadas, los datos que podrían surgir de ellas no reflejarían las características de la relación laboral habida, conforme las pautas contenidas en la sentencia. En razón de ello, corresponde confirmar lo decidido en grado al respecto. La queja referida a la imposición de astreintes es improcedente, porque esas sanciones conminatorias fueron diferidas para la eventual falta de entrega del certificado de trabajo y aportes previsionales, no para el supuesto de no pagar la suma de dinero establecida por el decisorio. En ese contexto no debieron ser cuantificadas hasta tanto se verificara dicho incumplimiento. Obviamente el Tribunal no modificará en esta etapa del proceso la pauta fijada, máxime cuando, como es sabido, las astreintes son provisionales y revocables. A mayor abundamiento no existe injuria actual para el demandado. X. Atento a las propuestas formuladas y sobre la base de la remuneración mensual sin computar las horas extras, el esquema de liquidación del monto de condena sería:

Indemnización por Antigüedad	\$...-	(\$... x 4)	Indem. Sust. de Preaviso	
\$...-	SAC s/ Indem. Sust. de Preaviso	\$...-	Días Trabajados	
julio 2010	\$...-	(\$... /31 x 22)	Integrac. Mes de Despido	
\$...-	(\$.../31*9)	SAC s/ Integrac. Mes de Desp.	\$...-	SAC
2010 proporcional	\$...-	(\$... /365*203)	Vacaciones Proporcionales 2010	
\$...-	(203 x 14 /365= 7,78. \$... /25: \$... x 7,78)	SAC s/ Vacaciones		
Proporcionales	\$...-	Sanción art. 1 Ley 25.323	\$...-	
Sanción art. 2 Ley 25.323	\$...-	Indemnización art. 80 LCT	\$...-	
TOTAL	\$...-	Por lo expuesto, propicio se modifique la sentencia de grado, fijándose el		

monto de condena en la suma de \$... con más los intereses decididos en grado. XI. A influjo de lo dispuesto en el art. 279 del C.P.C.C.N. corresponde dejar sin efecto lo resuelto sobre costas y honorarios y proceder a su nueva determinación, siendo inoficioso expedirse respecto de los agravios introducidos en su relación. En atención a las propuestas efectuadas sugiero imponer las costas de primera instancia a cargo de la demandada (art. 68 C.P.C.C.N.). Estimo los honorarios de la representación y patrocinio

letrado de la parte actora, de la parte demandada y del perito contador en el ...%, ...% y ...% respectivamente a calcularse sobre la suma de capital de condena más intereses. Las costas de esta instancia se impondrán en el orden causado, atento la existencia de vencimientos mutuos (art. 71 del C.P.C.C.N.); a cuyo fin propongo se regulen los honorarios de los firmantes de los escritos dirigidos esta Alzada en el ...% de los que en definitiva les corresponda por su intervención en la instancia anterior. XII. Por las razones expuestas, propongo en este voto: se confirme la sentencia apelada en lo principal, y se fije el capital nominal en \$... al que accederán los intereses decididos en grado desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago; se confirme la imposición de costas de primera instancia a la demandada; se fijen los honorarios de la representación y patrocinio letrado de la parte actora, de la parte demandada y del perito contador en el ...%, ...% y ...% respectivamente del monto de condena más intereses, se impongan las costas de Alzada en el orden causado atento la existencia de vencimientos mutuos, y se regulen los honorarios de los firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ...% de los que en definitiva les corresponda por su actuación en la instancia anterior (artículos 14 y 18 Ley 21839). EL DOCTOR LUIS ALBERTO CATARDO DIJO: Que, por compartir sus fundamentos, adhiere al voto que antecede. Por ello, el TRIBUNAL RESUELVE: 1) Confirmar la sentencia apelada en lo principal y fijar el capital de condena en \$... al que accederán los intereses decididos en grado, desde que cada suma fue debida y hasta el efectivo pago; 2) Dejar sin efecto lo resuelto sobre costas y honorarios; 3) Imponer las costas de primera instancia a la demandada; 4) Regular los honorarios de la representación letrada de las partes actora, y demandada, y del perito contador en el ...%, ...% y ...% respectivamente, de la suma de capital e intereses; 5) Imponer las costas de Alzada en el orden causado; 6) Regular los honorarios de los firmantes de los escritos dirigidos a esta Cámara en el ... % de lo que en definitiva corresponda a la representación y patrocinio letrado de la parte respectiva, por su actuación en la instancia anterior- Regístrese, notifíquese, cúmplase con lo dispuesto en el artículo 4º Acordada CSJN 15/13 del 21/5/13 y, oportunamente, devuélvanse.- VICTOR ARTURO PESINO
JUEZ DE CÁMARA LUIS ALBERTO CATARDO JUEZ DE CÁMARA Ante mí: ALICIA E. MESERI
SECRETARIA 005414E