

## Empleados De Comercio Telemarketer Encuadramiento Convencional Vendedor Seguro La Estrella Seguro Complementario

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Empleados de comercio. Telemarketer. Encuadramiento convencional. Vendedor. Seguro La Estrella. Seguro complementario

Se hace lugar a la demanda por despido iniciada por la trabajadora -telemarketer-, atento a que la errónea registración de su categoría convencional configuró una grave injuria laboral. La trabajadora estaba registrada como ?administrativa?, cuando realizaba típicas tareas de ?vendedora? telefónica. Por otro lado, se declaró procedente la indemnización a favor del trabajador por la falta de pago de aportes al seguro complementario ?La Estrella? por parte del empleador. En la ciudad de Buenos Aires, a los 14 días del mes de julio de 2016, para dictar sentencia en los autos: ?Cucci, Juliana C/ Atento Argentina S.a. y otro S/ Despido? se procede a votar en el siguiente orden: EL DOCTOR NESTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO DIJO: I. La sentencia de primera instancia que hizo lugar al reclamo indemnizatorio del inicio por el despido indirecto del caso, es apelada por la parte demandada y por la parte actora. También hay recurso del Dr. Garófalo, por si, quien estima exiguos los honorarios que se le han regulado (v. fs. 802 vta. pto. 2º). II. Recurso de ?Atento Argentina S.A. y Mar del Plata Gestiones y Contactos S.A.? (ambas ?Atento Argentina S.A.?, v. fojas 790/800). Discrepa con el fallo que tuvo por justificado el despido indirecto en que se situó la actora el día 08/09/08 invocando como causal de injuria la falta de reconocimiento de la real categoría laboral y negativa de la accionada a registrar correctamente la misma. Con ese objeto, aduce que en el decisorio habría mediado una errónea interpretación de las normas aplicables al caso, esto es, el C.C.T. 130/75 que establecen las diferentes categorías convencionales. Señala que, el principal incumplimiento alegado se centra en considerar que las tareas realizadas para la demandada se correspondían con la categoría laboral de ?Vendedor B? y no con la de ?Administrativo A?. Dice que la conclusión del fallo sería dogmática en tanto estima carente de fundamento la decisión de grado en este aspecto como para justificar que las tareas que realizaba la Sra. Cucci merecen encuadrarse en la categoría de ?Vendedor? y no en la de ?Administrativo?. Afirmo que la a-quo incurre en una franca violación de las normas del CCT 130/75, en especial de sus arts. 10 y 6, y en una inadecuada valoración de la prueba testimonial rendida y que no corresponde asignar categoría de ?vendedor? a quienes -como la actora- desarrollaban tareas de servicios de atención al cliente en forma principal, cuando no exclusiva. Expresa que cualquiera sea la pretendida actividad comercial desplegada por el telemarketer ésta nunca se concreta ni formaliza con ?Atento Argentina S.A.? sino que eventualmente es con el cliente para el cual estas últimas prestan servicios. Insiste en que, si una empresa de telefonía contrata los servicios de atención al cliente con ?Atento Argentina S.A.? y merced a estos una persona contrata un plan de servicios diferente o el recambio de un equipo de telefonía celular, tales operaciones de ?comercialización? no se formalizan con ?Atento Argentina S.A.?, tampoco obtiene rédito o ventaja económica alguna por ello, señalando que el peritaje contable no constató la obtención de rédito comercial alguno a favor de ?Atento Argentina S.A.? por las mal llamadas ?operaciones de comercialización?. Destaca que los empleados de ?Atento...? no son vendedores sino que son ?administrativos? en tanto esa es la descripción contenida para esa categoría laboral en el C.C.T. 130/75. Por último se agravia porque se tuvo por válido el despido indirecto al que califica de injustificado e intempestivo como así también expresa agravio por la procedencia de la multa de los arts. 2º Ley 25.323, art. 80 L.C.T. y los daños y perjuicios. III. A mi juicio, a pesar del empeño puesto en ello, no veo que haya motivos para alterar lo ya resuelto en la primera instancia. La sentencia de primera instancia ubica a la actora con la categoría de Vendedora B, con base en que la testimonial sustanciada dio noticia cierta que la actora realizó tareas de promoción, venta de equipos, celulares, etc. y atención telefónica de reclamos (\*611 movistar), testigos Casal (fs. 494) y Ruau (fs. 495); prueba que arriba sin impugnación idónea por parte de la demandada y; de la lectura de las declaraciones producidas; se infiere que la sentencia tuvo bien en cuenta los aspectos esenciales del contenido de la prueba testifical sin exceder los límites del objeto de la prueba siendo verosímil el hecho y la forma en que los testigos dijeron que llegó a su conocimiento (art. 116 L.O., arts. 90 L.O. y 386 del Cód. Procesal). En consecuencia, no cabe más que concluir que la actora no estaba registrada en su correcta categoría, máxime cuando del peritaje contable se infiere la reticencia de la demandada ?Atento...? a la hora de exhibir la documentación atinente a los trabajadores que se hallan categorizados como vendedores (v. fs. 591/592 ptos. 9, 10 y 11, fs. 596 pto. 18, fs. 619 pto. 72, fs. 620 pto. 79) arts. 14 L.C.T., 386 y 477 del Cód. Procesal, ?primacía de la realidad?. Por otro lado, ya en lo atinente a la interpretación que cabe imprimir a lo estipulado en el C.C.T. 130/75 considero destacar aquí que, por personal administrativo, expresamente dispone que es aquel que desempeña tareas referidas a la administración de la empresa, esto es, tarea de la propia administración interna de la empresa (arg. art. 6 cit. conv), siendo telefonista aquella persona que recibe o emite llamadas para personas de la empresa a la cual

pertenece y, si se le agrega el elemento ?venta?, quiere decir que ese agente resultó contratado para intervenir en la promoción y venta del producto o servicio del que se trate, ergo, el uso de la herramienta teléfono no es más que ello, un medio para concertar la venta de que se trate, sin que el mismo defina ?per se? la categoría que las accionadas le endilgaron a la actora (art. 386 del Cód. Procesal, ?primacía de la realidad?). En su consecuencia, la actividad de Atento, es comercial, sin que se infiera tercerización alguna de las actividades de las empresas telefónicas, con lo que el convenio aplicable es el 130/75 de los empleados de comercio. Así las cosas, en el caso, al no estar demostrado que las tareas que realizaba la Sra. Cucci fueran netamente ?administrativas? es que, coincido con lo decidido por la a-quo de que, el despido indirecto en que se situó la trabajadora ante la negativa de las accionadas en proceder al correcto registro de su categoría laboral (?vendedor?) y pago de las diferencias devengadas, resultó legítimo, voto así por la confirmatoria del fallo atacado en este substancial punto materia de recurso y agravio de la demandada.

IV. Tampoco merece mejor suerte el agravio que exhibe por la viabilidad de la multa del art. 2º Ley 25.323 porque la demandada fue oportunamente intimada a abonar las sumas correspondientes a indemnizaciones propias del distracto y la trabajadora se vio obligada a litigar judicialmente para perseguir el cobro de las indemnizaciones referidas debido a la conducta de reticencia a abonar dichos conceptos asumida por la accionada (en igual sentido, esta Sala en autos: ?Parra, María Gabriela c/ Siembra AFJP SA s/ Despido", S.D. 37.090 del 29.10.03, entre muchos otros). Por otro lado, la Ley no distingue entre despido directo o indirecto, de modo que es suficiente cumplir la intimación y la falta de pago de las indemnizaciones, que obligue al trabajador a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibirla (en igual sentido; v. de esta Sala, los autos: ?Salazar, Dolores c/ Banco Río de La Plata .SA. S/ Despido?, S.D. 37.284 del 23.02.04, entre muchos otros).

V. En lo que respecta a la multa del art. 80 L.C.T. memoro aquí que, no comparto el criterio acerca de que la accionada había puesto a disposición los certificados de trabajo, ello como para desligarse de dicho incremento indemnizatorio, porque ?no resiste el menor análisis el argumento relativo a que (la demandada) habría puesto a disposición el certificado de trabajo, puesto que ello es insuficiente para demostrar cumplida la obligación prevista en el art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo, e impide considerar que la accionada haya tenido verdadera voluntad de entregar esa documentación, máxime cuando al recibir la intimación fehaciente de la actora no procedió a consignarlos y, por otro lado, de todos modos, los que pretende validar no resultan válidos, en tanto hay condena a la confección y entrega de nuevos certificados que reflejen las reales condiciones en que se desarrolló el contrato laboral de la actora (ver en similar sentido, esta Sala sent. nro.:44.033 in re ?Mendoza, Genoveva C/ Editorial Sarmiento S.A. S/ Despido? del registro de esta Sala, entre muchos otros). Voto por confirmar el fallo también en este aspecto.

VI. Tampoco le veo mejor suerte al agravio que exhibe porque se la condenó al pago de daños y perjuicios por omitir el aporte obligatorio por cuanto, tal contribución consiste en el pago directo de un aporte que le corresponde efectuar al empleador, esto es, como obligado directo debe depositar el 3,5% del salario bruto liquidado siendo la ?Cía de Seguros de Retiro La Estrella? quien recibe los aportes. Quiere decir que, la falta de pago de dicha contribución ocasiona la pérdida del derecho del trabajador para acceder a ese beneficio, circunstancia que hace procedente el pago de la reparación cuestionada. No es del caso de una falta de legitimación activa por parte del trabajador ante montos que fueran retenidos y no depositados, sino que, directamente el no pago vulnera el derecho del trabajador de poder acceder a dicho retiro. En su consecuencia, desde la perspectiva de enfoque propiciada, en el caso, es dato firme que la actora estaba encuadrada en el CCT Nro.130/75 como también que la accionada no realiza aportes al Seguro de Retiro La Estrella; circunstancia que le da derecho a la actora de recibir la reparación correspondiente por el daño que le ocasiona la pérdida de ese derecho debido a que la demandada no cumplió con su obligación de ley. Sugiero así confirmar el fallo en este aspecto.

VII. Ahora bien, la accionante apela la parte del fallo que dispone en caso de vencido el plazo impuesto para que las demandadas confeccionen nuevos certificados de trabajo que los mismos sean hechos y certificados por secretaría del Juzgado y, a mi juicio, le asiste razón (v. fojas 802/802 vta.). En efecto, tal como lo puntualiza, la confección de los mismos por la secretaría del Juzgado dificultaría la futura reinserción laboral de la trabajadora haciendo disparar un perjuicio injusto por parte de un nuevo empleador, por lo que propicio modificar el fallo en este aspecto y disponer que la documental en cuestión sea confeccionada por la parte demandada bajo apercibimiento de astreintes, las que se computarán en su caso, desde el vencimiento de la intimación de pago y hasta el efectivo cumplimiento de la obligación de hacer por parte de la accionada (art. 132 L.O.).

VIII. No veo que en el caso medie justificativo válido alguno para eximir en parte de las costas a la demandada, en tanto la trabajadora resultó vencedora en lo substancial del reclamo, cual lo es, las indemnizaciones derivadas por el despido del caso, sugiero así confirmar el fallo en tanto las impuso en su totalidad solidariamente a la demandada (art. 68 del Cód. Procesal).

IX. La cuantía de los honorarios regulados en la instancia de grado a los profesionales intervinientes, con base en el mérito y extensión de su labor, es mi opinión que lucen equitativos, por lo que propicio confirmarlos (art. 38 L.O. y demás normas arancelarias vigentes).

X. De tener adhesión este voto, las costas de alzada se imponen a la parte demandada (art. 68 del Cód. Procesal) y sugiero regular los honorarios por la actuación en segunda instancia para la representación y patrocinio letrado de la parte actora en el ...% y los correspondientes a la parte demandada

en el ... %, respectivamente, de lo que en definitiva les corresponda por la actuación que les cupo en la primera instancia (art. 68 del Cód. Procesal). LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO: Por compartir sus fundamentos adhiero al voto que antecede. EL DOCTOR HÉCTOR CÉSAR GUIADO: no vota (art. 125 de la ley 18.345). A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo, el Tribunal RESUELVE: 1) Modificar parcialmente la sentencia apelada en lo atinente a la confección de los certificados de trabajo, conforme lo ya explicitado en el considerando VII del compartido primer voto. 2) Confirmar el fallo en lo demás que decide. 3) Costas de alzada a la parte demandada. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nro. 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Firmado por: ESTELA MILAGROS FERREIROS, JUEZ DE CAMARA Firmado por: ROSALIA ROMERO, SECRETARIA Firmado por: NESTOR MIGUEL RODRÍGUEZ BRUNENGO, JUEZ DE CAMARA 010866E