En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la Sala B de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: "G., J. E. c/ L. M. S. s/ DEMANDA LABORAL (Indemnización)", expte. nro. 23/10, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral (expte. nro. 4652/07), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs.. 180), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Nélida Susana Melero.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs.. 148/160vta.? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo que:

Contra la sentencia de fs. 148/160vta. que admite la demanda y condena a "L. M. S.A.C.I.A.F.I." a abonar al actor J. E. G., en el plazo de diez días de firme la presente, la suma de $6.569,80, más los intereses de acuerdo al considerando respectivo, la entrega del certificado de trabajo y las constancias documentadas del ingreso a los organismos de la seguridad social y demás certificaciones que detalla, impone las costas a los demandados vencidos y regula los honorarios, se alza la perdidosa a fs. 162.

Concedido el recurso, cumple la apelante con el art. 60 de procedimiento laboral a fs. 166/169.

Los agravios que provoca el decisorio los circunscribe a dos puntos: 1) El aporte al seguro de retiro complementario (SRC), su obligatoriedad,

legitimación para el reclamo y porcentual a abonarse.

Con relación a la obligatoriedad, señala que su representada no es miembro de ninguna de las cámaras signatarias del convenio, que durante el transcurso de la relación laboral, nunca el actor solicitó ser beneficiario de dicho seguro privado y que si este concepto fuese obligatorio la titularidad del reclamo por incumplimiento, no le corresponde a G., sino a la propia entidad sindical signataria de la convención

Aduce que la puesta en vigencia del nuevo sistema jubilatorio a partir de la ley 24241 (15/07/ 94) produjo el reemplazo del SRC, por las nuevas disposiciones del SIJP, que absorbió la obligación patronal de aportar el 3,5% con destino al ya nombrado SRC que dejó de tener vigencia desde dicha fecha, ya que el SRC de carácter complementario se acordó que tenía vigencia hasta que se estableciera un nuevo régimen jubilatorio, que lo absolvería (art. 16 de acuerdo de fecha 12/9/91). Cita jurisprudencia y comentario.

En punto a la legitimación para el reclamo y porcentual a abonarse al trabajador, sostiene que de haberse ingresado este porcentaje a la aseguradora, el trabajador sólo podría haber rescatado el 50% al fin de la relación.

Entiende que el art. 8 del acta acuerdo 4701/1991 no admite dudas en cuanto a quiénes están legitimados para accionar, de allí que no resulta procedente darle al mismo un alcance que el acta no determina, pues siendo un sistema solidario y colectivo que se constituye con el aporte del conjunto de los empleadores del sector, es lógico que se legitime a los

sindicatos y no a los empleados.

2) Improcedencia de la multa del art. 80 LCT: Considere que la aplicación de tal sanción deviene absolutamente inaplicable toda vez que se confeccionó y entregó el certificado de trabajo y la certificación de haberes y remuneraciones.

Que el certificado que se refiere el artículo 56 inc. h de la ley N° 18037, idéntico al que contempla el artículo 12 de la ley 24241 es distinto al que menciona el artículo 80 de la LCT y aquél no fue reclamado. Ambas certificaciones difieren entre sí y tal aserto lo sostiene con cita del Superior Tribunal de la Provincia.

Aduce que la actora denuncia la deficiencia en la confección del certificado de trabajo omitiendo qué requisito le estaría faltando, resaltando que la certificación de trabajo y de servicios y haberes se entregó dentro de los cuatro días de terminada la relación de trabajo por renuncia del trabajador, y ambos instrumentos contienen todos y cada uno de los requisitos que manda la ley, suscribiendo el actor las fojas de la certificación.

Relata que la sentencia no determina cuáles son los requisitos que no reúnen los certificados y reconoce que el único aporte que se omite es el Seguro Complementario de Retiro que no se hizo por las razones ya expuestas. Cita jurisprudencia de las Cámaras de esta provincia.

A fs. 171/175vta. se agrega la contestación de la expresión de agravios.

Advierto de la lectura de la causa que el quejoso ha transcripto textualmente en los agravios los fundamentos de la contestación de la demanda, en

cuanto al primer agravio, sin rebatir ninguno de los argumentos que expusiera la Sra. Juez, lo que resulta suficiente para declarar la deserción del recurso.

Sin perjuicio de ello sabido es que el acta del 21 de junio de 1991 integrante del CCT 130/75 instituyó un sistema de retiro complementario al régimen de previsión social que por ley corresponde a los empleados de comercio. Tal dispositivo, unido al sistema general de previsión social que el Estado otorgue por sí o por agencias especiales, coadyuva a cubrir los ingresos del sector de pasividad y no resulta en modo alguno una distorsión en cuanto a derechos constitucionales o una asunción de competencias vedadas a la autonomía colectiva. Asimismo, se ha dicho y comparto lo sostenido por mis colegas en sentencia N° 13 del año 2005 de esta Sala y los argumentos dados por la Sra. Juez de la instancia de grado en la presente quien siguiera lo sustentado por la Sala III in re "F. A. de E. de C. y S. c/ C. L. S.A. s/ Cobro de aportes", S.D. Nro.: 90.743 del 6/08/2000 y "F. A. de E. de C. y S. c/ R. y Cía. S.A. A. de B. s/Cobro de aportes", S.D. nro.: 83.109 del 27/12/2001,entre muchos que no existe colisión alguna entre el régimen y el establecido por la Ley 24241. Por consiguiente se propicia confirmar la sentencia apelada en este punto.

Falta de legitimación: La demandada planteó que la titularidad del reclamo del aporte al seguro complementario no le correspondía al Sr. G., sino a la entidad sindical signataria de la convención.

La Sra. Juez rechazó tal postura e hizo lugar al reclamo del actor.

Ante ello se agravia la demandada.

Conocido es que los empleados de comercio son los beneficiarios del sistema de retiro complementario acordado entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios -FAECYS- y las entidades representativas del sector empresario pero el modo en que tal sistema ha sido definido e implementado, hace que la única legitimada a tales fines sea la Federación Argentina de Empleados de Comercio, entidad que tiene a su cargo el cobro de los aportes correspondientes y su afectación al pago del seguro contratado con la compañía de seguros "L. E." (esta Sala, S.D. 92244 del 3/05/07, "B., R. A. c/ V. S.A. y otro s/ despido"; íd., S.D. 92.668 del 24/10/07, "D., I. Irineo c/ Q. E. S.A y otros s/ despido"; CNAT, Sala III, 27/9/02, S.D.84.060, "A., E. B. c/ T. SA s/ incumplimiento CCT"; CNAT, Sala V, 9/5/07, S.D. 69.591, "L., B. S. c/ F. SRL s/ despido"; CNAT, Sala VI, 7/11/07, SD 59.985 "P. R., V. H. c/ F. s/ despido"; CNAT, Sala VII, 30/5/07, SD 40.160, "M., S. E. c/ S. S.A y otro s/ cobro de aportes y contribuciones").

El aporte para el Seguro de Retiro Complementario -creado por el CCT 130/75- se encuentra ligado al ámbito de la Seguridad Social, en tanto participa de la naturaleza del beneficio que accede y complementa. Por ello, no procede que se reintegren a la trabajadora los aportes que no fueron efectuados por su empleadora, dado que la accionante carece de legitimación activa para reclamar tales aportes omitidos, pues los mismos debían ser pagados a la Federación Argentina de Empleados de Comercio, que a su vez los debía aplicar al pago del seguro contratado con la correspondiente empresa aseguradora, por ende era ella la legitimada a efectuar el pertinente reclamo

("V. A. L. c/ A. A. S.A. s/ despido", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala/Juzgado: VII18-dic-2009 MJ-JU-M-53077-AR - MJJ53077 - MJJ53077 Laborjuris - Microjuris).

Pero tal criterio lo he sustentado en autos "S. , H. R. c/ M. T., G. s/ demandad Laboral", expte N° 16.379/07, SD N°34 del año 2007 y SD,13 del año 2005 donde dije que "Entiendo que el artículo 8 del Acta Acuerdo 4701/1991, no admite dudas en cuanto a quiénes están legitimados para accionar, de allí que no resulta procedente darle al mismo un alcance que el acta no determina.

Más, de la lectura del artículo de mención, surge que "el incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado" personal afectado que en el caso de autos es el trabajador, actor. Lo claro de la norma, impide otra interpretación", sin desconocer, como bien lo señala Juan Simón en "Comentario a los Convenios Colectivos para Empleados y Trabajadores", agregado al "Suplemento Especial. Derecho de Trabajo. Convenios Colectivos", LL, abril de 2003, pág.37 que no existe unanimidad de criterio al respecto.

Cabe recordar que, como bien enseñaba Salvat: "Cuando existe una ley cuyo texto es claro y expreso, esta ley deber ser aplicada estrictamente y en el sentido que resulte de sus propios términos, aun cuando pareciera injusta: el juez es un ministro de la ley para aplicarla tal cual es y no para juzgar su bondad o su justicia; ni el juez ni el intérprete, pueden eludir la aplicación de una ley clara, so pretexto de penetrar su espíritu..." ("Derecho Civil

argentino", Parte general, t. 1, 1950, p. 183, pto. 263).

En consecuencia el monto por este rubro que surge de la liquidación que efectuó el actor y que fuera admitido en la sentencia, deberá ser descontado de la indemnización por la que prospera la demanda.

Artículo 80 LCT:

El párrafo agregado al artículo 80 LCT por el artículo 45 de la ley 25345 hace referencia a la omisión de entrega de la constancia o del certificado, a los que se refiere en el primer párrafo y dispone que la falta de entrega trae aparejada indemnización, previo cumplimiento de los requisitos que también ordena.

Es decir, sostiene M. Ackerman, en "La modificación del artículo 80 LCT", "Revista de Derecho Laboral" - "La reforma Laboral" -II. Que las dos obligaciones del empleador a las que se refiere el nuevo párrafo del artículo 80 son la entrega de la constancia documentada del depósito de los aportes y contribuciones correspondientes a la seguridad social y sindical y la entrega de un certificado de trabajo, con las indicaciones que prevé el segundo párrafo del mismo artículo.

Y agrega que es obvio que la omisión de cumplimiento de una u otra obligación, en el plazo que fija la norma, configura el presupuesto de hecho que da lugar al pago de la indemnización especial, el cumplimiento imperfecto o parcial de cada una de ellas podría tener consecuencias diferentes.

Tales referencias son suficientes para confirmar lo decidido por la sentenciante, toda vez que es la demandada quien admite "que el único aporte que

se omite es al Seguro Complementario de Retiro".

El reclamo formal del trabajador se encuentra acreditado y el incumplimiento por parte del demandado, también, ya que éste basa su defensa en lo que no fue hecho por el actor: determinar cuáles eran los requisitos saltantes, y que la Sra. jueza admitiera sin determinarlo y que como bien lo señala el actor, tales requisitos no deben ser probados pues sólo basta cotejar el documento con la norma.

La CNAT, sala VI, en "S., J. I. c/ I. A. S.A. y otro s/ Despido", se dijo "Más allá de la costumbre imperante entre los empleadores, el certificado de servicios y remuneraciones no equivale a la constancia de los aportes depositados por el empleador en su momento o en la actualidad: la norma del artículo 80 de la LCT es estricta al respecto, exigiendo que el empleador libre el certificado de trabajo con las constancias del caso, entre ellas la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación (ley 24.576) y al mismo tiempo las constancias documentadas de los aportes: mientras ello no suceda, incumple con la norma y debe ser compelido a cumplimentarla" (19-2-2003, elDial - AL1217).

La circunstancia de que se haya admitido la falta de legitimación para el reclamo, no obsta a que se condene al demandado a la indemnización que fijara la sentencia, ya que la documentación no fue entregada en forma. La falta de de los aportes de retiro complementario por parte del demandado, tornó imposible el cumplimiento de la entrega de los certificados que mando la norma.

Corresponde que por la secretaría del juzgado se determine la suma por la que procede.

Atento a lo resuelto costas y honorarios deben adecuarse.

En atención al resultado de la vía recursiva deducida, en la que se admiten dos de los reclamos del actor, y sin perjuicio del rechazo sobre el seguro de retiro obligatorio, pero sin olvidar que son los obligados al pago los que con su actitud impulsaron al actor a requerir a la justicia, para lograr lo debido, confirmo las costas de la instancia de grado.

Por iguales razones las costas de la alzada al demandado.

A fin de regular los honorarios de ambas instancias, que los difiero para el acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5,6,13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Admitir parcialmente los agravios del demandado y revocar parcialmente la sentencia de fs. 148/160, en cuanto admite la indemnización respecto al sistema de retiro complementario, suma que deberá descontarse del monto acordado

2) Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido y diferir la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada

contra la sentencia definitiva nro. 119/2009 del juzgado Letrado en lo laboral de la jurisdicción nro.1 (fs. 162, fs. 148/60vta.).

La sentencia cuestionada hizo lugar a la demanda, condenando a la firma L. M. S. a abonar al Sr. J. E. G. la suma de $6.569,80 , condeno también a la entrega del certificado de trabajo e impuso las costas a la demandada vencida.

A fs. 166/69 obra el memorial de agravios de la parte demandada apelante. Sin perjuicio de haber sido detallados los motivos de queja por la Sra. Camarista preinterviniente, efectuaré una escueta reseña de los mismos, habida cuenta que esta cumplimentada la manda procesal del art. 163 del CPCCCh (Digesto Jurídico de la Pcia. del Chubut Ley XIII-nro.5 art. 165).

La primera queja la constituye el aporte del seguro de retiro complementario, su obligatoriedad, legitimación para el reclamo y el monto o porcentual a abonar.

El segundo la sanción del art. 80 de la LCT.

Se explaya seguidamente sobre la obligatoriedad del deposito a tal fondo citando jurisprudencia invocando que la relación laboral que uniera a las partes comenzó con posterioridad a la vigencia de la ley 24241. Seguidamente cuestiona la legitimidad del actor para reclamar.

Análisis:

El primer agravio de la demandada lo constituye la decisión de condena de la A quo por el porcentaje y legitimación del actor a reclamar los fondos del retiro, en tal sentido tuve oportunidad de

expedirme con anterioridad y no encuentro argumento para apartarme, sostuve en minoría en aquellas ocasiones, que se hace aplicable al caso (se trata de las sentencias definitivas nro. 13/2005 y 34/2007 de esta Sala B autos: "F. W. c/ S. y S. H. c/ M. T.").

En este punto he de efectuar una aclaración preliminar, la CNTrab. en autos Sala III expte.10603/00 Sent.84060 del 27/9/02 "Allonca, Elisa c/ Tonatiuch S.A. s/ inc. CCT" (DJ2003-2-) y su antecedente "Federación Argentina de Empleados de Comercio c/ Rabello y Cía.", sent. 83109 del 27/12/2001 (DT 198-148), ha dejado establecido que no existe colisión entre la norma 24241 y cualquier diseño de compensación de ingresos previsionales porque, más allá de la subsistencia parcial de los regímenes de reparto, nada obsta a que un grupo de trabajadores constituya un sistema para suplir desajustes entre los ingresos en actividad y pasividad, ya sea originarios en una opción de capitalización inicial o de un sistema subsistente de seguridad social típico, y no sería ilegítima en principio la búsqueda de paliativos complementarios para conjurar una situación de desequilibrio que como la experiencia indica ha sido muy habitual. A ello agrego que el acuerdo en cuestión homologado por DNRT4701/91 y 5883/91 fue integrado al convenio colectivo de la actividad, encontrando por ultractividad legal su vigencia hasta una derogación expresa, lo que no ha ocurrido.

Respecto de la legitimidad activa, dividida está la jurisprudencia en el punto, no obstante, he de seguir los lineamientos conceptuales que comparto, que a mayor precisión transcribo "El sistema de retiro complementario establecido

convencionalmente mediante acta del 21-6-91 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 persona-les, sin requerirle el requisito de la edad, reduciendo tal rescate al 50% del total de los aportes referidos y si tales aportes no fueron realizados por la empleado-ra, es esta la que debe soportarlos de su propio peculio, cualquiera haya sido la causa de la extinción del contrato de trabajo (CNTrab.Sala VI "Sánchez Néstor c/ Ferbo SA s/ despido" 19-11-98)" (CNTrab., Sala II "Sabate, Cristina A.c/ Alcira Travellers Service SA", 24-8-2001 DT2002-A-763)(en idéntico sentido Trib. Trabajo Jujuy Sala I sent.2002-oct-11 "Torres David c/ Casa Lozano SA", Equipo Federal de Trabajo online).

Incorporada la disposición 4701/91 al CCt. 130/75 el acuerdo imponía al empleador un aporte mensual del 3.5% del salario liquidado al trabajador, en consecuencia se trata de una contribución, un aporte patronal, no se efectuaba un descuento en el salario del empleado. Habiéndose reconocido que no cumplía con esa obligación, corresponde acoger la indemnización reclamada, cuyo importe será el equivalente al 50% del aporte que se omitió, que será calculado en la etapa de ejecución de sentencia modificándose en consecuencia la decisión de grado que condena conforme los cálculos efectuados por el accionante, y receptando parcialmente los agravios.

En lo que respecta a la queja sobre la indemnización dispuesta por la A quo, por la entrega del certificado conforme el art. 80 de la LCT, en

reiteradas oportunidades hice lugar a la misma en análoga situación de omisión por parte de la empleadora y no se advierten los motivos por los cuales debería apartarme de lo decidido ante la carencia de argumentos que lo motiven por parte de la apelante.

Surge de una manera diáfana que la disposición legal impone el pago de una suma de dinero emergente de una tarifa que, más allá del nomen iuris debe abonar el empleador que no cumple con la obligación de entrega de las constancias o del certificado y que, por lo tanto, la causa del crédito en su acepción amplia no es el despido.

Adviértase que la "sanción" o "indemnización" prevista por el art. 80 de la LCT puede llegar a devengarse, en el terreno de las hipótesis, aun vigente el vinculo contractual, si el trabajador requiere las constancias documentadas del ingresos a los fondos de la seguridad social por algún motivo razonable, durante el desenvolvimiento de la relación laboral y el empleador "no hiciera entrega" del respectivo instrumento" (dictamen Fiscal General).

Por su parte el dr.Guisado dijo: "La indemnización del art.80 de la LCT no se encuadra en esa descripción (se refiere a la doble indemnización), pues no constituye un resarcimiento derivado de la denuncia inmotivada del contrato, sino que reconoce una causa totalmente distinta: El incumplimiento del empleador a la obligación de extender el certificado de trabajo o la constancia documentada de aportes.- Esta ultima obligación no se genera solo en los casos de despido sin causa justificada, ya que a) el empleador debe entregar el certificado de trabajo cuando el contrato "se extinguiere por cualquier causa" y b) la

constancia de aportes puede ser exigible aun "durante el tiempo de la obligación".- De ahí que el trabajador puede hacerse acreedor a la indemnización prevista en la ultima parte del citado art.80 incluso en supuestos de extinción no alcanzados por el art.16 de la ley 25561 (v.gr., en caso de renuncia del trabajador o de despido con justa causa) y hasta en contratos de trabajo vigentes (si el empleador no entrega al trabajador la constancia de aportes mediando "causa razonable" que la hicieren exigible)".

La obligación de entrega surge a partir del distracto, pero no así la obligación de indemnizar que a mi modo de ver surge a partir de la intimación, la que no puede efectuarse antes de los 30 días, si en dos días no se puso a disposición del intimante, se hará pasible de la sanción "indemnizatoria".

En el punto, es criterio de la suscripta que el art.3 del Dto.146/2001, reglamentario de la norma indicada, y cuya inconstitucionalidad no ha sido planteada, dispone que "el trabajador quedara habilitado para remitir el requerimiento fehaciente al que se hace alusión en el art. que se reglamenta, cuando el empleador no hubiere hecho entrega de las constancias o del certificado previstos en los apartados 2do.y 3ro. del art. 80 de la LCT(...) dentro de los 30 días corridos de extinguido, por cualquier causa el contrato de trabajo".

La norma inferior de cualquier modo, debe ser leída con los limites de la norma superior que reglamenta. Esta última otorga al empleador un plazo de 2 días hábiles para cumplir el requerimiento del trabajador relativo a la entrega del certificado o cargar con la indemnización que se regula; la brevedad

de ese plazo puede así explicar la interposición de otro plazo antes de que aquel requerimiento quede habilitado ya que, por ejemplo el cumplimiento de la obligación del art.80 de la LCT puede incluir la necesidad de regularizar el vinculo (no necesariamente debe darse en ese marco). La extensión del plazo encuentra su justificación en facilitar el cumplimiento del empleador antes que en obstruir la habilitación del trabajador para intimar, aunque la redacción de la norma pueda tolerar esta ultima interpretación.

De tal modo, considero que la intimación fehaciente a la que hace referencia tanto la norma originaria como su reglamentación solo puede surtir sus efectos (el inicio del computo de dos días y el posterior derecho a una indemnización), una vez que haya transcurrido el plazo de 30 días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo este ultimo que constituye desde el momento de la extinción.

"La intimación a la que alude el Art.3ro.del decreto 146/01 (Adla, 1520) solo puede surtir efectos –con relación al inicio del computo de los dos días y el posterior derecho de indemnización- una vez que haya transcurrido el plazo de 30 días acordado al empleador para cumplir con la exigencia legal, plazo que constituye –desde el momento de la extinción- una oportunidad para que el empleador regularice la situación" (DJ2006-2-213 CNTrab sal III, 2005-11-09 autos "Michref, Antonio c/Asociación de Beneficencia Hospital Sirio Libanés"). Como en el caso si el trabajador, renunciante, se encontraba debidamente inscripto, con mayor razón debió el empleador poner a disposición de este el certificado al

momento del distracto o en los treinta días subsiguientes, sin ninguna necesidad que tenga que intimar.

Por estos motivos hago lugar parcialmente a los agravios de la demandada apelante, y atento a cómo fueron resueltas las cuestiones traídas a conocimiento, decisión y el resultado obtenido en esta Alzada las costas estimo deberán ser soportadas por orden causado (art. 68 del CPCCCh), manteniéndose lo dispuesto en este tema en la instancia de grado toda vez que la situación de ganador y perdedor no se ve modificada por la variación en la estimación del monto de condena conforme el criterio seguido. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes en esta instancia al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Esta vocalía propone:

1.- Receptar parcialmente los agravios de la parte demandada conforme considerandos respectivos.

En consecuencia modificar la sentencia venida en crisis haciendo lugar parcialmente a la liquidación efectuada por la parte actora al momento de incoar demanda modificando la misma en el 50% de lo calculado, en concepto de devolución del Seguro de Retiro Complementario, conforme considerando respectivo.

2.- Costas de la Alzada por el orden causado según considerando respectivo. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero

dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de la Alzada, razón por la cual a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quienes votan precedentemente la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a las mismas me remito.

I.A) Advierto que ha llegado firme a mi consideración por la mayoría lograda por mis colegas preopinantes, la temática sobre: 1) Improcedencia de la multa prevista por el art. 80 de la LCT y 2) la confirmación de la imposición de costas al demandando determinada en primera instancia, quedando en discordancia en cuanto a: a) El aporte al Seguro de Retiro Complementario (SRC), su obligatoriedad, legitimación del reclamo y porcentual a abonarse al trabajador y b) La imposición de costas de segunda instancia.

Las circunstancias apuntadas hacen que me aboque a la emisión de mi voto sobre los puntos individualizados como desacordados en virtud de lo establecido por el art. 271 del CPCCh, ya que resulta suficiente para adoptar decisión los votos coincidentes de quienes me precedieron, máxime cuando el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia ha admitido en sentencia de 01/06/98, mediante voto del Dr. Torrejón, que "La circunstancia que un magistrado haya tratado con mayor relevancia en su voto no significa discordancia, pues los jueces son libres de

decidir los elementos que forman la convicción, siempre que se ajusten a los criterios de valoración de las pruebas, establecido en el orden procesal, y a todo evento llegan por distintos caminos a idéntica conclusión, formando así la mayoría legal suficiente para justificar el fallo".

I.A-a) Respecto al planteo sobre el aporte al Seguro de Retiro Complementario (SRC), su obligatoriedad, legitimación del reclamo y porcentual a abonarse al trabajador (agravio de la apelante demandada planteado a fs. 166/167vta. – contestado por el actor a fs. 171/173)

En lo atinente a la temática planteada por la apelante demandada (fs. 166/167), ya me he expedido tanto en autos caratulados: "F., W. A. c/ S. S. E. S.A. s/ Demanda Laboral(Diferencias Salariales)", expte. No. 14.613/04, sent. def. nro. 013 del 07/03/05 como e autos caratulados: "S. , H. R. c/ M. T., G. s/ Demanda Laboral (dif. Haberes e indemnización por despido), expte. Nro. 16.379, sent., def. nro. 034 del 04/07/07.

En dichos casos expresé que para los Trabajadores de la actividad comercial regidos por el C.C.T. 130/1975 existe el Acta modificatoria del acta acuerdo del 21/6/1991, que expresa que: "En la Ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de setiembre de 1991 entre los señores C. R. De la V., C.I. ... en representación de la Cámara Argentina de Comercio, O. J. C., C.I. ... en representación de la Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias, J. L. S., C.I. ... en representación de la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, todas en representación del sector empresario por una parte, y por la otra, los señores A.

O. C., C.I. ... y J. A. H., D.N.I. ..., en representación de la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios, en el expte. 829.222/88, se conviene lo siguiente en relación al acta firmada por estas mismas partes el 21 de junio de 1991 y homologada por resolución D.N.R.T. 4701/1991:

1.- Sustitúyese el texto del pto. 1 por el siguiente:

"Se establece un sistema de retiro complementario (S.R.C.) al régimen de previsión social vigente a la fecha de este convenio".

2.- Sustitúyese el texto del párr. 1 del pto. 4 por el siguiente:

"El seguro de retiro complementario se financiará con un fondo afectado exclusivamente a esta finalidad, que se integrará con un aporte por parte de los empleadores del 3,5% mensual sobre los salarios liquidados, para los cuales se computará también el sueldo anual complementario y el presentismo. Se deja aclarado que no se encuentran comprendidas las vacaciones, horas extras, premios y demás bonificaciones y las remuneraciones integradas en todo o en parte por comisiones, en cuyo caso el porcentaje referido se aplicará solamente sobre las escalas de garantía pertinentes. Tampoco se encuentran comprendidas las remuneraciones de los trabajadores eventuales o temporarios".

3.- Sustitúyese el texto del pto. 5 por el siguiente:

"Los empresarios y el personal jerárquico de las empresas comprendidas podrán optar por su inclusión en el S.R.C., en cuyo caso el aporte del 3,5% mensual establecido en el pto. 4 quedará a exclusivo

cargo de quien adhiera al sistema".

4.- Sustitúyese en el párr. 1 del pto. 8 que decía que: "El incumplimiento de las obligaciones a cargo del empleador ocasionará la pérdida de los beneficios para el personal afectado. El sindicato se encuentra legitimado para reclamar judicialmente el cumplimiento de dichas obligaciones", las palabras "el sindicato" por "la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios".

5.- La validez del presente protocolo se sujeta a que sus términos sean homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación".

Las modificaciones al Protocolo suscripto el 21/6/1991 consisten en que: "En la Ciudad de Buenos Aires, a los 12 días del mes de setiembre de 1991 entre los señores C. R. de la V., C.I. ... en representación de la Cámara Argentina de Comercio, O. J. C., C.I. ... en representación de la Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias, J. L. S., C.I. ... en representación de la Unión de Entidades Comerciales Argentinas, todas en representación del sector empresario por una parte, y por la otra, los señores A. O. C., C.I. ... y J. A. H., D.N.I. ..., en representación de la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servi-cios, en el expte. 829.222/88, se conviene lo siguiente en relación al protocolo firmado por estas mismas partes el 21 de junio de 1991:

1) Reemplazar el texto del art. 3 por el siguiente:

"Los empleadores realizarán aportes mensuales al plan de un 3,5% del salario liquidado -conforme al texto del pto. 4 del acta- por cada emplea-do en relación de dependencia comprendido en la conven-

ción colectiva de trabajo 130/1975. El incumplimiento de tales obligaciones generará la aplicación de los recargos correspondientes por la mora en los pagos y sin desmedro del derecho de la federación a generar las acciones legales pertinentes".

2) Reemplazar los tres primeros párrafos del art. 8 por el siguiente texto:

"Los requisitos para acceder al beneficio básico, una vez alcanzada la edad de retiro estipulada en 65 años para los hombres y 60 años para las mujeres serán:

La empresa en que preste servicio deberá estar al día con sus obligaciones de pago devengadas hasta el mes anterior a la fecha de retiro. De existir aportes pendientes, deberá regularizarlos incrementándose los valores de aportes con el importe resultante de cargar el rendimiento que se hubiera asignado a las cuentas respectivas en caso de cumplirse con la obligación en tiempo y forma, y al valor así calculado adicionarle un interés anual equivalente a la tasa "Libor" vigente a la fecha".

Se mantienen los requisitos de antigüedad mínima redactados en el texto original.

3) Reemplazar el texto del último párrafo del art. 11 por el siguiente:

"Mantener la vigencia de la póliza durante un plazo de 5 años, respetando las condiciones aquí establecidas con excepción de lo estipulado en el art. 6.

Esta cláusula queda condicionada a la adecuación del sistema al nuevo régimen de previsión social que se sancione, de acuerdo al art. 7 del presente protocolo, incorporado como art. 16".

4) Suprimir en el art. 12 el texto íntegro del último párrafo.

5) Reemplazar el texto del párr. 3 del art. 13, por el siguiente:

"Participar y decidir con sus votos en la fijación del valor del beneficio básico para cada año a partir de la evaluación actuarial anual del plan, de acuerdo al art. 6. A tal efecto, el asegurador efectuará una evaluación actuarial con el fin de determinar la suficiencia de la cuenta colectiva para afrontar los beneficios básicos estipulados. La misma se efectuará en base a los siguientes mecanismos:

a) Se actualizará la nómina poblacional en función de las altas y bajas producidas durante el período inmediato anterior.

b) Se estimará la composición futura de la población en base a supuestos estadísticamente razonables de rotación.

c) Se establecerá el valor actual de cada unidad de beneficio a brindar a cada asegurado a la edad de retiro.

d) Se establecerá el flujo estimado de los aportes futuros a la cuenta colectiva.

e) Se establecerá el saldo de la cuenta colectiva a la fecha de cálculo.

f) Se establecerá el equilibrio financiero entre los valores calculados según los aps. c), d) y e) de este punto, de modo que la adquisición gradual de los beneficios sea acorde con el ingreso de aportes.

g) Como resultante de tales cálculos surgirá el valor del beneficio básico que el sistema es capaz de financiar en forma estable y uniforme para la

población proyectada.

Con arreglo a tal estudio se fijará el beneficio básico que brindará el plan durante el año siguiente. A tal fin, será necesario el consentimiento del contratante, por un lado, y de las entidades empresarias por el otro".

6) Incorporar como art. 15 el siguiente texto:

"Las partes acuerdan que aquellos empleadores que hubieren contratado un seguro de retiro para sus empleados con anterioridad al 30 de junio de 1991, podrán optar por ingresar o no al sistema implementado en este acuerdo".

7) Incorporar como art. 16 el siguiente texto:

"Las partes acuerdan que el aporte del 3,5% a cargo del empleador es a cuenta de lo que determine cualquier nueva legislación sobre previsión social y será absorbido dentro de los porcentajes del sistema de capitalización que se fije en la misma. Dentro de los 30 (treinta) días de sancionado el nuevo sistema de previsión social, todo el sistema del presente seguro de retiro complementario deberá ser adecuado al nuevo régimen legal. En este caso, las partes acuerdan: Que en su oportunidad los fondos acumulados en las cuentas individuales seguirán manteniendo ese carácter dentro del sistema jubilatorio privado o de fondos de pensión que prevea el nuevo régimen. Asimismo, las partes acuerdan respecto de los fondos acumulados para pagar el beneficio básico, que las cuatro entidades signatarias del presente decidirán por unanimidad de qué manera se incorporarán al nuevo sistema. En caso de desacuerdo, se conviene que dichos

fondos acumulados se repartirán en cada una de las cuentas individuales en forma proporcional a los aportes realizados en las mismas".

8) Incorporar como art. 17 el siguiente texto:

"La o las compañías operadoras informarán trimestralmente de manera pública sobre la composición de la cartera, las inversiones realizadas y el rendimiento obtenido".

9) Incorporar como art. 18 el siguiente texto:

"Se efectuará el control y seguimiento de la inversión del fondo de pensiones a través de un comité ad hoc con representantes de las signatarias del presente protocolo, cuyas funciones estarán previstas en una rigurosa reglamentación, de conformidad a lo establecido en el art. 13 del protocolo del 21/6/1991".

10) La validez del presente protocolo modificatorio del suscripto el 21/6/1991 se sujeta a que sus términos sean homologados por el Ministerio de Trabajo de la Nación".

La disposición nro. 4701/1991 de la Dirección Nacional de Relaciones del Trabajo en cuanto se refiere a los trabajadores de la actividad comercial en cuanto a la homologación del acuerdo celebrado el 21/6/1991 sobre el seguro de retiro y donde se expresa que: "Visto el acuerdo arribado en el ámbito de la comisión negociadora establecida por disposición D.N.R.T. 404/1988, celebra-da en fecha 21 de junio de 1991, entre la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios con la Cámara Argentina de Comercio, Coordinadora de Actividades Mercantiles Empresarias y la Unión de Entidades Comerciales

Argentinas, obrante a fs.. 1315/1316; por el que se establece un sistema de retiro complementario (S.R.C.) al régimen de previsión social que por ley corresponda, cuyas cláusulas se determinan en los ptos. 2 a 8 de las fojas citadas; el suscripto en su carácter de director nacional de Relaciones del Trabajo declara homologado el mismo, formando parte de la convención colectiva de trabajo 130/1975... Por lo tanto, por donde corresponda, tómese razón del acuerdo obrante a fs.. 1315/1316 y ratificado a fs. 1317. Cumplido, vuelva al Departamento de Relaciones Laborales n. 6, para su conocimiento y notificación a la comisión negociadora. Firmado: J. A. P..

A través del análisis literal de la normativa legal precedentemente realizada considero que en el caso -en contrario del entendimiento que efectúa la a-quo a fs. 158- ha de aplicarse lo determinado por la jurisprudencia especializada en el tema en cuanto a que: "Si bien el sistema de retiro complementario previsto en el CCT 130/75 no fue dejado sin efecto a partir de la ley 24241, no procede que se reintegren al dependiente los aportes que no fueron efectuados por su ex empleador. Esto es así pues los trabajadores carecen de legitimación pasiva para reclamar tales aportes omitidos, pues los mismos debían ser pagados a la Federación Argentina de Empleados de Comercio, que a su vez los debía aplicar al pago de seguro contratado con la empresa aseguradora respectiva" (cf. crit. C. Nac. Trab., sala 3ª, 27/09/2002 - Allonca, Elisa B. v. Tonatiuh S.A.). SJA 16/6/2004, síntesis, JA 2004-II-síntesis).

En virtud de los criterios expuestos precedentemente arribo a la conclusión que debe hacerse

lugar a los agravios expuestos por la parte apelante demandada a fs. 166/167vta. y revocar la sentencia 148/160 en cuanto admite la indemnización respecto al sistema de retiro complementario, suma que deberá ser descontada del monto de condena determinado por la a-quo.

I.A-b) En cuanto a la imposición de costas de segunda instancia, siendo criterio de la suscripta (cf. sent. def. nro. 32 de esta Sala "B" nro. del 16/05/01, entre otras) que en la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio (cf. CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. C/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B-,2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas estas por las cuales arribo a la conclusión que deben ser impuestas a la demandada apelante (art. 69 y 282 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A – Digesto Jurídico (ex arts. 68 y 279 del CPCCCh). Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo donde se tendrá en cuenta para su regulación la importancia del tema traído a decisión, la labor profesional desarrollada y el éxito obtenido, en un todo de acuerdo a lo establecido por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico – (ex arts. 6, 7, 14 y ccdtes Ley Nro. 2200).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Por coincidir con la fórmula

postulatoria de la vocal preopinante Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y considerar que esta parte del voto no está comprendida en la manda constitucional del art. 169 CPCCh, a la misma me adhiero.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. García Blanco, la siguiente

SENTENCIA:

1) Admitir parcialmente los agravios del demandado y revocar parcialmente la sentencia de fs. 148/160vta. en cuanto admite la indemnización respecto al sistema de retiro complementario, suma que deberá descontarse del monto acordado.

2) Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido.

3) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en primera instancia a los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., conjuntamente, en el VEINTE POR CIENTO (20%) y a la Dra. M. A. R. en el DIECISIETE POR CIENTO (17%), porcentajes a calcular sobre el monto total de condena del presente juicio.

4) Regular los honorarios profesionales por los trabajos realizados en la alzada a los Dres. J. M. P., E. J. M. y J. H. P., conjuntamente, en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) y a la Dra. M. A. R. en el TREINTA Y CINCO POR CIENTO (35%), porcentajes a calcular sobre lo regulado por sus respectivos trabajos en la instancia de grado.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"