En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de abril del año dos mil quince, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., A. K. c/ C. A. SA y otras s/ SUMARIO (indemnizaciones)", expte. nro. 25/15**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 5503/09), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 82), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 757/775vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1.El fallo apelado:

La jueza de grado rechazó las excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva opuestas por las codemandadas al progreso de la acción.

Previo rechazar el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la parte actora respecto del tope indemnizatorio dispuesto por el art. 245 de la LCT, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a C. A. SA, C. A. SA, C. C. SA y C. S. d. R. SA, en forma solidaria, a abonar a la Sra. A. K. M., la suma que emerja de la liquidación que practicará la perita contadora actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia por los siguientes rubros: diferencia por premio traspaso y como

consecuencia de su admisión las diferencias en el SAC proporcional, las vacaciones no gozadas y el SAC sobre las mismas, el preaviso, el SAC sobre el mismo y la indemnización por antigüedad. Asimismo, se aclaró que respecto al preaviso, teniendo presente la fecha de ingreso de la trabajadora -04 de mayo de 1998- y la fecha de egreso de la misma -09 de diciembre de 2008- corresponde, por el concepto, se liquiden dos sueldos.

Las costas fueron impuestas a la parte demandada vencida y se regularon los honorarios de los profesionales intervinientes.

2. Los recursos. Sus fundamentos:

2.a. La parte actora apeló a fs. 777, el recurso fue concedido a fs. 780, fundado a fs. 781/793 y contestados los agravios a fs. 795/796.

La recurrente sostiene que le genera gravamen el rechazo del reclamo por diferencias salariales en función de los rubros reclamados bajo las siguientes individualizaciones: "afiliado rotador", pago de comisión en los casos de falta de aportes por la empleadora al afiliado o traspaso y pago de comisión en el caso de fichas rechazadas.

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

En todos los casos invoca la plena vigencia del principio de irrenunciabilidad y de liquidación de las comisiones por operaciones concertadas. Cita doctrina y jurisprudencia. Hace reserva del caso federal.

La contraparte sostiene el fallo en lo que ha sido materia de agravio y pide la confirmación de lo resuelto en tal sentido.

2.b. El recurso de las codemandadas:

Las codemandados apelaron a fs. 779, el recurso fue concedido a fs. 780, fundado a fs. 788/793 y contestados los agravios a fs. 798/807.

Las recurrentes efectuaron una reseña de los antecedentes del caso y luego señalaron que tramos de la decisión le generan gravamen. Primero el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva incoada respecto de C. ART y C. ART SA; en segundo lugar y

directamente vinculado con el primer agravio impugna la declaración de solidaridad contenida en la sentencia. Luego, la inclusión en la base de cálculo del 245 de la LCT de las retribuciones variables debiendo computarse la mejor y no el promedio. Cita jurisprudencia que avalaría el criterio que propugna.

Finalmente hace reserva del caso federal.

La parte actora contesta el traslado de los agravios sosteniendo el fallo.

3. Tratamiento de los agravios:

3.a. Los agravios de la actora:

Los agravios de la actora, como se desprende de la reseña efectuada más arriba, se vinculan estrictamente con alguno de los rubros rechazados.

En orden al primero de ellos, correspondiente a las diferencias salariales por los afiliados rotadores, señalo que la crítica transita andariveles genéricos y no logra conmover la lógica de la decisión impugnada.

En efecto, la jueza de grado ha basado su decisión en la prueba colectada en autos, debidamente individualizada y la recurrente no logra demostrar cómo y por qué los principios invocados desvirtúan la solución adoptada.

El déficit reseñado precedentemente no se traslada al segundo de los agravios; en este caso la recurrente ha demostrado puntualmente la colisión entre la decisión y los principios y normas laborales que invoca.

Así, en el caso de las comisiones por falta de aportes del afiliado, es claro que la concertación del negocio, a la que refiere la norma laboral citada, no puede incluir el buen éxito del negocio concertado como resulta del contrato entre la trabajadora y la empleadora. Tal cláusula afecta, en tanto que sujeta la percepción de las comisiones a las condiciones de ejecución del contrato celebrado, implica sostener -en los hechos- que la trabajadora queda supeditada al riesgo propio del giro empresario que asume el empleador, tal conclusión vulnera el orden público laboral y por lo tanto no puede ser admitida.

Por las razones expuestas propongo el acogimiento del agravio y la consecuente revisión del fallo en lo que ha sido materia de agravio.

Finalmente el tercer agravio se refiere al rechazo de las comisiones por fichas rechazadas y adelanto que no prosperará con base en los argumentos que fueron ampliamente desarrollados en el plenario dictado por las Cámaras Nacionales del Trabajo en la materia y que

fue citado por la recurrente para sostener la procedencia del anterior agravio. Concretamente me refiero al Fallo Plenario N° 317, dictado en autos "A., O. M. c/ C. A.F.J.P. S.A. s/ diferencias de salarios" (CNTR- 27/12/2007) en el que se resolvió por mayoría: "En el marco del artículo 108 de la L.C.T., el derecho del promotor de una A.F.J.P. a la comisión por afiliación: 1°) Requiere aprobación de la autoridad de superintendencia (S.A.F.J.P.) y 2°) No requiere además el ingreso del aporte" (elDial.com - AA4492).

En orden al tema de las fichas rechazadas, corresponde tener en cuenta la regulación específica de este tipo de contratos, en los que se estableció como condición de su procedencia, la previa aprobación por parte de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, de todas las afiliaciones que realice el agente -ello en atención al carácter de organismo de contralor del sistema previsional-.

En tal orden de ideas, el criterio que propugna la recurrente, esto es considerar que el negocio que devenga la comisión debe entenderse "concertado" con la sola suscripción de la ficha de afiliación sin más condición que esa, no puede tener acogida porque las normas específicas que regulan la actividad exigen la aprobación de la superintendencia (SAFJ) para su perfeccionamiento. Me permito citar las claras consideraciones de uno de los integrantes de la mayoría que ha dicho: "…las particulares aristas que reviste

este tipo de actividad (que a mi ver, difiere de la desempeñada por los viajantes de comercio comprendidos en la órbita de la Ley 14546), llevan a considerar que el negocio jurídico en el que interviene el agente, queda perfeccionado recién a partir de la aprobación por parte de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Y, en mi opinión, dicha exigencia no resulta violatoria del orden público laboral por cuanto, es recién a partir de ese momento que puede entenderse "útil" la afiliación sin que ello implique sujetar la gestión a un factor ajeno y contingente, por cuanto no se relaciona con el efectivo ingreso posterior del aporte sino simplemente con la "viabilidad formal" de la afiliación en los términos del régimen de capitalización. -De lo contrario, y para decirlo en términos más claros, bastaría que el promotor lograra la obtención de un sin número de "fichas de afiliación", sin más condición que la firma y sin importar si la real intención de quienes las suscriban es la de acogerse al régimen que se promociona, con la única finalidad de engrosar el número de operaciones, y de tal modo, el importe de las comisiones que deberían devengarse por ese solo hecho. En cambio, una vez que se ha producido la aprobación por el organismo de contralor del sistema, la afiliación puede entenderse "viable" o -en otros términos, formalmente aceptada-, y por lo tanto concertada por lo que esa exigencia constituye, a mi ver, un requisito necesario en el procedimiento de afiliación para la perfección del negocio llevado a cabo por el dependiente. Por ello, voto por la afirmativa al primer interrogante planteado...” (voto del Dr. Ballestrini).

Los fundamentos expresados son los que autorizan el rechazo de este agravio y así lo propicio.

Por lo tanto, prospera únicamente el segundo

agravio, y deberá liquidarse el rubro en la etapa de ejecución de sentencia conforme lo ordenado por la jueza de grado, además de computarse su proyección en orden a la determinación de la mejor remuneración para el cálculo de las diferencias por indemnización por antigüedad, preaviso, vacaciones no gozadas y sus respectivos sueldos anuales complementarios.

3.b. Los agravios de la parte demandada:

El primer agravio se vincula al rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, las razones esgrimidas para sustentarlo encuentran un valladar insuperable en los argumentos de la jueza de grado (grupo económico existencia de empleador plural, y principio de la realidad). Repárese que estos no fueron puestos en crisis por la recurrente que tan solo reitera cuestiones ya propuestas y analizadas en el fallo como lo es la relativa al contrato de cesión.

Huelga recordar que tal cuestión es írrita frente a la inequívoca unicidad de la relación laboral de la empleada con el grupo económico de las demandadas que claramente ha identificado la jueza de grado. En tal orden de ideas, las relaciones entre las empresas del mismo grupo no son oponibles a la trabajadora que ha prestado sus servicios a ellas como fue resuelto.

Se advierte claramente, en el caso, la existencia de una relación única con el grupo económico, que ha actuado a través de distintas empresas que contrataran a la actora como unidades técnicas de ejecución respecto de un negocio complejo –arg. arts. 5 y 6 LCT- que integra ese conjunto económico.

Por las razones expuestas propicio el rechazo del primer agravio y también del segundo, puesto que la declaración de solidaridad se sustenta en tales consideraciones.

El tercer agravio tampoco prosperará con base en la aplicación del principio de irrenunciabilidad.

La modificación unilateral por la empleadora, de las escalas de comisiones por afiliación es el extremo fáctico en el que se sustenta la procedencia del rubro.

Sentado lo expuesto, fácil es colegir que la solución impuesta se contrapone con una de las reglas de aplicación del principio protectorio que emana del art. 14 bis de la Constitución Nacional, al que ya he referido que es la ajenidad en los riesgos empresarios, además de implicar una modificación contractual que desequilibra el acuerdo de voluntades inicial.

En este contexto la tesis de la empleadora supone el consentimiento de la actora a la modificación del esquema de comisiones, extremo que excluiría la imposición unilateral (art. 66 de la LCT) y trasladaría el análisis pretendido consentimiento de la trabajadora (art. 12 de la LCT). Por supuesto en ese análisis es imposible soslayar que el resultado de esa negociación significó que se disminuyera la posibilidad de la trabajadora de mantener el mismo esquema remuneratorio y que por lo tanto hubo perjuicio

Al respecto, cabe recordar que la plena vigencia del "principio de irrenunciabilidad" y al alcance del art. 12 LCT con las modificaciones implementadas por la Ley 26574 excluyen el acogimiento de la tesis de la demandada.

Ello por cuanto la irrenunciabilidad de derechos alcanza no solo a los que conforman el llamado "orden público laboral", sino también a aquellos derechos que provenían de la voluntad individual de las partes.

Ergo, la mecánica implementada por la demandada

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara

para la liquidación de comisiones implicó, en los hechos, una reducción injustificada en el salario que

percibía el trabajador y, por lo tanto, corresponde mantener lo resuelto por la jueza de grado.-

El eje central del último agravio de la demandada es la determinación de la mejor remuneración normal y habitual, en el caso de autos que presenta como particularidad que el trabajador percibía remuneraciones variables.

La metodología adoptada por la jueza de grado debe ser convalidada por las razones que seguidamente expreso.

Huelga recordar que en más de un precedente de esta Sala se ha remarcado: "la jurisprudencia provincial actual rechaza la promediación en la determinación de la mejor retribución normal y habitual prevista en el art. 245 LCT" (Sentencia Definitiva N° 28/2002). Luego, nos expedimos en el mismo sentido en los autos "D.P. del V. c/ O. A.F.J.P. S.A. s/ Demanda LABORAL", expte. n° 15.755/2006, Sentencia Definitiva n° 77/2006, "T., P.L. c/ S. A. S.A. s/ Demanda laboral", expte. 337/2010, Sentencia Definitiva n° 37/2010 "L" y V., A. J. c/ C. A. S.A. y otra s/ DEMANDA LABORAL (Indem.), expte. 294/2013, Sentencia Definitiva n° 67/13, entre otras.

En dichos precedentes sostuve -y reitero ahora- que cuando el salario se compone de elementos fijos y elementos variables, antes de adicionar estos a los primeros, se debe resolver si han sido normales y habituales. Por supuesto esta cuestión previa ha sido ponderada en el fallo y no es materia de agravios. Ahora bien, continuando el análisis sostuve que una vez determinando que el elemento variable es normal y habitual (cualidad que resulta de su percepción a distintos valores en distintos períodos), corresponde señalar que el resultado económicamente más importante es el mejor.

Con base en lo expuesto, es que considero que la mejor remuneración normal y habitual es la que precisa, con base en los hechos de la causa, la jueza de grado y por lo tanto corresponde hacer lugar al recurso de la actora.

4. Costas y honorarios:

Atento a lo resuelto, corresponde confirmar las costas de la instancia de grado. Los honorarios, fijados en porcentuales, reflejan –sin perjuicio de la revocación parcial del monto de condena– la importancia de los trabajos profesionales y por el resultado del juicio, con lo que deben confirmarse (arts. 5, 6, 8, 9 y concords. Ley XIII N° 4 del Digesto Jurídico.

Las costas de la alzada se imponen a la parte demandada vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios se fijan de conformidad con las pautas arancelarias establecidas en el artículo 5 y por aplicación de las escalas específicas del artículo 13 de la ley arancelaria vigente.

En función de lo expuesto se cuantifican a favor de las Dras. X. P. y M. E., en el 30% de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a las Dras. N. L. d. E., F. L. G., G. A. B. y C. A. Rodríguez en el 25% de los que resulten en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

INDIANA L. MARINI Secretaria de Cámara

1) Hacer lugar, parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora; revocar el rechazo de las diferencias por pago de comisión en los casos de falta de aportes por la empleadora al afiliado o traspaso, conforme lo resuelto en el considerando respectivo, con los alcances dispuestos.

2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

3) Costas de la instancia de grado a la demandada y confirmar la regulación de honorarios del punto 4 de la sentencia recurrida

4) Costas de la alzada a la demandada.

5) Regular los honorarios profesionales del modo propuesto.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la actora a fs. 787 y vta. y por la demandada a fs. 792vta./793.

A la primera cuestión, el Dr. Alexandre dijo:

Tras desestimar las defensas oportunamente opuestas por la demandada como asimismo el planteo e inconstitucionalidad del tope indemnizatorio por aplicación del art. 245 LCT, la *iudex a quo* en su sentencia de fs. 757/775vta., decide hacer lugar parcialmente a la demanda, lo que motiva la apelación de la actora a fs. 777 de conformidad a los argumentos que lucen a fs. 781/787vta., contestados a fs. 795/797vta. y de la demandada de fs. 779 y según el informe de fs. 788/793 que le es contestado a fs. 798/807.

El colega que preside el sorteo ha reseñado con justeza el contenido de las agravios, evitando su mera reiteración, considerándolos formalmente admisibles, de allí su tratamiento, en lo que se coincide por lo que procederé sin mas a considerar las revisiones intentadas.

Por una cuestión de orden, ya que eventualmente la suerte de los agravios de la demandada pueden incidir en el resultado de la litis, me detendré en primer lugar a considerar aquella queja.

Y es que la recurrente insiste en la falta de legitimación pasiva de la codemandadas C. A. SA y C. S. d. R. SA, en razón del convenio de cesión formulado oportunamente con consentimiento de la actora con fecha 26/06/2003 y con vigencia a partir del 01/07/2003 a favor de C. C. SA, circunstancias absolutamente verificadas en autos.

No obstante, tales argumentos, al igual que en tantas causas antecedentes que obran en anales de jurisprudencia a nivel nacional generados por las mismas codemandadas (ver, *v. gr.*, CNTrab., Sala V, 18/09/2008

-"C. M. A. c/ C. A.F.J.P. S.A. y otro s/ despido"- cita: MJ-JU-M-39739-

AR - MJJ39739 - MJJ39739), se les ha impuesto un criterio interpretativo acorde a los principios propios del fuero: primacía de la realidad en razón de la prueba minuciosa y debidamente valorada; los beneficios de las pautas enancadas en el art. 9 LCT y en general todos aquellos que hacen al debido equilibrio de partes de conformidad al principio protectorio.

Secretaria de CámaraINDIANA L. MARINI

La mera enunciación de efectos normativos que va diseñando la recurrente enmascara una relación laboral que en modo alguno puede superar en base a la prueba adquirida que la accionante prestaba sus servicios en el modo y la forma no cuestionada en esta instancia y claramente discernida por la *iudex a quo*, en forma simultánea para diferentes empresas que detentaban la calidad de empleadoras, que utilizan todo una serie de infraestructura física y administrativa común, como sus beneficios y que admiten su individualización pública como B. C. y sin que los acuerdos internos de colaboración y control le resultas oponible al dependiente. Todo lo dicho justifica la que la condena lo sea de modo solidario, evitando mayores consideraciones en cuanto a tales puntos por razones de economía y celeridad procesal, caros al fuero.

Pasando a la problemática subsistente respecto del derecho al reclamo de comisiones impagas y en especial las que sufrieron alteraciones durante el desarrollo del vinculo, vale recordar que, para juzgar el punto es menester señalar que la comisión es devengada en principio por negocios u operaciones "concertados" por el trabajador. Es decir, debe tratarse de un negocio perfeccionado, entendiéndose por tal al que adquiere realidad jurídica. O sea cuando las partes quedan vinculadas por un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones recíprocas que otorgue acción para exigirse el cumplimiento de las obligaciones asumidas y para reclamarse el resarcimiento de daños y

perjuicios en caso de incumplimiento (Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", tomo 1, pág. 18 ap. 11.20.4 b).

Se suma, en atención a las características de este modo de retribución que "...se ha sostenido que una vez aprobada la afiliación realizada por un promotor de AFJP por parte de la autoridad de superintendencia, se genera el derecho del trabajador al cobro de la comisión respectiva, siendo un riesgo ajeno a aquel el efectivo ingreso por parte del aportante, del pago que le correspondiera" (ver, *v. gr.*,

CNAT, Sala IV, **Secretaria de CámaraINDIANA L. MARINI** 28/2/01, "A.,

M. c/ C. AFJP S.A. s/ diferencias de salarios", DT 2001-B-2337).

En cuanto a los fundamentos defensivos del tercer agravio, verificamos en anales de jurisprudencia nacional que tal cuestión mereció su rechazo en casos análogos en situaciones planteadas por la misma demandada (ver, *v. gr.*, CNTrab., Sala III, 19/08/2011 " Francioli, María Fernanda y otro c/ Consolidar AFJP S.A. s/ diferencias de salarios"- Cita: MJ-JU-M-68666AR - MJJ68666 - MJJ68666) y allí, en párrafos útiles al presente: "Al respecto, tiene dicho la jurisprudencia que "la empleadora"..., no puede modificar unilateralmente la contraprestación remuneratoria a su cargo (arts. 130 y 131 de la LCT), cuando las restantes modalidades del contrato de trabajo se encuentran inalteradas. En la relación laboral, entre las partes no hay una vinculación asociativa, el trabajador no participa de ningún modo en las pérdidas que pueda experimentar el empresario, ni aun cuando esté remunerado en base a comisiones, toda vez que estas deben liquidarse sobre operaciones concertadas (*cf.* art.108 LCT), razón por la que la frustración del negocio no puede recaer sobre el dependiente -sentencia 75205 del 30/6/97 *in re* "Rinaldi, Edith c/ Dignitas AFJP s/ despido" y sentencia 74297 del 30/6/97 *in re* "Guido, Elizabeth c/ Anticipar AFJP S.A. s/ despido", ambas de

la Sala III de la CNAT- (CNAT, Sala II, SD 89465 del 20 de junio del 2001, *in re* "Gramático Valiente, Juan Alejandro c/ Siembra AFJP S.A. s/ despido").

Tampoco ha de olvidarse que la materia salarial se halla excluida de la potestad de la empleadora de variar las condiciones o modos de trabajo, en tanto se trata de una modalidad esencial del contrato de trabajo que no puede ser alterada unilateralmente por esa vía, por el principio de intangibilidad del salario (*cf*. art. 66 y 131 LCT.). (ver CNTrab., sala X, 24/02/2011 "Flachsland, María Teresa c/ Consolidar A.F.J.P. S.A. s/ diferencias de salarios"- Cita: MJ-JU-M-63598-AR - MJJ63598 - MJJ63598).

En cuanto a la presunta convalidación por el silencio o pasividad también se dice: "...la pretensión de que, "por haber guardado silencio durante la vigencia del vínculo, las trabajadoras consintieron esta política", cuando las escalas eran impuestas unilateralmente, y la metodología de cálculo de la remuneración, siempre dependió de la decisión de la demandada. No encuentro que en el punto, sea válido entender que las trabajadoras consintieron esta metodología, cuando en definitiva se traducía en el cobro de sumas inferiores a las que les correspondían, supuestamente renunciando a mejores derechos" y se agrega: "... Es que cuando "negocia" las condiciones de su contrato, así como las modificaciones del mismo, el trabajador solo "adhiere" a los términos impuestos por el empleador. Por lo tanto, cuando en la lectura de la LCT llegamos al artículo doce ya conocemos qué se entiende por orden público laboral y a qué ha de atenerse quien lo viole, razón por la cual no podría estarse refiriendo a la misma cuestión"... "opera el artículo 58 de la LCT que no admite presunciones en contra del trabajador, lo que se compadece en un todo con el contenido del mentado artículo doce. Por lo tanto, la primera regla será que la carga de la prueba pesa sobre el empleador, ello en razón de que el mero silencio no

puede ser prueba válida, en especial ante el marco económico que a todos envuelve".

"Los actos o hechos del trabajador no pueden ser considerados "inequívocos" sin más, presumiéndose desde ellos una aceptación, cuando la Ley exige una manifestación expresa de la voluntad. Es aquí donde complementa el análisis la Ley de contratos, reclamando precisamente este tipo de expresión: el artículo 15 nos dice que todo acuerdo transaccional, conciliatorio o liberatorio sólo será válido cuando medie intervención de la autoridad judicial o administrativa, así como resolución fundada que evalúe la justa composición de derechos e intereses (CNAT, Sala IV, SD 3.649, del 30/4/99, in re "Kraisman, Alejandro Gabriel Secretaria de CámaraINDIANA L. MARINI c/ Vilguad S.A. s/ despido", del voto del Dr. Lasarte, en mayoría).

En aquel como en el caso de autos, la hipótesis es casi inversa, y el "acuerdo" consistía en que prácticamente por lo mismo, y en el mismo tiempo, las trabajadoras debían hacer más cosas para ganar lo mismo y menos aún. Y en idea que participo se dijo: "Insisto, en que mal podría entenderse que las actoras convalidaron la práctica patronal, porque si bien la "autonomía de la voluntad" debe tener como regla interpretativa, así como la buena fe de las partes, es en el derecho del trabajo (para el cual la primacía de la realidad es un principio capital) donde resulta en particular relevante considerar lo que "verosímilmente entendieron o pudieron entender los firmantes, obrando con cuidado y previsión, arts.1198 Cód. Civil y arts.63 y ccs. de la LCT, CNAT, Sala IX, SD del 17 de setiembre de 1998, *in re* "Maller, Gustavo Sergio y otros c/ YPF s/ accionario obrero").

Pero es que no siempre la hipótesis es que el trabajador "no ha comprendido los alcances del acuerdo", muchas veces nos encontramos con empleados superiores de alta capacitación, como en la especie, donde las

trabajadoras comprenden perfectamente que si no aceptan, pierden la fuente de trabajo.

Bien se ha señalado: "En este mundo globalizado, es razonable presumir que el trabajador no obra siempre con su libre voluntad, sino que la misma está viciada por la necesidad de preservar su empleo por lo que "resulta innecesario abundar sobre las dificultades que se presentan en la actualidad y desde hace tiempo en el mercado laboral, y resulta de toda lógica que quienes lo han logrado se allanen a requisitorias indebidas para mantener su fuente de trabajo" (CNAT, Sala VIII, SD 27.136, *in re* "Marini, Patricia c/ Indicom S.A. y otro s/ accidente", voto del Dr. Billoch Caride, por la mayoría).

De modo que no encuentro posible admitir que el dependiente haya consentido válidamente la mecánica retributiva, ni las modalidades contractuales *in pejus*. Por lo dicho, comparto la opinión de mi colega preopinante. También en cuanto la doctrina judicial que se nos impone y que hemos adoptado en reiterados pronunciamientos en cuanto a la determinación de la mejor remuneración normal y habitual. La fijación de tal pauta en el fallo, superando aún la circunstancia de elementos variables en tal composición, no se aparta de tales directivas por lo que merecen su confirmación.

Propuesta la desestimación de los agravios de la demandada paso a considerar los vertidos por la actora.

Las diferencias reclamadas por comisiones impagas, tal como se formulan en el memorial comprenden situaciones diversas, un es la exclusión por no considerarse concertada la vinculación y otra es la frustrada por cumpla del afiliado y que solo repercute en los beneficios de la empleadora.

También en cuanto a la cuestión de las condiciones que deben cumplirse para que el promotor tenga derecho a la percepción de la comisión y de las casuales justificantes de dicha negativa, existe valioso aporte doctrinario y jurisprudencial y al

igual que en los puntos anteriores tomaré en consideración antecedentes cercanos a los intereses de la demandada.

Secretaria de CámaraINDIANA L. MARINI

En el caso y de modo cuasi pacífico se ha dicho: "el promotor tiene derecho a percibir la comisión a partir de la aprobación de la afiliación por la Superintendencia de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, pues ese es el momento en que el negocio entre el afiliado y la administradora de los fondos de jubilación se perfecciona, por consiguiente es carga de la empresa demostrar las afiliaciones cuya comisión ha sido rechazada por ese organismo, ya que en caso contrario es lógico presumir que han sido aprobadas -*cf*. Sala III, Sentencia 83227, del 21/202, *in re* "Arturo, Incolaza c/ Máxima AFJP-"(CNAT, Sala II, SD 94226, del 17/5/06, *in re* Mallades, Susana c/ Consolidar AFJP s/ diferencias"). Este criterio ha sido ratificado por esta Cámara, en pleno, al dictar el Fallo Plenario N° 317 en autos "Aguirre, Olga Magdalena c/ Consolidar AFJP S.A. s/ diferencias de salarios" (Acta Nro. 2513 del 27.12.07).

Abundan los fallos en cuanto a que "la comisión es debida al trabajador por las operaciones concertadas, a lo que debería agregarse que no fueran rechazadas por la Superintendencia de Aseguradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, y no pagar recién cuando ingrese el primer aporte del afiliado" (CNAT, Sala I, SD83685, del 23/6/06, *in re* "Irala Villalba, Isabel c/ Nación Seguros de Retiro S.A. s/ diferencias"). En igual sentido: Sala III, SD 87661, del 11/4/06, *in re* "Tobchinsky, Carlos c/ Siembra AFJP S.A. s/ diferencias"; Sala IV, SD 91768 del 17/10/206 "Micciche, María c/ Met AFJP A y otro s/ despido"; Sala V, SD 68879, del 27/9/06, *in re* "Cabanchik, Maximiliano c/ Mapfre Aconcagua Vida Cía. de Seg. SA s/ despido"; Sala X, SD 14523 del 17/89/06 *in re* "Sliaferitas, Edgardo c/ Orígenes AFJP S.A. s/ despido", entre muchas otras. En consecuencia se

encuentra bien fundamentado el rechazo de las comisiones que no han superado tales exigencias.

Pero de ningún modo puede asimilarse tal circunstancias con la eximición del pago de la comisión cuando no se concreta el aporte del afiliado ya que el alea o riesgo empresario no puede en modo alguno perjudicar al promotor. En sentido parecido pero útil para la comprensión del caso en la causa antecedente se afirma: "En cuanto a última cuestión, considero que resulta excesivo el requisito de que, aprobada la ficha, recién se liquide la comisión cuando ingrese el primer aporte, puesto que la operación fue concertada, quedando el cliente en manos de la accionada que, tarde o temprano, se verá beneficiada a costa del trabajador" en igual sentido se ha dicho que La empleadora, en este caso una AFJP, no puede modificar unilateralmente la contraprestación remuneratoria a su cargo (arts 130 y 131 LCT) cuando las restantes modalidades del contrato de trabajo se encuentran inalteradas. En la relación laboral entre las partes no hay una vinculación asociativa, el trabajador no participa de ningún modo en las pérdidas que pueda experimentar el empresario, ni aún cuando esté remunerado en base a comisiones, toda vez que éstas deben liquidarse sobre las operaciones concertadas (art. 108 LCT) razón por la que la frustración del negocio no puede recaer sobre el dependiente (CNAT Sala III Sent. 75205 17/11/97 "Rinaldi, Edith c/ Dignitas SA AFJP s/ despido"- publicado en www.ucc.edu.ar/ portalucc/archivos/File/Derecho/I.D.T./Jurisprudencia/

Camara_apelaciones/Boletines_tematicos/EmpleadosAFJP.do

c).

De allí que tal reclamo deberá ingresar en la etapa de ejecución de sentencia tal como lo propone mi colega preopinante.

Ante la persistencia del reclamo por el pago de comisiones por afiliados "rotadores", tal como se alega

al inicio a fs. 210, aduciendo sin más que se lo redujo al 0%. Fue motivo de desconocimiento expreso por la demandada ya que tal derecho no fue consensuado a la hora de la celebración del convenio laboral (fs. 421), circunstancias que en definitiva permiten a la *iudex a quo* decidir su rechazo pues no verifica en el estudio de la prueba adquirida al respecto más que concordancia testimonial en cuanto a su falta de pago y falta de fundamentación que habilite el reclamo.

Sesudamente se ha afirmado: "La sentencia por regla recoge no la versión afirmada, sino la versión probada" en consecuencia, tal como señala A. M. Morello, "lo que se presento en origen, se vistió o desnudó con lo que le fue aconteciendo durante el avance del tramite" (ver nota de Efraín Quevedo Mendoza en Rev. de Derecho Procesal 2005-I, Prueba-I, pág. 52, de ed. Rubinzal Culzoni).

En el caso, tal rubro ha sido mezquinamente fundamentado lo que en casos análogos motivo serios reproches en cuanto a su tratamiento y eventual acogimiento.

En el sentido expuesto comparto la jurisprudencia que pacífica e inveteradamente ha dicho: "en principio, la sola inclusión de un rubro en la liquidación practicada al demandar, no es apta para tener por planteada concretamente la acción a que se refiere el mismo, pues la carga del reclamante es precisar en su demanda los presupuestos de hecho y de derecho que dan sustento a la acción ejercitada" (ver, *v. gr.*, CNAT, Sala I, 23.9.99, "Mamani c/ Obras Sanitarias de la Nación", DT, 2000 y Sala V, 10.6.95, "Silveira c/ Navenor SA", DT 1996-A-59; entre otras tantas) con la salvedad de las particularidades que presenta cada caso.

En el caso no puede afirmarse que tal comisión haya sido reducida al 0%, cuando en realidad su cobro no fue consensuado al inicio de la relación, tal como sostuvo la demandada en su contestación, circunstancia que torna inadmisible su reclamo.

Por último y en cuanto a la queja de la demandada referida al modo de fijar la base indemnizatoria con fundamento en la remuneración normal y habitual ya hemos tenido oportunidad de tomar posición doctrinaria y jurisprudencial de modo sostenido y respetuosos de la que se nos impone por "doctrina judicial" rechazando la formula propuesta por la recurrente, tal como bien señala quien preside el sorteo y evita en consecuencia abundar en el tema. Basta con remitir a las fuentes locales que abastecen el rechazo el agravio y dar firmeza al decisorio injustificadamente apelado en el punto.

Conforme lo propuesto, corresponde confirmar las costas de primera instancia y los porcentuales fijados para los honorarios; asimismo, las costas de la alzada quedan a cargo de la demandada, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo y en el que se tendrán en cuantas las pautas arancelarias de la Ley XIII nos. 4 y 15 y tener presente la reserva del llamado caso federal.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Habiendo concordado con el voto de la Dra. Alonso, reitero su fórmula decisoria.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente **SENTENCIA**:

1) Hacer lugar, parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora; revocar el rechazo de las diferencias por pago de comisión en los casos de falta de aportes por la empleadora al afiliado o traspaso, conforme lo resuelto en los considerandos respectivos, con los alcances dispuestos.

2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada.

3) Costas de la instancia de grado a la demandada y confirmar la regulación de honorarios del punto 4 de la sentencia recurrida de fs. 757/775vta.

4) Costas de la alzada a la demandada.

5) Regular los honorarios de esta instancia de las Dras. X. P. y M. E., en el treinta por ciento (30%) de los que resulten en la instancia de grado y los correspondientes a las Dras. N. L. d. E., F. L. G., G. A. B. y C. A. R., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

6) Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la actora a fs. 787 y vta. y por la demandada a fs. 792vta./793.

7) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2015
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

INDIANA L. MARINI Secretaria de Cámara