

## Fallo contra Diario Río Negro

VALDEBENITO SILVIO ALEJANDRO C/ DISTRIBUIDORA CURU LEUVU S.A y EDITORIAL RIO NEGRO S.A. S/ RECLAMO

Para dictar sentencia en estos autos caratulados:"VALDEBENITO SILVIO ALEJANDRO C/ DISTRIBUIDORA CURU LEUVU S.A y EDITORIAL RIO NEGRO S.A. S/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-24798-11).

RESULTANDO: A fs. 23 se presenta el Dr. Juan Huenumilla, con patrocinio de Natalia Reynoso y Juan Kamerbeek y promueve demanda en representación del Sr. Silvio Alejandro Valdebenito, contra Distribuidora Curú Leuvú y Editorial Rio Negro respecto de quienes pide condena solidaria.

Pide: 1-la recategorización y el correcto pago de las remuneraciones de acuerdo a su verdadera actividad en dependencia de la demandadas, esto es, Jefe de Expedición siguiendo las previsiones del CCT 541/08 aplicable a la actividad; 2- la condena de pagar retroactivamente la diferencia de haberes resultante por la omisión de la recategorización por los períodos correspondientes; y 3- se realicen los correspondientes aportes al Sistema Previsional de conformidad a la remuneración que resulte de la nueva categoría.

Cuenta que comenzó a trabajar a las ordenes de Distribuidora Curu Leuvu SA en 2-1-1993, empresa encargada de la distribución del Diario Rio Negro que pertenece a Editorial Rio Negro.

A su ingreso fue realizando diferentes tareas en la Distribuidora hasta llegar a la categoría de "Auxiliar de Expedición". Su trabajo consistía en preparar las tiradas de diarios, planillas en Excel para el control del gerente, cargar esos datos en el sistema de gestión, archivar fojas de ruta y remitos internos, preparar informes sobre entrega, devolución y neto (tanto de los diarios como de los insumos de la empresa), tomar pedidos telefónicos de los vendedores primarios (kioscos y comercios), etc.

En agosto/2010 se le comunicó al actor que sería ascendido a la categoría de Jefe de Expedición, cargo que aceptó y comenzó a realizar. Ello suponía realizar la administración del personal asignando turnos, horas extrarodinarias y francos compensatorios, delegar y hacer cumplir las tareas del personal, informar a la oficina de personal, realizar el alta de tiradas de diarios y productos en los distintos software de gestión, cargar la devolución de diarios y productos en el sistema, administrar los viajes extra de los fleteros y la utilización, control y verificación de los vehículos de la empresa.

A tal fin hubo de cambiar el horario de trabajo con la consiguiente modificación en la organización de su vida familiar. Pasó de trabajar en horarios administrativos comunes a turnos de guardia con horarios nocturnos, es decir, al momento de la impresión y expedición de los periódicos. Sin embargo al serle pagado el haber de agosto/2010 seguía figurando como auxiliar de expedición y en lugar de la modificación del sueldo básico se había agregado un remuneratorio denominado "tarea extraordinaria". La irregularidad se mantuvo hasta marzo/2011 y ellas representaban un sobresueldo del 35%.

En mayo/2011 se lo convoca a una reunión y se le comunica que retornaría a sus funciones anteriores de auxiliar de expedición y que su remuneración también sería readecuada pues tomarían para el cargo un nuevo empleado que acreditaba mayor idoneidad en su curriculum.

Al asesorarse jurídicamente sobre ello toma conocimiento de lo dispuesto por el art. 50 del CCT 541/08 aplicable a la actividad que dispone que ningún empleado será separado de sus funciones mientras observe buen comportamiento y que las promociones se harán por riguroso orden de escalafón, dándose preferencia al empleado mas antiguo siempre que reúna las debidas condiciones de idoneidad y conducta, motivo por el cual decidió elevar una nota a las autoridades de la empleadora para reclamar el correcto encuadre como Jefe de Expedición, reclamo que el apoderado de ambas empresas se negó a recibir.

Decidió entonces enviar un telegrama a Distribuidora y Editorial (solidariamente responsables según el art. 44 CCT), solicitando el correcto encuadre y la promoción, dando cuenta entre otras cosas que el puesto que ocupaba no requiere títulos habilitantes específicos. Se le ordenó desde uno de los superiores jerárquicos que cesara en el reclamo al día siguiente de la recepción.

Por escrito le responde Curú Leuvú SA con el desconocimiento de la realidad de los hechos que invocara en su TCL, se le niega su ascenso, que alguna vez haya sido jefe de expedición y que el rubro "tareas extraordinarias" respondiera a las que se invocaban, como asimismo que sea el empleado mas antiguo.

La Editorial Rio Negro niega que Valdebenito fuera su empleado lo que supone una negativa del vínculo entre ambas firmas, que tienen el mismo domicilio y apoderado. Remite nuevamente una notificación formal a ambas demandadas haciendo reserva de reclamar judicialmente por el derecho denegado.

Cita en su respaldo la solidaridad del art. 44 CCT 541/08, el ejercicio ilegítimo del ius variandi por parte de sus empleadoras y el trato discriminatorio.

Practica liquidación por la diferencia de haberes de los meses de junio y julio/2011 y aportes previsionales patronales. Ofrece prueba.

A fs. 54/58 contestan demanda bajo apoderamiento del Dr. Eduardo Saint Martín y patrocinio del Dr. Lautaro Vettulo, la Editorial Rio Negro SA (ERNSA) y Distribuidora Curú Leuvú SA. De la versión de los hechos se desprende que Valdebenito trabajó bajo dependencia de la Distribuidora, se desempeñó hasta 2004 como ayudante o auxiliar en el empaque y acondicionamiento de los paquetes de diarios y/o revistas y/o productos especiales. En ese año pasó a desempeñarse en su actual categoría.

Distribuidora le propuso que se desempeñara provisoriamente cuando se retiró el Sr. Fernández y mientras cubría esa vacante como uno de los encargados de expedición, que no es un cargo de jefe de expedición sino uno de los "encargados" de la expedición del diario y otros productos editoriales producidos o no por la ERNSA.

Para la expedición existen un gerente de circulación que es el Sr. Daniel Solaro, un jefe de expedición que es el Sr. Rodolfo Meñica y dos encargados de expedición, cada uno de los cuales trabaja día por medio lo que se relaciona con la organización del trabajo ya que se empieza a imprimir desde las 16 horas suplementos y clasificados y el que arranca el día tiene el hilo de todas las novedades de una tirada de ese día hasta que se termina.

De ese modo en lugar de hacer turnos de 6 horas el día que les toca trabajar lo hacen desde las 16 hasta las 2 en que finaliza la edición trabajando 15 días de 10 horas cada día al mes.

Mario Martín cumple esa función desde hace mucho tiempo. El otro era Miguel Fernández que se retiró y lo reemplazó Fernando Néstor Formia, cuando se fue Formia se tomó a Leiva y en ese lapso también estuvieron Valdebenito y Briones.

Cuando Valdebenito desempeñó esas tareas no administró ni evaluó la distribución ni la asignación de recursos pues esa función es propia del gerente Solaro que es quien determina y planifica la ejecución de las tareas, el encargado de expedición Mario Martín, es el que organiza los turnos de trabajo de cada operario para todo el mes, cuando se producen bajas en un determinado turno y llama a otro disponible de la lista del personal habitual. Cuando surgen tareas extraordinarias el encargado plantea al gerente o al jefe de expedición la necesidad extraordinaria de personal y este autoriza o no, supuesto en el cual el encargado es quien llama al personal de la plantilla que esté disponible para hacer la tarea e informa cuantas horas le demandó.

Las tareas que se llevan a cabo en la expedición están planificadas y se rigen por el sistema informático, de suerte tal que el gerente encomienda y el encargado las ejecuta. El alta de los clientes lo decide la administración de ERNSA y la cantidad de ejemplares a cada uno en las distintas plazas es determinada por el gerente o jefe y son funciones indelegables de estos.

Esas decisiones que se incorporan al sistema mediante un formulario on line llamado plantilla de pedido es tomada por el encargado, a partir de lo cual se puede hacer el despacho que comienza por imprimir los rótulos para los paquetes de acuerdo al orden de carga determinado en el mismo sistema. Cuando el paquete de ejemplares está sobre la cinta transportadora, listo para ser cargado en las camionetas, el encargado lee mediante un scanner el código de barras del paquete lo que queda registrado y al final de cada cargo. El sistema emite el remito con el total de los paquetes de una camioneta determinada.

No es el encargado quien determina nada de lo que está programado y si por algún motivo es necesario producir cambios de último momento, siempre los dispone el jefe de expedición o el gerente, quienes están presentes al momento de salida del diario o revisan las novedades vía internet o vía consulta telefónica por el jefe, ante el requerimiento puntual de algún distribuidor.

En cuanto a la devolución de diarios y productos, los distintos clientes envían de vuelta los ejemplares no vendidos, por cuyo importe la editorial les emite una nota de crédito. Los ejemplares ingresan acompañados de una planilla y los operarios de expedición controlan cantidad, fecha, etc. Cuando son necesarios viajes extra de los fleteros, el encargado solicita la autorización al gerente para llamar a los que sean necesarios, pero siempre de un plantel estable y con una tarifa para cada tipo de viaje que ha sido prepactada con la gerencia.

No administra el encargado los vehículos que cita, pues todas las autorizaciones emanan de la gerencia. La función del encargado es tener la guarda de las llaves y ver que quien va a utilizarlo esté autorizado, anotar kilometraje y novedades en un cuaderno.

Adjunta un cuadro de antigüedad del personal de la distribuidora, de lo que se deduce que el actor no es el mas antiguo sino Painemil y Mendoza.

Sobre la categoría pretendida dice que se evalúa a las personas antes de designarlas en tareas que impliquen una mayor responsabilidad y el actor no calificó para el cargo que pretendía.

Adjunta a tal fin la evaluación efectuada por la licenciada Serrano al demandante y a Mario Martín en 7-2-2007. A Carlos Javier Leiva en 10-5-2011 se le efectuó una evaluación que arrojó como resultado mayor aptitud para esa responsabilidad.

En el cargo que pretende Valdebenito trabajó antes Fernando Néstor Formia, que lo hizo desde el 4-12-2007 hasta el 31-7-2010 en que renunció. Miguel Honorato Fernández. Lo hizo como encargado desde el 1-7-1983 hasta el 31-1-2008 cuando se retiró.

Sobre la pretendida solidaridad en la pretensión contra la ERNSA pide el rechazo con fundamento en el art. 30 LCT. La distribuidora no ha incumplido respecto del actor con ninguno de los requisitos allí determinados pues su objeto es específico y distinto de la impresión del diario en papel para su distribución. La comercialización del diario y otros productos editoriales es un acto distinto de su edición e impresión.

Impugna la liquidación practicada mas allá de entender que no puede prosperar la demanda en su contra. El actor percibe habitualmente salarios por encima de las tablas del CCT aplicable pues desde hace tiempo se le paga una suma variable conforme las posibilidades de la empresa y a cuenta de futuros aumentos.

Ofrece prueba.

A fs. 60 se abre a prueba, produciéndose a fs. 70/81 y 88/ 113 las informativas de Anses y AFIP respectivamente, a fs. 83/86 el dictamen de la Cra. María Inés Etchepare, a fs. 87 y 153 audiencia de vista de causa, oportunidad en que se llaman autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: I:- HECHOS Y DERECHO APLICABLE: los hechos y el contrato realidad son los que, en consonancia con la interpretación de las normas legales y convencionales citadas por las partes son las que han de dar solución a la pretensión del actor, por lo que se impone analizar la prueba producida en relación a las circunstancias que se producen en la historia del vínculo y los tramos históricos en que se habría producido el ofrecimiento del cargo que el accionante reclama para si.

En tal sentido Gabriel Briones, compañero de trabajo en el sector de expedición de Valdebenito relató que ambos son empleados de la Distribuidora que está dentro del edificio de la Editorial, que las oficinas comerciales de Distribuidora y Editorial son comunes y que prestan servicio en un sector de lo que es la sala de rotativas. Que lleva 7 años trabajando siempre en el sector de distribución, al que ingresó luego de una entrevista con Daniel Solar que era gerente de distribución. Que quien da ordenes en la Distribuidora es el jefe de distribución o el de circulación.

Que había un jefe de distribución de apellido Formia que dejó de trabajar por renuncia, quien llevaba alrededor de dos años en agosto/2010 ocupando ese lugar. En ese tiempo trabajaban un día Mario Martín y otro Fernando Formia. Que cuando renuncia Formia, Valdebenito empieza a cubrir esa tarea en los hechos pero que no hubo anoticiamiento de ello por parte de los jefes.

Que fue natural que el elegido fuera Silvio ya que todos entendían que ese lugar le tocaba a él. Que no se hablaba entre compañeros de otra persona para esa tarea. Que aproximadamente hasta mayo de 2011 estuvo turnándose con Mario Martín en la tarea que antes hacía Formia hasta que un día apareció un jefe de expedición nuevo que ingresó de afuera de la empresa, que tuvo que aprender y al momento de la testimonial estaba aún en proceso de adaptación. Que no sabe porque Valdebenito dejó de hacerlo ni hubo comentarios sobre el modo en que hacía esa tarea. Que en su opinión Valdebenito sabía llevar adelante la función y Javier Leiva tuvo que aprender el mismo trabajo. Que el actor trabajaba antes de que Formia entrara como jefe de expedición y pasó por todas las funciones, de modo que conocía muy bien la tarea. A su entender quedaba asemejado a Mario Martín que está como jefe de expedición desde hace alrededor de 5 años. Que antes había un encargado que estaba todas las noches de nombre Miguel Fernández a quien cubría Martín los domingos. Que cuando se jubiló Hernández modificaron el sistema horario haciendo un día y un día cada encargado. Dentro de ese sistema nuevo (un turno cada día) toman a Formia. Bajo las ordenes del jefe de expedición trabajan 9 personas, dentro de los que están comprendidos los intercaladores de diarios para mandar a Neuquen que son los que arman el diario con los suplementos, por pedido del distribuidor que hace el reparto a 120 kioscos adonde deben llegar armados. Los distribuidores de la provincia se encargan de armar sus diarios y Las Grutas en época de temporada. Que no hubo quejas del personal respecto de Valdebenito como jefe de expedición y que nunca fueron informados de que el actor ejercería una suplencia, pero tampoco se les hizo saber que llegaría Leiva, respecto de quien solo había un rumor para quien se pidió colaboración del personal hasta que aprendiera a manejar la nueva tarea. En cuanto al sistema y manejo lo tenía que ayudar Mario Martín. Que en varias oportunidades había que tomar decisiones y se sentía la falta de experiencia de Leiva respecto de Martín. Preguntado por que decisiones toma un jefe de expedición, contestó que responde a la orden del jefe de circulación a partir de la cual debe armar el trabajo del día, dependiendo de los suplementos y los productos especiales, que organiza la cantidad de personal y los turnos y tareas que va a cumplir el personal, sea de ordinario o ante situaciones excepcionales. Que para permisos o licencias recurren a la oficina de recursos humanos, que es común para Editorial y Distribuidora donde cualquiera de las dos personas que están dependen del gerente de Recursos Humanos que es Maximo García que según sabe es empleado de la Editorial. Las tareas que hacía Valdebenito en el sistema operativo hacen a la impresión de rótulos, que indican adonde va a ir cada producto y la cantidad que cada paquete debe tener. Ya sea el jefe de circulación o el gerente de distribución son quienes deciden una tirada, cuanto ha de ir a cada distribuidor, de modo que el jefe de distribución prepara el despacho y por vía de rótulos con código de barras indican las cantidades. Explica que el encargado de expedición se relaciona con los distribuidores, que están divididos por zonas y fleteros encargados de llevar las ediciones para cada zona. Una vez que se termina el proceso de rótulo mediante lectora de código de barra se origina una foja que tiene los datos de todos los distribuidores a los cuales cada fletero debe llevar a cada lugar. Eso depende del encargado de expedición que debe dar la hoja a cada fletero. Debe estar presente en la entrega de bultos a los fleteros. Tiene que controlar que no falten cargas a cada distribuidor. El testigo sabe hacer las tareas de Valdebenito a quien le ha tocado suplir en vacaciones o compensaciones por francos trabajados. Conoce el proceso desde sacar un rótulo hasta expedir la hoja. Cualquiera sabe abrir la página y armar pero no todos saben hacer el proceso. En el momento de declarar contó que son cuatro personas: Mario Martín, Javier Leiva, Sergio Guevara y él y que suplanta a Leiva cuando tiene franco o vacaciones. Que Leiva trabaja todas las noches y Mario Martín está en el turno de la tarde. Martín trabaja seis días por uno de descanso en el turno de la tarde de 14 a 20. Todos trabajan seis horas. Javier Leiva por la noche cinco por uno en el turno de la noche y el testigo cubre cuando tiene franco. Es cinco

por uno solamente. La referencia no es la semana de siete días. Todos tienen cinco por uno salvo Martín quien puede ser llamado para cualquier cosa que se necesite. Quien administra el tema de los fletes son Daniel Solari y Rodolfo Meñica.

Mario Martín dijo ser compañero de trabajo en Editorial Rio Negro. Preguntado por si trabaja para Curu Leuvu dijo que le parece que son lo mismo, que no recuerda lo que dice su recibo de haberes. Cree que figura Curu Leuvu como empleadora. Que les pagan en la oficina de recursos humanos de la Editorial Rio Negro. Que trabaja para ellos desde hace 20 años. Cuando lo contrataron entró en la Distribuidora, que en aquel tiempo cree que estaban separadas, cuyo gerente Tauro lo contrató. La distribuidora tenía un gerente, jefe de circulación y dos o tres administrativos dentro de un sector del tamaño de la sala de audiencias. Hoy día para los mismos trámites o reclamos que antes hacía en Curu tiene que dirigirse a la oficina de Recursos Humanos de la Editorial Rio Negro. Las dos administrativas que están allí dependen del gerente de recursos humanos y se ocupan indistintamente del personal de Curu Leuvu y de la Editorial. Que cuando Formia renunció pasó Valdebenito a ocupar ese lugar mas nadie explicó si era por un tiempo o definitivo. El gerente le dijo que él trabajaría el turno que Valdebenito no cubría. El jefe de expedición organiza los horarios del personal, digita las horas extraordinarias que se cumplen y se ocupa de todo lo referido a manejo de grupo. Tienen 14 personas a cargo. Al momento de describir las tareas explica que el jefe de distribución digita las cantidades que deben llegar a las localidades y el jefe de expedición se debe ocupar que todo se cargue de acuerdo a ese requerimiento. En cada localidad hay un distribuidor. A ellos debe llegarle un grueso. La tarea del encargado de expedición consiste en responder a la distribución ordenada. Debe también cuidarse que las cargas no se pasen de cierto kilaje. Hay una limitación en cuanto al kilaje que carga cada camioneta. La contratación de otro fletero debería ser hecha por el jefe de circulación pero en la mayoría de los casos lo decide el jefe de expedición. Valdebenito cubría los francos de Formia como asimismo las vacaciones o licencias. Cuando estaba Miguel Hernández el testigo empieza a cubrir los francos, vacaciones y licencias. Después se pone en práctica el sistema de rotación que lleva a un día de trabajo por uno de descanso. En aquel tiempo Miguel y él eran cubiertos por Valdebenito. Cuando se va Miguel entra a cubrir su lugar Formia que llega de afuera. Durante unos dos años Silvio los cubre hasta que renuncia Formia y queda Valdebenito con el testigo. Pero eso fue por un tiempo en que ingresan a otra persona ajena al personal de allí de apellido Leiva, que es quien está actualmente como jefe de distribución. Los francos y licencias los cubre Briones y desconoce porque no lo hace mas Valdebenito. Le sorprendió que llegara Leiva porque operativamente el actor era de lo mejor que había allí. Ya le había sorprendido cuando llegó Formia. Cuando hicieron lo mismo con Leiva mas todavía. El declarante no recordó como figura su categoría en el recibo, pero cobra un salario de bolsillo de \$ 7.000 mas o menos. El Sr. Meñica es Jefe de circulación. Cree que está por encima del jefe de expedición. Desconoce las tareas puntuales pero a veces digita las cantidades. Está el gerente de distribución, el gerente de circulación y el jefe de expedición. El gerente de distribución es Daniel Solaro, el jefe de circulación que es Rodolfo Meñica y después los jefes de expedición que son Leiva y él. Tanto el gerente como el jefe de circulación son quienes digitan las cantidades por localidad. Domingo Painemil y Claudio Mendoza son auxiliares de expedición y no tuvieron problemas en la cotidianidad cuando Valdebenito era jefe de expedición, sin embargo los tuvieron con Leiva porque arrancó nuevo y cometió errores propios de quien llega a una tarea que desconoce y tiene que aprender. En su opinión el mas idóneo era Valdebenito.

La prueba pericial contable informa que los salarios percibidos por Valdebenito fueron por una suma superior a la que corresponde a una categoría PRE22 y auxiliar de expedi-

ción. Que el mayor sueldo corresponde "a cuenta de futuros aumentos" y en algunos meses a "tarea extraordinaria", lo que luego desarrolla en cuadro de detalle entre mayo/2010 y agosto/2011. Que la antigüedad de Carlos Javier Leiva y Elvio Raúl Cornide se corresponde con el cuadro individualizado en el punto 6.2.5 de la contestación de demanda. Que Fernando Néstor Formia trabajó hasta julio/2010 y figuraba con categoría de encargado de expedición con un básico de \$ 3.280 y no cobraba por tareas extraordinarias. Que Gabriela Andrés Briones percibió tarea extraordinaria entre diciembre/2010 y marzo/2011.

Tenemos pues confirmado que Daniel Solaro es el Gerente de Circulación. Que Rodolfo Meñica es Jefe de Expedición y que por debajo de él hay dos Encargados de Expedición que son desde hace muchos años Mario Martín y desde mayo/2011 Javier Leiva. Que dentro de la estructura de auxiliares de expedición los tres mas antiguos son Painemil ingresado en 17-1-1983, Mendoza ingresado en 5-11-1990 y por último Valdebenito que lo hace en 2-1-1993. Según la antigüedad, en ese orden debió responderse a la cobertura de la vacante dejada por la renuncia de Fernando Formia como Encargado de Expedición, quien se turnaba con Mario Martín. Que a partir de la salida de Formia en 31-7-2010, Valdebenito pasa a ocupar ese lugar hasta que, para sorpresa de todos, aparece en ese lugar con la categoría de Encargado de Expedición alguien que no forma parte del equipo, un externo de nombre Carlos Javier Leiva.

La empleadora pretende acreditar que fue una decisión organizativa, sobre la base de aptitudes para la tarea para ocupar el cargo de Jefe de Expedición y que a tal fin se evalúa a las personas antes de designarlas en tareas que impliquen una mayor responsabilidad, concluyendo que el actor no calificó para el cargo, adjuntando a tal fin la evaluación efectuada por la licenciada Serrano al demandante y a Mario Martín en 7-2-2007 y otra a Carlos Javier Leiva en 10-5-2011 hecha en 10-5-2011, de lo que resultaría que tiene mayor aptitud para esa responsabilidad.

Discutible desde ya la decisión tomada por le empleadora, y las evaluaciones con las que pretende sostener el aval técnico de su decisión. En primer lugar porque pueden ser incompatibles los criterios aplicados entre un evaluador y otro. Eeen su momento se hace un comparativo entre Valdebenito y Mario Martín en el año 2007 a cargo de la Licenciada Olga Noemí Serrano. En el 2011 sin comparación con otros candidatos posibles la Licenciada María del Rosario Galván realiza exclusivamente el de Carlos Javier Leiva en 2011, todo lo que lleva a pensar que este último ya había sido seleccionado y se quería confirmar un perfil para ocupar el lugar, pero no se comparan sus aptitudes con las de otros posibles aspirantes. En segundo término porque la decisión que pretende tomar la empleadora omite todo respeto por las reglas jurídicas aplicables a los dependientes administrativos de empresas periodísticas, ámbito en el cual la libertad que se adjudica la patronal está acotada normativa y convencionalmente.

Por ley 12908 se instaura el estatuto especial para la actividad periodística. Poco tiempo después mediante el decreto-ley 13839/46, ratificado por ley 12921, es sancionado el Estatuto del Empleado Administrativo de Empresas Periodísticas. Ambos refieren al tratamiento diferencial que se otorga a los distintos institutos del Derecho del Trabajo y la ley laboral común respecto de quienes laboran en empresas periodísticas, según se trate de periodistas o de administrativos.

El aplicable a la particular actividad de Valdebenito se inscribe en el segundo de ellos que reformado en 1960 por ley 15535 dispuso que: "Se considera empleado administrativo, a los fines del presente estatuto, a toda persona que preste servicios en forma regular mediante retribución pecuniaria, en publicaciones diarias o periodísticas, agencias

noticiosas, empresas radiotelefónicas, cinematográficas, fílmicas o de televisión, que propalen, exhiban o televisen informativos o noticias de carácter periodístico, únicamente con respecto al personal ocupado en estas tareas. Comprende al personal que cumple funciones en los siguientes departamentos o secciones: publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia...".

Ampara asimismo a los operarios gráficos de los talleres de impresión, al mencionarlos y agregar sobre el final que: "Los encargados, capataces o jefes de estos talleres están amparados por el presente estatuto...".

No puedo dejar de considerar que se trata de leyes que pretendían proteger por encima de la aplicación en aquel tiempo de la ley 11729, ya que muy posteriormente nace la LCT (ley 20744). Lo que concretamente se buscó fue acompañar una mejor tutela como la que significaba el ya vigente Estatuto del Periodista Profesional y bajo sus particularidades extender algunos beneficios al personal administrativo de órganos periodísticos de modo tal de proteger a la actividad toda.

Ello dio lugar a algunas dudas pues se discutía si donde no había una empresa periodística típica, pero había un departamento con noticieros o informativos, podía desmembrarse al personal de maestranza, intendencia, publicidad o contaduría, pues prestaba tareas para toda la empresa.

Ahora bien, en el particular caso de autos, cuyas características hacen a las razones de ser de ambas leyes en su redacción original, el problema no existe y no caben dudas de que las normas contienen al empleado accionante y la actividad que realiza, pues claramente con los empleados de publicidad, contaduría, circulación expedición o intendencia, cuando se desempeñan en empresas periodísticas, su inclusión en el EEA no es discutible.

Así pues, no cabe duda que la ley general de trabajo es la primera fuente del contrato, pero que el estatuto ha de regir aquellos aspectos que el legislador ha reglado de un modo diferente en orden a la especialidad de la actividad, por entender que en ciertos aspectos la LCT es incompatible con la naturaleza y modalidad de aquello que en sus particularidades requiere otras reglas. De suerte tal que el Estatuto de Empleados Administrativos de Empresas Periodísticas regula solo algunos pocos institutos. En los demás regirá la LCT.

Y concretamente en el aspecto que nos ocupa: "Dentro de las empresas periodísticas, en igualdad de condiciones debe darse preferencia para cualquier vacante al empleado más antiguo de la categoría inferior a la que se produjo la vacante (v. art. 4º, párrafo segundo). La aclaración en igualdad de condiciones está referida a la excepción del párrafo tercero del mismo artículo 4º, que exceptúa a los puestos que requieran títulos habilitantes. Pero aun así, debe respetarse el orden de preferencia del empleado más antiguo si cumple con los mismos requisitos del ingresante y opte por ocupar la vacante. El artículo 10 dispone que las promociones se harán por riguroso orden de escalafón, dándose preferencia al empleado más antiguo, siempre que éste reúna las debidas condiciones de idoneidad y conducta. Estas disposiciones reflejan la intención del EEA de establecer una suerte de carrera laboral dentro de las empresas periodísticas, empezando por los cadetes (menores de 18 años), ayudante (mayores de 18 años con menos de dos años de antigüedad) que pasan a auxiliares de los dos años en el empleo. La deferencia principal entre los artículos 10 del EEA que regula las promociones y el 4º que se ocupa de las vacantes, estriba en que el primero no hace una mera reeferencia a igualdad de condicio-

nes sino que tiene en cuenta el cumplimiento, por parte de los aspirantes al cargo, de las debidas condiciones de idoneidad y conducta, con lo cual, hay una fuerte componente de discrecionalidad por parte del empleador que es quien naturalmente, dentro de sus facultades ordenatorias de la labor desarrollada en la empresa, debe evaluar el desempeño y las aptitudes de los empleados en orden a su promoción dentro del escalafón de la empresa...” (Tratado de Derecho del Trabajo, dirigido por Mario Ackerman, TV. Estatutos y regulaciones especiales, Rubinzal Culzoni Editores, edición 2006, p.250, Rafael Pizarro).

El EEA para cuestiones salariales, solo ha establecido un escalafón por antigüedad de servicios, fijando los salarios mínimos en su artículo 18, según la categoría del empleador y teniendo, en cuanto a los trabajadores, tan solo dos parámetros: si son mayores o menores de 18 años, por un lado, y la antigüedad en el servicio por el otro.

El artículo 10 del EEA establece que las promociones se harán en riguroso orden de escalafón, pero el artículo 17 manifiesta que el escalafón a que se refiere el artículo 10 será establecido por convenciones colectivas, en razón de las distintas funciones desempeñadas por el personal, las que se tendrán en cuenta a los efectos de fijar las remuneraciones.

Esta norma está reproducida casi con exactitud por el CCT que rige actualmente bajo el N° 541/08, destinado a regir en todo el territorio de la República Argentina con exclusión de ciertos ámbitos geográficos entre los que no se encuentra el de la Editorial demandada.

Comprende al personal que se desempeñe en empresas editoras de diarios sobre cualquier soporte, incluidos en las leyes 12908 (EPP) y 12921 (EEA). Si bien ninguna de las partes refirió a ello, entiendo que según el art. 4º, el Diario Rio Negro se encuentra en la categoría de empleadores A en la que se ubican los medios de aparición diaria editados en ciudades de más de 110.000 habitantes o que su tiraje promedio declarado exceda los 10.000 ejemplares.

Entrando de lleno a la calificación del personal en las empresas periodísticas, dentro del ámbito de expedición, circulación y distribución, podemos observar como se reproduce todo lo sostenido en la ley dentro de la convención colectiva pues basta analizar los términos de los arts. 46, 47 y 50 del CCT 541/08 para entender como lo transcribió precedentemente en el estatuto específico, se reitera casi textualmente. Podría concluir que los mecanismos objetivadores para pasar por encima del principio general de la antigüedad al momento de seleccionar la cobertura de una vacante según idoneidad y conducta, debieron ser desarrollados convencionalmente, pero no parece ser un tema de trascendencia ni para los dependientes ni para la patronal pues la primera convención del año 1975 no lo trató y la más reciente tampoco. Con lo que debo entender que es una cuestión que en la práctica se respeta sin mayores cuestionamientos o los empleadores no sienten el rigor de la limitación que resulta del estatuto y la convención al momento de seleccionar para los ascensos dentro de un sistema que se asemeja en mucho al de organismos públicos.

El art. 46 de la CCT 541/08 refiere al ingreso a las dependencias administrativas de cualquier empresa periodística, fijando la edad mínima para ello en 16 años con la categoría de cadete, quien al cumplir los 18 años de edad, pasará a desempeñarse en la categoría de ayudante (promoción automática).

El art. 47 de la convención indica que “Cuando las empresas dispongan el ingreso de un nuevo personal administrativo, deberán asignarle la categoría de ayudante, cuando el empleado fuere mayor de 18 años de edad, dando preferencia para ocupar cualquier vacante al empleado mas antiguo de la categoría inferior en el orden jerárquico que rija en la misma. Se exceptúa de esta disposición a los puestos en que el personal esté obligado a exhibir títulos profesionales adquiridos para su ocupación, sin perjuicio de dar preferencia al empleado de la casa en igualdad de condiciones que optare a la vacante existente.”.

Finalmente el art. 50 del mismo cuerpo convencional expresa: “Las promociones se harán por riguroso orden de escalafón, dándose preferencia al empleado más antiguo, siempre que este reúna las debidas condiciones de idoneidad y conducta.”.

La claridad de la ley y el convenio colectivo marca una evidencia de limitación patronal al momento de decidir la cobertura de las vacantes que por cualquier razón se produzca y eso ni mas ni menos es lo que pretende el actor que se debe respetar. Si bien según los datos documentales no fueron aportados, según información que agregara la empleadora, Painemil y Mendoza son auxiliares de expedición y mas antiguos que el actor, pues el primero habría ingresado en 17-1-83 y el segundo en 5-11-90, pero ni la documental ni la pericia contable da cuenta de ello.

Si así fuera, habría que analizar si alguno de ellos estaba dispuesto a cubrir la vacante que había dejado Formia, pero no es una cuestión traída a debate ni está ingresada en la congruencia, por lo que ni tan siquiera fue materia de prueba.

La empleadora al alegar sostuvo que demostró haber realizado un examen para ver si Valdebenito calificaba o no dentro del puesto que pretendía por la vacancia dejada por la renuncia de Formia, mas claramente rompió toda regla en esa calificación, no solo por no haber una constatación objetiva de habilidades, aptitudes y antecedentes sino porque el convenio no permitía la incorporación de un externo como lo hizo. La selección debió hacerse entre los empleados mas antiguos del rango inmediatamente anterior a la categoría que se debía cubrir y dentro del sector de expedición.

En tal sentido el art. 5, acápite III referido al Personal de expedición, circulación y distribución establece 10 categorías: 1: tareas generales; 2- ayudante y/o peón general de expedición; 3- auxiliar u operario de expedición; 4- auxiliar primero u operario primero; 5- auxiliar especializado o principal; 6-auxiliar calificado; 7- subencargado, supervisor primero, subcapatáz; 8- encargado, capatáz o jefe de sección; 9- supervisor general; y 10- capatáz general encargado general o jefe de expedición. En vistas de que se debía cubrir la vacante de Formia, a quien durante algunos meses reemplazó en los hechos Valdebenito, quien era Encargado de Expedición, pues ha quedado claro que el jefe de la sección es Meñica, el ascenso del actor debió ser a la categoría de "Encargado de Expedición" que es aquella en la que figuraba el retirado, y que desde el 1-6-2011 ocupa Carlos Javier Leiva (cat. PRE 31), según datos del peritaje (fs. 85)

La empleadora cuestiona que el nuevo trabajador ya ha transcurrido un largo período en el puesto que pretende el actor y que sería absurdo que en caso de hacer lugar a la demanda se condene a la empresa a crear un doble puesto que ya está a cargo de otra persona, mas este aspecto del problema es de incumbencia de la empleadora y no del juzgador al momento de resolver. Máxime si tenemos en consideración de que la cuestión no parece muy opinable a esta altura del análisis legal y convencional realizado.

Ahora bien, según lo que vengo expresando las condiciones de ascenso y promociones si bien muestran como lo dice Orlando Rocco en el tratado dirigido por Mario Deveali (Tratado de Derecho del Trabajo, Editorial La Ley TIII, Edición 1965, pag. 577): "...una tendencia a la burocratización aunque casi siempre se traduce en simples enunciaciones abstractas, dejando una posibilidad de no aplicarlas en el campo práctico...", lo cierto es que la norma está y no solo es estatutaria sino que se repite casi textualmente dentro del convenio colectivo de trabajo mas reciente, sin que se haya establecido por esa vía un mecanismo de objetivación por parte de la empresa cuando se trata de la preferencia por idoneidad, frente a la estricta antigüedad.

Debe verse así: si las promociones se harán por riguroso orden de escalafón, dándose preferencia al empleado más antiguo, siempre que éste reúna las debidas condiciones de idoneidad y conducta, en primer término no se puede cubrir una vacante con un externo, sino que debe elegirse de la categoría inferior en el organigrama de la empresa de que se trate, con la sola excepción a los puestos en que el personal esté obligado a exhibir títulos profesionales para la ocupación. De lo contrario en igualdad de condiciones, la vacante lleva a la preferencia del mas antiguo.

Por ende concluyo que la maniobra selectiva realizada por la empleadora para que Carlos Javier Leiva ocupe el puesto de encargado de expedición, fue absolutamente antireglamentaria. El nombrado fue un externo, pasando por alto las condiciones de promoción y carrera administrativa u operativa que es rigurosa y categoría por categoría.

Si de lo que se trata es de que la empleadora acredite en autos una selección entre los dependientes de la categoría anterior que no es el caso, los arts. 47 a 50 del CCT 541/08 al igual que los arts. 4 y 10 del decreto ley 13839/46 ratificado por ley 12921, los aportes cualificantes que hace con las evaluaciones acompañadas carecen de valor en los términos formulados, tal como lo he explicado mas arriba. Si bien el CCT pudo establecer mecanismos de objetivación para que el empleador y los dependientes tengan un modo de medir y controlar las condiciones de idoneidad y conducta que permitirían a la patronal mutar el orden prioritario que brinda la antigüedad en esta particular actividad, no lo hizo de suerte tal que dentro de opciones que no tenía eligió el riesgo y ahora debe asumirlo. Saltó los valladares del propio sistema que en tal sentido es legal y convencionalmente cerrado. La cuestión no va en gustos.

La empleadora pidió subsidiariamente la inconstitucionalidad del CCT ya que no existe en el ámbito privado ese derecho de ascender por encima del poder de dirección de la empresa. Mas no solo la argumentación es muy pobre como para llevar siquiera a ingresar en el análisis de la defensa sino que solo remite a los términos del CCT sin ahondar en que se trata de una norma legal que no solo existe desde el año 1946, propia de un contexto especial sino que la convención colectiva anterior y la que rige actualmente, lejos de propender a reglamentar una norma tan limitada para las facultades de la empleadora, negociación tras negociación mantiene el criterio histórico, sin apartarse del abroquelamiento que impone. Podríamos coincidir que, como en la mayoría de los sistemas convencionales y estatutarios la antigüedad no debiera dar derechos especiales por fuera de lo remunerativo, pero lo es en este régimen por diversas razones protectorias, que aquí no fueron discutidas ni se cuestionaron en la contestación de demanda.

El hecho mismo de que hasta el ingreso de Leiva, el actor haya prestado las tareas de encargado de expedición sin objeciones ni sanciones de ningún tipo hasta que sin motivo aparente, de buenas a primeras, apareciera el primero desplazando al segundo en el

puesto, da cuenta de que Valdebenito estaba capacitado para el lugar y nada lo inhabilitaba en la prioridad que le confería su antigüedad.

Valdebenito era idóneo y carecía de sanciones o inconductas. Y aun suponiendo que ninguno de esos elementos quedase acreditado, tampoco respeta la carrera y promoción, de otros compañeros del sector que hubieran podido acceder a la jefatura vacante, cuando se decide el ingreso de un externo.

En consecuencia de lo expresado, al no encontrarse justificada la postergación de Valdebenito para el acceso y mantenimiento en el puesto de "Encargado de Expedición" al que tenía derecho, debe acogerse favorablemente la demanda incoada, razón por la que corresponde hacer lugar a la promoción pero no en la categoría de Jefe de Expedición que fue la pedida, sino la de "Encargado de Expedición".

Si bien el actor no prestó servicios correspondientes a la categoría y ello no fue consecuencia de su decisión, sino de imposiciones ilegítimas de la patronal, ello no convierte al rubro que se reclama como condena a abonar retroactivamente la diferencia resultante por la omisión de la recategorización denunciada, en salarios caídos, pues la prestación desde mayo/2011 no fue otorgada bajo la responsabilidad de un encargado de expedición sino como auxiliar del sector.

La pretensión en tal sentido debió traducirse en los daños y perjuicios que generó la inconducta o incumplimiento patronal, lo que, mas allá de su evidencia requiere de planteo específico y defensa de la contraria en honor a la congruencia. Por tratarse de una indemnización sostenida en la ilegalidad de una decisión del empleador, estamos ante un rubro con reglas propias y diferentes de mérito y análisis jurídico, que no puede suplirse con la aplicación del principio "iura novit curia".

Lo que sin embargo debe acogerse favorablemente es la diferencia salarial entre lo efectivamente abonado en el período en que el actor reemplazó a Formia y la asunción de la tarea por parte de Carlos Javier Leiva, tiempo que va desde el 1-8-2010 a mayo/2011 y la realización de los aportes y contribuciones correspondientes a esa categoría.

En tal sentido y por la diferencia de haberes resultante de la omisión de la recategorización que no figuró en el recibo de haberes ni en los libros de la empresa desde el 1-8-2010 hasta mayo/2011, se impone su cancelación. Deberá la parte actora practicar liquidación, deduciendo lo efectivamente percibido de lo que le hubiera correspondido cobrar y sobre tal iimporte adicionar los intereses hasta la fecha de efectivo pago. Una vez definido ello, debera en el plazo de SESENTA días adecuar los antecedentes en Anses y Afip y realizar los depósitos de la seguridad social por tal espacio temporal.

En cuanto a los intereses a aplicar, se computan los de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, según criterio establecido por el STJRN en autos "Loza Longo" (sentencia del 26-5-2010)..

II:-SOLIDARIDAD: En orden a la responsabilidad solidaria, las demandadas, sostienen que por ser dos empresas independientes y no haber utilizado contratistas, subcontratistas o concesionarios para distribuir el diario Río Negro, habida cuenta que la Editorial tiene un objeto específico y distinto de la distribución no puede ser alcanzada, ni siquiera por el art. 30 LCT.

Dice que la comercialización del diario y otros productos editoriales, es un acto distinto de su edición e impresión y que existen distribuidores además de Curu Leuvu en todas las localidades de las provincias de Río Negro y Neuquén donde se lo comercializa.

Es importante destacar que la evaluación psicológica agregada como prueba, realizada en mayo/2011 por la psicóloga María del Rosario Galván, fue pedida por la empresa Diario Río Negro y no por Distribuidora Curú Leuvú que era la empleadora de quienes tenían que ocupar la categoría de encargado de expedición, lo que ya está hablando a las claras confusión societaria entre una y otra.

El art. 28 EEA tampoco deja espacio para mayores méritos jurídicos sobre la cuestión relativa a la solidaridad en tanto dice: "Las empresas periodísticas incluídas en el presente estatuto no podrán utilizar los servicios de contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa cuyas tareas importen ocupación de empleados comprendidos en el art. 2º, si éstas no pagaran a su personal el salario mínimo, no estuvieran dentro de la escala de sueldos básicos y no efectuaran los aportes a la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Periodistas que les correspondiera. Alcanzan a los contratistas, subcontratistas, concesionarios o cualquier otra empresa que ocupe empleados comprendidos en el artículo 2º, todas las obligaciones de los empleadores establecidos en el presente estatuto. Cada empresa periodística será responsable solidariamente del incumplimiento de las obligaciones por parte de los contratistas, subcontratistas y concesionarios, cuando éstos adeudaran el importe correspondiente hasta dos meses de remuneración, solidaridad que se hace extensiva en los casos de accidentes y enfermedades sobrevenidas a consecuencia de tareas encomendadas".

Si bien el art. 2º concretamente carece de carácter taxativo dice: "...Comprende al personal que cumple funciones en los siguientes departamentos o secciones: publicidad o avisos, contaduría, circulación, expedición e intendencia...". Ergo si han una empresa periodística hay extensión de responsabilidad, con la evidente razón de evitar el fraude laboral que pudiera implicar la contratación de servicios tercerizados a empresas no periodísticas, de tareas que en una empresa de esa índole estarían dentro del ámbito estatutario.

Sin perjuicio de lo dicho, entiendo que la separación de las sociedades demandadas es aparente pues demostrado ha quedado que hay una fusión e involucramiento en lo fáctico de tal dimensión que los empleados de una y otra empresa a menos que miren en su recibo de sueldos quien figura como abonando, desconocen concretamente trabajar para otra que no sea el Diario Río Negro. Es mas el departamento de personal indistintamente se ocupa de las cuestiones de la totalidad de los dependientes que prestan servicios para la Editorial y la Distribuidora.

Con o sin fraude, con o sin contratistas, subcontratistas o cesión, la solidaridad es innegable, debiendo condenar solidariamente a ambas accionadas por la responsabilidad que resulta del cumplimiento de la condena de hacer y dar, dispuesta en acápite anterior.

Por todo lo expuesto, LA DRA. GABRIELA GADANO, VOCAL DE TRÁMITE DE LA SALA II DE LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE:1) Hacer lugar a la demanda instaurada por el actor: SILVIO ALEJANDRO VALDEBENITO contra las demandadas DISTRIBUIDORA CURU LEUVU SA y EDITORIAL RIO NEGRO SA y en consecuencia condenando a las nombradas en ultimo término a:

1.a) A conferir a Silvio Alejandro Valdebenito la categoría de Encargado de Expedición de la Distribuidora Curu Leuvú SA, dentro del plazo de DIEZ días de notificada bajo apercibimiento de imponer astreintes a pedido del actor.

1.b) A abonar la diferencia salarial entre el 1-8-2010 y mayo/2011 en que cumplió las tareas de "encargado de expedición" en los términos explicitados en el considerando, con mas los adicionales e intereses que se disponen en el considerando hasta la fecha de efectivo pago. A tal efecto deberá la actora practicar liquidación dentro del término de CINCO días de quedar firme esta sentencia, autorizando a hacerlo a la contraria vencido tal plazo omitiera cumplirlo. Firme que se encuentre la liquidación deberá abonarse la diferencia en el plazo de DIEZ días y realizar los depósitos pertinentes al sistema de la Seguridad Social dentro de los SESENTA días, tomados desde igual término.

2) Rechazar la demanda en cuanto a la realización de los aportes y contribuciones de la Seguridad Social correspondientes en el período que va desde mayo/2011 en adelante.

3) Con costas a cargo de las demandadas de manera conjunta y solidaria. Difiero la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto exista planilla firme que permita conocer el importe base de este decisorio en términos económicos, aún cuando al momento de valorar la tarea profesional también se tome en consideración el planteo que llevó al acogimiento favorable del punto 1.a. de este decisorio.

4) Una vez que se encuentre firme la liquidación que se ordena practicar por Secretaría practíquese planilla de impuestos; sellados y contribuciones la que deberá ser abonada por las demandadas condenadas en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal. Regístrese, notifíquese y cúmplase con Ley 869.

DRA.GABRIELA GADANO

Vocal de Trámite - Sala I

Ante mi: Dra. Zulema Viguera

Secretaria