

Poder Judicial de la Nación

Fallo Plenario N° 317

Acta N° 2.513

U
S
O
O
F
I
C
I

En la Ciudad de Buenos Aires, Capital de la República Argentina, a los veintisiete días del mes de diciembre de 2007; reunidos en la Sala de Acuerdos del Tribunal bajo la Presidencia de su Titular doctora Graciela Aída González, los señores Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, doctores Julio Vilela, Oscar Norberto Pirroni, Miguel Ángel Pirolo, Miguel Ángel Maza, Ricardo Alberto Guibourg, Roberto Omar Eiras, Elsa Porta, Julio César Moroni, Diana María Guthmann, Héctor César Guisado, Julio César Simón, María Cristina García Margalejo, Oscar Zas, Juan Carlos Fernández Madrid, Mario Silvio Fera, Beatriz Inés Fontana, Néstor Miguel Rodríguez Brunengo, Estela Milagros Ferreirós, Juan Carlos Eugenio Morando, Gabriela Alejandra Vázquez, Luis Alberto Catardo, Álvaro Edmundo Balestrini, Héctor Jorge Scotti, Daniel Eduardo Stortini y Gregorio Corach; y con la asistencia del señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo doctor Eduardo Álvarez, a fin de considerar el expediente N° 5.731/2003 - Sala VIII, caratulado "**AGUIRRE, OLGA MAGDALENA c/ CONSOLIDAR A.F.J.P. S.A. s/ DIFERENCIAS DE SALARIOS**", convocado a acuerdo plenario en virtud de lo dispuesto por el art. 288 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para unificar jurisprudencia sobre la siguiente cuestión: *“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°) en caso afirmativo, ¿requiere además el ingreso del aporte”*.-----

Abierto el acto por la señora Presidente, **el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, dijo:**-----

Una de las virtudes de la Ley de Contrato de Trabajo ha sido la consagración, en normas imperativas y generales, de aquellos criterios, ya decantados, que fueron el fruto de la jurisprudencia lúcida y creadora, elaborada por esta Justicia Nacional del Trabajo en el amanecer de nuestra disciplina.-----

El art. 108 de la L.C.T., que se menciona en la convocatoria, es un ejemplo claro porque, al establecer que el derecho al cobro de las comisiones nace de la “concertación” del negocio, extendió para todos los trabajadores remunerados de tal forma, una decisión que se había forjado para los viajantes de comercio como respuesta pretoriana a una tipología retributiva que debía ser pauta, para no transgredir el principio esencial de la ajenidad en los riesgos.-----

Esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, hace más de 45 años, el 14 de

junio de 1961, dictó el Fallo Plenario Nro. 78, en autos “Noriega, Marcos H. c/ Remington Rand Sudamericana s/ cobro de pesos”, cuya doctrina fijó las bases de derecho al cobro de las comisiones y dio prioridad al concepto de “operación concertada”, al juzgar irrelevante la “devolución de mercaderías por causas no imputables al vendedor”.-----

Es interesante recordar que el mencionado plenario, en verdad, cristalizó para el Derecho del Trabajo una regla del derecho consuetudinario tradicional europeo en materia de intermediación comercial, que se resumía en el adagio “asunto tratado, comisión debida” y que ya encerraba la intrascendencia de los avatares del negocio, en lo que concierne al nacimiento del crédito retributivo.-----

Diversas razones de orden jurídico confluyen en el carácter decisivo de la “concertación” como hecho generador del cobro, en particular en el ámbito de las relaciones laborales.-----

La comisión, como tipología posible de la remuneración, ha sido definida por Ludovico Barassi como la participación en el valor de uno o más negocios que el dependiente contribuyó a lograr (ver “Tratado de Derecho del Trabajo”, T. III, 246 y sgtes.) y se ha difundido como forma retributiva de incentivo en aquellos trabajadores cuya prestación consiste en la promoción y celebración de los contratos con los cuales la empleadora obtiene su lucro.-----

En estos supuestos puntuales, el trabajador ha sido contratado para lograr un acercamiento de la oferta y la demanda; a esta tarea última se ciñe su “hacer” y no se ha comprometido a un resultado. Trabaja, como diría Barassi, más allá de que el empleador gane lo que esperaba con el negocio que el dependiente concertó y sobre esta circunstancia se proyecta el principio de no gratuidad.-----

Es muy ilustrativa la lectura del voto del Dr. Juan B. Fleitas (h) en el mencionado plenario, porque recordó una sentencia que había dictado como Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo Nro. 16, el 1 de febrero de 1950, o sea hace más de medio siglo, en la que sostuvo que “... La comisión se debe por la mediación en la operación de que se trate, como retribución por el trabajo prestado y por el solo hecho de haberlo realizado, siendo indiferente que el negocio se concluya o no por circunstancias de fuerza mayor o condiciones incumplidas, a menos que haya mediado culpa, dolo o negligencia por parte del subordinado...” y aclaró con énfasis que después de la concertación “...todo es ajeno...” a la relación que se ha establecido entre el trabajador y el empleador y es indiferente que “...el negocio se realice o no...”.-----

El mencionado voto, que coincidió con la tesis expuesta por uno de mis ilustres antecesores, El Dr. Víctor Sureda Graels, contaba, nada menos, que con el aval de

Poder Judicial de la Nación

Mario L. Deveali y es muy impactante la cita final de Luigi De Litala, en la traducción castiza de Sentis Melendo, cuando dice "...no puede surgir duda de que la comisión se debe tanto en el caso de que el negocio haya llegado a buen fin, como en el de que no haya tenido el resultado esperado, ya que el derecho del prestador de obra surge con haber determinado la conclusión del contrato, o sea la reunión de los consentimientos de los contratantes, mientras que le haber llegado el contrato a buen fin se refiere a la ejecución del contrato, al que es completamente extraño el empleado que trató y concluyó el negocio..." (" El Contrato de Trabajo", págs. 323).-----

Recuerdo estas circunstancias, no como un ejercicio de nostalgia, ni motivado por una oculta pasión historiográfica, sino para resaltar que, desde antiguo, el Derecho del Trabajo (el nuestro y el del mundo) y la jurisprudencia pacífica de esta Cámara consideraron que la obligación de abonar la comisión nacía de la "concertación del negocio en sí" y juzgaron irrelevantes todas aquellas vicisitudes posteriores, que podrían incidir en la suerte de la operación y que sólo concernían al vínculo jurídico que existe entre el empleador y su cliente, que el trabajador contribuyó a crear.-----

Lo evocado, que cobra vida en el texto mismo del art. 108 de la L.C.T., sella la respuesta al interrogante que nos reúne porque la aprobación de la afiliación a una A.F.J.P. por parte de la autoridad de Superintendencia es un hecho contingente, posterior a la "operación concertada" y que la presupone. El promotor ya prestó su servicio con éxito; logró que alguien celebrara un contrato con su empleador en la actividad con la cual éste obtiene su lucro y, por lo tanto, es indiscutible su derecho a la comisión.-----

Todo lo concerniente a la referida aprobación del negocio por el órgano público "es ajeno", para utilizar el término del Dr. Fleitas, a la relación entre el trabajador y su empleador y se proyecta, como diría De Litala, a los avatares de ejecución del contrato, entendidos como aquellos que son posteriores a su celebración, aunque puedan influir en su eficacia.-----

Se ha sostenido, para fundar una posición adversa, que el régimen legal específico que regula las afiliaciones a las A.F.J.P. prevé exigencias insoslayables que inciden en la interpretación del art. 108 de la L.C.T. norma que no habría sido pensada para un supuesto ulterior tan singular. A mi juicio, el argumento es insostenible porque en la práctica existen numerosas operaciones que conllevan requisitos formales de origen legal para su validez y a nadie se le ha ocurrido afirmar, por ejemplo, que a un trabajador de una inmobiliaria no se le debe abonar la comisión referida a una venta que concertó en el boleto, por vicisitudes al momento de escriturar y no

conozco ordenamiento imperativo más estricto que el de la transmisión de inmuebles.-----

Todo lo expresado me inclina a sugerir, como ya lo adelantara, una respuesta negativa a la primera pregunta que nos convoca, porque no cabe duda alguna que el derecho del promotor al cobro de la comisión nace con la concertación, con independencia de las objeciones potenciales de la Superintendencia y de la suerte que corra el vínculo que una a la A.F.J.P. con su cliente.-----

Las razones apuntadas me eximen de responder el segundo interrogante, pero no puedo dejar de advertir que el “ingreso del aporte” no debería tener ninguna trascendencia, sea cual fuere la respuesta referida a la aprobación, porque se trata de un hecho vinculado a la conducta de terceros (totalmente ajenos al contrato de trabajo en el que se origina la retribución por comisión), que pueden, al menos en el terreno de la hipótesis, cumplir o no con el pago más allá de cómo se califique su proceder.-----

Por la **AFIRMATIVA** al primer interrogante y por la **NEGATIVA** al segundo, constituyendo **MAYORÍA**, votan los doctores: GUIBOURG, CORACH, PIROLO, GONZÁLEZ, SIMÓN, BALESTRINI, GARCÍA MARGALEJO, STORTINI, EIRAS, RODRÍGUEZ BRUNENGO, CATARDO, PORTA, PIRRONI, MORONI, FONTANA, SCOTTI, VILELA, FERA, ZAS y GUISADO.-----

EL DOCTOR GUIBOURG, dijo:-----

El promotor de una A.F.J.P. es un trabajador que, fuera del establecimiento de su empleador, busca clientes y procura concertar contratos entre éstos y su comitente. A modo de retribución, percibe una comisión por las adhesiones que concita a favor de la empresa. No se requiere ahora determinar si su tarea lo convierte o no lo convierte en viajante de comercio, pero es fácil advertir que las condiciones en las que ella se presta reconoce al menos una notable analogía con la típicamente regulada por la ley 14.546.-----

Seguiré, pues, esa analogía para orientar la decisión en el tema convocado a plenario. El viajante de comercio obtiene de su entrevistado una nota de pedido que somete a la empresa empleadora. Si ella rechaza el pedido (porque no dispone de la mercadería ofrecida por el corredor, o porque no confía en que quien se presenta como comprador pague el precio comprometido, o por otras razones pertinentes, el viajante no tiene derecho a cobrar la comisión. Pero si la empleadora acepta la nota de pedido (o no la rechaza expresamente dentro de cierto plazo, como lo dispone el art. 5° inciso b de la ley 14.546) está obligada a pagar la retribución. “La inejecución

Poder Judicial de la Nación

de la nota de venta por voluntad o impedimento del comerciante o industrial, no hará perder al viajante el derecho de percibir la comisión” (ibídem, inciso c).-----

La A.F.J.P. no puede rechazar las adhesiones de quienes quieran ser incluidos entre sus asegurados: así lo dispone el artículo 42 de la ley 24.241. Claro está que las adhesiones sólo pueden surtir efecto si se ajustan a las previsiones legales en cuanto a opciones y traspasos (arts. 43 a 45 ley 24.241). Para asegurar el cumplimiento de tales disposiciones el artículo 118 inc. c de la ley 24.241 encarga a la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones “fiscalizar juntamente con la A.N.Se.S. el procedimiento de incorporación previsto en el art. 130 de esta ley y las posteriores incorporaciones y traspasos que decidan las personas incorporadas al S.I.J.P., en cuanto a los principios establecidos en los arts. 41.42 y 43, segunda parte”.-----

En estas condiciones, es razonable interpretar que la aprobación (o la no desaprobación) de una adhesión por parte de la S.A.F.J.P. hace, en el régimen de jubilaciones y pensiones por sistema de capitalización, las veces de la aceptación (o falta de rechazo) de una nota de pedido por parte del industrial o comerciante empleador del viajante de comercio.-----

En cambio, es claro que el pago de la comisión debida al promotor por una adhesión no rechazada no puede quedar sujeto al previo cumplimiento de obligaciones dinerarias por la otra parte contratante. Que el aporte sea efectivamente ingresado es un riesgo de la empresa ajeno a la labor de concertación ejercida por el promotor, por lo que el devengamiento de la comisión no puede entenderse posterior al momento en el que la operación se entienda aprobada y, una vez devengado, el pago no puede demorarse por razones ajenas a la responsabilidad y al riesgo propios de la tarea del promotor.-----

En consecuencia, voto por la afirmativa al primer interrogante y por la negativa al segundo, en ambos casos con el alcance determinado en las consideraciones que anteceden.-----

EL DOCTOR CORACH, dijo:-----

Al votar en autos: “Paz, Rodrigo Andrés c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido” (sentencia definitiva 4.648 del 31/8/98) en relación al tema que nos convoca he sostenido que la comisión se gana por operaciones concertadas, negocios gestionados por el dependiente y celebrados por el principal, sin que interese si el negocio ha sido concluido por el dependiente o lo haya sido directamente por el principal, pero sí debe tratarse de un negocio perfeccionado pues, lo que se remunera es el resultado útil de la gestión del trabajador, y no, los trabajos

realizados por éste con independencia del resultado. El negocio se considera concluido cuando adquiere realidad jurídica, cuando las partes quedan vinculadas por un acuerdo de voluntades generador de derechos y obligaciones recíprocas y se excluye además, el rechazo arbitrario del negocio pues, tratándose de un sistema de remuneración por rendimiento el principal no puede ejercer arbitrariamente la facultad de rechazar las operaciones gestionadas por el trabajador dado que ello implicaría sujetar el derecho a la percepción del salario a una condición puramente potestativa del obligado, y por lo tanto, si efecto (art. 542 C.C.).-----

Ahora bien, las afiliaciones están sujetas según Res. S.A.F.J.P. 767/95 a la aprobación de la Superintendencia –SAFJP- (organismo administrativo que interviene en razón del interés público comprometido por importar al adecuado funcionamiento del sistema previsional) por lo cual no puede considerarse concertado el negocio con la mera suscripción de la ficha de afiliación y el trabajador tendrá derecho a la comisión si demuestra que, no obstante la aprobación, no se liquidó la comisión correspondiente por “incumplimiento del comprador” (ver Fallo Plenario dictado en la causa “Noriega, Marcos c/ Remington Rand Sudamericana S.A.” citado en “Tratado Práctico de Derecho del Trabajo” vol. X, págs. 412 y sgtes., Fernández Madrid) en este caso el agente de retención (empleador del afiliado) que no depositó el aporte. Así las cosas, la AFJP tendría derecho a reclamar el depósito del aporte correspondiente a la afiliación ya aprobada por la Superintendencia con lo cual se beneficiaría con el negocio concertado por el trabajador.-----

En suma –reiterando lo expuesto- opino que el trabajador tiene derecho a la comisión a partir de la aprobación de la afiliación por parte de la autoridad de Superintendencia de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (S.A.F.J.P.) toda vez que es ese el momento en que el negocio entre el afiliado y la administradora de los fondos de jubilación se perfecciona.-----

En base a lo hasta aquí dicho, voto por la afirmativa al primer interrogante planteado.-----

En cuanto al segundo interrogante, reitero mi criterio sentado in re: “Capetta, Mauricio Luciano c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido”, S.D. 12.666 del 30/04/04 dada la adhesión a la propuesta del Dr. Julio C. Simón; en cuanto que resulta ilegítimo, supeditar la percepción de la comisión a haber reunido un mínimo de afiliaciones o al efectivo depósito de los aportes, puesto que ello importaría exigir la ejecución del contrato, hecho al que el empleador trató y concluyó el mismo es totalmente extraño.-----

En efecto, lo que caracteriza a la relación laboral es que entre las partes no hay una

Poder Judicial de la Nación

vinculación asociativa, por lo que la falta de ingreso efectivo por parte del afiliado del aporte respectivo constituye un riesgo ajeno a la relación entre el trabajador y el empleador, que no puede de manera alguna ser asumido por el primero.-----

Por ello, manteniendo la tesitura sostenida en precedentes de esta Sala (antes citados y “Fernández, Marcos Christian Rodolfo c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido”, S.D. 6.770 del 16/7/99, entre otros) voto por la negativa al segundo interrogante que nos convoca.-----

EL DOCTOR PIROLO, dijo:-----

Del punto V de la sentencia dictada por la Sala VIII en la causa que motiva esta convocatoria y de los propios términos de los interrogantes planteados, se desprende que, en el marco de las condiciones salariales emergentes del contrato individual, se convino que la actora sólo tendría derecho a percibir comisiones sobre las solicitudes de afiliación que no hubieran sido rechazadas por el organismo de contralor del sistema. De tales circunstancias se desprende –además- que, en el marco del contrato individual, se convino que la comisión sólo se consideraría efectivamente devengada con la cotización efectiva efectuada por el nuevo afiliado. De todo ello se desprende que fue pactado que la empleadora no estaba obligada a abonar comisiones por afiliaciones que no hubieran sido rechazadas por el organismo de control; y, a mi entender, el derecho de la actora a percibir tales remuneraciones variables estaba regido por la previsión contractual mencionada (conf. art. 1 L.C.T.) y quedaba limitado a las operaciones que contaran con la aprobación respectiva. Dicha condición, a mi juicio, no se contrapone a ninguna norma de orden público porque no existe disposición legal ni convencional que, en este tipo de operaciones (de afiliación o traspaso a una AFJP), obligue a la empleadora a reconocer comisiones antes de que se produzca la “concertación” efectiva de la operación de incorporación al régimen de “capitalización”; y ésta sólo puede entenderse perfeccionada luego de su aprobación por el organismo de control pues esta aprobación está condicionado el ingreso de la cotización que luego debe efectuar el nuevo afiliado. Obsérvese que, cuando media “traspaso” de una AFJP a otra (sobre todo, si existe objeción de la anterior) la aprobación por parte del organismo de control es fundamental para determinar cuál es la administradora destinataria del aporte y, por lo tanto, si se puede o no entender “concertada” la afiliación a la nueva entidad.-----

La directiva que emana del art. 108 de la L.C.T. no aparece vulnerada por las condiciones salariales pactadas en el marco de la relación individual porque, reitero, la operación relativa a la incorporación de una persona a un determinado régimen

previsional de “capitalización” sólo puede entenderse concertada a partir de su participación efectiva en el subsistema a través de la aprobación del órgano de contralor que viabiliza la cotización respectiva (conf. art. 1 y arts. 39 y subs. de la ley 24.241). El principio de onerosidad no queda afectado porque la comisión se genera siempre que la operación de incorporación (que, dicho sea de paso, no es una “venta”) sea concertada con el cliente, es decir, cuando se concreta la aprobación necesaria para viabilizar su aporte al sistema previsional de “capitalización”. El sistema convenido en el marco de la relación individual tampoco se contrapone a la doctrina que emerge del Acuerdo Plenario N° 78 porque en ese plenario se analizó una condición remuneratoria vinculada a la actividad de los viajantes de comercio (que, a mi entender, no tiene relación con la que despliegan quienes promueven afiliaciones a una AFJP); y porque, en definitiva, la doctrina plenaria se relaciona con operaciones de compraventa de mercaderías y con la devolución de éstas; lo cual difiere sustancialmente del caso de autos en el que la actividad de la trabajadora no consistió en concertar operaciones de venta de mercaderías sino de incorporación de personas a una administradora de fondos de jubilación y pensión.-----

Desde esa perspectiva, respetuosamente, discrepo con el argumento del Sr. Fiscal General según el cual podría asimilarse la concertación de operaciones de venta prevista en el estatuto del viajante con el sistema de afiliación a una AFJP porque, a mi entender, está claro que, en el marco de las previsiones estatutarias, la “concertación” se debe entender producida en el momento mismo de la aceptación de la nota de venta o pedido; y que ningún avatar posterior puede influir en el derecho del trabajador a percibir la comisión respectiva (art. Art. 5, ley 14.546). En las relaciones regidas por dicha previsión estatutaria, es obvio que la “aceptación” y, por consiguiente, la confluencia de la voluntad necesaria para que se tenga por “concertada” una operación de venta, sólo puede provenir del empleador pues la conclusión del negocio no depende de ninguna “voluntad” ajena.-----

En cambio, en la medida que una afiliación a una AFJP –sobre todo, cuando deriva de un traspaso- está condicionada a la aprobación del organismo de contralor y cuando de esta aprobación depende, a su vez, la cotización efectiva del afiliado a un determinado régimen previsional, parece claro que la operación no puede entenderse “concertada” hasta que la aprobación emanada del órgano competente viabilice el aporte al subsistema de capitalización. Por todo ello, entiendo que debe darse respuesta afirmativa al primer interrogante.-----

Ahora bien, en ocasiones anteriores sostuve que, para que pudiera considerarse devengada la comisión, era necesario que, además de la aprobación, mediara cotización efectiva del nuevo afiliado. A la luz de las consideraciones vertidas por

Poder Judicial de la Nación

mis colegas en el marco de esta convocatoria, a partir de una nueva reflexión sobre este último tema y por la razones que he explicitado más arriba, entiendo que la concertación de la operación debe entenderse perfeccionada con la aprobación del organismo de contralor y que, por lo tanto, cumplimentado ese recaudo formal, la comisión debe entenderse devengada aún cuando, por cualquier causa, no se produjera la cotización efectiva del afiliado. En consecuencia, la respuesta al segundo interrogante debe ser negativa.-----

En definitiva y por las consideraciones expuestas, voto por una respuesta afirmativa al primer interrogante; y por una respuesta negativa al segundo.-----

LA DOCTORA GONZÁLEZ, dijo:-----

Los términos de los interrogantes sometidos a decisión plenaria imponen, necesariamente, determinar cuándo debe considerarse “concertada” una operación (de afiliación o traspaso) por parte del promotor/asesor de una Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones. Dicha tarea exige considerar la índole de la actividad desplegada, porque considero que, más allá de los planteos que por vía analógica se resuelvan haciendo aplicación de normas vinculadas al régimen estatutario de los viajantes de comercio (ley 14.546), no puede desconocerse que quienes se dedican a obtener la afiliación de un trabajador a una determinada A.F.J.P. no “venden” bienes o servicios, sino que realizan las gestiones necesarias para obtener la adhesión de los trabajadores a un determinado sistema previsional (régimen de capitalización) a través de su empleadora.-----

La capitalización de los aportes, por mandato legal, se efectúa a través de sociedades anónimas denominadas “Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones” (A.F.J.P.), pero éstas no son las que aprueban las afiliaciones o traspasos de los sujetos comprendidos en el régimen, sino que toda su actuación queda bajo el control y la supervisión directa de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (conf. arts. 40 y 117 de la ley 24.241). Es dicho organismo y no la sociedad empleadora el que puede –o no- aceptar una propuesta de afiliación o traspaso, pues en resguardo de las garantías del sistema, debieron establecerse mecanismos complejos para evitar la multifiliación que exceden la órbita de actuación de una A.F.J.P. (conf. art. 118 ley 24.241 y arts. 7 y 8 de la Resolución 767/95 de la S.A.F.J.P.).-----

En el contexto brevemente reseñado, resulta claro que la concertación de la operación no puede entenderse concertada con la mera obtención de una ficha de afiliación, sino que es necesario que la afiliación o traspaso sea viable en los términos que prevé el sistema, y, por lo expuesto, es la Superintendencia de

Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones la única que puede aprobar o rechazar la propuesta, por lo que no comparto que tal intervención constituya un mero hecho contingente y posterior a la concertación de la operación. Por el contrario, entiendo que dicha aprobación, lo constituye. En efecto, tal como lo puntualiza el Dr. Guibourg en su voto, el acto de “concertación” no se limita ni en este régimen ni en ningún otro, a la mera proposición de un negocio, ya que la “concertación” implica, necesariamente, confluencia de voluntades, que, en el caso de las afiliaciones al régimen previsional de capitalización, requiere la convalidación de la autoridad de control.-----

En consecuencia, por lo expuesto, propicio dar respuesta afirmativa al primer interrogante.-----

En cuanto al segundo de los aspectos cuestionados, esto es, si es necesario que también ingrese al sistema el primer aporte del afiliado para que el trabajador tenga derecho al cobro de la comisión, creo necesario referir que, como los sostuve entre otros in re “Mallades, Susana Beatriz c/ Consolidar A.F.J.P. S.A. s/ dif. de salarios” (sent. 94.226 del 17/5/06 del registro de la Sala II) el principio básico sobre el que descansa el derecho del trabajo radica en que las disposiciones que emanan de los convenios colectivos prevalecerán sobre las de la ley, cuando establezcan condiciones más favorables para los trabajadores (crf. arts. 7 y 8 de la Ley 14.250 y arts. 7, 8 y conchs. de la L.C.T.), por lo que las cláusulas convencionales que puedan oponer las empleadoras, sólo resultarán de aplicación cuando mejoren las condiciones a las que la ley sujeta el derecho a la percepción de comisiones, pero no cuando las empeoren. En tal marco, cabe considerar que el art. 108 de la L.C.T. prevé que las comisiones deberán liquidarse sobre “operaciones concertadas”. Dicha disposición de origen legal no establece otra condición que la concertación de una operación, es decir la realización de gestiones útiles para la concreción del negocio de que se trate, por lo que la exigencia de que, además, se acredite su ejecución, se ubica por fuera del marco normativo propuesto.-----

En tal sentido he sostenido que, supeditar la procedencia de la comisión a la percepción del primer aporte no resulta ajustado a derecho ya que lo que caracteriza a la relación laboral es que entre las partes, no hay una vinculación asociativa, ello significa que el trabajador tiene derecho al salario por la circunstancia de haber concertado la operación, sin asumir los riesgos que su inejecución irroge. El carácter variable o aleatorio del sistema remuneratorio basado en comisiones no justifica esa traslación de riesgos, razón por la que la frustración del negocio que se derive de la falta de concreción, no puede recaer sobre el dependiente (en sentido análogo, Fallo Plenario N° 78 del 14/7/61 en autos “Noriega, Marcos H. c/

Poder Judicial de la Nación

Remington Rand Sudamericana”, pub. en D.T. 1962, pág. 391).-----

Por lo expuesto, voto por dar respuesta negativa al segundo interrogante planteado.--

EL DOCTOR SIMÓN, dijo:-----

Sobre los dos interrogantes que se proponen, de conformidad con lo dispuesto por el art. 295 del CPCCN, tuve ya oportunidad de expedirme al votar como juez de primer voto in re “Cabanchik, Maximiliano c/ MAPFRE Aconcagua Vida Cía. de Seguros S.A. s/ despido” (sentencia definitiva n° 68.879 del 27/09/06 del registro de esta Sala V), criterio que hizo mayoría en este Tribunal, con la adhesión de mi distinguida colega Dra. María Cristina García Margalejo.-----

En el precitado caso “Cabanchik”, sostuve además que: “Es claro que las comisiones deben liquidarse sobre operaciones concertadas (art. 108 L.C.T.) razón por la que la frustración del negocio no puede recaer sobre el dependiente...”; “...pues en definitiva más allá de los largos plazos de duración de las pólizas contratadas o el pago de primas periódicas a los que se hace alusión, lo cierto es que el negocio jurídico entre la demandada y sus clientes quedaba cerrado una vez concertado éste por parte del actor, quien luego de ello quedaba ajeno a las vicisitudes que pudieran presentarse en relación a aquéllos”.-----

En virtud de ello, se exhibe lógico que la operación debe entenderse como “concertada” una vez emanada la aprobación por parte del organismo competente para ello (S.A.F.J.P.) pues dicha circunstancia es la que permite tener por perfeccionado el negocio jurídico entre el afiliado y la administradora de los fondos de jubilación.-----

En tales condiciones debe fijarse en este proceso cuándo puede considerarse concertada la operación en el peculiar régimen sobre el que versa este plenario y, en tal sentido, estimo que es cuando la afiliación del promotor de una A.F.J.P. es aprobada por parte de la autoridad de Superintendencia que determina si puede considerarse válida esa operación.-----

Por lo que al primer interrogante, he de votar por la AFIRMATIVA.-----

En cuanto al restante, he sostenido en oportunidad de votar en la causa “Capetta, Mauricio Luciano c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido”, S.D. 12.666 del 30/4/04 del registro de la Sala X de esta Cámara y que tuvo la adhesión del Dr. Gregorio Corach, así como también in re “Turri, Ana c/ Siembra A.F.J.P. S.A.” el 29/9/98, que: “*resulta ilegítimo, supeditar la percepción de la comisión al haber reunido un mínimo de afiliaciones o al efectivo depósito de los aportes, puesto que ello importaría exigir la ejecución del contrato, hecho al que el empleado que trató y concluyó el mismo es totalmente extraño*”.-----

Por lo que, manteniendo la tesis que ya sostuve en dichas oportunidades, voto por la NEGATIVA al segundo interrogante.-----

EL DOCTOR BALESTRINI, dijo:-----

Para dar una respuesta al primer interrogante que nos convoca, estimo oportuno señalar que el art. 108 de la L.C.T. dispone claramente que “...cuando el trabajador sea remunerado en base a comisiones, ésta se liquidará sobre las operaciones concertadas...”, de allí que, siendo el promotor de AFJP un trabajador remunerado en base a este sistema, no existen dudas sobre la aplicación de la mentada norma en tales casos.-----

Ahora bien, la duda se suscita –a raíz del dictado de pronunciamientos contradictorios- en el momento en que debe entenderse “concertada” la operación que realiza el promotor como resultado de su gestión laboral, y ello encuentra sustento en 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-, circunstancia que dio lugar a diversas interpretaciones que básicamente pueden resumirse en dos posturas principales.-----

Una de ellas se inclina por considerar que el negocio que devenga la comisión del promotor debe entenderse “concertado” en los términos de la norma, con la sola suscripción de la ficha de afiliación sin más condición que esa, por cuanto ese solo hecho permite concluir que el promotor ha cumplido con el objetivo encomendado, al lograr la celebración de un contrato entre su empleador y el afiliado, y quienes participan de esta posición, consideran que la exigencia de aguardar la aprobación de otro organismo, resulta un hecho ajeno a su débito contractual y que, aún de no ocurrir, no desvirtúa “el negocio” llevado a cabo por el agente promotor.-----

Por su parte, la otra posición considera que la operación del agente recién debe entenderse “concertada” una vez que se ha obtenido la aprobación de la entidad antes referida (SAFJP), ya que así ha sido estipulado y, en tal entendimiento, que el derecho al cobro de la comisión que devenga dicho negocio jurídico, recién puede nacer a partir de ese momento.-----

Me enrolo en esta segunda postura por cuanto, en mi parecer, 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 14.546), 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

Poder Judicial de la Nación

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.-----

Como consecuencia de lo dicho precedentemente, entiendo que el segundo cuestionamiento que suscita la convocatoria debe resolverse por la negativa.-----

En efecto, si tal como dije, en mi opinión, la operación llevada a cabo por el agente promotor de las AFJP debe considerarse concertada una vez que se ha cumplido con la formalidad señalada –esto es, la aprobación de la Superintendencia- no debe exigirse ninguna otra condición para considerar perfeccionada la operación respectiva ya que, además, dicha circunstancia (el efectivo ingreso del aporte del afiliado) supera la exigencia de una mera formalidad, toda vez que implica supeditar la percepción de la retribución del dependiente, a un factor o riesgo ajeno al álea propia del contrato.-----

Lo entiendo de este modo por cuanto, en mi parecer, el agente cumple con la tarea encomendada (y que origina el derecho al cobro de la comisión) con la obtención de la afiliación debidamente aprobada por la autoridad de contralor, sin que las posteriores eventualidades relativas a la ejecución del contrato celebrado puedan serle oponibles ya que, un temperamento contrario, implicaría sostener que el trabajador queda supeditado al riesgo propio del giro empresario que asume el empleador, lo cual, de conformidad con nuestro sistema legal, no puede ser válidamente admitido.-----

En mérito a estas consideraciones –y tal como lo adelanté- voto por la negativa al segundo interrogante planteado.-----

LA DOCTORA GARCÍA MARGALEJO, dijo:-----

1) En primer término considero que debo hacer una aclaración. Tal como se desprende del escrito mediante el cual se interpone recurso de inaplicabilidad de la ley en estos autos, la parte actora acudió a tal remedio porque la Sala VIII de esta Cámara resolvió que no viola el art. 108 L.C.T. el pago de la comisión una vez ingresado el aporte por el afiliado, y los pactos de este tipo de remuneración no se encuentran sujetos a restricción alguna (sentencia n° 33.305 de fecha 31-5-2006 punto III del primer voto y fs. 256 vta. del recurso antes mencionado), en tanto que las Salas III, IV y X habían entendido que no corresponde sujetar el derecho al cobro de la comisión al hecho del efectivo ingreso o depósito de los aportes; en tal entendimiento, solicitó la parte accionante que se haga lugar al recurso de inaplicabilidad “...y se convoque a plenario a fin de determinar si viola o no el art. 108 L.C.T. el pago de la comisión efectuado recién una vez ingresado el aporte del afiliado” (fs. 257 recurso cit.).-----

Por su parte la Sala IX de esta Cámara al declarar admisible el recurso luego de hacer mérito de la sentencia de la Sala VIII antes indicada, destacó que en los precedentes “Arturi, Nicolaza Haydée c/ Máxima S.A. A.F.J.P. s/ despido” (sentencia de la Sala III n° 83.227 del 21-2-2003), “Atías, Marta Enriqueta c/ Consolidar A.F.J.P. S.A.” (sentencia de la Sala IV n° 86.417 del 28-2-2001) y “Turri, Ana María c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido” (sentencia definitiva de la Sala X n° 4.762 del 29-9-1999) se consideró en lo pertinente, que por imperio de lo dispuesto en el art. 108 L.C.T. tiene el promotor derecho al cobro de la comisión a partir de la aprobación de la afiliación por la Superintendencia de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, pues ése es el momento en que el negocio se perfecciona, siendo un riesgo ajeno a aquél el efectivo ingreso por parte del aportante del pago que le correspondiera (sentencia interlocutoria n° 9.259 del 19-12-2006).-----

Por ende así, a mi juicio, quedaba delimitada la cuestión: si se torna necesario o no en el marco del art. 108 L.C.T., que se efectivice el pago de los aportes para que nazca el derecho del promotor a cobrar la respectiva comisión por la operación de que se trata.-----

No obstante ello, y dado que en definitiva el temario quedó determinado tal como luce en los dos interrogantes planteados, cabe que pase a expedirse en forma previa sobre el primero de ellos.-----

Poder Judicial de la Nación

2) En los términos en que, pues –en definitiva-, quedó redactado el temario, debo dar respuesta a la primera pregunta, respuesta que por lo que expondré, será afirmativa tal como lo expresan asimismo los Dres. Corach, Guibourg y Pirolo.-----
Liminarmente considero por demás relevante señalar que el caso de las afiliaciones a una Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (en adelante A.F.J.P.) no se asimila sin más al de un negocio de compraventa de mercaderías; también difiere del caso de compraventa de inmuebles (al que se refiere el Sr. Fiscal General en su dictamen). Lo resolví en tal sentido reiteradamente y desde mi actuación en 1ª instancia (entre otros casos en “Palermo, María Celina c/ Dignitas A.F.J.P. S.A. y otro s/ despido”, sentencia definitiva n° 7.411 del registro del Juzgado n° 43, de fecha 25-8-1998).-----

Las personas físicas pueden optar por el régimen previsional de capitalización individual (art. 30 ley 24.241) mas la incorporación a este régimen está fiscalizada expresamente por la Superintendencia de Administradoras de fondos de Jubilaciones y Pensiones (en adelante S.A.F.J.P.) juntamente con la Administración Nacional de la Seguridad Social (art. 118 inciso “c” de igual ley), y **las normas reglamentarias deberán prever los procedimientos, plazos y modalidades que hagan factible la incorporación a este régimen** de las personas que a la fecha de su entrada en vigor quedaren comprendidas en el mismo, así como los de quienes ejerzan la opción a que se refiere el art. 30 (art. 130 igual ley, el destacado me pertenece).-----

Como se advierte, el procedimiento de afiliación a estos regímenes está regulado por una ley –y por disposiciones reglamentarias que la complementan-. En una compraventa común de mercadería, aun cuando se efectúe con la intervención de un intermediario –vendedor dependiente remunerado a comisión-, hay fundamentalmente dos partes: el vendedor (fabricante del producto por ejemplo) y el comprador (generalmente un comerciante o un industrial según la mercadería de que se trate) que manejan sus propios intereses y es lógico que si, notificado de la operación por el intermediario empleado dependiente, el vendedor no formula objeción en un lapso razonable, aquélla se considera suficientemente “concertada” por vía del intermediario quien, así, genera el derecho a su comisión.-----

La A.F.J.P. y el posible afiliado no son equiparables en forma lisa y llana al fabricante –vendedor- y comerciante –comprador- del ejemplo anterior.-----

En las afiliaciones a las A.F.J.P. intervienen otros actores sin cuya aprobación la “operación” no es válida, y cuando se registran anomalías, requisitos no cumplidos, inobservancia de normas reglamentarias, etc., no se está sin más ante ventas o pedidos “rechazados”, ni hay un vendedor (a su vez empleador) que no entrega la “mercadería” por causas que le son imputables o al menos que son ajenas al

dependiente que ha terciado en la operación, sino ante un sistema supervisado y pautado por una ley y la autoridad pública que, por su naturaleza e importancia, justifica una reglamentación específica y detallada, y sin que puedan incorporarse indiscriminadamente al sistema todos aquéllos que, simplemente, suscriban una solicitud. No debe perderse de vista que los aportes que se hallan involucrados son obligatorios, se le retienen a quienes trabajan en relación de dependencia más allá de su voluntad y se utilizan para el pago de jubilaciones y pensiones que se otorgan o no también de conformidad con normas legales y reglamentarias específicas que las regulan, y que encuentran fundamento en la normativa de nivel constitucional (art. 14 bis C.N.). Del mismo modo, las contribuciones patronales son obligatorias. Toda la administración de tales fondos y los intereses en juego exceden lo exclusivamente individual.-----

Es por tales razones que lo que se denominaría en el caso la “operación” no está completa en su concertación hasta tanto la autoridad pública investida por ley para su fiscalización y aprobación no haya otorgado esta última. Téngase en cuenta que con posterioridad, no es el afiliado el que paga en forma directa y en cualquier forma que desee o logre convenir con la A.F.J.P. los aportes involucrados, pues hay un tercero obligado a efectuar la retención en el caso de los afiliados trabajadores en relación de dependencia, otro interviniente y que, además, también paga: el patrono de otra relación laboral (la que existe entre el afiliado y su empleador) que debe abonar las pertinentes contribuciones a su cargo. Estimo que las particularidades y características de esa situación integralmente consideradas, justifican sobradamente la conclusión que propicio.-----

Por tanto, la respuesta al primer interrogante es por mi parte, y como lo adelanté, afirmativa.-----

3) En cuanto a la segunda pregunta, el art. 108 L.C.T. reza: “*Cuando el trabajador sea remunerado en base a comisión, ésta se liquidará sobre las operaciones concertadas*”. Estando la operación concertada con su correspondiente aprobación por la S.A.F.J.P. tal como antes indiqué, no considero que sea exigible el pago o ingreso del aporte, porque en el marco de dicha norma aquella concertación torna viable el derecho a la comisión aunque no se haya pagado efectivamente el aporte, y ello más allá de la opinión que pueda merecer la aplicación lisa y llana de tal normativa a una actividad con especiales características y que difícilmente fue tenida en miras al dictarse la Ley de Contrato de Trabajo, cuando la normativa previsional era diferente a la actual y no existían las A.F.J.P. ni el sistema de capitalización ni los promotores/vendedores de este tipo de planes. Mas, tratándose de un trabajador remunerado a comisión, ésta ha de ser la solución legal del tema en

Poder Judicial de la Nación

atención a los términos del art. 108 antes citado.-----

Mi respuesta al segundo interrogante es, pues, negativa.-----

EL DOCTOR STORTINI, dijo:-----

En lo concerniente al temario sometido a consideración de este acuerdo plenario ya he tenido oportunidad de expedirme en diversas causas en las que dicté sentencia como juez de la anterior instancia (entre otras, en los autos “Bellini, Patricia Elizabeth c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido” sentencia definitiva 8.813 dictada el 30 de mayo de 2003 y en “Goggia, Arturo Antonio c/ Siembra A.F.J.P. S.A. s/ despido” sentencia definitiva 9.122 del 31 de mayo de 2005, ambas del registro del Juzgado N° 44 del fuero).-----

En dichas actuaciones sostuve –y aquí lo reitero- que los trabajadores que se desempeñan como promotores de una A.F.J.P. tienen derecho al cobro de la respectiva comisión a partir de la aprobación de la afiliación por parte de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones (S.A.F.J.P.) por cuanto ese es el momento en el cual el negocio queda perfeccionado, resultando inadmisibles las pretensiones de la demandada en cuanto a que se computen las comisiones desde el ingreso del aporte del afiliado a poco que se aprecie que en una relación laboral dependiente la frustración del negocio no puede recaer en el trabajador, quien debe ser remunerado por el hecho de poner su capacidad de trabajo a disposición de la empleadora (art. 103 L.C.T.) y porque específicamente tiene derecho al cobro de comisiones por su gestión en la operación de que se trate como retribución por la labor desarrollada con la materialización del negocio respectivo (art. 108 ídem).-----

Es decir que, una vez aprobada la afiliación que haya realizado el promotor de una A.F.J.P. por la referenciada autoridad de contralor, se genera el derecho del trabajador al cobro de la comisión pertinente y ello acontece al margen de si efectivamente ingresa o no el aporte por cuanto tal circunstancia constituye un riesgo de la empresa y es ajena al promotor subordinado.-----

Sobre la base de las consideraciones precedentes, voto entonces por la afirmativa respecto del primer interrogante y por la negativa en lo que hace al segundo.-----

EL DOCTOR EIRAS, dijo:-----

Con posterioridad a mi voto en la causa “Arturi, Nicolasa Haydee c/ Máxima S.A. AFJP s/ despido” (S.D. 83.227 del 21/2/02), sostuve que no existen razones de peso que lleven a considerar que la afiliación de trabajadores a una administradora de fondos de jubilaciones y pensiones como consecuencia de la actividad de

promotores no constituya una venta o contratación de un servicio.-----

La postura en tal sentido me persuade, ante un nuevo estudio de la cuestión, a modificar el criterio que oportunamente sostuve. Es claro que la actividad de la demandada es comercial (venta de servicios de administración de fondos) y que la de un promotor consiste en la venta de servicios mediante la afiliación de trabajadores. Dicha actividad resulta analógica a la que desarrolla el viajante de comercio que obtiene de un posible cliente una nota de pedido que somete a la empresa empleadora que tiene a su vez, la facultad de aceptar o rechazar el pedido (rechazo expreso o aceptación tácita por el paso del tiempo supuesto contemplado en el art. 5 de la ley 14.546).-----

En el caso de las afiliaciones al régimen de la ley 24.241, es la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, la encargada de fiscalizar junto con el ANSES si el futuro adherente al sistema (cliente) se encuentra en condiciones para acceder de acuerdo a lo que establece la norma de aplicación (arts. 43 a 45 de la ley 24.241). En este entendimiento, es claro que la aprobación o desaprobación por parte de la SAFJP en el régimen de jubilaciones y pensiones hace las veces de aceptación o de rechazo de la nota de pedido a la que me referí supra. Por ello, votaré por la afirmativa al primer interrogante.-----

Respecto del segundo votaré por la negativa puesto que el riesgo de que el afiliado (aceptado en el régimen) efectivamente ingrese el aporte, es inherente a la calidad de empresario –empleador- y ajeno a la actividad del trabajador promotor.-----

En consecuencia y por todo lo expuesto, votaré por la afirmativa al primer interrogante y por la negativa al segundo.-----

EL DOCTOR RODRÍGUEZ BRUNENGO, dijo:-----

Adhiero al voto del Dr. Guibourg, por coincidir con todos los argumentos que lo fundamentan; el trabajador de una AFJP es un promotor que, fuera del establecimiento de su empleador, busca clientes y celebra contratos, en condiciones que presentan una notable analogía con la típicamente regulada por la ley 14.546.----

Tuve oportunidad de expedirme sobre la cuestión en mi primer voto en autos: “Jara Beltrando, Natalia del Valle c/ Consolidar A.F.J.P. S.A. s/ diferencias de salarios”, Sentencia Definitiva N° 39.654, del 18 de octubre de 2006, en criterio que ahora reitero, en la misma dirección.-----

La normativa mencionada, en su art. 5°, inc. “b” dispone que “la inejecución de la nota de venta por voluntad o impedimento del comerciante o industrial, no hará perder al viajante el derecho de percibir la comisión” (ibidem, inciso c).-----

Por otra parte, la AFJP no puede rechazar las adhesiones de quienes quieran ser

Poder Judicial de la Nación

incluidos entre sus asegurados, ya que así lo dispone el art. 42 de la ley 24.241, sujeto, naturalmente, a que dichas adhesiones se ajusten a las previsiones legales que rigen las previsiones y traspasos (arts. 43 a 45 de la ley 24.241), cuyo contralor está a cargo de los organismos pertinentes.-----

Es razonable, por ende, deducir que el pago de la comisión debida al promotor por una adhesión no rechazada, no puede condicionarse al previo cumplimiento de obligaciones dinerarias por la otra parte contratante.-----

En consecuencia, voto por la afirmativa a la primera cuestión, y por la negativa a la segunda, con el alcance determinado en las consideraciones que anteceden.-----

EL DOCTOR CATARDO, dijo:-----

I.- Que sentado que concurre doctrina contradictoria respecto de los alcances del artículo 108 de la L.C.T. en relación al momento a partir del cual los agentes promotores de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones tienen derecho a percibir las comisiones por las operaciones realizadas, debo admitir que la Sala VIII, ha motivado esta convocatoria, con el criterio que sentara en los autos “Aguirre, Olga Magdalena c/ Consolidar A.F.J.P. S.A. s/ diferencias de salarios, en el cual no voté (artículo 125 L.O.).-----

II.- Que el suscripto, en los autos “*Helzel, Fernando Carmelo c/ Consolidar A.F.J.P. S.A. s/ diferencias de salarios*”, sentencia n° 33.529 del 24/8/2006 y como vocal preopinante, en el punto V de dicho pronunciamiento volvió a repetir algunos de los conceptos vertidos en la causa “Aguirre”, sosteniendo en definitiva, aquella postura, sin mayores consideraciones.-----

III.- Que a la luz de un nuevo examen de la cuestión planteada y habiendo examinado detenidamente conceptos vertidos por mis ilustres colegas, se hace necesaria una revisión de lo sostenido anteriormente.-----

En efecto, la primera parte del interrogante planteado, debe responderse en forma afirmativa, pues el promotor tiene derecho a la comisión a partir de la aprobación de la afiliación por parte de la autoridad de Superintendencia de las Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones, por cuanto es ese el momento en que se perfecciona el negocio entre el afiliado y la administradora de los fondos de jubilación.-----

Y aprobada la afiliación realizada por el promotor por parte de la autoridad de Superintendencia, se genera el derecho del trabajador al cobro de la comisión respectiva. Será entonces, un riesgo ajeno a aquél, el efectivo ingreso por parte del aportante del pago que le correspondiera. Ello debe ser así ya que el aporte efectivamente ingresado es una contingencia ajena al promotor quien ya es acreedor

al devengamiento de la respectiva comisión.-----

Es por ello que, a la luz de un nuevo análisis de las cuestiones planteadas, voto por una respuesta afirmativa al primer interrogante, y por una respuesta negativa al segundo.-----

LA DOCTORA PORTA, dijo:-----

Por sus fundamentos adhiero a la tesitura de mi distinguido colega, Dr. Guibourg, y por ello voto por la afirmativa al primer interrogante y por la negativa al segundo.---

EL DOCTOR PIRRONI, dijo:-----

Adhiero a los fundamentos expuestos por mi distinguida colega Dra. García Margalejo, voto por la AFIRMATIVA en el primer interrogante y por la NEGATIVA en el segundo.-----

EL DOCTOR MORONI, dijo:-----

De conformidad con sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Daniel Stortini. Consecuentemente voto por la afirmativa al primer interrogante y por la negativa al segundo.-----

LA DOCTORA FONTANA, dijo:-----

Por los fundamentos desarrollados por el Dr. Ricardo Guibourg, que comparto y a los que adhiero, voto por la afirmativa al primer interrogante, y por la negativa al segundo punto del cuestionario que nos convoca.-----

EL DOCTOR SCOTTI, dijo:-----

Por los fundamentos expuestos en los votos de los Dres. Corach y Simón, que comparto plenamente, voto por la AFIRMATIVA a la primera cuestión y por la NEGATIVA a la segunda.-----

EL DOCTOR VILELA, dijo:-----

A la primera pregunta, doy la respuesta por la afirmativa y a la segunda por la negativa, conforme a los fundamentos expuestos en los votos de los Dres. Piroló y Guibourg.-----

EL DOCTOR FERA, dijo:-----

Por los fundamentos expuestos en el voto del doctor Guibourg, cuyos términos

Poder Judicial de la Nación

comparto en lo substancial, me pronuncio por la afirmativa al primero de los interrogantes planteados y por la negativa al segundo.-----

EL DOCTOR ZAS, dijo:-----

Por las razones expuestas por los Dres. Guibourg y Simón, voto por la **afirmativa** al primer interrogante y por la **negativa** al segundo.-----

EL DOCTOR GUIADO, dijo:-----

Por los fundamentos expuestos en los votos de los doctores GUIBOURG y SIMÓN, que coinciden sustancialmente con las motivaciones vertidas por el suscripto al expedirme como vocal de la Sala IV en la causa “García de Casafús, María Elisa c/ Met AFJP S.A. s/ despido” (sentencia N° 92.080 del 28 de febrero de 2007), voto por la AFIRMATIVA a la primera cuestión, y por la NEGATIVA a la segunda.-----

Por la **NEGATIVA** a ambos interrogantes, constituyendo **MINORÍA**, votan los doctores: MAZA, FERNÁNDEZ MADRID, FERREIRÓS, VÁZQUEZ y GUTHMANN.-----

EL DOCTOR MAZA, dijo:-----

I.- A la primera cuestión, sobre si, en el marco del art. 108 L.C.T., el derecho del promotor de una AFJP a la comisión por afiliación requiere la aprobación de la autoridad de supersentencia (SAFJP), respondo en forma **NEGATIVA**.-----

En primer lugar deseo puntualizar que, desde mi humilde y escaso conocimiento del complejo régimen jurídico previsional, entiendo que la fiscalización que la SAFJP ejerce en virtud de lo dispuesto en el inciso c) del art. 118 del SIJP no significa que se requiera su aprobación de los contratos de afiliación que celebran los agentes del sistema, las AFJP, con sus afiliados.-----

Entiendo que, a los fines de que la afiliación de un trabajador o una trabajadora a una AFJP, surta efectos, no se requiere la aprobación de la Superintendencia de AFJP., ya que el régimen de la Res. SAFJP 767/95 solamente prevé la comunicación del acuerdo celebrado entre el afiliado y la entidad, con la intervención del promotor, agente oficial o personal jerárquico autorizado por la AFJP con carácter de declaración jurada en los términos del art. 5 Bis de dicha norma reglamentaria. Las novedades se comunican, luego a la DGI (conf. arts. 6 y 8) al sólo fin de actualizar el Padrón de Aportantes del SIJP y del control de multifiliación.-----

Esto implica, a mi juicio, que el contrato de afiliación entre el trabajador y la AFJP queda cerrado con la suscripción de la solicitud de afiliación prevista en los arts. 3 y

stes. de la citada Res. 767/95, máxime que aún cuando surja un obstáculo por multifiliación, éste podrá ser resuelto por la regla establecida en el primer párrafo del art. 9 de la Res. 767/95 en tanto dispone que “Cuando se detecten múltiples afiliaciones, se considerará como válida la incorporación en aquella AFJP que registre la fecha de suscripción más antigua”.-----

Tampoco encuentro en la normativa que rige los traspasos de un trabajador ya afiliado a otra AFJP que la eficacia del cambio de administradora esté condicionado a la aprobación por parte de la SAFJP, aún cuando sea necesaria y esté prevista una comunicación a la AFJP que abandona el afiliado y a la AFIP, así como la conformidad de esta Administración (conf. Res. SAFJP 768/95).-----

Por ende, estimo que no hay razón jurídica para sujetar el devengamiento de las comisiones por afiliación o por traspaso a una eventual aprobación por la SAFJP y opino que se adeudan desde que los negocios quedan concertados efectivamente.----

Al respecto, me parece útil memorar lo señalado por mi muy ilustre colega Juan Carlos Fernández Madrid en el sentido de que un negocio se considera efectivamente concluido cuando adquiere realidad jurídica de manera que cada una de las partes puedan exigirse el cumplimiento de las obligaciones asumidas y puedan reclamarse, en caso de incumplimiento, el resarcimiento de los daños y perjuicios (*Tratado Práctico de Derecho del Trabajo*, Editorial La Ley , 3ra. Edición, Buenos Aires, 2007, T. II, pág. 1.392).-----

En las peculiares operaciones involucradas en el presente análisis, opino que el negocio jurídico de primera afiliación queda anudado por la mera suscripción del formulario de solicitud de afiliación por parte del trabajador y del representante de la AFJP en los términos ya descriptos y en los casos de traspasos cuando la AFIP otorga la conformidad en los términos de la Res. SAFJP 164/95, lo que podrá ser objeto de debate y prueba en cada caso acerca del momento en que aconteció.-----

Mas, reitero, considero que la validez del negocio entre afiliado y administradora, logrado por el promotor, no depende de aprobación alguna de la SAFJP.-----

Por cierto que, por lo dicho, cuando ese contrato se frustrare en perjuicio de la AFJP por negligencia o dolo del afiliado la administradora podrá demandar de su contraparte contractual el resarcimiento de los daños que aquel comportamiento le haya irrogado, incluidas las comisiones abonadas.-----

Obviamente, a mi juicio, estas causas de frustración posterior del negocio que el promotor cerró adecuadamente merced a su trabajo llevado a cabo según sus instrucciones y de forma leal, son parte del riesgo empresario que debe asumir la empresa y no el trabajador como contrapartida de la ajenidad del dependiente en los frutos económicos de la explotación.-----

Poder Judicial de la Nación

Entiendo que está fuera de debate que la mala fe o negligencia grave del promotor son causas jurisprudencialmente reconocidas de pérdida de la comisión y así lo dejo aclarado.-----

II. Al segundo interrogante relativo a si se requiere para el devengamiento de las comisiones el ingreso a la AFJP del aporte, respondo de forma también **NEGATIVA**, ya que cualquier estipulación de las partes individuales o colectivas o disposiciones reglamentarias emanadas del empleador carecen de aptitud para afectar la garantía imperativa del art. 108 L.C.T., las que resultarían de una inocultable nulidad.-----

En efecto, aunque pueda debatirse cuándo se concertó la operación generadora de la comisión, punto aludido en el primer interrogante, de ninguna manera cabe discutir sobre la posibilidad de postergar ni, menos aún, condicionar el devengamiento de la comisión a un hecho jurídico posterior y distinto a la conclusión contractual del negocio, que es la tarea encomendada al promotor.-----

Al disponer la Ley de Contrato de Trabajo imperativamente que las comisiones se liquidarán sobre las operaciones concertadas está garantizando, como regla pétrea inderogable, que este sólo hecho del cierre del trato por parte del dependiente en representación de la empresa con el cliente es el que debe ser retribuido con la comisión pactada, sin que pueda por vía de otra fuente jurídica añadirse otro recaudo adicional que modificaría esa garantía legal.-----

Pero, además de esta razón legal absolutamente ineludible, debe meritarse que una vez concertado el contrato de afiliación o perfeccionado el acuerdo de traspaso, según lo que indiqué en el punto anterior, si los aportes del trabajador no ingresan a la AFJP mediará una contingencia propia del riesgo de la empresa, riesgo que, reitero, no puede ser cargado al dependiente, ya que es ajeno por definición de la relación de dependencia a tales avatares.-----

III. Por estas razones, voto en forma **NEGATIVA** a ambos interrogantes.-----

EL DOCTOR FERNÁNDEZ MADRID, dijo:-----

Al tratar el tema de la comisión y su percepción por el trabajador (Tratado Práctico del Derecho del Trabajo, Tercera Edición, T. II, págs. 1392/1394) he expresado que la comisión se gana, en principio, por negocios u operaciones concertados, es decir aquellos negocios tratados (gestionados) por el dependiente sin que interese que el negocio haya sido concluido por este último o que lo haya sido directamente por el principal, pero sí debe tratarse de un negocio perfeccionado en la medida de lo exigido al trabajador pues lo que se remunera en estos casos, es el resultado útil de la gestión del trabajador.-----

El negocio se considera concluido cuando adquiere realidad jurídica, es decir, 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.-----

Si como dice la L.C.T., la comisión se gana por negocios concertados, parece que existe la imposibilidad jurídica de sujetar el derecho a comisión a condiciones como la de solvencia o de cumplimiento.-----

En el curso del acuerdo plenario “Noriega, Marcos c/ Remington Ran Sudamericana S.A.”, con argumentos que revisten valor actual, el Dr. Fleitas subrayó que la comisión se debe por la mediación del empleado en la operación de que se trate, como retribución por el trabajo prestado o por el solo hecho de haberlo realizado, siendo indiferente que el negocio se concluya o no por circunstancias de fuerza mayor o condición incumplida a menos que haya mediado culpa, dolo o negligencia por parte del subordinado.-----

La misma tesis informa la opinión de la mayoría de los autores. Es así que De Litala, luego de plantearse la cuestión de si la comisión se debe sobre los negocios concluidos o sobre los tratados por el empleado, decidiéndose por lo primero, se refiere a si por negocio concluido debe entenderse sólo los que hayan tenido buen fin. Y avalado por las autorizadas opiniones de Pipia, Peretti-Griva, Pergolesi y Deveali, sostiene que “...no puede surgir duda de que la comisión se debe tanto en el caso que el negocio haya llegado a buen fin, como en el que no haya tenido el resultado esperado, que el derecho del prestador de obra surge con haber motivado la conclusión del contrato, o sea la reunión de los consentimientos de los contratados mientras que el haber llegado el contrato a buen fin se refiere a la ejecución del contrato al que es completamente extraño el empleado que trató y concluyó el mismo...” (De Litala, Luigi, “El contrato de trabajo”, trad. esp. de Sentís Melendo, Santiago, Buenos Aires, 1946, pág. 133).-----

En definitiva, queda prohibido a las partes establecer en el contrato que la comisión sólo se deberá cuando tuviera lugar la ejecución del contrato (cláusula de buen éxito). De ahí que el vendedor no pierde el derecho a la comisión por la inejecución del negocio debido a las circunstancias posteriores a la conclusión del contrato y si después de celebrar el negocio las partes se ponen de acuerdo para abandonarlo, o alguna de ellas no lo cumple o lo cumple sólo en parte, ninguna de estas alternativas puede oponerse al trabajador para desconocerle el derecho a percibir la comisión.----

El derecho del promotor de una A.F.J.P. a la comisión por afiliación, debe ser asimilado al que tienen los viajantes de comercio pues, su gestión, no difiere mayormente de la que realizan estos últimos. Lo que importa es que por su

Poder Judicial de la Nación

intervención se ha originado un negocio y sólo si éste se frustra por culpa del trabajador, que conocía elementos impositivos para su concreción, caerá el derecho a la comisión.-----

En esta aspecto, lo dispuesto en el artículo 108 L.C.T. (cobro de comisiones sobre operaciones concertadas) prevalece sobre las normas reglamentarias que supedita el cobro de la comisión a que el primer fondo producto de la afiliación efectuada se acredite en la cuenta de capitalización individual administrada por la empresa, lo cual supone, la previa aceptación de la operación por la Superintendencia de las A.F.J.P.-----

Por tanto y argumentos dados por el Sr. Fiscal General me pronuncio, en los dos interrogantes planteados, por la negativa.-----

LA DOCTORA FERREIRÓS, dijo:-----

En esta oportunidad y de acuerdo con lo previsto en el art. 295 del C.P.C.C. nos convoca el siguiente interrogante: “En el marco del art. 108 de la L.C.T., el derecho del promotor de una A.F.J.P. a la comisión por afiliación: 1) ¿requiere la aprobación de la autoridad de superintendencia (S.A.F.J.P.)? y 2) ¿en caso afirmativo, requiere además el ingreso del aporte?”.-----

Para comenzar este voto, tengo para mí, que el temario propuesto está anclado en el devenir de los tiempos que producen hondas transformaciones.-----

La aparición en el mundo jurídico, del sistema en el que se desenvuelven las A.F.J.P., parece haber hecho pensar a algunos estudiosos del derecho que tal situación podría alterar la remuneración de los trabajadores en cuanto a las comisiones que perciben.-----

El artículo 1° del Convenio N° 95 de la O.I.T. que posee rango constitucional, conformando el Bloque Federal Constitucional, entiende que: “salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.-----

En el mismo andarivel, tengo dicho antes de ahora que la remuneración es la contraprestación por la prestación de hacer, llevada a cabo por el trabajador. A ello debe añadirse que cuando el artículo 108 de la L.C.T., ordena liquidar las comisiones sobre las operaciones concertadas, está fijando el requisito de pago, es decir la labor desarrollada en el hacer que significa concertar.-----

De manera tal que cualquier otro requisito que se quiera incorporar, como podría

ser, condicionar el pago a la aprobación de un tercero, resultaría a mi modo de ver, violatoria del artículo 108 de la L.C.T., pero además desconocería la naturaleza jurídica del instituto remuneratorio y el principio de indemnidad, porque se estaría haciendo depender la remuneración del trabajador del riesgo empresario.-----
Lo que de dejado expresado, resulta a mi juicio suficiente para emitir una respuesta negativa a los interrogantes propuestos.-----

LA DOCTORA VÁZQUEZ, dijo:-----
Comparto en su integridad el dictamen emitido por el señor Fiscal General ante esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo. Por ello, respondo de modo NEGATIVO al primer interrogante y, como corolario, también me pronuncio en forma NEGATIVA respecto del segundo.-----

LA DOCTORA GUTHMANN, dijo:-----
Por haber compartido y seguir compartiendo los fundamentos y conclusiones del dictamen del Sr. Fiscal General ante esta Excma. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Dr. Eduardo O. Álvarez, voto en forma negativa a ambos interrogantes.-----

Por la **AFIRMATIVA** a ambos interrogantes, constituyendo **MINORÍA**, vota el doctor MORANDO.-----

EL DOCTOR MORANDO, dijo:-----
En la causa “*Mazzino, Horacio José v. SIEMBRA A.F.J.P. S.A. s. despido*”, (sentencia definitiva 31.371 del 18.07.03), dije que “no viola el artículo 108 L.C.T., el pago de la comisión una vez ingresado el aporte por el afiliado, ya que los pactos respecto de este tipo de remuneración no se encuentran sujetos a restricción alguna. Rige sin limitaciones la autonomía privada (artículo 1197 del Código Civil). Las partes son libres de convenir el porcentaje de comisión, la base sobre la que se habrá de aplicar y los extremos configurativos de la adquisición del derecho a su percepción. Lo que la norma veda es que, respecto de operaciones perfectas, que generaron el derecho al cobro de la retribución, se traslade al trabajador el riesgo de su eventual inejecución. Cuando el perfeccionamiento de la operación está sujeto a condición suspensiva, cuyo cumplimiento determina tanto ese efecto como el devengamiento de la comisión, no existe objeción legal...”.-----
Definido el criterio del Tribunal respecto de ambos interrogantes, agrego a la transcripción antecedente que, por las mismas razones que informan que la respuesta

Poder Judicial de la Nación

afirmativa al primero de ellos –la plena disponibilidad de las partes para determinar las modalidades de un sistema de comisión, en el caso, reforzada por la pertinencia de la intervención de la Superintendencia de A.F.J.P.-, vale, a mi juicio, para la segunda, en el sentido de que dicha autonomía se extiende a la definición de “operación concertada”, a salvo la posibilidad, en casos concretos, de la revisión de los pactos si media lesión u otro vicio de los actores jurídicos. Sería ese marco la sede de una eventual impugnación, no, a mi juicio, la confrontación con el artículo 108 L.C.T., que no define aquél concepto. En ese contexto, contesto el segundo interrogante partiendo del supuesto de estipulación concreta y con el alcance general sugerido, que de ninguna manera implica la legitimación anticipada de cualquier pacto.-----

Voto por la AFIRMATIVA respecto de ambas cuestiones.-----

Acto seguido, el **TRIBUNAL** por **MAYORÍA, RESUELVE**: Fijar la siguiente doctrina:-----

“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: 1º) Requiere aprobación de la autoridad de superintendencia (S.A.F.J.P.) y 2º) No requiere además el ingreso del aporte”.-----

Con lo que terminó el acto, firmando los señores Jueces y el señor Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, previa lectura y ratificación, por ante mí. Doy Fe.-----

U
S
O
O
F
I
C
I