

Despido Recurso De Apelacion Mal Concedido Monto Seguro La Estrella Remuneracion Asignacion No Remunerativa

JURISPRUDENCIA

Despido. Recurso de apelación. Mal concedido. Monto. Seguro La Estrella. Remuneración. Asignación no remunerativa. Por mayoría se declara mal concedido el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, dado que el monto de la sentencia de grado es inapelable en razón del monto (art. 106, ley 18.345). Sin perjuicio de ello, la Dra. Ferreiros (voto en disidencia) efectúa un análisis de las asignaciones no remuneratorias y de los daños y perjuicios nacientes de la imposibilidad de efectuar el rescate de los aportes del seguro complementario "La Estrella".

En la ciudad de Buenos Aires, a los 28 días del mes de septiembre de 2015, para dictar sentencia en los autos: "ÁLVAREZ JUAN PABLO c/ CLIENTING GROUP S.A. s/ DESPIDO" se procede a votar en el siguiente orden: LA DOCTORA ESTELA MILAGROS FERREIRÓS DIJO: Inicia estas actuaciones el actor David Alejandro Minetti, contra Clienting Group S.A. en procura del cobro de las indemnizaciones y rubros conexos emergentes del despido directo e incausado dispuesto por la patronal. Refiere que ingresó a trabajar para la demandada el 3 de setiembre de 2010, pero fue registrado, mediante la suscripción de un contrato a plazo fijo, recién el día 6 del mismo mes. Sostiene que la vinculación del actor bajo ese tipo de contrato fue fraudulenta, en la medida en que no se justificaba en los términos de los arts. 93, 94 y conc. de la L.C.T.; razón por la que considera que tal modalidad pretendida por la empleadora cae fulminada de nulidad, y que el contrato de trabajo debe considerarse como de tiempo indeterminado. Describe las características de su prestación laboral, la composición de su remuneración -entre los que enumera rubros pactados convencionalmente, que la empresa consideraba como no remuneratorios- y dice que fue despedido en forma directa e incausada el 29 de diciembre de 2010. Transcribe el intercambio epistolar habido entre las partes, y reclama las indemnizaciones emergentes del despido y las diferencias por rubros abonados como no remuneratorios que, según su parecer, no lo eran y debían tomarse en cuenta a los fines de la cancelación de los rubros pertinentes. Plantea la inconstitucionalidad del carácter no remuneratorio asignado a los rubros señalados. Solicita, asimismo, indemnización por daños y perjuicios por la frustración del cobro del seguro de retiro, que la demandada omitió abonar a la compañía de seguros La Estrella S.A. Practica liquidación, solicita la entrega de certificados de trabajo, funda en derecho y solicita el acogimiento de sus pretensiones. II. A fs. 19/52 la demandada produce su respuesta. Niega en general e individualmente los hechos invocados por el actor, en particular la fecha de ingreso denunciada, que la registración del actor fuere deficiente o incorrecta; que haya suscripto fraudulentamente contratos de trabajo a plazo fijo; la composición que enumera de su remuneración; que no se le hubiere preavisado la rescisión del contrato de trabajo y que se le adeude suma alguna. Sostiene, fundamentalmente, que al actor se le puso a disposición la liquidación final y los certificados de trabajo, que percibió y retiró, respectivamente. Impugna y niega las restantes consideraciones, y solicita el rechazo de la demanda, con costas. III. La sentencia de primera instancia obra a fs. 229/232. La magistrada de grado acogió parcialmente las pretensiones del actor, desestimando el reclamo por falta de pago de preaviso, el correspondiente al art. 1 de la ley 25.323 y el reclamo por daños y perjuicios en relación con el seguro de retiro de La Estrella. El decisorio se encuentra apelado por la parte actora a fs. 234/238 y por la demandada a fs. 243/246. IV. El actor se agravia por diferentes cuestiones. La primera de ellas se dirige a criticar la valoración que efectuó la a-quo del instrumento obrante a fs. 25, mediante el cual la demandada le preavisó el despido al actor. Dice que, en la medida en que tal preaviso se efectuó en el marco de un registro fraudulento porque, afirma, tal acto jurídico se ejecutó sobre la base de un contrato a plazo fijo inexistente y nulo, carece de validez. No le asiste razón. No sólo porque la demandada -como dice la sentenciante de primera instancia- no acreditó ni la existencia del contrato a plazo fijo ni que, en el caso de haberse suscripto, se hubieran cumplido en la especie las exigencias que tal modo de contratación requiere, sino que, en ningún momento sostuvo categóricamente -ni en el intercambio epistolar habido oportunamente entre las partes, ni en su contestación de demanda- que al actor se lo hubiere contratado bajo tal modalidad. La única referencia que formuló la accionada en relación con el tema que nos ocupa, es lo expresado a fs. 50 vta., párrafo segundo, donde formula una proposición hipotética en la que sostiene que "Si se considerara que la relación laboral con la actora instrumentada por mí representada en contrato a plazo fijo, se apartó de los requisitos establecidos en el art. 90 inc. b) de la LCT, ...?" concluyendo su reflexión con la afirmación que la única consecuencia que se generaría en ese supuesto sería considerar la relación como de tiempo indeterminado y el derecho del actor a percibir las indemnizaciones previstas en el art. 245 de la LCT. Por lo tanto, a falta de otro elemento, no puedo más que concluir que la alegada fraudulenta contratación a plazo fijo que denuncia la actora, constituye una afirmación que carece de respaldo, ya que ni lo dijo la demandada, ni lo demostró el actor mediante ningún medio probatorio. Por otra parte, vale destacar que la nota de fs. 25 mediante la cual la empresa preavisó el despido de Álvarez -que se encuentra

reconocida- dice, textualmente, "Por la presente preavisamos a Ud. que el día 31 de diciembre de 2010 se produce la extinción de su Contrato de Trabajo, suscrito con esta empresa oportunamente?". Sabido es que el contrato de trabajo, celebrado según la modalidad del art. 90 de la L.C.T. es, esencialmente (entre otros de sus caracteres, tales como bilateral, oneroso, de tracto sucesivo, etc...) un acto jurídico consensual, ya que nace y se perfecciona en el momento en que las partes hacen efectivo su consentimiento. Ello no obsta, vale decir, a que pueda ser celebrado por escrito, aún cuando en el caso concreto no constituya un requisito esencial para su validez. Es por esta razón que, a mi parecer, la expresión consignada en la nota de preaviso, en cuanto dice "se produce la extinción de su Contrato de Trabajo, suscrito con esta empresa..." no implica "per se", ni corresponde entender sin más -y sin ningún otro elemento que lo respalde- que ese contrato se haya celebrado bajo la modalidad de contrato a plazo fijo. Ello, sin perjuicio de destacar que en su expresión de agravios, el accionante no se hace cargo de la situación de rebeldía en que quedó incurso en la oportunidad de la prueba confesional, sin haber producido ninguna probanza tendiente a revertir la presunción "iuris tantum" que implica la situación referida, por lo que debe entenderse como verosímil lo expuesto por la demandada en su responde. En esas condiciones, es mi opinión que el preaviso otorgado por la empresa es jurídicamente válido y eficaz y, en esa medida, considero que en este punto la sentencia de origen debe ser confirmada. V. Por idénticos fundamentos, tampoco podrá prosperar la segunda queja de la parte actora. En efecto, Álvarez se agravia porque, a su criterio, el hecho de que la relación laboral hubiere estado registrada fraudulentamente como contrato a plazo fijo, amerita hacer efectiva la multa determinada por el art. 1 de la ley 25.323. Y bien, como he dicho más arriba, no surge de ninguna constancia probatoria agregada a la causa, ni siquiera del dictamen contable (v. fs. 203/212) que el contrato laboral entre actor y demandada hubiere sido concertado, registrado o celebrado en los términos del art. 93 de la L.C.T. Por lo expuesto, no se advierte ninguna irregularidad ni registro defectuoso del contrato laboral del actor, que justifique la imposición de la multa que prevé el art. 1 citado y, en consecuencia, propongo que el decisorio de grado sea también confirmado en este ítem. VI. Distinta suerte correrá el siguiente agravio de la actora, motivado por el rechazo de la reparación de los perjuicios causados por la falta de ingreso de las cotizaciones al Seguro La Estrella, bajo el fundamento de que la actora carece de legitimación para reclamar los aportes. Dice que su parte sólo reclamó daños y perjuicios y que en el fallo se confunde el reclamo de aportes con el reclamo de la indemnización. No se encuentra discutido que la relación laboral que mantuvieron las partes se rigió por el CCT 130/75. En el marco de dicho convenio se celebró el Acta del día 21.06.91, a través de la cual se estableció un sistema de retiro con el objetivo de reforzar y complementar los beneficios de la seguridad social, estableciendo que los empleadores debían aportar el 3,5% del salario a La Estrella Compañía de Seguros de Retiro S.A. (art.2º del acta referida). El artículo 9º de la normativa en cuestión faculta al trabajador desvinculado del sector, a solicitar el rescate de sus aportes personales; y, conforme surge de la interpretación de los arts. 3º, 4º, 5º y 9º del Acta del 21/06/91, Homologada por Disposición DNRT 4701, el empleado sólo se encuentra autorizado al rescate de los aportes destinados a su cuenta individual, por el 50% del monto que debió haber ingresado la empleadora. (con igual criterio CNAT., Sala VI, del 19/11/98 in re "Sánchez, Néstor c/ Terbo S.A. s/ despido") Sentado ello, cabe diferenciar dos cuestiones importantes: por una parte, que el trabajador o trabajadora carecen de legitimación pasiva para requerir el reintegro de los aportes que no fueron efectuados por su empleador (art.8º del acta citada). Más, por la otra y, como destaca el apelante, en este caso, la pretensión de la actora es diferente, pues su reclamo consiste en el pago de una suma que compense los perjuicios derivados del incumplimiento, al verse frustrado su derecho a reclamar el rescate de los aportes (ver fs. 8 vta.). En definitiva, se traduce en un enriquecimiento sin causa para la empleadora y en un empobrecimiento en los aportes del trabajador. Desde tal perspectiva advierto que la demandada niega expresamente en su responde no haber ingresado los aportes a la Cía. La Estrella S.A. Sin embargo, ninguna probanza se ha arrimado a la causa tendiente a acreditar las afirmaciones de las partes. Y bien, en este punto, debo recordar que el art. 377 del C.P.C.C. establece que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Empero, en los procesos judiciales se pueden presentar situaciones que deben valorarse en torno a excepcionar a la parte de la premisa determinada en la norma citada, en las que algunos de los hechos alegados por las partes en defensa de sus posturas pueda ofrecer inconvenientes para ser debidamente acreditados, circunstancias que abonan las premisas y principios de la teoría de la "carga dinámica de las pruebas?". En efecto, el concepto de "carga probatoria" determina, recordamos, las llamadas "reglas de la prueba", es decir, las reglas identificatorias acerca de quien debe probar cierto hecho o circunstancia. Claro está que resulta menester señalar que estas reglas de la carga de la prueba (que se enderezan a determinar quién debió probar y sin embargo, no lo hizo) sólo cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez. Más, actualmente el concepto se ha flexibilizado al advertirse, como dije anteriormente, situaciones particulares. Así ha nacido el principio de la "carga dinámica de la prueba", que constituye una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Ya la jurisprudencia en el ámbito civil ha afirmado que "...no es que se cree un sistema de

presunciones en contra de la carga probatoria impuesta en el art. 377 del Cód. Procesal sino que esta norma debe unirse también al uso de presunciones cuando el actor se encuentra materialmente incapacitado para alcanzar la verdad objetiva..."Dicho lo cual, encontramos en esta causa que la circunstancia afirmada por la demandada en cuanto niega no haber ingresado los aportes a la Cía. de Seguros de Retiro La Estrella, o sea, que afirma haberlos ingresado, debía ser por esa parte acreditada, pues se encontraba en mejores condiciones de demostrar el hecho afirmado, en la medida en que, de ser verosímil su afirmación, tendría que haber aportado las constancias documentales que así lo acreditaran, lo cual no ha hecho (en similar sentido ?Barbe, José María c/ Metrovías S.A.? sent. 36.961 del 17/9/03). En ese entendimiento, he de tener por cierto que, efectivamente, los aportes no han sido ingresados y, por lo tanto, propongo hacer lugar al reclamo de daños y perjuicios articulado por la actora, por la suma consignada en su liquidación de fs. 13 vta. , a falta de otros elementos que permitan mensurar el quantum correspondiente (conf. art.s 56 L.O y 56 LCT). VII. Finalmente, se queja la actora porque la a-quo ha fijado los intereses en los términos dispuestos en el Acta 2537/02 de la CNAT y solicita que rectifique la decisión, por entender que, en la especie, corresponde la aplicación de los parámetros establecidos por la Excma. Cámara en el Acta 2601/14. A mi criterio le asiste razón, por lo que sugiero que en este aspecto se modifique el decisorio de grado, en el sentido pretendido por la parte actora. VIII. A su turno apela y expresa agravios la parte demandada. Se agravia Clearing Group SA porque la jueza de primera instancia la condenó a abonar diferencias salariales sobre rubros indemnizatorios que, según su criterio, carecen de sustento probatorio. En primer lugar, lo hace respecto de la diferencia de integración del mes de despido y del SAC. En términos similares, se queja en referencia a la indemnización por antigüedad, en las diferencias reconocidas respecto de la indemnización del art. 2 de la ley 25.323 y por las diferencias del SAC proporcional del año 2010. Para ello, señala que la fecha de ingreso que quedó demostrada en autos fue, efectivamente, el 6/9/10 y no el 3/9/10, como sostuvo el accionante. No obstante asistirle razón en este punto, en definitiva esta cuestión no resulta idónea para modificar el rubro cuestionado, toda vez que el despido del trabajador se produjo el 31 de diciembre de 2010. También alega la demandada en defensa de su queja que el perito contador determinó en su dictamen que el salario del trabajador era de \$-, que sobre esa base se efectuaron los cálculos de los rubros liquidados por el experto y que, por lo tanto, las diferencias reconocidas en origen son improcedentes. No le asiste razón. En efecto, la queja de la demandada no constituye una crítica eficaz de los fundamentos de la sentencia apelada. Su planteo es insuficiente, en la medida en que la a-quo reconoció las diferencias a favor del trabajador sobre la base de haber declarado la inconstitucionalidad que planteó ?Álvarez en su escrito de inicio. Inconstitucionalidad que se pronunció respecto de aquellos rubros pactados entre el sindicato (FAECyS) y la parte empresaria en sucesivos acuerdos en el marco del convenio colectivo 130/75 (8/4/08, 30/4/09, 21/1/10) que constituyeron incrementos salariales calificados como ?no remunerativos?. Cita la magistrada, en apoyo de su decisión, las cláusulas del Convenio 95 de la OIT, el fallo de la CSJN ?Pérez c/ Disco? y demás doctrina y jurisprudencia referida al tema concreto que se trata. Fundamentos sobre los que la accionada guarda silencio, sin rebatir en absoluto los argumentos y sustentos jurídico, doctrinario y jurisprudencial citados en el decisorio atacado. Sin perjuicio de que lo expuesto basta para desestimar la queja de la demandada, no es ocioso recordar que comparto en todos sus términos lo decidido en la sentencia de grado y que, en relación a este tema, también he adherido en casos análogos, citando la doctrina que emerge del fallo de la CSJN en autos ?Gonzalez Martín c/ Polimat? en cuanto a considerar inconstitucionales aquellas cláusulas convencionales que otorgan a un rubro salarial una naturaleza nominativa distinta a la que corresponde su esencia, reitero, expresamente prevista en la ley de fondo. En este andarivel, memoro que el Convenio n° 95 de la O.I.T. (?Convenio sobre la protección del salario?) define que a los efectos del convenio, el término ?salario? significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. Ahora bien, existiendo una ?pugna? entre las resoluciones homologadas y lo dispuesto en dicho convenio, debe prevalecer este último. Ello por cuanto se trata de una norma de jerarquía suprallegal, habiendo sido ratificado por nuestro país (cfr. art. 75, inc. 22, párr. 1° de la Constitución Nacional). He tenido oportunidad de señalar, al comentar un fallo de la Dra. López Vergara (?Comisión Gremial Interna del Banco Ciudad de Buenos Aires c/ Estado Nacional y otros s/amparo?, del 17-07-06, de la CC ADM. Y TRIB. (CBA) que el mismo encierra algunas consideraciones de vital importancia con respecto al carácter no remunerativo del aumento salarial y a la conceptualización que la remuneración ha recibido. Allí, haciendo referencia a Marienhoff y también al Convenio (OIT) 95 -antes nombrado-; a la Ley de Contrato de Trabajo; al salario previsional y a otras normas, finalmente se arriba a las manifestaciones de cierta doctrina que señala que existen ingresos rotulados como ?no salariales? (ej. art. 103, L.C.T.) expresando que se ha introducido una distorsión del concepto de remuneración, dando lugar a un festival innumerable de normas que parten de ese eufemismo. Arriba, la sentenciante, a la conclusión (que destaco) de que tales afirmaciones expuestas vulneran el ?principio de identidad?. También señalé que todos sabemos que antes que los principios generales del derecho y que los particulares de cada disciplina (en nuestro caso, los principios del derecho del trabajo) se encuentran

los principios de la lógica formal que deben tener prioridad absoluta en cualquier tema jurídico. Así, no es posible tolerar institutos o conceptos que violen el principio de identidad o de no contradicción, o de tercero excluido, etc. Entonces -dije- que es de vital importancia concluir que la ausencia del principio de identidad que establece que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, empece a la presencia del principio de legalidad (ver nota al fallo, Estela M. Ferreirós, "El concepto de contribución solidaria. Distorsión del concepto de remuneración?", publicado en DLE ERREPAR - 253 - septiembre de 2006 - TXX - 847). En suma, lo que se remunera, no puede ser "no remuneratorio". En consecuencia, y por todo lo dicho, en mi opinión la apelación de la demandada debe ser desestimada y confirmar en lo que aquí concierne, la decisión de primera instancia. IX. Finalmente se agravia la demandada por haber sido condenada a abonar la multa del art. 80 de la L.C.T. No le asiste razón. En efecto, en la medida en que la juez de grado tuvo por acreditado que el salario del trabajador no se encontraba consignado en los registros por la totalidad de los conceptos percibidos, al considerar que aquellos rubros calificados como "no remuneratorios" sí lo eran, el certificado de trabajo extendido por la demandada no reflejó los reales datos de la relación laboral. En esas condiciones, la condena ha sido dispuesta conforme a derecho y, consecuentemente, a mi criterio la sentencia también debe ser confirmada respecto de este punto. Así lo dejo propuesto. X. En atención a lo expuesto el monto total de condena será de \$...- Conforme lo dicho en el ap. VII), el aludido importe devengará un interés equivalente a la tasa nominal anual para préstamos personales libre destino del Banco Nación para un plazo de 49 a 60 meses. (conf. CNAT Acta 2601) desde que cada suma fue debida y hasta la fecha de su efectiva cancelación (conf. art. 622 del Código Civil). XI. Las costas de alzada también serán impuestas a la parte actora (conf. art. 68 cit.) y al efecto sugiero regular los honorarios de los profesionales actuantes en el ...% de lo que les correspondiere por su actuación en la instancia anterior (art. 14 del arancel de abogados y procuradores). EL DOCTOR NÉSTOR RODRIGUEZ BRUNENGO DIJO: Luego de analizar las constancias de autos, adelanto que he de disentir con la propuesta del voto de mi distinguida colega preopinante. La parte actora cuestiona la sentencia de primera instancia en tanto rechazó su reclamo tendiente a obtener el cobro de la indemnización sustitutiva de preaviso, la multa contemplada por el art. 1º ley 25.323, las sumas reclamadas en concepto de daños y perjuicios derivados de la falta de ingreso de los aportes al "Seguro La Estrella" y finalmente solicita la aplicación de intereses de conformidad con lo dispuesto en el Acta CNAT 2601. Seguidamente, la parte demandada se agravia por la cuantificación de distintos rubros derivados a condena, como son las diferencias en la integración del mes de despido, vacaciones proporcionales y la incidencia del sueldo anual complementario sobre las mismas, la diferencia en el sueldo anual complementario proporcional correspondiente al año 2010, la indemnización por antigüedad y la multa que prevé el art. 2º ley 25.323. También cuestiona la condena a abonar la multa contemplada en el art. 80 LCT. Ahora bien, sin entrar a analizar si les asiste o no razón, adelanto que, en mi opinión, los recursos interpuestos por las partes no resultan viables, ya que la sentencia de grado es, en lo que respecta a sus agravios, inapelable por el monto (art. 106 de la ley 18.345). En efecto, el valor de lo que intenta cuestionar el accionante en la alzada alcanza la suma de \$... (\$...-en concepto de indemnización sustitutiva de preaviso- + \$... - en concepto de incidencia del SAC en la indemnización sustitutiva de preaviso- + \$... - en concepto de multa art. 1º ley 25.323- + \$... - en concepto de daños y perjuicios por Seguro La Estrella-) mientras que el de la demandada a la suma de \$... (\$... - en concepto de integración del mes de despido- + \$... - en concepto de incidencia del SAC en la integración del mes de despido- + \$... - en concepto de diferencias por indemnización por antigüedad- + \$... - en concepto de diferencias por multa art. 2º ley 25.323- + \$... - en concepto de SAC proporcional 2010-+ \$... - en concepto de diferencias por vacaciones proporcionales 2010- + \$... - en concepto de diferencias por la incidencia del SAC en las vacaciones proporcionales 2010- +\$... - en concepto de multa art. 80 LCT-); montos éstos que no llegan al mínimo de apelabilidad que ascendía a \$... al momento de ser concedidos los recursos - 24/06/2014, fs. 242 y 14/07/2014, fs. 247- (art. 106 de la ley 18.345, modif. por ley 24.635 vigente al momento de la concesión del recurso conf. Res. CNAT 18/79, del 28/8/97 B.O. 5/9/97, Asamblea del C.P.A.C.F. del 11/07/2013). Por lo tanto, en mi opinión, corresponde declarar mal concedidos ambos recursos. Las costas de alzada propongo que sean soportadas en el orden causado, en atención a la suerte de las apelaciones, a cuyo efecto estimo los honorarios de los letrados intervinientes en el ...% de lo que les corresponda percibir por su actuación en primera instancia. Por ello, y de prosperar mi voto, concretamente propongo: 1) Declarar mal concedidos los recursos de fs. 234/237 y fs. 243/246. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado y fijar los honorarios de los letrados intervinientes en el ...% de lo regulado por su actuación en primera instancia. LA DOCTORA BEATRIZ INES FONTANA DIJO: Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto del Dr. Rodriguez Brunengo. A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal RESUELVE: 1) Declarar mal concedidos los recursos de fs. 234/237 y fs. 243/246. 2) Imponer las costas de alzada en el orden causado y fijar los honorarios de los letrados intervinientes en el ...% (... POR CIENTO) de lo regulado por su actuación en primera instancia. 3) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nro. 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Correlaciones: Ley 18345 - BO: 24/09/1969 003669E