

## Contrato De Trabajo Diferencias Salariales Base Salarial Indemnizacion Por Antigüedad Remuneracion Pago Medicina Prepaga

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Contrato de trabajo. Diferencias salariales. Base salarial. Indemnización por antigüedad. Remuneración. Pago. Medicina prepaga

Se hace lugar a la demanda por despido iniciada por el trabajador y, asimismo, se incorporaron dentro de la base salarial de cálculo de las indemnizaciones correspondientes los beneficios del convenio colectivo aplicable y el monto abonado por el empleador a la empresa de medicina prepaga, ambos conceptos remuneratorios. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, capital federal de la República Argentina, a los 9 días del mes de noviembre de 2016 se reúnen los señores jueces de la Sala V, para dictar la sentencia en esta causa, quienes se expiden en el orden de votación que fue sorteado oportunamente; y EL DOCTOR ENRIQUE NESTOR ARIAS GIBERT dijo: Contra la sentencia de grado que hizo lugar a la demanda apelan ambas partes. En primer término la actora se queja por la fecha de egreso dispuesta en origen, en tanto sostiene que la notificación del despido no fue recepcionada por la trabajadora. Sin embargo, en tanto la queja no rebate los fundamentos por los cuales el a quo tuvo por extinguido el vínculo el 31/10/2011 por cuanto la emisión de los despachos telegráficos se realizaron en el domicilio real de la actora no recepcionadas por culpa del sujeto receptor en tanto se dejó el oportuno aviso de visita. En consecuencia, el agravio deviene desierto (art. 116 LO). En segundo lugar se queja por la omisión del a quo en el tratamiento de la integración del salario con sumas no remunerativas que la accionante sostiene inválidas y de la retribución realizada a la trabajadora en concepto de medicina prepaga. Es decir que la queja versa respecto al monto del salario devengado por la trabajadora que en origen se estimó en una suma inferior a la que hubiera correspondido de haber sido considerada la inclusión de los referidos conceptos. Para resolver estas cuestiones debe partirse de la definición de remuneración que dan los artículos 1 y 4 del convenio 95 OIT. La norma del artículo 1 establece: A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y 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. Es remuneración aquello debido por el empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. En este contexto y, conforme lo dispuesto por el artículo 278 CPCCN respecto al tratamiento en Alzada de las omisiones en la anterior instancia, debe señalarse que para resolver la cuestión planteada respecto a las sumas integradas al salario como no remunerativas debe aclararse que la demandada en su postura defensiva sostuvo que no procedió a incluir estos rubros en la base salarial por cuanto para que un convenio fuera aplicable a una determinada actividad, los empleadores que pertenecen a ella deben haber estado representados en forma directa o a través del sector patronal respectivo al celebrarse dicha convención (ver fs. 177vta.). El argumento esgrimido por la demandada es insostenible, pues la representatividad en un CCT de actividad no requiere la firma de todos y cada uno de los empresarios del sector sino que basta que el convenio sea signado por entidades consideradas por la autoridad administrativa del trabajo como suficientemente representativas. En ello radica precisamente el efecto erga omnes del CCT. Si se demuestra que el establecimiento de la accionada realizaba la actividad comprendida en el CCT la firma o la afiliación de la empleadora a las entidades patronales signatarias resulta absolutamente indiferente. Conforme lo manifestado por la propia demandada en su escrito de conteste, el negocio que se desarrolla en el establecimiento de la demandada se ocupa de la promoción y venta de espacios publicitarios en guía. Esto configura el ámbito de aplicación dispuesto por el artículo 2 del CCT 130/75 Este convenio será de aplicación a todos los trabajadores que desempeñen como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro... Comprendida en el CCT 130/75, tal cual lo sostiene en su conteste, resulta claro la obligatoriedad de las normas convencionales donde se establecen las reglas mínimas de validez de las cláusulas contractuales pactadas. En este sentido, las cláusulas convencionales no pueden ser desplazadas por cláusulas contractuales válidas, en tanto ley de orden público de protección. De hecho, las cláusulas individuales de contratación más favorables, no excluyen la aplicación supletoria de las normas convencionales colectivas o de la misma ley (ej. un salario mayor al mínimo de convenio es un acto jurídico válido que como tal engendra obligaciones, pero ello no altera la exclusión de la normativa colectiva que es fuente de las obligaciones, sobre todo si se tiene en cuenta la redacción del artículo 1 RCT). Ahora bien, respecto al carácter no remunerativo de sumas estipuladas por normas convencionales, debe aclararse que las mismas no pueden excluir a estas prestaciones la definición establecida por la ley y por el convenio internacional antes referido, por cuanto ello configura una contradicción entre ambos sintagmas normativos. El

argumento de una supuesta autonomía colectiva tan reiterado, parece olvidar que para que una norma convencional sea válida debe adecuarse al orden público de protección que establece el ámbito dentro del cual las partes colectivas pueden realizar negocios válidos. En particular, ha de estarse a lo normado por el primer párrafo del artículo 7 de la ley 14.250. Las disposiciones de las convenciones colectivas deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas de la convención relacionadas con cada una de esas instituciones resultarán más favorables a los trabajadores y siempre que no afectaran disposiciones dictadas en protección del interés general. En consecuencia la sentencia de origen debe ser modificada en este aspecto e incluirse en la base de cálculo salarial los rubros previstos por el CCT aplicable al caso. El segundo concepto referido en los agravios remite a la interpretación del pago de medicina prepaga de la trabajadora, que en origen se estipuló como beneficio social destinado a mejorar la calidad de vida de los dependientes (ver fs. 350vta.). De conformidad a lo expuesto precedentemente, el criterio de demarcación entre la remuneración y otras obligaciones que nacen del contrato está determinada objetivamente por la causa y no por la modalidad de pago, como pretendió hacer el inconstitucional artículo 103 bis RCT. Esto es, precisamente, lo que señala el artículo 4 del convenio 95 OIT cuando admite el pago de remuneración en especie. Lo que interesa analizar es si la prestación en especie tiene características igualitarias destinadas a cubrir necesidades sociales (como por ejemplo un servicio de guardería para todos los trabajadores del establecimiento con niños menores) o tienen por objeto cubrir gastos que el trabajador realizó o deba realizar para el cumplimiento del contrato (viáticos en su sentido amplio que emerge del artículo 76 RCT). Fuera de estos dos supuestos lo que se percibe como consecuencia del contrato es remuneración, cualquiera fuera la forma en que este beneficio se brinde. Una obligación del empleador en dinero o en especie es remuneración o (como categorías excepcionales) beneficio social o compensación de gastos. Obvio es decir que quien tiene la carga de la prueba de la excepción, debe probar la causa de esa excepción, es decir que quien sostiene que un beneficio o compensación de gastos emergente del contrato de trabajo no es remuneratorio, debe acreditarlo. En el caso particular, la actora refiere que el pago de la cobertura de salud no era una cobertura médica general que la demandada contrataba en una empresa de medicina prepaga sino de un pago específico por cada trabajador a diferentes empresas que brindaban dichos servicios a elección del trabajador, y con diferentes planes de cobertura asistencial. La demandada por su parte nada dijo respecto a este supuesto. En este sentido, una prestación de la seguridad social brindada por el empleador, para ser tal, tiene que tener las características de cubrir contingencias sociales (en el caso la preservación de la salud) de manera igualitaria. Si no se ha demostrado que todos los trabajadores gozaran del tipo de cobertura del que gozaba la actora, debe entenderse que el pago de este servicio de medicina prepaga obedece al contrato de trabajo y no a una supuesta causa de seguridad social. En consecuencia, en tanto ventaja emergente del contrato de trabajo por los servicios prestados, esta asignación debe considerarse remuneración. Por ello, no existen las remuneraciones no remunerativas sin afectar el principio lógico de tercero excluido. Si las sumas son debidas por el cumplimiento del contrato de trabajo son remuneración (artículos 103 RCT y artículo 1 convenio 95 OIT). De hecho, los pagos así realizados en concepto de medicina prepaga se corresponden con una supuesta modalidad utilizada en fraude a la ley. Tal como lo precisa el artículo 12 del Código Civil y Comercial en su segundo párrafo: El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir. Es que, para que exista fraude a la ley es necesaria la existencia de una norma de cobertura que brinde amparo a la conducta contraria a otra norma de carácter imperativo. Asignar el carácter de compensación de gastos por tareas estrictamente laborales, o beneficios, a las sumas de dinero abonadas al trabajador en concepto de medicina prepaga constituye un método que busca el amparo de un texto legal (el del artículo 103 bis RCT) que persigue el resultado de excluir el carácter remuneratorio de una parte del salario y en consecuencia menoscabar las indemnizaciones dispuestas por el ordenamiento legal para los casos de despido sin causa y depreciar así el quantum debido, obteniendo como contrapartida un beneficio o ventaja patrimonial. La invocación de la norma de cobertura y el resultado análogo al prohibido (como es la protección del despido arbitrario en tanto al considerarse la ruptura intempestiva e incausada como un ilícito contractual, el mismo debe ser indemnizado) constituye el supuesto de fraude a la ley por lo que "...el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir?". Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente, conforme lo dispuesto por el artículo 55 RCT ya referido, la sentencia de origen debe ser modificada y debe incluirse en la base de cálculo de las indemnizaciones dispuesta por el RCT la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada de \$6.866,09 denunciada en la liquidación de fs. 16vta. conforme los términos de la demanda y que repercuten en el cálculo de indemnizaciones y multas dispuestas en origen. Seguidamente se queja por el rechazo de las diferencias de salarios porque - en su criterio- existió rebaja de comisiones que afectó la remuneración de la accionante. En el punto la sentencia de origen también debe ser modificada, ya que teniendo en cuenta lo manifestado por la propia demandada a fs. 177 que la trabajadora se encontraba remunerada con sueldo fijo e incentivos en función de objetivos de venta establecidos por sus superiores pero en momento alguno especifica el criterio utilizado por los mismos para el cálculo de dichos incentivos -circunstancia confirmada por

los dichos de los testigos que depusieron en la causa- implica la sola negativa de la cuantía y el desconocimiento del crédito. Las normas de orden público como la norma del art. 108 RCT, no son disponibles y su ámbito de aplicación es todo supuesto de trabajo remunerado a comisión por lo que la falta de detalles debe ser analizada teniendo en cuenta el principio dinámico de asignación de la carga de la prueba. En este sentido, es el demandado quien tenía todas las posibilidades de desarrollar los detalles y lineamientos de los conceptos comisionales y la oportuna demostración de los mismos o la supuesta discrepancia con las pautas de cálculo acordadas con la contraria. De hecho, conforme los testimonios vertidos a fs. 272/273 ¿la imposición de porcentajes era arbitrario ya que nunca se sabía cómo se deducían y no eran fijos, variaban todo el tiempo? importa tener por acreditado que la modificación salarial en base a comisiones no era ajustado a derecho por cuanto no se encuentra en la esfera del jus variandi la modificación salarial permanente sin pautas que permitan su debido control por parte del trabajador y que afecten su percepción mensual. En consecuencia, conforme los salarios acompañados por la demandada a fs. 146/153 las diferencias salariales asciende a la suma de \$9.560,06 Lo expresado precedentemente implica acceder al planteo de la actora respecto a la multa del artículo 1 de la ley 25.323, en la medida que si se trata de una relación laboral que al momento del despido no esté registrada o lo esté de modo deficiente. Si el objeto del registro es la relación laboral, y las sumas remunerativas no ha sido registradas en su totalidad, desde el punto de esa relación (artículo 22 RCT), es un registro deficiente que se encuentra tipificado por la norma. Igual tesitura debe utilizarse en relación con los certificados de trabajo, en la medida que los certificados puestos a disposición del trabajador no contienen los datos reales de la relación laboral, entonces no puede sostenerse que la cosa dada es la cosa debida, por lo que ha de estarse a lo normado por los artículos 741 y 742 del Código Civil de Vélez. Por ello corresponde modificar la sentencia de grado y acceder a la multa prevista por un monto de \$20.598,27, conforme la MRNH. Corresponde a continuación analizar la forma de la exigibilidad de dichos certificados. De conformidad a la norma del artículo 80 RCT el empleador deberá entregar: a) Un certificado de trabajo con indicación de la fecha de ingreso, egreso, categoría laboral y tareas realizadas sin indicar la causa de la finalización de la relación laboral con más indicaciones de la capacitación obtenida durante el curso de la relación laboral; b) Una certificación (constancia documentada) de pago de las obligaciones de la seguridad social y sindicales; c) El certificado de remuneraciones y servicios de la ley 24.241 establecido en el formulario ANSeS 6.2. Constancia documentada en modo alguno implica que se hagan entrega de copias de documentos sino la declaración, en un documento, que haga constancia del pago de los aportes y contribuciones correspondientes a la seguridad social y al derecho sindical. A los fines de asegurar que el cumplimiento de la obligación no se torne imposible por la eventual contumacia del condenado, corresponde que el juez de origen establezca una sanción conminatoria suficiente para torcer la conjetural renuencia. Respecto al rechazo del daño moral, vale aclarar que para que un daño no esté comprendido en la tarifa debe ser una consecuencia que resulte "... solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto?", es decir, una consecuencia mediata. Así, para que las consecuencias mediatas del incumplimiento contractual sean resarcibles, es menester que exista malicia en el incumplimiento de la obligación (artículos 520 y 521 del Código Civil). La malicia en el incumplimiento de la obligación de no hacer es la causa de resarcimiento extratarifado. Esto es, que se incumpla dolosamente, es decir, a sabiendas y con la intención de dañar. Fuera de estos supuestos, ¿En el resarcimiento de los daños e intereses sólo se comprenderán los que fueren consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación? (artículo 520 del Código Civil). Por ello, lo que resulta inadmisibles es reclamar juntamente daños y perjuicios que son consecuencia inmediata del despido y la cláusula penal del artículo 245 RCT por duplicarse las consecuencias indemnizatorias. Pero en el caso, los hechos que generaron la acción por daño moral no son los derivados del despido injustificado sino un supuesto incumplimiento en los deberes de conducta de la demandada hacia el trabajador durante la relación de trabajo. La actora adujo trato discriminatorio a nivel salarial debido a la modalidad utilizada en el pago de sus haberes. Sin embargo, en términos jurídicos no puede hablarse de discriminación sino, en todo caso, de trato desigual o distinción que se encuentra justificado exclusivamente si se encuentra vinculado a razones funcionales. Es lo que establece el artículo 81 RCT (corolario del artículo 64 RCT) que niega antijuridicidad en el tratamiento distinto "... cuando el diferente tratamiento responda a principios de bien común, como el que se sustente en la mayor eficacia, laboriosidad o contracción a sus tareas por parte del trabajador?. Caso contrario, debe estarse al orden público de protección. Ante la inexistencia de un acto discriminatorio, no puede hablarse de una inejecución maliciosa en términos del artículo 521 del Código Civil de Vélez, no obstante aclarar que la distinción prefigurada en la relación laboral existente es resarcida por la tarifa o, más técnicamente, por la cláusula penal del artículo 245 RCT conforme el real salario oportunamente denunciado, en tanto consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento de la obligación en cabeza de la empleadora. En estos términos la actora resulta acreedora de la suma de \$152.105 (conforme parámetros de la sentencia de origen, salario aquí establecido, diferencias salariales reconocidas, multa art. 1 ley 25.323 y art 45 ley 25.345 descontados los \$1.456 oportunamente abonados por la accionada) con más los intereses dispuestos en origen desde que cada suma debida y hasta su efectivo pago. Seguidamente se queja la demandada por el rechazo de la contratación a plazo fijo de la actora. Sin embargo, la determinación del

plazo, tiene como referencia la naturaleza de la actividad y las tareas de la empresa, explotación o establecimiento. Es decir que, para que haya plazo determinado o condición contractual, la referencia está vinculada a la necesidad o contingencia de las tareas requeridas en la estructura del establecimiento o de la empresa. Sostener, como lo hace el apelante a fs. 361vta. que, se ha producido una exigencia extraordinaria debido a la decisión de la empresa consistente en la implementación de una campaña para captar clientes, no resulta ajustado a una cuestión característica del juego entre necesidad y contingencia no previsible por el giro comercial de la empresa. De este modo, la contingencia de la tarea es la condición de posibilidad de la contratación a plazo fijo y contrato eventual. A su vez la determinación anticipada de la finalización de la necesidad es el criterio de distinción entre el contrato de trabajo a plazo fijo y el contrato de trabajo eventual. Pero el presupuesto de ambos es la contingencia del requerimiento que la prestación de servicio cubre. La precisión del artículo 90 RCT determina que, para poder hablar de modalidades del contrato es menester que "las modalidades de las tareas o de la actividad, razonablemente apreciadas, así lo justifiquen". Esta objetividad impuesta por la norma exige que el plazo fijo esté justificado por las modalidades de las tareas o de la actividad, es decir, que no se trate de tareas permanentes en la estructura de la empresa pues en ese caso, corresponde considerar al contrato de trabajo como de tiempo indeterminado. En este sentido, tratándose de un contrato por tiempo indeterminado, los argumentos esgrimidos por el apelante respecto a la presunción del artículo 178 RCT no pueden ser de recibo. Se agravia en tercer término por la condena en términos del artículo 2 de la ley 25.323. La multa referida debe ser confirmada en la medida que medió procedencia de las indemnizaciones de los artículos 232, 233 y 245 RCT e intimación formulada por la presentación en el SECCLO. Existe intimación al pago de la indemnización por despido y omisión de preaviso claramente documentadas en esa instancia administrativa (obrante en sobre de fs. 3). Este reclamo formulado ante autoridad competente constituye la intimación fehaciente que exige la norma del artículo 2 de la ley 25.323, ahora sí frente a una obligación incumplida. El hecho de haber iniciado acción judicial ante la falta de respuesta al requerimiento constituye sincrónicamente el supuesto analizado por la norma. Adviértase que basta para que el requisito se cumpla que cualquiera de las dos alternativas, iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio para percibir las, se produzca. En tanto lo dispuesto precedentemente respecto a la reforma de la sentencia de grado, los restantes argumentos esgrimidos en el memorial recursivo han quedado comprendidos en la misma y por ende, sin materia para su tratamiento. Los honorarios regulados en origen a la representación letrada de la parte actora y perito actuante no resultan elevados teniendo en cuenta la labor realizada y las escalas vigentes por lo que propicio su confirmación, en tanto la modificación realizada en el monto de condena no amerita la aplicación de la norma del artículo 279 del CPCCN manteniendo los porcentajes regulados en la anterior instancia respecto al nuevo monto. Teniendo en cuenta la entidad de los agravios y los progresos respectivos, las costas de alzada deben ser impuestas a la demandada vencida. Los honorarios de alzada establecen en el ...% de lo que les fuera regulado en origen (artículo 14 de la ley de aranceles). LA DRA. GRACIELA ELENA MARINO manifestó: Que por análogos fundamentos, adhiere al voto del Sr. Juez de Cámara preopinante. En virtud de lo que surge del acuerdo que antecede, el TRIBUNAL RESUELVE: 1. Modificar la sentencia de grado elevando el monto de condena a la suma de \$152.105 conforme considerandos con más los intereses dispuestos en origen desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago. Costas en alzada a la demandada vencida. 2. Condenar a la empleadora a la entrega de los certificados de trabajo dispuestos por el artículo 80 RCT conforme pautas indicadas en los considerandos precedentes. 3. Regular los honorarios de los letrados interviniente por su intervención en la alzada en el ... % de lo que les fuera regulado por su actuación en la instancia anterior. 4. Regístrese, notifíquese, cúmplase con el art. 1 de la ley 26.856 Acordadas C.S.J.N. 15/13 punto 4) y 24/13 y devuélvase. Con lo que terminó el acto, firmando los señores jueces por ante mí, que doy fe. Se deja constancia que la vocalía 2 se encuentra vacante (art. 109 RJN). Enrique Néstor Arias Gibert Juez de Cámara Graciela Elena Marino Juez de Cámara 012630E