En la ciudad de Puerto Madryn, a los días de mayo del año dos mil doce, se reúne la Excma. de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Heraldo FIORDELISI y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara María Inés de VILLAFAÑE y Dr. Mario Luis VIVAS, para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"M., C. M. c/ P. Y B. S.A. s/ Cobro de Pesos" (Expte. Nº 85 Año 2012)** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte. Nº 277/10), en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en orden al sorteo practicado a fs. 181.

A LA PRIMERA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia rechazó la demanda deducida por el Sr. C. M. M. en contra de P. y B. S.A., le impuso las costas procesales a la parte actora y reguló los honorarios de los letrados que actuaron en esa sede.

La demanda incoada por M. procuraba, frente al despido dispuesto por la empleadora, las diferencias en la indemnizaciones que a su criterio, se generaron al omitir considerar para el cálculo indemnizatorio las remuneraciones exentas, fruto de distintos acuerdos colectivos firmados por el gremio y que los mismos, más allá del carácter que le otorgue la empleadora, forman parte de la remuneración y deben integrar el cálculo indemnizatorio.

La demandada sostuvo en su responde que la liquidación final fue liquidada en forma correcta y que el 15% por adicional de zona y los pagos no remunerativos establecidos en la Convención Colectiva de Trabajo, no

integran la base respecto de la cual debe determinarse la indemnización por despido.

Al tiempo de dictar la sentencia en crisis, la señora jueza de grado expuso que el *thema decidendum*, se centraba en dilucidar si resulta procedente computar dentro del cálculo de los rubros indemnizatorios por despido del Sr. M., aquellas prestaciones dinerarias denominadas exentas o no remunerativas. Y de ser así, si estas prestaciones dinerarias denominadas "exentas o no remunerativas" integran la mejor remuneración, mensual, normal y habitual, devengada durante el ultimo año o durante el tiempo de prestación de servicios del actor, que establece la norma del art. 245 LCT.

Analizó el recibo de haberes que denuncia M. como mejor remuneración mensual obrante a fojas 10, destacando una columna que contiene "remuneraciones Total sujeto a descuento" las cuales suman $ 2.157,81 y en la misma columna parte inferior rubros "exentos o no remunerativas" que ascienden a $ 1.841,19. Agrega que el accionante llega al importe de mejor remuneración mensual, normal y habitual sumando los importes de las comunas y obtiene la suma pretendida de $ 3.999 suma la cual considera, mejor remuneración, mensual, normal y habitual (fs. 10), y sobre la cual pretende se efectúe el calculo indemnizatorio.

Dice que dentro de la columna denominada "exentas o no remunerativas", se imputan: Adic. 15 % zona ($ 214,41) Acta Acdo 05-dic-07 ($ 250), Ad no remunerativo ($ 757,20), Supl fallas de caja ($ 99), Ad no remunerativo Acdo Jun/10 ($ 520,58). Se expide respecto de los efectos de los Acuerdos homologados, por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social celebrados entre la parte sindical y por la parte empresarial suscriptos en el marco del convenio colectivo de trabajo 130/1975, por los cuales se convienen nuevas condiciones salariales -sumas con carácter no remuneratorio- que se han establecido para los trabajadores comprendidos en dicha convención y de los que da cuenta el informe acompañado por el

Sindicato de Empleados de Comercio de Trelew (fs. 70) y documental de fs.30/69 y que son el Acta Acuerdo Provincial 2007, resolución provincial 101/2007, Homologada por la Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut el 07/12/2007, Acta Acuerdo Colectivo abril 2008, homologado por Resolución 510/2008 del M.T.E y S.S.; Acta Acuerdo Colectivo abril 2009, homologado por Resolución 570/2009 del M.T.E y S.S.; Acta Acuerdo Adicional "no remunerativo" Junio 2010, homologado por Resolución 782/2010 del M.T.E y S.S., de la lectura de dichos instrumentos surge que los montos acordados se pagan como "monto fijo no remunerativo". Concluye en que los rubros incluidos en la columna "Remuneraciones Exentas" de los recibos de haberes de la actora son las asignaciones no remunerativas que se establecieron en el Acuerdo que homologó la Resolución 510/2008, 570/2009 y 782/2010 de la Secretaría de Trabajo de la Provincia del Chubut y del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, por lo cual señala que las sumas no remunerativas así pactadas y que tienen por objeto remediar el deterioro en los ingresos de los trabajadores mediante un paliativo inmediato y a la vez transitorio desde que establecen su incorporación a la remuneración, no deben computarse a los efectos de liquidar la indemnización por despido y rechaza la demanda del Sr. M.

Desestima el agravamiento indemnizatorio, por no presentarse los presupuestos legales que viabilizan el reclamo con sustento en el art. 2 de la Ley 25.323.

La sentencia es apelada por la actora a fs. 171 y los agravios se agregan a fs. 173/174. La réplica de la demandada se anexó a fs.176.

2.

Los agravios de la actora

Se agravia de lo resuelto, en el sentido que las sumas no remunerativas no deben considerarse a los fines del cálculo de la indemnización por despido y con cita de Ackerman que transcribe, señala que es irrelevante a los fines de decidir la cuestión si fue o no cuestionada la validez de los acuerdos puesto que la simple calificación como no remunerativa formulada por las partes, no les confiere ese carácter, y que más allá de la denominación es la suma percibida por el trabajador a cambio de su trabajo, es dice, su remuneración.

Alude luego al principio de primacía de la realidad, que impone los hechos por sobre las formas y que ya existen fallos, los que no menciona, en que esos aumentos son remunerativos y deben integrar la base de cálculo como algunos jueces han entendido que esas sumas eran pagos "no registrados" o "en negro", sancionando esa conducta con indemnizaciones agravadas.

Dice también que la compensación por falla de caja es típicamente remunerativa a tenor de los arts. 103, 104, 105 de la LCT que como surge del CCT 163/91 se trata de una contraprestación a cargo del empleador por una labor, tarea o función el manejo de sumas de dinero por el trabajador.

3.

Tratamiento del agravio

a) Liminarmente he de señalar que la fundamentación del recurso linda en el límite de su suficiencia técnica, sin perjuicio de lo cual no obstante la precariedad que pueda observarse en la crítica a la resolución que recurre, la apelación cumple en cierta medida con las exigencias del art.268 del Cód. Procesal si de acuerdo con el criterio de amplia tolerancia, que resulta ser la interpretación que se juzga más acorde con la garantía constitucional de la defensa en juicio, se cumple con el mínimo de técnica exigido por las normas procesales en materia recursiva.(cfme Roberto G. Loutayf Ranea

"El recurso ordinario de apelación en el proceso civil" 1 pág.305. Ed Astrea Bs. As. 2009).

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia ha sostenido que cuando existen dudas acerca de si el escrito de expresión de agravios abastece la carga que le impone el art. 265 del CPCC, en cuanto a rebatir adecuadamente las motivaciones de la sentencia recurrida, debe optarse por tener satisfecha esa carga (cfr. autos "G. vda. de F., E." del 31-05-99; idéntico sentido autos "T.R.J., S.N. s/ Divorcio Vincular" del 22-03-00 Nro. SAIJ00150014 y "P., R. c/ Marítima s/ diferencias salariales" del 23-03-01 SAIJ01150056).

b) La sentencia se ha fundado con base en la transcripción textual de los antecedentes dictados por esta Cámara en autos "D. Z., M. c/ F. S.R.L. s/ Cobro de Pesos"(Expte. Nº 171 Año 2010) SDL Nº 36/10 y "B. G. N. c/ L. S.R.L. S/ cobro de pesos" (Expte. N° 27 – Año 2011) SDL Nº 31/10.

También nos hemos expedido sobre la cuestión en "S., K. F. C/ P. Y B. S.A. S/ Cobro de pesos. LABORAL" (Expte Nº 264 Año 2011) SDL Nº 64/11.

En los referidos fallos este Cuerpo Jurisdiccional ha formado criterio, al que adhiere la Sra. Magistrada, en el sentido que siguiendo los antecedentes de orden internacional y nacional que se han transcripto (sin encomillar, pese a resultar copia textual de los antecedentes que cita), no es dable restar efectos a los acuerdos salariales celebrados en el marco de las negociaciones convencionales del CCT 130/75 debidamente homologadas por la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo de la Nación, mediante el dictado de un acto administrativo que como tal posee principio de legitimidad y de ejecutoriedad.

c) El carácter no remunerativo de alguna de las sumas que hoy son objeto de discusión, fue convenido entre las partes signatarias del CCT 130/75,

homologados por la autoridad administrativa de aplicación por Resoluciones 510/ 08, 570/09, 143/10, 782/10 y que en los recibos de haberes se han consignado como "Acuerdo Colectivo Abril 2008", "Acuerdo Colectivo abril 2009"; "Acuerdo Colectivo enero 2010" "Asignación acuerdo enero 2010", " Adicional No rem Acuerdo Junio/10."
Estas sumas son las que tienen carácter no remunerativos y que quedan fuera del cálculo de la base salarial para la indemnización derivada del despido.

d) Lo expuesto no alcanza al ítem **"Acta 05 de diciembre de 2007"** homologada por la Secretaría de Trabajo de la Provincia a través de la Resolución Provincial Nº 101/07, donde si bien se determinó el pago fijo de una suma fija durante determinado tiempo, y hasta la finalización y tratamiento del art. 20 del CCT 130/75 y que generó la Disp. Nº 1/08 de la Dirección de Negociaciones Colectivas y Gestiones Institucionales de la Subsecretaría de Trabajo Provincial (v. BO 27/06/08 pág. 11), implica una estipulación que se aparta del convenio colectivo vigente para las partes y al que hace referencia en su propio texto, sin tratarse de uno de los supuestos previstos por los arts. 18 y 19 de la ley Nº 14.250 (t.o.)

e) El rubro **adicional por zona 15%,** fue liquidado como suma no remunerativa por así haberlo dispuesto la Subsecretaría de Trabajo Provincial.
El mismo fue establecido por Resolución 22/07 del Subsecretario de Trabajo de la Provincia del Chubut quien decidió, a través de la misma, modificar el artículo 20 del CCT 130/75, para la provincia del Chubut, elevando el adicional por zona desfavorable al 35%. Esta resolución fue recurrida jerárquicamente por las distintas Cámaras de Comercio de la provincia, provocando que el Ministro de Gobierno declarara la nulidad de la

Resolución Nº 22/07 y ordenara a la Subsecretaría de Trabajo el dictado de una nueva resolución que ordenara a los empleadores continuar abonando las sumas antedichas pero como adicional no remunerativo del 15%, lo que dio finalmente lugar al dictado de la Resolución Nº 70/07 del Subsecretario que establece una diferencia de costos del 15% por sobre el 20% de adicional de zona y, en consecuencia, dispone el pago del adicional no remunerativo del 15% "que será susceptible de absorción en ocasión del debate paritario".

El Art. 20 del CCT 130/75 establece que *"el trabajador comprendido en esta convención colectiva, que se desempeñe en las provincias de Chubut y Santa Cruz, Gobernación Marítima de Tierra del Fuego, Sector Antártico, Islas Malvinas y demás Islas del Atlántico Sur, recibirá un aumento del 20% sobre las remuneraciones establecidas en el presente convenio, correspondiéndole al trabajador de las provincias de Río Negro y de Neuquén un aumento del 5% sobre las remuneraciones establecidas en el mismo."*

En modo alguno se establece que el adicional por zona desfavorable, resulta una suma no remunerativa y mal puede por vía de una decisión administrativa provincial, darle tal carácter, alterando los términos de la negociación colectiva. No es obstáculo para así resolverlo, que la autoridad provincial lo haya limitado a la diferencia entre lo dispuesto en el convenio colectivo y los costos en la zona (15 %). En definitiva el "adicional por zona", integra la remuneración a considerar como base de la indemnización derivada del despido.

f) Respecto del **adicional por "fallos de caja"** el art. 30 del CCT establece expresamente que no integran la remuneración a los fines de las indemnizaciones "*Art. 30.– Los empleadores abonarán a los cajeros/as incs. a) y c) y repartidores efectivos y toda otra persona, que específicamente tengan obligación de cobrar dinero a la clientela, la suma de $a... (*) anuales a partir del 1*

de junio de 1975.Los cajeros/as calificados en el inc. b) del art. 7 percibirán la suma de $a... (*) anuales. Estos pagos se efectuarán en cuotas iguales y trimestralmente vencidas, de acuerdo al año calendario, en compensación de su riesgo de reposición de faltantes de dinero cobrado. Estas sumas no formarán parte de la remuneración a efectos de los aportes jubilatorios, cómputo de aguinaldo, vacaciones, indemnizaciones, de la ley 20744, subsidio familiar, promedio por enfermedad, etc. No tendrán derecho a esta compensación los empleados que ocasional o transitoriamente realicen la cobranza mencionada. Estas compensaciones no tendrán incrementos establecidos en el art. 20."

En este punto, el agravio deberá desestimarse.

g) Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo la revocación de la sentencia, para que en la etapa de ejecución, se incorporen en la base de cálculo de la liquidación final las diferencias que, por incidencia de los rubros "Acta Acuerdo 5/12/2007" y "adicional sobre zona 15%" se generen en los rubros que la integran. La suma que resulte devengará los intereses que para la tasa activa determina el Banco del Chubut desde que la suma fue debida y hasta su efectivo pago.

4.

Las costas de la primera instancia

La modificación de la sentencia autoriza a la readecuación de las costas y honorarios determinados en la instancia anterior (art. 282 CPCC).

Existiendo vencimientos parciales y mutuos y valorando la trascendencia de lo admitido y lo desestimado en su conjunto, he de proponer al Acuerdo que las costas se impongan en el orden causado. (art. 72, CPCC). Los honorarios de los letrados I. C. P., N. S. y del Ab J. G., conforme el mérito extensión y resultado obtenido, se estipulan en el 9%, 9% y 18% respectivamente del monto de las diferencias que surjan de la liquidación,

para lo cual ha de tenerse en consideración, de corresponder los mínimos legales establecidos para este tipo de proceso en la ley arancelaria. (arts. 5, 6, 7, 8, 38, 60 y conc.)

5.

En cuanto a las costas en esta Alzada, ambas partes han resultado vencidas, por lo que corresponden sean impuestas en el orden causado (art. 72 CPCC) A esos fines y considerando la actuación cumplida por los letrados, su mérito y extensión, estimo estipular los honorarios de los letrados N. S. y J. G. en el 25% de los que resulten de la instancia anterior. (art. 5 y 13 Ley XIII N°4 y mod)

VOTO a la primera cuestión por la **NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de la parte actora, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en el art. 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión de esta Alzada.

2.

Tal como lo señala la Dra. de Villafañe, en el precedente voto, esta Excma. Cámara ha tenido oportunidad de expedirse con relación al tema de las sumas no remunerativas que hoy nos ocupan, en el sentido que no es dable restar efectos a los acuerdos salariales celebrados en el marco de las negociaciones convencionales del CCT 130/75, debidamente homologados

por la Secretaría de Trabajo de la Nación, a través del dictado de un acto administrativo, que como tal, detenta el principio de legitimidad y ejecutoriedad.

En ese sentido, he señalado que, si la calificación no retributiva de un beneficio pactado por las partes colectivas fue objeto de homologación por la autoridad administrativa del trabajo en los términos de la ley 14.250 de manera que vale como ley, los jueces no pueden apartarse de tal calificación si no media el pertinente planteo de nulidad de la homologación deducido en sede administrativa o cuanto menos, deducido en forma fundada en la reclamación judicial laboral (cfr. CAPM 31/10; Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, 19/03/2010, in re: "Zunino, Héctor René y otros c. Telefónica de Argentina S.A.", La Ley Online; AR/JUR/12008/2010).

Sin embargo, tal no es el caso del ítem "Acta 05 de diciembre de 2007", que si bien homologada por la Secretaría de Trabajo provincial, determinándose un monto fijo de una suma por un lapso de tiempo, colisiona con la norma del art. 18 de la citada ley, en cuanto a que ésta señala que "*Los convenios colectivos de ámbito mayor podrán establecer formas de articulación entre unidades de negociación de ámbitos diferentes, ajustándose las partes a sus respectivas facultades de representación. Dichos convenios podrán determinar sus materias propias y hacer remisión expresa de las materias a negociar en los convenios de ámbito menor. Los convenios de ámbito menor, en caso de existir un convenio de ámbito mayor que los comprenda, podrán considerar: a) Materias delegadas por el convenio de ámbito mayor. b) Materias no tratadas por el de ámbito mayor. c) Materias propias de la organización de la empresa. d) Condiciones más favorables al trabajador.*

A su vez, el art. 19, señala que *"Queda establecido el siguiente orden de prelación de normas: a) Un convenio colectivo posterior puede modificar a un convenio colectivo anterior de igual ámbito. b) Un convenio posterior de ámbito distinto, mayor o menor, modifica al convenio anterior en tanto establezca*

condiciones más favorables para el trabajador. A tal fin, la comparación de ambos convenios deberá ser efectuada por instituciones".

Conforme con lo señalado, la estipulación prevista en el acta local colisiona con las normas señaladas, y en particular con lo previsto con el inc. d) del artículo mencionado en primer término: la norma de ámbito menor no puede contemplar condiciones menos favorables para el trabajador, teniendo en cuenta que determinó el pago de una suma fija por un tiempo determinado y hasta el tratamiento del art. 20 del Convenio del sector.

Desde otro ángulo, se ha señalado que las asignaciones de dinero acordadas colectivamente tienen carácter remunerativo aún cuando se las haya tildado de "no remunerativas", si fueron establecidas para proteger los efectos de la desvalorización monetaria sobre el salario de los trabajadores (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala I, "Espinola, Roberto Carlos y otros c. Telecom Argentina S.A. s/diferencias de salarios", 12/09/2011, La Ley Online, AR/JUR/53460/2011), pues compensa la fuerza de trabajo que el actor puso a disposición y la disminución del valor real de su salario, constituyendo una medida tendiente a favorecer sus condiciones laborales.

En lo que refiere al "adicional por zona", también coincidiré con la Sra. Vocal preopinante, pues el art. 20 del CCT 130/75 en modo alguno menciona que las sumas allí reconocidas son "no remunerativas", por lo que, en virtud de las mismas razones que las expuestas en el tratamiento del acápite anterior, una norma local mal puede limitarlas al porcentaje otorgado por zona desfavorable, de allí que este rubro debe integrar la remuneración que debe utilizarse como base para la indemnización de despido.

Distinta será mi postura respecto del adicional por "fallos de caja", pues, como bien señala la Dra. de Villafañe, el texto del Convenio del sector es expreso en orden a conferirle carácter de remuneratorio.

Por todo lo expuesto, coincidiré en el reconocimiento de las sumas otorgadas por "Acta Acuerdo del 5 de diciembre de 2007" y "Adicional zona 15%" como de carácter remunerativo a los efectos del cálculo de la indemnización, debiendo adicionarse el interés que indica la Sra. jueza preopinante.

3.

Coincido con el modo en que la Dra. de Villafañe propone la distribución de las costas de la Instancia anterior, en orden a lo preceptuado por el art. 282, del CPCC, como así en el que practica la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes en la Instancia anterior, en atención al mérito, calidad y extensión de la labor desarrollada (arts. 5,6,7,8,38 y 60 de la ley de aranceles).

4.

Con respecto a las costas de la Alzada, las mismas han de ser impuestas en el orden causado (art. 72, del CPCC), tal como lo propone la Dra. de Villafañe.

En cuanto a los honorarios, coincido también con el modo en que propone regularlos, en atención al mérito, extensión y resultado de la tarea (arts. 5, 13 y cc. de la ley de aranceles).

Por las razones expuestas, voto por la **NEGATIVA**

LA SEGUNDA CUESTION, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

De compartir los Sres. Magistrados el sentido de mi voto, el pronunciamiento que debería dictarse es el que sigue:

1) REVOCAR la sentencia de fs 161/168.

2) ADMITIR PARCIALMENTE la demanda incoada por C. M. M. contra P. y B. S.A. Condenar a ésta última a abonar al actor, las diferencias que surjan de liquidar las sumas derivadas del despido considerando en la base de cálculo de la liquidación final, la incidencia de los rubros "Acta Acuerdo 5/12/2007" y "adicional sobre zona 15%", con más los intereses que conforme la tasa activa que fija el Banco del Chubut se devenguen desde que resultaron exigibles y hasta su efectivo pago.

3) DEJAR SIN EFECTO las costas y honorarios de la sentencia de grado.

4) IMPONER las costas de la primera instancia en el orden causado. (art. 72 CPCC)

5) REGULAR los honorarios de los letrados I. C. P., N. S. y J. G. en el 9%, 9% y 18 % respectivamente del monto de las diferencias que surjan de la liquidación, sin perjuicio de los mínimos legales establecidos por la ley arancelaria.

6) IMPONER las costas de la Alzada por su orden (art. 72 CPCC).

7) REGULAR los honorarios de los letrados N. S. y J. G. en el 25 % de los que resulten de la instancia de grado (art. 5 y 13 Ley arancelaria)

8) DE FORMA.

Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.

Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Heraldo Enrique FIORDELISI no emitió opinión por haberse formado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17) pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de mayo 2012.

En virtud de lo resuelto en el Acuerdo cuya copia antecede la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Puerto Madryn pronuncia la siguiente:

S E N T E N C I A

1) REVOCAR la sentencia de fs 161/168.

2) ADMITIR PARCIALMENTE la demanda incoada por C. M. M. contra P. y B. S.A. Condenar a ésta última a abonar al actor, las diferencias que surjan de liquidar las sumas derivadas del despido considerando en la base de cálculo de la liquidación final, la incidencia de los rubros "Acta Acuerdo 5/12/2007" y "adicional sobre zona 15%", con más los intereses que conforme la tasa activa que fija el Banco del Chubut se devenguen desde que resultaron exigibles y hasta su efectivo pago.

3) DEJAR SIN EFECTO las costas y honorarios de la sentencia de grado.

4) IMPONER las costas de la primera instancia en el orden causado. (art. 72 CPCC)

5) REGULAR los honorarios de los letrados I. C. P., N. S. y J. G. en el 9%, 9% y 18 % respectivamente del monto de las diferencias que surjan de la liquidación, sin perjuicio de los mínimos legales establecidos por la ley arancelaria.

6) IMPONER las costas de la Alzada por su orden (art. 72 CPCC).

7) REGULAR los honorarios de los letrados N. S. y J. G. en el 25 % de los que resulten de la instancia de grado (art. 5 y 13 Ley arancelaria)

8) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. SDL. CONSTE.