En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de julio del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"B., V. Y. c/ T. A. SA s/ DEMANDA LABORAL", expte. nro. 228/12**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 47/10), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 375), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 341/350? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 356 por la parte demandada la sentencia definitiva nro. 17 del 12/04/2012 (fs. 341/350), habiéndose concedido a fs. 357 el recurso de apelación interpuesto libremente y en ambos efectos.

El fallo, en lo aquí cuestionado, dispuso: 1ero. "Declaro en el caso concreto la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios acta acuerdo, 05/12/07, acuerdo abril/08 y acuerdo abril/09 en cuanto asignan carácter no remunerativo a los rubros que configuran una ganancia

ligada estrechamente a la prestación de servicios del dependiente, conforme evaluara en el pto. III.B.3c. …". Admite la procedencia de los créditos reclamados … su SAC y pto. 5to.). Admite la procedencia de los créditos reclamados, a saber: diferencia en la indemnización sustitutiva de preaviso y su SAC $1.818,18; diferencia en la indemnización por vacaciones y su SAC $513...

I.A) A fs. 360/363 la parte demandada expresa agravios, corriéndose traslado de los mismos a fs. 364, contestándolos la parte actora fs. 365/370.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los resultandos tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener "la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión" (cf. crit. Morello- Sosa – Berizonce en "Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación", T.II-C, pág. 64; Cám.nac.com. Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración y celeridad, he de realizar la transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante demandada.

Concretamente la apelante demandada se agravia en cuanto la a-quo:

1) Determina el carácter remuneratorio de los incrementos salariales y la declaración de inconstitucionalidad (fs. 360/361vta.) y

2) Incluye el sueldo anual complementario en el cálculo de las indemnizaciones, por antigüedad, integración mes de despido y preaviso (fs. 361vta./363).

I-B-1) La apelante demandada centra su agravio (fs. 360/373) tanto en cuanto la a-quo determina el carácter remuneratorio de los incrementos salariales como respecto a que la misma declara la inconstitucionalidad de los Acuerdos Paritarios años 2008 y 2009.

La actora en su escrito de demanda (pto.IV - "Derecho" - fs.34/36) planteó la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios de 2008 y 2009 del CCT nro. 130/75 que instituyeron salarios no remunerativos que influyeron en el cálculo de las indemnizaciones por vacaciones, preaviso y antigüedad. Dicho planteo fue negado expresamente por la demanda en su contestación de la acción interpuesta por la accionante (pto. 10mo. y 11ero. - fs. 93vta.- y desarrollada su línea argumental defensiva en el pto. VII pto. a) y b) - fs. 94vta./96vta.

Respecto a la temática planteada, ya me he expedido en autos caratulados: "T., R. C. c/ S. A. I. y E. d. L. P. s/ Demanda Laboral", sentencia definitiva del día 15/2/12, registrada bajo el nro. 03/12/L -mencionada por la actora en su contestación de agravios a fs. 366vta.-, en dicha oportunidad expuse que es de mi pleno convencimiento que en relación al planteo de inconstitucionalidad de las asignaciones no remunerativas establecidas en acuerdo convencional colectivo entre la accionada y el sindicato, no corresponde aceptar por imperio de un acuerdo sindical que se le atribuya carácter no retributivo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 de la LCT (que si bien trata distinto rubro la entelequia subsume todo el orden público laboral cual es

la columna vertebral de todo el Derecho del Trabajo) tiene carácter indisponible y esto no puede ser modificado por la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo que no puede purgar un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo solo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral.

Por otro lado, la falta de objeción por parte de los actores a dichos convenios, no logra rebatir lo expuesto, puesto que ello importaría admitir la presunción de renuncias a derechos derivados del contrato de trabajo, en abierta contradicción con el principio de irrenunciabilidad (art. 12 LCT) y lo normado en los arts. 58 y 260 del mismo cuerpo legal, en tanto los dependientes no están obligados a reclamar hasta el agotamiento del plazo de prescripción, sobre todo cuando el pago insuficiente de las obligaciones originadas en las relaciones de trabajo debe ser considerado como entrega a cuenta del total adeudado aunque se reciba sin reservas (CSJN, Fallos 310:558 del 12/03/87 “Padín Capella Jorge c/ Litho Formas SA”).

Como consecuencia de lo dicho, y teniendo especialmente en cuenta el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fallo S.C. "Perez Aníbal c/ Disco S.A. S.C.P. n° 1911, L. XLII" – CSJN – 01/09/2009: publicado el 02/09/2009 elDial.com - AA562D), cabe concluir que las sumas que han sido otorgadas al trabajador, respetando una pauta de normalidad y habitualidad, como consecuencia del desempeño laboral de este último, debe entenderse pagos efectuados en concepto de remuneración.

A mayor abundamiento se ha precisado en forma clara y contundente que tanto la voluntad del legislador o del

empleador, cuanto la espontaneidad de este, son inválidas, aún cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional, mayormente cuando la evolución tutelar de la disciplina laboral y los motivos que la impulsaron, ya señalados, han impuesto, entre otras muchas consecuencias, que la determinación y alcances de las prestaciones debidas por el empleador al trabajador derivadas del empleo, no obstante el marco de reciprocidad que tipifica al contrato o relación laborales, rebasen el cuadro conmutativo, que regula las prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta ("Nowinski, Elsa Alicia", Fallos: 322:215, 223), para estar regidas por la justicia social (v., entre otros, además de los casos "Mansilla" y "Aquino": "Madorrán", Fallos: 330:1989, 2002; "Prattico, Carmelo y otros c. Basso y Cía.", Fallos: 246:345, 349 y "Roldán, José Eduardo c/ Borrás, Antonio", Fallos: 250:46, 48/50 y sus citas)” (del voto de la mayoría de la CSJN).

Es que la relevancia de todo lo atinente al salario supera los límites del llamado “mercado de trabajo” o, mejor dicho, somete a este a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti", cit., ps. 3691/3692)”.

No otra es la forma en que ha de entenderse la presente cuestión, atento a que el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y de su familia, finalidad que persigue la Ley de Contrato de Trabajo, constituye fundamento válido para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional. Es la justicia social, precisamente, el valor que ha guiado de

continuo a la Organización Internacional del Trabajo desde su creación hasta la actualidad en sus múltiples expresiones institucionales en defensa y protección de los derechos del trabajador frente a los múltiples desafíos que presenta la evolución del mercado del trabajo, el cual se encuentra sometido a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti")" (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según sus votos).

"La noción de remuneración es definida en el art. 1ero. del Convenio nro. 95 de la OIT —ratificado por la República Argentina en el año 1952—, al especificar que "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"" (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

Ello porque —como lo señala la señora Procuradora Fiscal— la base de cálculo de la indemnización salarial debe guardar razonable proporción con los elementos que componen la remuneración, es decir con la contraprestación que el trabajador percibe como consecuencia del contrato de trabajo. La indebida exclusión de conceptos que, como el subexamine, se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio constitucional de retribución justa, que se encuentra en correlación con la

base remuneratoria que compone el derecho, también constitucional, a la protección contra el despido arbitrario" (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

No resulta posible aceptar que por medio de un acuerdo de orden colectivo se atribuya carácter no remunerativo a sumas de dinero abonadas a los trabajadores en virtud del contrato de trabajo y como consecuencia del trabajo por ellos prestado, ya que la directiva del art. 103 de la L.C.T. (aquí también aplicable) tiene carácter indisponible y resulta la norma mínima de aplicación.

De tal manera, no resulta trascendente lo que pueda haberse establecido en las actas acuerdo que invoca la demandada en tanto el convenio nro. 95 de la OIT, 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, y en caso de "pugna", debe prevalecer la disposición del Convenio 95 de la OIT.

A mayor abundamiento, preciso que la remuneración constituye un elemento esencial de la relación laboral. En este orden de ideas confluye la doctrina –ya clásica–, que ha señalado que "El salario... en cuanto es elemento esencial del contrato no puede ser modificado por decisión unilateral del empleador". Se deduce de lo antedicho que la Administración tampoco tiene facultades para alterar unilateralmente esta conceptualización. Esta suerte de maquillaje conceptual atenta contra una de las leyes de la lógica. Se olvida que por el principio de identidad una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

La contradictio in terminis que supone predicar una remuneración que se denomina como no remunerativa es lo mismo que decir que no es remuneración.

Con tal curioso proceder lo más grave es que contraría el principio de legalidad por aplicación del 14 bis de la CN, los principios laborales aplicables, el Convenio nro. 95 de la OIT antes mencionado y la objeción expresada por el informe de la Comisión de expertos de 1998. Tal tergiversación de normas fundantes es írrito de la protección de la intangibilidad e integralidad del salario en tanto estos suplementos se perciban con habitualidad, regularidad y generalidad. Esta calificación, insisto, no deriva de la voluntad de las partes sino del carácter oneroso y alimentario del contrato, máxime si se tiene en cuenta que en autos no se invocó razones de emergencia alguna.

Siempre que se abone al conjunto de agentes en forma normal, habitual y permanente determinada asignación laboral, ello conllevará el carácter remunerativo de la misma.

A mayor abundamiento advierto que los entendimientos expuestos se ven reflejados en las decisiones adoptadas por la jurisprudencia más actualizada la cual ha decidido que: ”Corresponde confirmar el fallo de primera instancia, y admitir las diferencias reclamadas con fundamento en el carácter no remunerativo otorgado a las asignaciones previstas en las “actas acuerdo”, suscriptas entre la empresa accionada y el sindicato” (expte. 39.062/2008 (26933) – “Semenchuck Laura Victoria y otros c/ Telefónica de Argentina S.A. s/ Diferencias de salarios” – CNTRAB – SALA X – 31/03/2011: elDial.com - AA6AEA).

Por las razones expuestas arribo a la plena

convicción que corresponde desestimar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 360/361vta. y confirmar la sentencia de fs. 341/350 en cuanto fuera materia de agravios.

I-B-2) Recurre la agraviada demandada la decisión de la a-quo de incluir el sueldo anual complementario en el cálculo de las indemnizaciones por antigüedad, integración mes de despido y preaviso (fs. 361vta./363).

Si bien la suscripta no desconoce que no es pacífica ni unánime el criterio doctrinario y jurisprudencial sobre la temática planteada, no menos cierto es que comparto plenamente el criterio doctrinario expuesto por el maestro Dr. Juan Carlos Fernández Madrid en su obra "Relaciones Individuales de Derecho del Trabajo", Tomo II, págs. 1937/1938, edit. La Ley, 1era. quincena de abril de año 2011, quien por su claridad conceptual y coincidencia con la opinión de la suscripta he de transcribir textualmente:

Pago con motivo del cese.

1.Pago de la parte proporcional del S.A.C.

El sueldo anual complementario se gana día a día, por tanto en el momento de extinción del contrato se ha adquirido en la medida proporcional al total del tiempo trabajado en el semestre respectivo al trabajador…;

2. Inclusión del S.A.C. en el sueldo base para el cálculo de la indemnización por despido.

Dado se carácter de remuneración de pago diferido que se gana co el salario devengado (día a día, mes a mes) debe ser incorporado en la parte proporcional a la "mejor remuneración mensual, norma y habitual" (art. 245, L.C.T.), pues dicha retribución consiste en lo que se ganó en ese mes más la incidencia del S.A.C.

3. El S.A.C. en el cálculo de la indemnización por

vacación no gozada.

El sueldo anual complementario debe considerarse para determinar la indemnización por vacaciones no gozadas porque si bien esa suma tiene carácter indemnizatorio, debe ser equivalente al "salario correspondiente" y, aquel constituye un salario diferido.

De otro modo, se privará al trabajador de una parte del salario que ya ha ganado, porque si no hubiera recurrido al distracto el lapso de la vacación "gozada" se hubiera contado como tiempo trabajado para el cómputo del S.A.C. (cita autor nota (10); CNTrab, Sala III, 30/08/96, "Buttner, Alfredo E c. Lombardi S.A., José J. e Hijos y otro", DT 1997 A, 950).

4. El S.A.C. y la indemnización sustitutiva del preaviso.

Si bien las sumas percibidas en concepto de preaviso no otorgado son de carácter indemnizatorio, corresponde liquidar sueldo anual complementario sobre las mismas, pues la ley establece que ese resarcimiento debe ser equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante ese plazo, y ellas se integran con el salario mensual más la parte proporcional del respectivo aguinaldo (cita autor nota (11); CNTrab, Sala II, 12/09/80, "Perrota, Antonio c. Gurmendi, S.A.".

En concreto y por los fundamentos expuestos corresponde desestimar los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 360/363 y confirmar la sentencia de fs. 341/350 en cuanto fuera materia de agravios.

I.C) Conforme lo decidido, las costas se imponen a la apelante demandada vencida (ídem art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán

regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria para el caso de coincidir la siguiente:

1) Rechazar los agravios de la demandada apelante expuestos a fs. 360/363 y confirmar la sentencia de fs. 341/350 en lo que fuera apelada.

2) Costas a la recurrente vencida. Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que llegan a esta instancia los presentes por apelación de la sentencia de primera instancia que declaró en el caso concreto la inconstitucionalidad de los acuerdos acta acuerdo 5/12/07, acuerdo abril/08 y acuerdo abril/09, en cuanto asignan carácter no remunerativo a los incrementos salariales que disponen, tal como se explicitara en el ítem IV.1; hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. V. Y. B. y en consecuencia condenó a T. A. SA a hacer entrega en el plazo de DIEZ (10) días del certificado de trabajo y de la certificación de servicios y remuneraciones (cf. lo analizado en el punto IV.4), como también a abonar en idéntico plazo la suma de quince mil novecientos

cincuenta y nueve pesos con veinticuatro centavos ($15.959,24) y –en su caso- la suma correspondiente por la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la omisión de integrar los aportes al seguro de retiro complementario, una vez practicada liquidación, en un todo de acuerdo a lo dispuesto en el punto IV.5, con más los intereses conforme lo explicitado en el acápite IV.6.

Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios de los letrados.

Se agravia la demandada ante el carácter remunerativo que determinara la Sra. Juez de los incrementos salariales y la declaración de inconstitucionalidad.

Menciona que no está en discusión que se liquidaron los haberes a la actora y la indemnización de ley al momento del despido, teniendo en cuenta la mejor remuneración mensual, normal y habitual, no analizando la Sra. Juez que estas asignaciones no remunerativas de origen convencional aparecen en la práctica como actas acuerdo suscriptas por las mismas partes signatarias de los convenios vigentes, se trata de una típica negociación colectiva y como tal una manifestación autónoma, ajena al poder reglamentario del estado. Cita jurisprudencia que avala su posición. Agrega que si la aquo entendió que el acuerdo podía cuestionarse, debió disponer que la actora agotara la vía administrativa en forma previa al reclamo judicial y lo sustentan en que el acta acuerdo resulta un típico acto administrativo en los términos del art. 7 de la Ley 19549.

Hace referencia a las facultades que le otorga el art. 74 del Dec. 1759/72 y lo sostenido al respecto por la jurisprudencia que transcribe.

El segundo agravio se refiere a la inclusión del

sueldo anual complementario al salario base de cálculo de la indemnización por antigüedad, integración del mes de despido y preaviso cuando el mismo no es una remuneración mensual.

Menciona el art. 245 LCT, alude a la discusión al respecto sobre la terminología, al art. 122 LCT y cita jurisprudencia pacífica y concordante.

Corrido el traslado la actora contesta los agravios, rebatiendo cada uno de los argumentos esgrimidos por la quejosa con cita de doctrina y jurisprudencia de los distintos tribunales del país y con mención de las causas de esta Cámara al respecto.

La actora al solicitar las indemnizaciones por despido incausado peticiona que se incluya en ellas los rubros denominados no remunerativos, planteando para ello la inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios de 2008 y 2009 del CCT 130/75 que instituyeron salarios no remunerativos, al violar la Constitución Nacional, el art. 103 LCT.

El demandado entiende que tal pedido resulta improcedente, ya que las sumas no remunerativas conforman beneficios sociales y agrega que la negociación colectiva se mantiene sometida al control estatal por lo que la homologación implica un control de legalidad. Alude al art. 7 de la Ley 14250.

La Sra. Juez a fin de declarar la inconstitucionalidad parte del concepto de remuneración del art. 103 LCT, analiza el Convenio N° 95 OIT, el que fue tiene categoría supralegal otorgada por el inc. 22 del art. 75 de la CN y la jurisprudencia que menciona.

Los agravios no atacan concretamente los argumentos del fallo sino que mediante ellos alude a lo que entiende no analizó la magistrada y agrega en esta instancia que

previo a plantear la inconstitucionalidad debió el actor agotar la vía administrativa.

Y más allá de que considere que los argumentos rayan lo límites de la admisión, ante el criterio amplio que sustenta esta Cámara se les dará respuesta. El tema relacionado con las asignaciones dinerarias no remunerativas fijadas a través de la negociación colectiva, parece ser uno de los que acarrea mayores reparos y controversias en la jurisprudencia pues fueron acordadas por la entidades representativas del sector del trabajador y fue homologado por la autoridad ministerial.

No obstante no parece razonable que se continúe con esa práctica en el ámbito negocial cuando sus efectos nocivos afectan al trabajador.

En sentencia del 17-7-2006, el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos "Comisión Gremial Interna del Banco Ciudad de Buenos c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo" sostuvo que nuestro país -obligado internacionalmente a través del Convenio de la OIT- no puede desconocer que tanto LCT como las leyes previsionales han definido lo que entienden por salario y se concluyó que ni la administración, ni las entidades sindicales o la representación empresaria tienen facultades para la conceptualización del salario; en el año 2007 en autos "Machuca, Jessica Paola c/ Slim Talal Nasib" Tribunal del Trabajo de la Rioja se cuestionaron acuerdos salariales celebrados en el marco del CCT 387/2004, mediante los cuales se acordó el pago de adicionales no remunerativos, puntualizando que "el carácter remunerativo o no de los incrementos que se otorguen al trabajador de ningún modo depende del nombre que se le asigne sino de su verdadera naturaleza jurídica y que ella deriva de la habitualidad,

regularidad y generalidad como también del hecho de que no tengan una asignación destinada a cubrir exigencias específicas, siendo las mismas de libre arbitrio del trabajador.

En igual sentido se expidió en el año 2009 la Sala X de la CNAT en "Gimenez, Patricia Dolores c/ Blockbuster Argentina S.A. s/ Despido, al descalificar lo acordado por la Federación Argentina de Empleados de Comercio y servicios, la Unión de entidades Comerciales Argentina, la Confederación Argentina de la Mediana empresa y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco de del CCT 130/75 que fuera homologado mediante resolución 632/2007, con fundamento en lo que dispone el art. 103 y señalando que "los convenios de la OIT tienen jerarquía superior de las leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 (cf. art. 75, inc. 22) y por ende resulta inaplicable la normativa interna que no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior.

A ello se sumaron artículos doctrinarios (DT, 2011 "Acerca de la inconstitucionalidad del artículo 103 bis incisos b) y c) LCT y de las asignaciones no remunerativas" Claudia Priore) a los que me remito.

No desconozco que en sentido diverso se expidieron Maza y Pirolo en "Guajardo, Analía Mabel c/ Enrique Martín Rossi s/ despido" CNAT, Sala II-Año2009 quienes consideraron al igual que el quejoso en autos que los jueces no podemos apartarnos de tal calificación nacida como contrato y vigente como ley sino media el planteo de nulidad de la homologación deducida en sede administrativa". Posición compartida por Julián A. De Diego, Sala X de la CNAT "Gimenez c/ Blockbuster" (Revista de Derecho Laboral. "Normas internacionales y Derecho Interno", pág. 291 y sgtes.

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C No 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parág. 124) (cf. C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII., "Mazzeo, Julio Lilo y otros"). Con posterioridad a lo resuelto en el caso "Almonacid", el tribunal americano ha profundizado este criterio en los siguientes términos: "Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

“Nada impide en nuestro ordenamiento jurídico la declaración judicial de inconstitucionalidad e

inconvencionalidad de la cláusula de un convenio colectivo de trabajo violatoria de los derechos del trabajador amparados por normas de jerarquía constitucional y supralegal, en el marco de un proceso incoado por aquel contra el empleador.

"Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75.23; "Vizzoti", cit., p. 3688). Estos principios, debe puntualizarse en la presente causa, son aplicables, mutatis mutandi, a la reglamentación derivada del régimen de convenciones colectivas. La Constitución Nacional es ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva" (cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1488. XXXVI., 3/05/07, "Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas").

"Como fue señalado precedentemente, en la sentencia dictada en "Pérez c/ Disco" el Supremo Tribunal Federal afirmó en lo pertinente que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso: el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen iuris sería inconstitucional. El carácter normativo de las mencionadas cláusulas (cuya inconstitucionalidad se pide)despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de

fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica. "Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión sólo podría ser opuesta a los mencionados sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien -naturalmente- no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo.

Del mismo modo que en el marco de un proceso judicial entre un trabajador y su empleador puede ser aplicada una norma legal más favorable al trabajador que una cláusula convencional (cf. arts. 80 y 90, L.C.T. -t.o.- y 70, párr. 1, Ley 14250 -t.o. dec. 1.135/2.004-), aunque no haya sido cuestionado en sede administrativa y/o judicial el acto administrativo que dispone la homologación, o en su caso, el registro pertinente, con mayor razón puede ser declarada la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la mencionada cláusula, máxime cuando la misma vulnera normas de jerarquía constitucional o supralegal que consagran derechos irrenunciables. En la causa "R. c/ S. S.A." sentencia definitiva N° 17.088 del 27/11/2009), se sostuvo "que el convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes" o, en

palabras del recordado Justo López, eficacia de "ley profesional" (a diferencia de la "ley formal" dictada por el Poder Legislativo). Desde dicha perspectiva, al tratarse de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1° L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), considero que es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando en su aplicación al caso vulnera específicamente derechos o garantías de la Ley Fundamental y por tanto el órgano judicial está facultado (y obligado) a desplazarla para juzgar la contienda. Repárese además en que el control de constitucionalidad está basado en el principio constitucional de "razonabilidad" (lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad) que precisamente rige para los tres poderes del Estado y por ende puede llegar al grado de inconstitucionalidad tanto una norma legal como la proveniente de los sujetos intervinientes en la negociación colectiva que arriban a un convenio homologado por el Ministerio de Trabajo" (voto del Dr. Oscar Zas en autos "G. A. I. c/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.V-may-2011: MJ-JU-M-66285-AR - MJJ66285 - MJJ66285).

Como surge de lo expuesto con cita doctrinaria y jurisprudencial, la cuestión no resulta sencilla, no obstante entiendo junto con mi colega que emitiera el primer voto y con quienes lograron mayoría en autos "R., V. S. y otros c/ L. M. S.A. s/ demanda Laboral", SD 13/2012, los acuerdos devienen inconstitucionales.

Resulta esclarecedor el voto de la Dra. Graciela A. González en –"Z., H. R. y otros c/ T. D. A. SA s/

Diferencias de Salarios", dejó a salvo su opinión "En cuanto a si es posible o no restar validez y vigencia a una norma proveniente de un convenio colectivo de trabajo a través de un planteo de inconstitucionalidad, Al respecto señaló, "en nuestro sistema, todas las normas jurídicas (cualquiera sea su fuente) son susceptibles de esa tacha. Tanto es así que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha declarado la inconstitucionalidad de una norma de ese origen en la causa "Madorrán Marta C. c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación" sentencia del 3/5/07 M. 1488 XXXVI con similar criterio al que adoptara al analizar el ya famoso caso "Figueroa, Oscar F. c/ Loma Negra CIASA" del 4/9/84 (CSJN Fallos 306:1208)" y "En efecto, el hecho de que el rubro se origine en un convenio colectivo no priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de analizarlo en su legitimidad porque la disponibilidad colectiva no puede avanzar sobre garantías consagradas por la Constitución Nacional y por los Tratados Internacionales. Desde tal perspectiva, a mi juicio, si bien la disposición convencional pudo no ser homologada -en ejercicio de control de legalidad que le compete al poder administrador-, ello no constituye un obstáculo para que, si se corrobora su ilegitimidad, el dispositivo cuestionado no sea aplicado en el caso concreto".

"Desde esa perspectiva señaló. "Que no se le puede exigir a los trabajadores individualmente afectados que recurran al mecanismo previsto en la Ley 19549 para obtener la nulidad de la homologación ministerial –de cuya existencia y alcances incluso pueden no haber tomado razón en tiempo oportuno- y que, tampoco es necesario para plantear la invalidez de la norma con base constitucional que previamente se declare la nulidad del

acto administrativo que la homologó, porque también ese procedimiento sujetaría al dependiente a los plazos y formas previstas en la legislación adjetiva. A mi entender, la invalidez de una norma (legal o convencional) por resultar repugnante a la Constitución Nacional puede ser declarada en el caso concreto aún sin cuestionarse su génesis (trámite parlamentario, validación administrativa, etc.) y este también parece haber sido el temperamento que en su hora adoptó nuestro Máximo Tribunal", R.D.L obra citada, págs. 367 y sgte.

De acuerdo a lo expuesto, la quejosa no ha podido conmover los fundamentos del fallo y está muy lejos de lo consignado en este voto.

"El recordado principio protectorio y el plexo de derechos que de él derivan, así como los enunciados de las citadas declaraciones y tratados con jerarquía constitucional, que han hecho del trabajador un sujeto de "preferente tutela constitucional" (Vizzoti, fallos 327:3753, y Aquino (3770 y 3797), perderían buen parte de su sentido y efectividad sino expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación".

En punto al agravio sobre la admisión del SAC al salario base de cálculo de la indemnización por antigüedad, integración de mes de despido y preaviso cuando el mismo no es una remuneración mensual, admito junto al quejoso la controversia doctrinaria y jurisprudencial sobre el tema.

Conocida es la cita que efectúa el quejoso de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en Tribunal Plenario con fecha 19/11/2009, quien estableció por mayoría: "1°) No corresponde incluir en la base salarial previstas en el

primer párrafo del art. 245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario…".

Las razones de la mayoría señalan que cuando se sancionó la Ley de Contrato de Trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual". Ello resultó más notorio con la Ley 25877, por lo que debe considerarse excluido el rubro cuyo carácter es anual. Segundo, no se niega la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, se distingue del nacimiento del derecho, el día a día, que asimismo es atributo de otras remuneraciones, el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", edit. Rubinzal Culzoni, págs.84 y ss.). Pero, el plenario sufrió un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de "…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (voto de la Dra. Estela Ferreirós), aludiendo entonces a la falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr.

Rodríguez Brunengo y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aun menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado, incluso inmerso el sistema en el concepto de inconstitucionalidad de los plenarios de las diversas Cámaras del Fuero, ejerciendo funciones que pudieron tener fundamento durante la vigencia de la Constitución Nacional de 1949, pero que abrogada ésta provocan cavilaciones sobre su compatibilidad con la Ley Suprema. Fundamentalmente expresa el Dr. Brunengo, que la interpretación implicaría un apartamiento del "favor operari", consagrado en la L.C.T. art.9°, pero asimismo del mandato constitucional del art. 14bis de la Ley Cimera y del principio de progresividad del art. 75 CN inc. 19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, sabido es como lo expone el Dr. Bidart Campos, que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas sino que todas tienen fuerza directamente operativa.

Huelga señalar el indudable respeto a la autoridad científica de los votantes de la mayoría, pero estimo que debe excusarse su seguimiento, cuando se fortalece con la Ley 26248 la interpretación del art.9 L.C.T. y resulta insoslayable la interpretación favorable al dependiente. Es el caso de duda o frente a dos interpretaciones de la norma o conjunto de normas que rigen las instituciones del derecho del trabajo, donde debe decidirse en el sentido mas favorable al trabajador, con lo que la opinión en el presente acuerdo no puede sino resultar

reiterada de los antecedentes que preceden y sientan la jurisprudencia de esta Sala.

En resumen, interpretar con el auxilio de la doctrina especializada, que con la Ley 25877 que cambió el contexto del art. 245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual "percibida" por "devengada", resultó válida para incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial indemnizatoria, aunque sea de pago no mensual, en la medida que el mismo se devenga día a día y de ese modo integrar la calificación de remuneración mensual. El Dr. Fernández Madrid, que en su voto expone que la Cámara siempre se ha pronunciado por la exclusión del mes de sueldo de las retribuciones de periodicidad diferente a la mensual y le ofrecía dudas tal solución a la que finalmente adhirió porque carecía de sentido útil una afirmación solitaria de un criterio diferente, pero que la reforma del art. 245 L.C.T., obligó a un replanteo y que no puede dejar de lado la interpretación que se sostiene en otras jurisdicciones que ha consultado, Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual comprende también las remuneraciones de pago no mensual, ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por trabajar día a día, sin perjuicio que su pago sea diferido a otro momento. Resulta asimismo oportuno destacar del voto del Dr. Fernández Madrid, dice que la Cámara aún con anterioridad a la reforma del art. 245, sostuvo respecto a su redacción que cuando decía "percibido" debía entenderse "devengado" (para que los incumplimientos del empleador no operen disminuyendo la base) y cita además el fallo de la Suprema Corte de

Buenos Aires en el caso "Martín, Rosa L. c/ A.S.E.B.A.", Diario de Jurisprudencia Judicial del 5/1201, cuya doctrina establece: "…A los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originen como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido… La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido…".

Con lo expuesto no puede sostenerse el criterio que en la jurisprudencia priva que la exclusión o que la interpretación resulta forzada o errada. Señala la Dra. Ferreirós –plenario aludido- que después de 30 años de haberse desempeñado en la magistratura laboral y siguiendo la doctrina de la S.C.B.A., incluyó siempre como todos los jueces de la provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario, ello es, aún antes de haberse sancionado la Ley 25877 y por otra parte el criterio consulta la interpretación mas favorable y principio constitucional nacional art. 14bis (el trabajo en sus diversas formas gozará de3 la protección de las leyes) y art. 71 C. Provincial, 2da. parte ("La legislación considera el trabajo como factor de promoción individual, familiar y

social, asegurando la protección efectiva de los trabajadores") (voto del Dr. Nahuelanca SD Registrado bajo el Nro.9, año 2012 del libro de sentencias definitivas "L").

A ello y que ante la claridad conceptual he transcripto y que comparto y solo a fin de abundar he de agregar lo que enseña al respecto en Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo IV, Mario Ackerman, "El adjetivo mensual agregado a la mejor remuneración tenía cierto efecto expulsivo cuando se refería a conceptos "percibidos", tal como estaba redactado antes de la reforma introducida por la Ley 25877. desde entonces, el término cambió por "devengado", lo que llevaría a entender que más allá de un rubro determinado se liquide en períodos distintos al mensual (como las habilitaciones, bonos, SAC, etc.) podría estar incluido en la base indemnizatoria, obviamente en su expresión proporcional (1/12), siempre que se devengue diaria, semanal o mensualmente.

Ante esta disyuntiva la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Bs. As. consideró que el SAC debía incluirse, por que se devenga día a día, y de ese modo entra dentro del concepto de remuneración mensual. Por otra parte la jurisprudencia de la CNA del Trabajo rechazó la incorporación, con el argumento que no se percibe mensualmente.

Y luego de dar la acepción de devengar entiende que aún bajo esta acepción, "adquirir derecho a una retribución" y su raíz etimológica devengo "momento que nace la obligación de pago de un tributo", resulta evidente que el derecho al SAC, se va generando (nace) día a día, lo que es independiente a que en circunstancias normales su pago no sea exigible sino

hasta el cumplimiento del plazo acordado al efecto".

Todo ello y sin perjuicio no obstante de la doctrina y jurisprudencia contradictoria, por aplicación del principio protectorio del art. 9 de la LCT, rechazo el agravio.

Las costas de esta instancia estarán a cargo del demandado vencido.

A fin de regular los honorarios que los difiero para el momento del acuerdo, tendré presente la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas de los artículos 5 y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

Que tiene por reproducida la fórmula decisoria de la Dra. Susana Melero.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. García Blanco no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios de la demandada apelante expuestos a fs. 360/363 y confirmar la sentencia de fs. 341/350 en lo que fuera apelada.

2) Costas a la recurrente vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y de los Dres. C. S. K. y C. N. G., conjuntamente, en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado.

3) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"