En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de noviembre del año dos mil doce, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique 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: **"G., L. A. c/ S. S.A. s/ COBRO DE PESOS. LABORAL" (Expte. Nº 253 Año 2012),** venidos del Juzgado Laboral Nº 2 (Expte Nº 296/10), en apelación. Los Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN**: ¿es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN**: ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse conforme el sorteo practicado a fs. 252.

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

1) Antecedentes y la Sentencia.

Se encuentran radicados los presentes actuados por ante esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 228 por la parte actora y a fs. 229 por la parte demandada contra la sentencia oportunamente dictada por la Sra. Magistrada a quo, los que fueron concedidos mediante la providencia dictada a fs. 230.

La parte actora fundó el recurso que le fuera concedido mediante la presentación obrante a fs. 231/236, siendo contestado su traslado por la contraria a fs. 243. A su vez, la parte demandada expresó sus agravios a fs. 237/241 vta., siendo respondido el traslado de los mismos por la parte actora a fs. 244/246 vta.

La Magistrada del inferior dictó oportunamente sentencia haciendo lugar en todas sus partes a la demanda y condenando a S. S.A. a abonar a L. A. G. dentro del quinto día y mediante depósito judicial la suma de $ 44.182,91.-

(Cuarenta y cuatro mil ciento ochenta y dos pesos con 91/100), con más los intereses a la tasa activa que determina el Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento de documentos comerciales desde la exigibilidad del crédito hasta su efectiva cancelación, imponiendo las costas del proceso a la demandada vencida y regulando los honorarios de los profesionales intervinientes.

Para arribar a la conclusión final, la sentenciante comenzó por tratar *"la calificación jurídica del vínculo"* que existió entre las partes en el período comprendido desde el 5 de Junio de 2006, fecha de ingreso denunciada en la demanda, hasta el mes de Marzo de 2008, a fin de establecer si el actor se desempeñó en relación de dependencia en dicho período o si existió una prestación autónoma como sostiene la accionada.

El actor adujo que por imposición patronal debió facturar sus servicios de vigilancia y portería en el predio de la demandada, para lo cual tuvo que inscribirse en AFIP y cada mes cobrara su remuneración entregando a su empleadora una factura emitida como "proveedor de servicios" de "vigilancia y portería" conforme documental de fs. 07/20. La Magistrada sentenciante ha dicho que el carácter de monotributista del actor y la emisión de facturas como profesional independiente resulta irrelevante pues el hecho de que el actor recibiera un pago mensual contra entrega de una factura, no es dato excluyente de la naturaleza laboral del vínculo, pues debe prevalecer el contenido real de la vinculación.

Observa la sentenciante que G. prestaba sus servicios en forma personal y en tareas de colaboración permanente, desempeñando su labor dentro del ámbito de la empresa, inserto en una organización empresaria ajena, poniendo sus energías al servicio de la empleadora, con asistencia en los días y horarios previamente acordados, a tenor del responde (fs. 62 último párrafo) y percibiendo una remuneración en forma continua (conf. facturas de fs. 7/20). Se remarcó que frente a las afirmaciones vertidas por la

accionada, referidas a una "íntima relación de amistad" del actor con los integrantes del directorio de la empresa demandada, pesaba sobre ésta la carga probatoria del carácter no laboral de la vinculación. Reconocida la prestación de servicios por parte de la demandada, resolvió la a quo que por aplicación del art. 23 LCT, debe presumirse la existencia de un contrato de trabajo, toda vez que la accionada no logró acreditar la existencia de otro vínculo jurídico que desplace tal calificación, lo que torna admisible el reclamo del accionante. También descartó el valor probatorio conducente al hecho invocado de que el actor prestaba servicios para otras empresas dado que la exclusividad no es una nota que tipifique al contrato de trabajo.

En el segundo considerando trata la sentencia la *"valoración de la prueba testimonial"*. Allí destacó el testimonio de B. quien trabajo en la empresa en los años 2006 y 2007 y detalló que el horario del actor era de siete de la mañana a siete de la tarde de lunes a sábados. Refiere luego al testigo L. que veía a G. a la entrada y a la salida. Con respecto al testigo T. declaró que él entraba a las ocho y a esa hora ya el actor estaba trabajando. En base a que la accionada no logró acreditar la naturaleza civil (locación de servicios) de la vinculación que invocara, ni que G. tuviese el carácter de empresario y en ese carácter prestara servicios, concluyó que existió entre las partes una típica relación laboral.

El tercer considerando está dedicado al *"reclamo formulado en concepto de horas suplementarias"*. Allí ha dicho la sentenciante que de la prueba testimonial surge la realización de tareas por espacios superiores a las 8 horas diarias o las 48 semanales y no hay prueba de la cancelación de las mismas. Se hace referencia a las declaraciones testimoniales de B. y de B. y consideró la sentenciante que los dichos de la demanda en este punto quedaron corroborados por los testigos trabajadores de la empresa. Es por ello que decidió hacer lugar a la demanda en cuanto a la pretensión del pago de horas extras por las sumas que liquidó el perito contador por el

período reclamado en la demanda, o sea, desde Abril de 2008 hasta el 31 de Marzo de 2010, a razón de cuatro horas extras de lunes a viernes (con recargo del 50%) y dos horas extras los sábados después de las 13 hs. (con recargo del 100%).

En el cuarto considerando se trataron las *"diferencias indemnizatorias"* y se hizo lugar a las mismas en razón de que se estableció como fecha de ingreso del actor el día 5 de Junio de 2006, por lo que la antigüedad deberá computarse desde esa fecha para liquidar los rubros indemnizatorios. A ello se debe añadir -dice la sentencia- la incidencia en la base salarial de las horas extras que fueron admitidas como cumplidas habitualmente por el trabajador.

El 5to. Considerando está dedicado a la *"nulidad de las resoluciones homologatorias"*. Refiere la sentencia que el actor peticiona la nulidad de los acuerdos salariales alcanzados en el marco de la negociación colectiva (CCT Nº 130/75) y de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad de la Nación homologando aquellos acuerdos convencionales suscriptos con la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios.

Considera la sentenciante que el hecho de que los beneficios económicos pactados por las partes hayan sido homologados por la autoridad administrativa en los términos de la Ley 14.250, lo cual le da valor de ley, no le impide apartarse de tal calificación mediando el planteo de nulidad de dichas resoluciones; estimando que todas las normas jurídicas, aun las que provienen de un convenio de trabajo homologado, son susceptibles del control de legalidad y constitucionalidad. Sobre esta base la Magistrada a quo opinó favorablemente con respecto a la nulidad articulada por el accionante. Es por ello que consideró que los acuerdos alcanzados, más allá de su denominación como "no remunerativos", implicaron una recomposición salarial para los trabajadores y que los aumentos

concertados en los acuerdos no quedaron fuera del concepto de salario o remuneración en los términos del art. 103 de la LCT y del art. 1 del Convenio 95 de la OIT.

Plantea la sentenciante que se puede argumentar frente a la decisión invalidante que, habiendo sido homologados los acuerdos colectivos en cuestión, la vía intentada por el actor no es la acertada pues no inició recurso administrativo ni se impugnaron las actas acuerdos en sede administrativa, pero consideró que no se puede exigir a los trabajadores individualmente afectados que recurran a los mecanismos previstos por la ley administrativa para obtener la nulidad de la homologación ministerial de cuya existencia y alcances pueden no haber tomado razón en tiempo oportuno.

Siguiendo con el punto en tratamiento hace referencia doctrinaria según la cual las convenciones colectivas deben ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo y una norma estatal no puede ser modificada *in peius* para el trabajador por una norma convencional colectiva; en ese ámbito no tendría validez lo decidido a nivel convencional colectivo respecto del carácter "no remunerativo" de lo percibido por el trabajador como contraprestación de su aporte laboral.

Como corolario de lo fundamentado, entendió la Magistrada a quo que correspondía declarar la nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y, en consecuencia, computar a los fines indemnizatorios la incidencia de las sumas percibidas como "asignaciones no remuneratorias".

El perito contable determinó como mejor remuneración del actor, la del mes de Enero de 2010 por $ 2.746,48 considerando la incidencia de los conceptos no remunerativos y las horas extras trabajadas por el mismo. Este importe tuvo en cuenta la sentencia para fijar los montos de condena que son los

siguientes: a) indemnización por antigüedad: $10.985,92.-; b) indemnización sustitutiva del preaviso omitido: $2.965,84.-; c) SAC s/ indemnización sustitutiva del preaviso: $247,15.-; lo que totaliza: $14.198,91.-, a lo que se deberá descontar lo percibido por el actor ($ 6.622.-), resultando un saldo a favor del accionante de $ 7.576,91.- más los intereses ya referidos aquí.

El considerando 6to. Trata la*" procedencia de los incrementos indemnizatorios contemplados en los arts. 1 y 2 de la Ley 25.323"*. Aquí decidió la sentenciante acceder al agravamiento previsto en el art. 1 de la Ley 25.323 pues se presenta el caso de una relación laboral registrada de modo deficiente al consignarse en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real. Por lo que se resolvió duplicar la indemnización por antigüedad representando ello la suma de $10.985,92.-

Declaró también procedente la indemnización prevista en el art. 2 de la Ley 25.323 pues, intimado fehacientemente el empleador al pago de las diferencias en las indemnizaciones abonadas y moroso en el pago, obligó al actor a iniciar acciones judiciales para percibirlas. Este recargo se calculó sobre las diferencias indemnizatorias, arrojando la suma de $ 3.664,88.-

Teniendo en cuenta los rubros detallados, la demanda progresó por la suma total de $44.182,91.- más los intereses ya referidos supra.

2) <u>Los agravios de la parte demandada</u>.

2.1) <u>La admisión de las "horas suplementarias</u>".

Agravia en primer término a la parte demanda la admisión que ha hecho la sentencia de las horas suplementarias reclamadas por el actor. Esgrime que la sentenciante ha dicho que surge de la prueba testimonial la realización de tareas por espacios que superan las ocho horas diarias o las 48 semanales y no se acreditó que se hayan cancelado las mismas. Para ello, dice la queja, la sentencia valoró la declaración de los testigos B. (fs. 116) y B. (fs. 129/130). En base a ello remarca el agravio que el testigo B. vio a G. trabajar desde

que él ingresó (año 2006) hasta que se fue (año 2007) y el testigo B. lo vio trabajar al actor desde el año 2004 al 2006. Si se tiene en cuenta que el actor reclama por las horas extras trabajadas desde Abril de 2008 hasta el 31 de Marzo de 2010, mal pudo la jueza de grado haber considerado las citadas declaraciones testimoniales que se refieren a acontecimientos sucedidos con anterioridad al período reclamado. A ello hay que agregar -dice la agraviada- que está consentido por las partes que a partir del año 2008 el actor posó a cumplir otro tipo de tareas distintas a las que realizaba durante los años 2006 y 2007. Sostiene con base jurisprudencial que cuando las horas extras son negadas por el empleador, la prueba rendida debe llevar a la convicción del juzgador que se realizaron, constituyendo una presunción grave y contraria al reclamante la circunstancia que no haya realizado reclamo alguno por el tema durante la relación laboral, suscitando la cuestión recién al plantear la demanda. Agrega que la prueba de las horas extraordinarias reclamadas debe exigirse con criterio estricto y precisión. Concluye afirmando que la jueza de grado ha analizado incorrectamente la prueba sobre la cual se basó para hacer lugar al reclamo de horas extras, lo que torna la sentencia en arbitraria.

2.2) <u>La declaración de nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008 – 510/2008 – 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación</u>.

El segundo agravio de la demandada está dirigido a la declaración de nulidad de las Resoluciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 que surge de la sentencia en crisis, lo cual condujo a que declarara que deban computarse en los rubros indemnizatorios las sumas percibidas como “no remunerativas” por el reclamante.

Basa su postura en que la sentencia ha omitido valorar que las asignaciones no remunerativas tienen su origen en la voluntad de las partes expresada en el marco de la negociación salarial mantenida en el ámbito de un determinado convenio colectivo de trabajo y han sido determinadas y acordadas por las partes negociadoras. A lo cual añade que el Poder Ejecutivo, en su rol de autoridad administrativa del trabajo, procedió a homologar dichos incrementos en conjunto, tanto los de naturaleza salarial como los que no la tienen, como las aludidas asignaciones y en un contexto de emergencia que permite despejar la presunción de que solo primó el ánimo de eludir el pago de cargas y tributos previsionales y de la seguridad social.

Considera que no es cierto que el tema en análisis resulte tipificado en el Convenio (OIT) 95, norma que no ciñe el concepto de salario a un determinado contenido o a parámetros prefijados, sino que esto queda librado a la legislación que cada Estado miembro tiene la libertad de dictar, sin perjuicio de los lineamientos básicos que surgen de dicha norma.

Otro punto que destaca en su queja es que el proceder de la forma que lo ha hecho la Sra. Jueza a quo respecto al tema en tratamiento conduce a alterar la seguridad jurídica necesaria para llevar adelante cualquier actividad productiva, agregando que debe imperar en estos casos la teoría de los "actos propios" dado que las sumas no remunerativas son de carácter convencional.

Cita un antecedente de este Cuerpo y reitera que no debe considerarse para el cálculo de los montos indemnizatorios la incidencia de los incrementos derivados de los acuerdos mencionados que se han pactado convencionalmente como no remunerativos.

3) <u>El agravio de la parte actora</u>.

<u>Cálculo incorrecto de la mejor remuneración mensual</u>.

Se agravia la parte actora por considerar que la Sra. Jueza a quo efectuó el cálculo de los rubros indemnizatorios objeto de condena de manera incorrecta sin advertir el error cometido por el Perito Contador al determinar el monto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual considerando la incidencia de los conceptos no remunerativos así como de las horas extras trabajadas.

Esgrime que en la oportunidad de presentar su alegato advirtió que en el informe de fs. 133/143 el perito volvió a cometer errores que le fueron oportunamente marcados por su parte. Específicamente -dice- en la determinación de la cantidad de horas extras trabajadas al 50%, si bien al contestar el punto pericial Nº 7 las determinó correctamente, luego al contestar el punto Nº 9 se equivocó y determinó dicho monto calculando ocho (8) horas en lugar de ochenta (80).

Realiza un cálculo sobre la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada por el actor y arriba a la suma de $ 3.871,97.- que, a su entender, es la que corresponde tener en cuenta a los fines indemnizatorios y no la suma de $ 2.746,48.- fijada por la sentencia. Sostiene que el error cometido por el perito contable llevó a la Jueza a quo a equivocarse también.

En base a la diferencia en la mejor remuneración devengada practica una liquidación de lo que según su postura le corresponde percibir al actor conforme las pautas de la demanda, arribando a un monto -obviamente- superior al sentenciado y de allí que peticione la revocación del punto central de su agravio.

Por último, hace reserva del caso federal a los fines del Art. 14 de la Ley 48.

4) <u>Tratamiento de los agravios de la parte demandada</u>.

4.1) <u>La admisión de las "horas suplementarias</u>".

Entiende la agraviada que el actor no ha acreditado fehacientemente en autos la realización de las horas extras reclamadas y que la sentencia ha

incurrido en una arbitraria decisión al admitirlas. Sostiene que la Magistrada a quo ha tenido en cuenta la prueba testimonial de los Sres. B. y B. y que ninguno de ellos trabajó con el actor durante el período de reclamo de las horas extraordinarias, esto es, desde Abril de 2008 hasta el 31 de Marzo de 2010.

A fin de dar una fundada respuesta al agravio en tratamiento, corresponde analizar el reclamo y la producción probatoria en la que la Magistrada a quo basó su condena en lo que a las "horas extras" se refiere.

Conforme la demanda (fs. 46) el actor reclama el pago de "horas extras" trabajadas durante el período comprendido entre el mes de Abril del año 2008 y el día 31 de Marzo de 2010.

Según la sentencia en crisis, *"…del análisis de la prueba testimonial, surge la realización de tareas por espacios que superan las ocho diarias o las 48 semanales y no existe prueba de la cancelación de las mismas…"* y hace referencia expresa a las declaraciones de los testigos B. y B. (fs. 221).

Me remito a las declaraciones testimoniales producidas en los presentes actuados y de las mismas surge que el testigo B. (fs. 116/117) trabajó con el actor en los años 2006 y 2007. Es más que evidente que ningún contacto laboral ha tenido durante el período de reclamo de las "horas extras" por parte del actor (Abril de 2008 hasta Marzo de 2010).

El testigo Wild declaró a fs. 118/119 y dijo que el horario era de lunes a viernes de 7 a 12 y de 16 a 19 hs y los sábados de 8 a 12 hs. Al ser preguntado concretamente sobre qué horario cumplía el actor, contestó: *"…no se que horario tenía completo, no se que horario hacía…"*.

El testigo T. (fs. 120 y vta), nada dijo sobre el horario de trabajo del actor.

Con respecto al testigo B. (fs. 129/130) dijo que trabajó para la demandada desde el año 2004 al 2006. Por lo tanto, si tenemos en cuenta el período objeto del reclamo por parte del actor, nada puede aportar su declaración para clarificar la cuestión en análisis.

Por último, el testigo L. (fs. 131 y vta.) dijo -con relación al horario que cumplía el actor- que *"…no sabe que horarios hacía…"* y al responder a la segunda pregunta sobre qué horario vio desarrollar al actor, contestó: *"…los mismos, …acá hacía ocho horas, allá hago doce…"* . Es necesario aclarar que, a tenor de su declaración, cuando este testigo se refiere a *"allá"* está indicando la cantera donde él trabajara (ver respuesta a la primera pregunta). Nada dijo este testigo sobre "horas extras" trabajadas por el actor durante el período reclamado en la demanda.

La conclusión que surge como inevitable es que de la prueba testimonial producida en el proceso no surge la acreditación de las "horas extras" reclamadas por el actor en su demanda y de allí que no pueda compartir la conclusión que en sentido contrario ha volcado la Sra. Magistrada a quo en la sentencia en crisis.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, si era intención de la parte actora demostrar la realización de "horas extras" durante el período comprendido entre Abril de 2008 y el 31 de Marzo de 2010 y que las mismas se encuentran impagas, debió dirigir su actividad probatoria por los canales pertinentes a los fines de lograr su cometido. El no hacerlo hace que tal insuficiencia o inactividad juegue en su contra en cuanto a que se tendrá por no acreditada la realización de las mismas. Juega aquí el principio contenido en la norma del art. 381 del ritual sobre la carga de la prueba.

La carga de la prueba constituye así una imposición de la relación jurídica procesal a las partes, para que observen determinada conducta, pero, al mismo tiempo, aparece como una regla para el juzgador, indicándole cómo debe fallar cuando faltare la prueba de los hechos.

Las partes asumen, por lo tanto, la carga de aportar la prueba de sus afirmaciones, o en caso contrario soportar las consecuencias de incumplir ese imperativo que hace a su propio interés (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1985,

III, p. 394). Dicha carga probatoria no atiende tanto al carácter de actor o de demandado, sino a la situación en que cada parte se coloca dentro del proceso, de conformidad a los hechos establecidos o reconocidos, o bien a la naturaleza de los hechos según sea la función que desempeñan respecto de la pretensión.

Surge de estas actuaciones que la parte actora no ha producido prueba alguna tendiente a probar que trabajó las "horas extras" que constituyen el objeto de su reclamo, por lo tanto, debe cargar con las consecuencias que tal proceder le ha acarreado en su contra. El incumplimiento de dicha carga supone soportar el riesgo de dejar indemostrado el hecho que convenga al interés de la parte remisa. La carga de la prueba -enseña Carnelutti- no es más que una distribución del poder de probar, la repartición del riesgo de la falta de prueba. Ante el incumplimiento de la carga procesal probatoria, la duda se resuelve en contra de la parte que no la satisfizo (conf. SCBA, Ac. y Sent., 1964, III, p. 863; 1966, II, p. 25; DJBA, 74, p. 169; 83, p. 14).

Cuando existen abundantes medios de prueba que sirven para formar la convicción judicial, pierde trascendencia entrar a elucidar sobre cuál de las partes recae la carga probatoria reglada en el artículo 381 del ritual. En cambio, cuando la prueba es magra o han quedado hechos o afirmaciones sin acreditar -tal como aquí ha ocurrido- reviste importancia determinar cuál de los sujetos que actúan en el proceso tuvo que asumir o tenía la necesidad de demostrar la existencia de los hechos controvertidos o la verdad de las proposiciones afirmadas que fueren desconocidas (conf. ALSINA, "Tratado", 2ª ed., III, p. 254; PALACIO, "Derecho Procesal Civil", T. IV, p. 365; MORELLO-PASSI LANZA-SOSA-BERIZONCE, "Códigos Procesales", 1ª ed., T. V, p.100 y jurisprud. allí citada).

En efecto, las reglas sobre la carga de la prueba se dan para descartar la posibilidad de que el juez llegue a un *non liquet* (no fallo) con respecto a la cuestión de derecho a causa de lo dudoso de los hechos; ayudan a aquél a

formarse un juicio, afirmativo o negativo, sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso (conf. ROSENBERG, "La carga de la prueba", ed. Ejea, pág. 2 y sigs.; SCBA, Ac. y Sent., 1976, I, p. 429).

Hay que tener presente que las reglas del *onus probandi* determinan al juzgador cómo ha de fallar ante la carencia de medios probatorios adecuados, señalándole el litigante que ha de salir perjudicado, que es quien no satisfizo la carga de la prueba de los hechos que avalen la posición que asumió en el proceso (conf. Cám.Civ.Com. S.Isidro, Sala I, SP LL 1979-502 (183 SP); MORELLO…, "Códigos…", T. V-A, pág. 142).

A lo hasta aquí dicho se le suma que estamos aquí ante un pedido de pago de "horas extras" cuya realización fue negada por la demandada y es sabido que la realización de las horas extras no puede basarse en meras presunciones sino que su prueba debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento del contrato individual de trabajo.

En relación al tema en tratamiento se ha resuelto con claridad que corresponde rechazar las horas extras reclamadas, en tanto la prueba testimonial producida no es suficientemente convictiva con respecto a la efectiva realización de las horas extras por parte de la actora (conf. CNTrab., Sala V, 29/03/2010, LLOnline: AR/JUR/6743/2010) y que es improcedente el reclamo de horas extras si no se acreditó que el trabajador cumpliese una jornada tan extensa como la que indica en su demanda y sin perjuicio de que no hay prueba concreta acerca del horario invocado, no está evidenciado que haya puesto su capacidad de trabajo a disposición del empleador más allá de los límites que emanan de la Ley 11.544 y de su decreto reglamentario (conf. CNTrab., Sala II, 11/06/2010, LLOnline: AR/JUR/38112/2010).

Concluyo el punto en tratamiento no compartiendo lo resuelto por la Sra. Magistrada del inferior dado que las reglas del onus probandi determinaron claramente aquí cómo debía fallar ante la carencia de medios probatorios por parte de la actora y le señalaron que el litigante que debía salir perjudicado por no satisfacer la carga de la prueba de los hechos que avalaban su posición era, precisamente, el actor.

Los fundamentos aquí vertidos me conducen a votar por la admisión de los agravios en tratamiento, lo cual lleva a revocar lo decidido en la sentencia en cuanto admitió la realización de horas extras por parte del actor y condenó a su pago a la demandada.

4.2) La declaración de nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008 – 510/2008 – 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

En su segundo agravio, la parte demandada expone sus quejas atacando la declaración de nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y exponiendo las razones en virtud de las cuales entiende que ello no correspondía ser así decidido por la sentenciante.

La Magistrada del inferior explica las razones por la cuales considera que la homologación administrativa no priva al órgano jurisdiccional de la posibilidad de analizar la legitimidad de lo pactado. Es así que ha interpretado que a través de estos acuerdos salariales se ha intentado desconocer la esencia salarial de una prestación que por su adecuación a las previsiones del art. 103 LCT y a las del art. 1 del Convenio 95 de la OIT naturalmente lo tiene. Considera la a quo -con apoyo jurisprudencial- que la directiva del art. 103 bis de la LCT presenta carácter indisponible, sin que la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo purgue el acto

viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo sólo resultan operativos y vinculantes en tanto no violen el orden público laboral.

Desde hace algunos años, en especial a partir del año 2005 como consecuencia del crecimiento de la negociación colectiva, es común observar acuerdos salariales o paritarios e incluso convenios colectivos, en el que se pactan conceptos o asignaciones no remunerativas. A título de ejemplo dichos acuerdos salariales se han dado en el marco de convenios de actividad, como lo son el de Comercio Nº 130/75, Metalúrgicos Nº 260/75, Sanidad Nº 42/89, Construcción Nº 76/75, etc. y también en convenios colectivos de diferentes ámbitos de aplicación.

Se sostiene que tales asignaciones poseen aspectos peculiares que no pueden soslayarse a la hora de establecer la validez o invalidez de las mismas. En efecto, la primera característica que poseen, es que son fruto de la negociación colectiva, entendiendo por aquella la que se da entre sujetos colectivos de trabajo, que al formar parte de la autonomía colectiva constituye una de los pilares del derecho colectivo del trabajo.

Dichos sujetos colectivos, en nuestra legislación, pueden ser: por el lado de los trabajadores, una entidad sindical con personería gremial o, a falta de ésta, una entidad sindical simplemente inscripta conforme los términos de los arts. 23 y 31 de la Ley 23.551 de asociaciones sindicales; y por el lado del empleador puede ser: o bien una entidad representativa de los empleadores (verbigracia: una Cámara, Unión, etc.), un grupo de empresas o empleadores; o bien un solo empleador o una empresa (conf. OIT, Convenio Nº 154, art. 2°).

Por su parte la autonomía colectiva constituye, siguiendo a Rodríguez Mancini, uno de los principios del derecho colectivo del trabajo. El citado autor sostiene: “Queda así enunciado el primero de los principios, al cual se le debe agregar el de la autonomía colectiva, como reconocimiento de la capacidad jurídica de existencia y vida independiente de todos los

organismos colectivos que nacen como consecuencia de la tendencia natural del hombre a agruparse con sus semejantes para alcanzar más fácilmente la finalidad de su existencia como ser imperfecto. Siempre se da un organismo social de cierta complejidad, aunque sea pequeña, se instaura en su interior una disciplina que contiene todo un ordenamiento de autoridad, de poderes, de normas y sanciones".

"Como se verá oportunamente, el ejercicio de tales poderes autónomos comprende la facultad de dictarse un estatuto, como ley interna del organismo, el código de disciplina interno, la elección de autoridades y, naturalmente, los actos externos que pueden llegar, como se ha dicho, a la creación negocial de normas imperativas respecto de los sujetos de las relaciones individuales (convenciones colectivas de trabajo). Resulta importante destacar que tanto el principio de libertad sindical como el de autonomía colectiva, aparecen reconocidos y garantizados en la Constitución Nacional, en cuyo art. 14 bis se asegura no sólo el derecho de los trabajadores a una "organización sindical libre y democrática", sino también el de los gremios a "concertar convenios colectivos", a la "huelga" y a la "conciliación y arbitraje". Cabe agregar que, además de las cláusulas constitucionales citadas, las garantías en cuestión se hallan reconocidas en los convenios internacionales a los cuales nuestro país se ha adherido, dentro de la OIT y otros similares elevados actualmente a jerarquía constitucional por la norma de 1994" (conf. RODRIGUEZ MANCINI, J.R., "Derecho del Trabajo", Ed. Astrea 2010, T. 3, págs. 6/7).

De este modo el desprecio por la autonomía colectiva implica un supuesto de violación expresa de las garantías constitucionales descriptas precedentemente (conf. ROLON, E.A.M., *"El futuro de los conceptos no remunerativos pactados a través de la negociación colectiva"*, DT 2012 (octubre), 2339).

En segundo lugar, estos acuerdos salariales que establecen asignaciones no remunerativas, fueron y son debidamente homologados por la autoridad de aplicación, es decir el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación.

La homologación referida se efectúa en los términos de las normas contenidas en la Ley 23.546 de negociación colectiva (art. 6) y de la ley de convenciones colectivas de trabajo Nº 14.250 (art. 4, 2do, párrafo) e implica que para la autoridad administrativa indicada, tales acuerdos no contienen cláusulas violatorias de normas de orden público ni del interés general y de esta manera, se reitera, es la misma autoridad administrativa la que expresa la validez de los acuerdos.

En tal sentido la jurisprudencia ha indicado: *"El acto homologatorio de las convenciones colectivas de trabajo es un acto administrativo habilitante de la producción, en cada caso, del efecto establecido por la ley, fundado en la constatación de la concurrencia de los requisitos formales y de la ausencia de legalidad y de oportunidad -conformidad con las leyes de orden público e inexistencia de lesión predecible del llamado orden público económico, asimilable con el interés general- que constituye, según el Preámbulo de la Constitución Nacional, uno de los objetivos de la organización institucional de la Nación"* (CNTrab., Sala de Feria, 24/01/97, "CGT. c/ Estado Nacional", DT 1997-A, 506). *"La intervención del órgano administrativo cuando homologa un convenio colectivo, es activa ya que realiza un juicio de legalidad y un juicio de oportunidad"* (Corte Sup. Mendoza, 01/04/97, DT 2000-A, 596).

Es de destacar que existen reclamos en sede judicial mediante los cuales, a través del pertinente planteo de nulidad, se cuestionan las resoluciones del Ministerio de Trabajo de la Nación que homologaron acuerdos salariales que incluyen sumas "no remunerativas".

Sin embargo no parece ser -la demanda judicial individual- la vía adecuada, ya que en todo caso el trabajador debió plantear su disconformidad, o bien

ante la Entidad Sindical firmante del acuerdo salarial, o bien cuestionar la homologación en sede administrativa y una vez agotada dicha vía, iniciar su revisión en sede judicial, o incluso redargüir de falsedad las actas en la que constan dichos acuerdos.

En este sentido se ha orientado la C.S.J.N. al resolver: "…Que en lo concerniente a la cuestión a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes, corresponde señalar que en el sub exámine, la actora pretendió someter a la autoridad del magistrado la impugnación de un convenio colectivo de trabajo que, debidamente formalizado y ratificado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recibió la correspondiente homologación por parte de dicho organismo por medio de la res. SSRL 20/96, suscripta por el Subsecretario de Relaciones Laborales. De conformidad con lo expuesto, el referido planteo debió ser efectuado en el ámbito administrativo mediante la interposición de los recursos pertinentes. Por lo tanto y sólo agotada esa instancia, quedaría expedita la revisión judicial…" (CSJN, 03/04/96, TySS, págs. 447/453), (ver ROLON, E.A.M., ob. cit.).

Sostiene Carlos A. Etala que la institución de una asignación no remunerativa es una decisión del legislador que no afecta el orden constitucional. En tal sentido expresó: "La institución de una "asignación no remunerativa" es una decisión del legislador que sustancialmente en nada afecta al orden constitucional. En este sentido debe interpretarse la manifestación del Juez de Cámara que lleva la voz del tribunal: queda "librado a la discreción legislativa la elección de los medios destinados a la obtención de ese objetivo" (la "retribución justa"). Podrá discutirse la decisión legislativa desde el punto de vista de la política laboral o de la seguridad social, pero no se la puede objetar desde la perspectiva de la normativa constitucional. Es intención del legislador, plasmado en esas normas que las instituyen, que el "salario de bolsillo" del trabajador no se

vea disminuido por retenciones destinadas al sistema de la seguridad social y los costos de los empleadores no se incrementen por requerimientos laborales o previsionales que graven la situación empresaria" (conf. ETALA, C.A., *"El principio de "retribución justa" y las asignaciones no remunerativas"*, DT, 2006, pág. 142).

Es importante señalar que estas sumas no remunerativas representan para el trabajador un aumento neto, es decir va directamente a su bolsillo sin que al empleador le signifique otro mayor costo; de ahí que en más de una oportunidad su otorgamiento se ha utilizado para destrabar conflictos.

De esta manera el empleador individual no efectúa aportes y contribuciones destinados a la seguridad social, no por iniciativa propia, sino en cumplimiento de un convenio o acuerdo salarial que debe cumplir y que, se reitera, a los fines de su validez, se encuentra convalidado por una decisión administrativa dictada por la cartera o autoridad laboral.

Por ello se sostiene que las decisiones judiciales que le restan importancia a la validez otorgada por la autoridad administrativa, en base a la cual, el empleador cumplió sus obligaciones laborales sin duda que afectan el principio de *seguridad jurídica*, entendida -en una acepción subjetiva como la previsibilidad del derecho- y en una acepción de mayor rigor, y desde el punto de vista de lo que Pérez Luño denomina "corrección funcional" como: "cumplimiento del derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación" (conf. PEREZ LUÑO, A.E., "Seguridad Jurídica", en "El derecho y la justicia", pág. 483 vol. De la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Ed. Trotta, Madrid, 2000; cit. ROLON, E.A.M., ob. cit.).

En consonancia con los antecedentes descriptos, coincido con Rolon en que no resulta tan claro ni tan simple que a través de reclamos judiciales individuales se puedan cuestionar la validez de las asignaciones "no

remunerativas" pactadas por medio de instrumentos propios de la negociación colectiva (conf. ROLON, E.A.M., ob. cit.).

En el año 2010 in re "González M.N. c/ Polimat S.A. y Otro", la CSJN declaró la inconstitucionalidad de los Decretos de necesidad y urgencia Nº 1273/02, 2641/02 y 905/03 en cuanto desconocen la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen.

Sin perder de vista que el alcance del fallo se limita a reconocer carácter salarial sólo a aquellas asignaciones "no remunerativas" creadas por los Decretos mencionados, algunos de los autores que comentaron y analizaron el fallo mencionado avanzaron sobre las perspectivas que se abren a partir de su dictado, que es puntualmente si la doctrina de "González" puede ser aplicada analógicamente para resolver las controversias relativas a las asignaciones "no remunerativas" previstas en numerosos convenios y acuerdos colectivos.

Las respuestas dadas por la doctrina a este interrogante, naturalmente, no son unánimes, y así mientras Julián De Diego entiende que estas asignaciones "no remunerativas" de origen convencional no están comprendidas en las directivas que emanan del fallo en cuestión (DE DIEGO, J., *"La inconstitucionalidad de las prestaciones no remunerativas en sus efectos laborales, previsionales y fiscales"*, La Ley, 03/08/10), otros autores como Julio Lalanne consideran que dicha doctrina resulta sin más aplicable a estos rubros, solución que también postula Ernesto Ahuad (LALANNE, J.E., *"La base salarial de cálculo de la indemnización establecida en el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo: diversos rubros computables de acuerdo a la jurisprudencia reciente"*, DEL 2010 (Sept.), 7; AHUAD, E.J., *"El fallo 'González Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro' (CSJN; 19/5/2010)"*, Revista de la SADL, Año XII, Nº 46, Junio/Julio 2010, pág. 27).

De todos modos, entiendo -compartiendo la postura de Sebastián A. Caffini- que la cuestión merece mayor detenimiento por dos razones: la

primera y obvia es que los efectos de la declaración de inconstitucionalidad se limitan al caso concreto y a las normas específicamente impugnadas en esa ocasión, y la segunda (que es la que reclama un análisis más profundo) es que se trata de institutos con una fuente normativa distinta y muy particular, a tal punto que impone formular algunas reflexiones no sólo sobre la cuestión de fondo, sino también sobre sus aspectos procesales (ver CAFFINI, S.A., *"Sobre las asignaciones "no remunerativas" previstas en los convenios colectivos de trabajo"*, DT 2011 (febrero), 247).

En primer lugar, corresponde señalar que estas asignaciones "no remunerativas" de origen convencional aparecen en la práctica no sólo como cláusulas de convenios colectivos de trabajo propiamente dichos, sino también bajo la forma de "actas acuerdo" suscriptas por las mismas partes signatarias de los convenios vigentes. Esta particularidad no impide, sin embargo, que se les reconozca a tales instrumentos idéntica naturaleza y efectos que a los convenios colectivos de trabajo en sentido estricto, pues resulta indudable que se trata de los frutos de una típica negociación colectiva, aun cuando se los haya llamado "Actas Acuerdo" (conf. CNTrab., Sala III, 28/02/95, DT 1995-B, 1398; ídem, Sala VIII, 13/03/09, DT 2009, 555).

Así definida la fuente normativa de estas asignaciones "no remunerativas", se impone efectuar una somera referencia a su naturaleza jurídica.

Han sido numerosos y prolíficos los esfuerzos que la doctrina tanto nacional como extranjera han dedicado a fin de elucidar la naturaleza jurídica de las convenciones colectivas de trabajo, como lo reseñan Rodríguez Mancini, De Virgiliis y Varela (*"Cláusulas normativas y obligacionales de las convenciones colectivas de trabajo"*, DT 1984-B, 875), pero cualquiera sea la postura que se adopte desde el punto de vista teórico, y aceptando que la convención colectiva no puede ser íntegramente identificada con una ley -pues no emana de órganos legislativos estatales- ni con un contrato -pues sus efectos se extienden aun a quienes no

intervinieron en su celebración-, no cabe duda alguna que aquélla constituye una manifestación normativa autónoma, ajena por completo al poder reglamentario del Estado. Es decir, que se trata de una fuente normativa producto de la autonomía privada, sin que la intervención administrativa posterior, bajo la forma de homologación, llegue a desnaturalizar ese carácter autónomo.

Por ello es fundamental interrogarse acerca de quién o quiénes son los titulares de esa autonomía o poder jurígeno, cuestión ésta que ha desentrañado correctamente Luis Ramírez Bosco, quien partiendo del concepto de "autonomía privada colectiva" acuñado por Justo López, concluye que "...El elemento decisivo...es el de la extensión de la representación ('generalizada') con que se celebran los convenios colectivos...elemento... que es la clave de la explicación de todo el sistema. Lo decisivo para explicarse en este tema, es poner en claro que la representación que se ejerce al negociar colectivamente es generalizada... Pero al ser representación, en este caso sólo puede serlo de individuos con lo cual es tanto que cada individuo representado es eso, es parte y no tercero (respondiendo así a la cuestión de hecho original) como que el poder normativo que se ejerce así es, ahora sí, un poder autónomo, propio de cada persona obligada, ejercido a través de un representante (legal y no necesariamente convenido o encargado)... esta autonomía, por más que sea de cada persona, es de ejercicio necesariamente colectivo..." (conf. RAMIREZ BOSCO, L., *"La autonomía colectiva ¿es autonomía de quién?"*, TySS, 2006-481; LOPEZ, J., en López-Centeno-Fernández Madrid, *"Ley de Contrato de Trabajo Comentada"*, Edic. 1978, T. I, págs. 14/15; CAFFINI, S.A., ob. cit.).

En los casos concretos se plantea y se discute la validez de las "actas acuerdo" o cláusulas convencionales que hayan establecido asignaciones "no remunerativas". Pero si se toma en cuenta el concepto de autonomía

colectiva delineado previamente, de donde se desprende que aquellos instrumentos deben entenderse -en virtud del alcance de la representación- fruto de la voluntad de los trabajadores individualmente considerados, la pretensión de impugnarlos no podrá superar el obstáculo de la doctrina de los actos propios, como lo ha resuelto la jurisprudencia en alguna oportunidad (ver CNTrab., Sala VII, 28/04/2000, DT 2000-B, 1825; ídem, Sala IX, 18/09/98, DT 1999-A, 539).

Ante la problemática en estudio, no puedo dejar de considerar cuál sería la vía procesal idónea para encauzar el reclamo de un trabajador o grupo de trabajadores por cuyo intermedio se pretendiera impugnar la validez de las cláusulas que prevean asignaciones "no remunerativas".

Jurisprudencialmente se ha dicho:

"…la impugnación de un convenio colectivo de trabajo, debidamente formalizado, ratificado y homologado ante el Ministerio de Trabajo de la Nación, debe realizarse en el ámbito administrativo mediante la interposición de los recursos pertinentes y recién agotada la vía administrativa recurrir a la vía judicial…" (conf. Cám.Civ.Com.Trab. 2ª. Nom. Catamarca, 12/02/04, in re "FATSA c/ Sanatorio Pasteur);

"…la pretensión de la recurrente carece de asidero no sólo por la doctrina de los actos propios… sino porque… no surge que se haya cuestionado por la vía administrativa correspondiente, la representatividad que la autoridad de aplicación le asignara a quienes fueron signatarios del CCT 130/1975…" (CNTrab., Sala X, 10/06/03, in re "Fed. Arg. Empl. de Comercio y Servicios c/ Becher Lichtenstein y Asoc.") y que *"…a mayor abundamiento destaco que la recurrente tampoco adujo en la contienda haber solicitado una declaración de inaplicabilidad de la norma en cuestión ante la autoridad administrativa, ni deslizó siquiera cuestionamientos al mandato legal de representación que prescribe la ley 14.250, inhibiendo así cualquier otra solución para el caso concreto…"* (CNTrab.,

Sala IX, 30/10/98, in re “Soc. Arg. de Locutores c/ González del Cerro Carvajal S.A. y otro”).

La noción sobre la que giran los fundamentos expuestos en los fragmentos transcriptos es que la homologación de un convenio colectivo o "acta acuerdo" resulta un típico acto administrativo en los términos del art. 7º de la Ley 19.549, que a su vez es corolario de un procedimiento administrativo reglado -en sus aspectos no previstos por la normativa específica- por la Ley mencionada y su reglamentación, en cuyo contexto los trabajadores y empleadores individualmente considerados, representados por las partes signatarias, deben ser considerados "parte interesada" (art. 3º Dec. 1759/72, t.o. por Dec. 1883/91) en la medida en que son titulares de derechos subjetivos o, al menos, intereses legítimos afectados por la homologación. En esa inteligencia, el art. 74 del Dec. 1759/72 -t.o. por Dec. 1883/91- los faculta a interponer todos los medios recursivos previstos por los arts. 84 a 98 del Decreto mencionado, en las condiciones y dentro de los términos allí previstos. La impugnación por vía judicial del acto de homologación, en consecuencia, sólo podrá admitirse una vez agotadas las instancias administrativas (cfr. art. 26 inc. "a" Ley 19.549) (En términos similares se expidió la CNTrab., Sala VII, el 06/11/2022, en autos “Ghersi, L.A. y otro c/ Ministerio de Defensa”; conf. CAFFINI, S.A., ob. cit.).

Coincido con Caffini en que el estudio de este tipo de planteos no puede soslayar el carácter autónomo de las normas en cuestión, ni el hecho de que la titularidad de la autonomía se encuentra, como ya se señaló, no en cabeza de las partes signatarias de los instrumentos (que meramente ejercen la representación que la ley les atribuye), sino en cabeza de cada trabajador y cada empleador alcanzados por el ámbito personal de aplicación del convenio. Desde este punto de vista, la doctrina de los actos propios constituye un obstáculo ciertamente muy difícil de sortear, aunque no sólo en función del conocido argumento relativo al "voluntario y prolongado

sometimiento a un régimen jurídico determinado" (generalmente referido a regímenes heterónomos) sino también y principalmente porque ese régimen jurídico fue creado, justamente, por quienes han de pretender a posteriori su inaplicación.

Finalmente, no debe perderse de vista que la homologación de un convenio o acuerdo colectivo es un acto administrativo sometido a una legislación adjetiva específica y no se advierte razón suficiente para eximir a las partes individualmente afectadas, ya sean trabajadores o empleadores, de la obligación de recurrir al mecanismo previsto en la Ley 19.549 y su reglamentación para obtener la nulidad de la homologación ministerial. Una solución en sentido contrario importaría incurrir en arbitrariedad o voluntarismo (conf. CAFFINI, S.A., ob. cit.).

La sentencia en crisis ha hecho referencia también para fundamentar su decisión a la normativa del Convenio 95 de la OIT, específicamente el artículo 1°, que sería desconocido al convenirse asignaciones “no remunerativas”.

Los convenios internacionales adoptados por la O.I.T. son instrumentos que pertenecen a la categoría de tratados con características propias. Para que comience a regir en el orden interno de un país, es imprescindible que sean ratificados y su ratificación acarrea la asunción de compromisos internacionales.

En cuanto a sus efectos, se asimilan a los tratados internacionales, ya que se los considera, en los términos del art. 31 de la C.N. “tratados con las potencias extranjeras” como así en base al art. 75 inc. 22 de la Carta Magna que alude a los “tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales”.

En el ordenamiento jurídico de nuestro país y según lo establecido en el art. 75 inc. 22 de la CN poseen jerarquía superior a las leyes y como consecuencia de esta jerarquía supra legal o por encima de la ley, un

convenio de la O.I.T. ratificado deroga cualquier disposición legal contraria ya sea anterior o posterior a dicha ratificación.

En lo que se refiere a su operatividad, se sostiene, de manera generalizada, que los convenios de la O.I.T. poseen normas de carácter general dirigidas a los estados, con el objeto que estos las apliquen, para lo cual se requiere que dichos estados dicten las normas necesarias (conf. VON POTOBSKY, G., *"Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?"*; DT 1997-A-457 y sigs. y su participación en "Tratado de Derecho del Trabajo", T. I, Cap. 7, dirigido por Ackerman, M., págs. 496/541, cit. por ROLON, E.A.M., ob. cit.).

Ahora bien, con relación al Convenio Nº 95 OIT (1949) denominado "de protección del salario", el mismo fue ratificado por nuestro país por Dec. Ley Nº 11.594 de 1956 y revisado parcialmente por el Convenio Nº 173 O.I.T. (1992). Posee 15 artículos y está complementado por la Recomendación Nº 85 OIT. (1949), que a su vez posee 9 artículos.

El Convenio estructura la protección del salario en base a cinco aspectos: a) forma y medio de pago del salario: en el que se indican las condiciones de lugar, tiempo y modo de pago del mismo; b) libertad de disponer el salario; c) deber de información: el empleador debe informar a sus trabajadores los salarios a percibir y los períodos de pago y menciona los recibos de sueldo; d) garantías salariales: las mismas deben asegurar el pago total del salario y proteger de descuentos excesivos y e) medidas en caso de incumplimientos: las que deberán ser previstas por las legislaciones nacionales.

En lo que se refiere al concepto de salario establece que *"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".

Conforme lo indica un Estudio de la OIT. sobre dicho Convenio publicado en el año 2003, la intención de los redactores del Convenio fue utilizar el término salario no en un sentido técnico, propio de las legislaciones nacionales, sino en un sentido genérico que comprenda la totalidad de las diversas formas y componentes de la remuneración (conf. OIT... Protección del Salario. Normas y salvaguardas relativas al pago de la remuneración de los trabajadores, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, Suiza, 2003, pág. 19). En tal sentido el estudio de marras indica que la mayoría de los países contienen una definición amplia de salario, sueldo o remuneración para garantizar un alcance amplio de las medidas de protección que contiene el Convenio Nº 95 OIT. Es más, dicho informe afirma que el Comité de Expertos estableció que el hecho que una prestación salarial cualquiera sea su denominación, no se integre en la definición de salario contenidas en las legislaciones nacionales, no constituye automáticamente una violación del Convenio Nº 95 OIT., siempre que gocen de la cobertura propia de protección contenida en los artículos 3 a 15 (conf. OIT., ob. cit., pág. 26).

Señala incluso que existen países (Egipto, Kuwait, R. Árabe Siria) en los cuales el salario es toda remuneración recibida por el trabajador por el trabajo realizado, complementados por pagos de cualquier naturaleza, que carecen de relación alguna con las tareas efectuadas e incluye conceptos no remuneratorios como lo son las asignaciones familiares (conf. OIT., ob. cit., págs. 20/21).

Así se puede sostener válidamente, en función de lo establecido por la propia OIT., que la existencia de conceptos "no remunerativos" no implica de modo automático la violación de las disposiciones del Convenio Nº 95 OIT. (1949), pues precisamente gozan de todos los medios de protección ya

señalados en base a los cuales se estructuraron los cinco aspectos del Convenio Nº 95.

A modo de conclusión de la cuestión en tratamiento, considero que si se pretende dejar sentado que las asignaciones "no remunerativas" son violatorias de las disposiciones del Convenio Nº 95 OIT., no se debería permitir, como actualmente sucede, que la autoridad administrativa homologue instrumentos colectivos o Actas Acuerdos en los que éstas figuren. Otra solución -frente a esta problemática- sería la sanción de una modificación del art. 103 LCT en la que se establezca que los Convenios Colectivos de Trabajo no podrán establecer la existencia de sumas no remunerativas dinerarias, bajo ningún concepto, ni por ningún plazo y que las sumas no remunerativas dinerarias previstas por los distintos Convenios Colectivos de Trabajo y homologadas por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social vigentes al momento de la sanción de la ley, se considerarán remunerativas a partir de determinada fecha (ver ROLON, E.A.M. y CAFFINI, S.A., obs. cits.).

Me interesa, a modo de conclusión y en base a lo hasta aquí desarrollado, resumir las razones por las cuales soy partidario de la improcedencia de declarar en sede judicial la nulidad de las resoluciones dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación que homologan "Actas Acuerdos" en materia salarial y que fijan sumas "no remunerativas" a favor de los trabajadores:

a) son fruto de la negociación colectiva y por ende de la autonomía colectiva que constituye un principio del derecho colectivo de trabajo de raigambre constitucional;

b) se establecen normalmente a través de convenios colectivos de trabajo o acuerdos salariales que se encuentran homologados por el Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación. Dicha homologación

implica que para la autoridad administrativa tales acuerdos no contienen cláusulas violatorias de normas de orden público ni del interés general;

c) por constar en instrumentos colectivos homologados, la demanda judicial individual no constituye la vía adecuada para impugnarlos, pues en todo caso su disconformidad deberá ser planteada por el trabajador ante la Entidad Sindical firmante del acuerdo salarial, o bien cuestionar la homologación en sede administrativa y una vez agotada dicha vía iniciar su revisión en sede judicial, o incluso redargüir de falsedad las actas en la que figuran dichos incrementos "no remunerativos";

d) la institución de una asignación "no remunerativa" es una decisión del legislador que no afecta el orden constitucional;

e) estas sumas "no remunerativas" representan para el trabajador un aumento neto, es decir, va directamente a su bolsillo sin que al empleador le signifique otro mayor costo; de ahí que en más de una oportunidad su otorgamiento se ha utilizado para destrabar conflictos;

f) las decisiones judiciales que le restan importancia a la validez otorgada por la autoridad administrativa, al homologar instrumentos en los que se pactan asignaciones "no remunerativas", afectan el principio de seguridad jurídica pues en cumplimiento de dicha validez el empleador cumplió sus obligaciones; y

g) si se toma en cuenta el concepto de autonomía colectiva, de donde se desprende que estos instrumentos deben entenderse -en virtud del alcance de la representación- fruto de la voluntad de los trabajadores individualmente considerados, la pretensión de impugnarlos no podrá superar el obstáculo de la doctrina de los actos propios (ver ROLON, E.A.M. y CAFFINI, S.A., obs. cits.).

Luego de lo hasta aquí analizado, expuesto y fundamentado, debo decir que no he dejado de advertir que la sentencia en crisis ha dicho:

***)** *"…Por último efectúan un planteo de nulidad de los acuerdos salariales alcanzados en el marco de la negociación colectiva, así como las Resoluciones Nº 209/2008; 510/2008; 570/2008 y 143/2010 ST, toda vez que disponen incrementos salariales de carácter no remunerativo…"* (fs. 218);

***)** *"…peticiona el actor se declare la nulidad de los acuerdos salariales alcanzados en el marco de la negociación colectiva, y de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010, dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad de la Nación que homologaron y registraron aquellos acuerdos convencionales suscriptos con la Federación Argentina de Empleados de Comercio y Servicios…"* (fs. 222);

***)** *"…Como corolario de lo expresado, corresponde declarar la nulidad de las resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad de la Nación…"* (fs. 223 vta.).

Es decir, no obstante haberle sido solicitado por la parte actora el decreto de nulidad de los acuerdos y de las resoluciones homologatorias de los mismos, la Magistrada a quo decretó la nulidad solamente de las Resoluciones Administrativas que homologaron los Actas Acuerdo en las que se fijaron las sumas no remunerativas. Con lo cual, las Actas Acuerdo y su contenido quedaron fuera de la decisión judicial con mantenimiento pleno de su vigencia. Por supuesto que, no habiendo sido materia de agravio, no corresponde evaluar aquí esta situación (conf. art. 280 CPCC).

De todos modos y sin perjuicio de lo que acabo de destacar, tiene plena vigencia el tratamiento que he realizado en este punto de mi voto por estar directamente relacionado con la cuestión de fondo que era necesario ser tratada y resuelta por la Alzada para dirimir la problemática que ha sido materia de agravio. Por lo que resulta de una claridad meridiana que la omisión en que incurriera la sentenciante al decretar una nulidad "parcial", en modo alguno invalida las conclusiones a que arribo en este punto al

haber abarcado y desarrollado el tema de la nulidad en su aspecto integral conforme -a mi entender- correspondía hacerse.

Lo hasta aquí desarrollado me conduce a admitir el agravio en tratamiento expuesto por la parte demandada y a proponer al Acuerdo la revocación de la sentencia del inferior en esta cuestión en cuanto ha declarado la nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 dictadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad de la Nación, lo que -por los fundamentos expuestos- no corresponde. Así lo voto.

5) <u>Tratamiento de los agravios de la parte actora</u>.

<u>Cálculo incorrecto de la mejor remuneración mensual</u>.

El agravio de la parte actora considera que la Sra. Jueza a quo efectuó el cálculo de los rubros indemnizatorios objeto de condena de manera incorrecta sin advertir el error cometido por el Perito Contador al determinar el monto de la mejor remuneración mensual, normal y habitual considerando la incidencia de los conceptos no remunerativos así como de las horas extras trabajadas. Sostiene que en la determinación de la cantidad de horas extras trabajadas al 50%, si bien al contestar el punto pericial Nº 7 las determinó correctamente, luego al contestar el punto Nº 9 se equivocó y determinó dicho monto calculando ocho (8) horas en lugar de ochenta (80).

Teniendo en cuenta lo propuesto en mi voto al tratar el agravio de la parte demandada relacionado con las "horas extras" reclamadas por la parte actora, el tratamiento de este agravio deviene abstracto.

6) <u>Rubros por los que debería prosperar la demanda</u>.

Teniendo en cuenta lo propuesto en este voto como solución de las cuestiones sometidas a consideración de esta Alzada, surge que los rubros por los que debería prosperar la demanda son los siguientes:

a) *Diferencias Indemnizatorias*: en este caso, el perito contador actuante en autos y en la etapa de ejecución de sentencia deberá practicar la correspondiente liquidación determinando cuáles son las diferencias indemnizatorias a percibir por la parte actora teniendo en cuenta que su antigüedad debe computarse desde el 05 de Junio de 2006. Deberá el experto excluir de este cálculo las "horas extras" que no se han admitido, como así también las sumas "no remunerativas" oportunamente otorgadas al actor en virtud de "actas acuerdos" colectivos; y

b) *Incrementos indemnizatorios Arts. 1 y 2 de la Ley 25.323*: el *Incremento contemplado por el Art. 1 de la Ley 25.323* rige en casos de irregularidades registrales, por lo que en este caso -al no haberse registrado correctamente la fecha de ingreso del actor- es procedente su cobro por parte del mismo. La sanción pecuniaria es una suma equivalente a la indemnización prevista en el art. 245 LCT (indemnización por antigüedad). De conformidad con la solución propuesta en mi voto, en este caso deberá también el Perito Contador y en la etapa procesal oportuna, efectuar el cálculo indemnizatorio excluyendo el rubro "horas extras" y las sumas "no remunerativas" otorgadas al actor.

c) En lo que respecta al *Incremento del Art. 2 de la Ley 25.323*, consiste en un incremento del 50% en las indemnizaciones previstas por los arts. 232, 233 y 245 LCT (preaviso, integración del mes de despido y antigüedad), cuando el empleador fehacientemente intimado por el trabajador no las abonare y lo obligare a iniciar acciones judiciales o cualquier instancia previa de carácter obligatorio. Teniendo en cuenta mi propuesta de solución a las cuestiones planteadas a este Cuerpo, sólo resulta procedente que el demandado abone por este concepto el 50% de la diferencia que surja entre lo que abonó al actor en concepto de indemnización por "antigüedad" y lo que debe abonar teniendo en cuenta que la fecha real de ingreso del actor debe computarse a partir del 05 de Junio de 2006. El cálculo lo realizará el

experto contable designado en autos en la etapa del proceso que corresponda y teniendo siempre presente que deberá excluir del cálculo las "horas extras" y las sumas "no remunerativas", conforme lo aquí decidido.

d) Del importe de la liquidación final que debe percibir el reclamante, deberá el experto descontar la suma de $ 6.622.- (Seis mil seiscientos veintidós pesos) que fuera recibida oportunamente por aquél al extinguirse la relación laboral, conforme surge de autos y que no ha sido desconocido por las partes.

e) Las sumas que correspondan ser abonadas deberán incrementarse con los intereses correspondientes a la tasa determinada en la sentencia dictada en la instancia inferior y calculados desde que cada suma es debida hasta el pago efectivo.

7) <u>Adecuación de las costas y honorarios (art. 282 CPCC</u>).

Atento la forma en que he propuesto como solución de las cuestiones sometidas a consideración de esta Alzada, debe realizarse la adecuación que contempla la norma del art. 282 del ritual.

En consecuencia y teniendo en cuenta que la demanda sólo ha prosperado en forma parcial atento a los rubros objeto del reclamo inicial y a los que se declaran procedentes, considero justo en base a lo normado por los arts. 69, 2do. párrafo y 72 del CPCC, que las costas de la primera instancia sean impuestas en el orden causado.

Con respecto a los honorarios de los profesionales intervinientes y teniendo en cuenta las pautas que indica el art. 5 de la ley arancelaria, considero que los mismos deben ser regulados a favor de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A. en el 18% en forma conjunta y los de los Dres. R. A. S. y R. J.M. C. letrados de la parte demandada en el 18% también conjuntamente. Con respecto al Perito Contador D. O. S., considero razonable fijar sus honorarios en el 3%. En todos los casos los porcentuales

fijados serán calculados sobre lo que resulte en definitiva el monto del proceso, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio del mínimo que fija el art. 7 de la ley de aranceles (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y su modificat.).

8) <u>Las costas de la Alzada</u>.

Teniendo en cuenta la resolución final de las cuestiones sometidas a esta Alzada, resulta evidente que la parte actora ha resultado vencida en el recurso intentado y de allí que corresponda imponerle las costas de la segunda instancia (conf. art. 69 CPCC).

En consecuencia y por la actuación por ante la Alzada, considero justo regular los honorarios de los Dres. R. A. S. y R. J. M. C., representantes de la demandada, en el 15% para cada uno de los que les correspondan por su intervención en la instancia inferior y los de los Dres. F. A. y M. A., representantes de la parte actora, en el 12,5% para cada uno de los que les corresponda por su actuación en primera instancia, sin perjuicio del mínimo que establece el art. 7 de la ley arancelaria (conf. arts. 5, 13, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y su modificat.).

A LA PRIMERA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi vota **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA.**

<u>A LA PRIMERA CUESTIÓN</u>, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

Dado que el magistrado preopinante ya reseñó en lo esencial los detalles del caso, la decisión impugnada y los motivos de agravio expuestos por la apelante, me pronunciaré directamente sobre los aspectos traídos a decisión de esta alzada, en el mismo orden que ha propuesto.

Para fundar en los hechos y el derecho mi voto individual, cual lo exigen las mandas de los arts. 169 de la Const. Prov., 8 de la ley V Nº 17 y 274 C.P.C.C., serán suficientes las consideraciones que siguen.

2. <u>Tratamiento de los agravios de la demandada S. S.A.</u>

2.1. <u>La admisión de las horas extraordinarias</u>

Se queja la demandada del reconocimiento de las horas extraordinarias que tuvo cumplidas la Sra. Jueza, sosteniendo que ha valorado incorrectamente la prueba cumplida en el expediente.

La prueba de las horas extraordinarias se rigen por las normas generales en materia probatoria, esto es el trabajador que las reclama deberá, respecto al número como al lapso y frecuencia, probarlo y ello en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba a quien lo invoca y no a quien lo niega. (art. 381 C.P.C.C.; arts. 44 y 73, Ley XVI Nº 1).

Y siguiendo el criterio expuesto por el STJCh en SD 04/10 SER, si bien las horas extraordinarias son hechos cuya prueba puede efectuarse por cualquiera de los medios expresa o implícitamente admitidos por la ley procesal, no menos cierto es que la parte al demandarlas debe explicitar el lapso en que las mismas se cumplieron. La parte actora señaló en su demanda que -durante la totalidad de la relación laboral- cumplió una jornada laboral de lunes a viernes de 7 a 19 hs y los días sábados de 7 a 15 hs., reclamando estrictamente las cumplidas durante el período que corre entre el mes de abril de 2008 a la fecha del distracto, ocurrido el 31 de marzo de 2010.

Conforme hemos sostenido en reiterados pronunciamientos *"El Juez de grado es libre a la hora de valorar la prueba pudiendo elegir entre aquellas que mayor convicción le produzcan por lo que para conmoverla, se requiere algo más serio y atendible que la mera apreciación subjetiva ya en sus pareceres o preferencias. Deberá el apelante demostrar lógicamente que la selección y*

apreciación probatoria del juez de grado es caprichosa, antojadiza, indefendible incurriendo en notoria injusticia o arbitrariedad." (CAPM entre otras *SDL Nº 28/10; SDL 32/10).*

Con poco esfuerzo argumental, la demandada ha puesto en evidencia, que la Magistrada de grado efectuó una valoración incorrecta de las testimoniales cumplidas para sostener la posición de la actora.

Ni el testigo R. D. B. que trabajó para S. S.A. en el período 2004/2006 (fs. 129/130) ni el testigo H. J. B. (fs. 116/117) que lo hizo durante los años 2006/ 2007, podían aportarle convicción para tener acreditadas las horas extraordinarias reclamadas, por la elemental razón que no compartieron la jornada laboral con el actor para el período que se ha requerido.

Vale señalar, que al responder los agravios, la parte actora dice sobre el punto "*De tal manera no podemos menos que coincidir con el contundente planteo fáctico efectuado admitiendo que mal pueden valorarse dichos testimonios como acreditantes de la realización de las horas extras o suplementarias reclamadas."*

Tampoco entiendo que pueda configurar plena prueba, los dichos en el responde cuando reconocen que en ciertas ocasiones le facilitaban cumplir con sus otros emprendimientos laborales, fuera del horario laboral, en las instalaciones de la empresa, ni tampoco la aporta el testigo L. (fs.131), que veía al actor cuando entraba y salía cuando en definitiva, confirma que el horario de trabajo que vio desarrollar al actor durante el tiempo que trabajó en el acopio (predio de S., donde trabajaba G., conforme testimonial de fs. 156 vta) fue una jornada de trabajo de ocho horas.

En definitiva, las probanzas aportadas al proceso resultan insuficientes para adquirir suficiente grado de certeza acerca de la realización efectiva de las horas suplementarias que la actora reclama como impagas, por lo que soy del criterio, que la queja debe admitirse y consecuentemente debe revocarse la sentencia en este punto.

2.2 <u>La declaración de nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008 – 510/2008 – 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación</u>.

a) La Magistrada de grado dispuso que para el cálculo de la indemnización prevista en el art. 245 LCT debía incorporarse las sumas que, fruto de acuerdos salariales celebrados en el marco del CCT 130/75 se individualizaron como "no remunerativas", para ello declaró la nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008 – 510/2008 – 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación, aún cuando tal decisión no se refleja en la parte resolutiva del fallo**.**

b) Conforme he votado en anteriores pronunciamientos ("D. Z., M. c/ F. S.R.L. s/ Cobro de Pesos"(Expte. Nº 171 Año 2010) SDL Nº 36/10; "S., K. F. C/ P. Y B. S.A. S/ Cobro de pesos. LABORAL" (Expte Nº 264 Año 2011) SDL Nº 64/11), "M., C. M. c/ P. Y B. S.A. s/ Cobro de Pesos "(Expte. Nº 85 Año 2012) SDL Nº 38/12 y "R., R. R. c/ P. Y B. S.A. s/ Cobro de Pesos. Laboral "(Expte. Nº 79/ 2012) SDL Nº 35/12) y vale reiterarlos por su vigencia, uno de los principales objetivos de la OIT ha sido impulsar la negociación colectiva en todo el mundo. Fijado como cometido en la Declaración de Filadelfia de 1944 en la que se estableció *" la obligación solemne de la Organización Internacional del Trabajo de fomentar el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva"*, fue consolidando su posición en el Convenio sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva (1949); siguió en 1998 cuando estableció que "todos los miembros, aún cuando no hayan ratificado los convenios tienen el compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, rebuena fe y de conformidad a la constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales entre los que figura el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva y lo ratifica en la Declaración de la OIT relativa a los principios y

derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo el 18 de junio de 1998 y la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa del 10 de junio de 2008.

Las pautas que brinda son que toda negociación colectiva para ser viable, reconoce el principio de autonomía e independencia de las partes, el carácter libre y voluntario de las negociaciones, aboga por la menor ingerencia de los poderes públicos y dan primacía a los empleadores y sus organizaciones y a las organizaciones sindicales, como sujetos de la negociación. En la Recomendación sobre los contratos colectivos Nº 91 (1951) se señala que *" la expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional".* En el mismo texto y refiriendo a los efectos de los contratos colectivos indica *"3.1) Todo contrato colectivo debería obligar a sus firmantes, así como a las personas en cuyo nombre se celebre el contrato. Los empleadores y los trabajadores obligados por un contrato colectivo no deberían poder estipular en los contratos de trabajo disposiciones contrarias a las del contrato colectivo. 2) Las disposiciones en tales contratos de trabajo contrarias al contrato colectivo deberían ser consideradas como nulas y sustituirse de oficio por las disposiciones correspondientes del contrato colectivo. 3) Las disposiciones de los contratos de trabajo que sean más favorables para los trabajadores que aquellas previstas por el contrato colectivo no deberían considerarse contrarias al contrato colectivo. 4. Las disposiciones de un contrato colectivo deberían aplicarse a todos los trabajadores de las categorías interesadas que estén empleados en las empresas*

comprendidas por el contrato colectivo, a menos que el contrato colectivo previere expresamente lo contrario."

Las normas internacionales del derecho del trabajo quedan incorporadas al ordenamiento interno según la categoría de la norma, en el caso los convenios y declaraciones de la OIT quedan en un nivel superior a las leyes e inferior a la Constitución (art. 75 inc. 22 de la CN) (cfme. Rodríguez Mancini T 1 pág.69).

En el ámbito nacional la Ley 14.250 (TO 2004) en su art.4to dice *"Las normas originadas en las convenciones colectivas que sean homologadas por el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, en su carácter de autoridad de aplicación, regirán respecto de todos los trabajadores de la actividad o de la categoría dentro del ámbito a que estas convenciones se refieran; cuando se trate de un acuerdo destinado a ser aplicado a más de un empleador, alcanzarán a todos los comprendidos en sus particulares ámbitos. Todo ello sin perjuicio de que los trabajadores y los empleadores invistan o no el carácter de afiliados a las respectivas asociaciones signatarias. Será presupuesto esencial para acceder a la homologación, que la convención no contenga cláusulas violatorias de normas de orden público o que afecten el interés general. Los convenios colectivos de trabajo de empresa o de grupo de empresas, deberán observar las condiciones establecidas en el párrafo precedente y serán presentados ante la autoridad de aplicación para su registro, publicación y depósito, conforme a lo previsto en el artículo 5º de esta Ley. Sin perjuicio de ello, estos convenios podrán ser homologados a pedido de parte*."

En cuanto a sus efectos el art. 7mo. señala *"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. También serán válidas las cláusulas de la convención colectiva destinadas a favorecer la acción de las asociaciones de trabajadores en la defensa de los intereses profesionales que modifiquen disposiciones del derecho del trabajo siempre que no afectaren normas dictadas en protección del interés general. Por su lado el art. 8º edicta *"Las normas de las convenciones colectivas homologadas serán de cumplimiento obligatorio y no podrán ser modificadas por los contratos individuales de trabajo, en perjuicio de los trabajadores".*

Culmino con el art. 12 que establece que el MINISTERIO DE TRABAJO, EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL será la autoridad de aplicación de la presente ley y vigilará el cumplimiento de las convenciones colectivas. En el mismo sentido La ley 23546 (TO 2004) que fija el procedimiento para la negociación colectiva.

c) La síntesis previa viene a guisa de lo que entiendo son antecedentes suficientes, para disentir con el criterio expuesto por la Sra. Jueza de la anterior instancia.

El carácter no remunerativo 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 Nº 209/2008; 510/ 08; 570/09 y 143 /10.

Estoy persuadida que intervenir jurisdiccionalmente en lo que ha sido derivación de la actividad negocial de las partes, implica interferir y limitar el derecho de las partes y resulta violatorio del Convenio 87 de la OIT, que impone a las autoridades públicas, abstenerse de toda intervención que tienda a limitar o entorpecer el ejercicio legal de las organizaciones involucradas en la celebración.

Ya he señalado que en el ámbito nacional, el control estatal previo a la homologación, que confiere eficacia *erga omnes* al convenio colectivo,

importa el de legalidad tanto en los aspectos formales como en la verificación de los contenidos y su compatibilidad con el orden público laboral (art. 4to Ley 14.250). *"La sumisión de la convención colectiva a las leyes de orden público es algo normal. Como el efecto formativo deriva de un acto del Estado (homologación), a su vez sometido a la ley(además de serlo a consideraciones de la política económica-social), es lógico que la convención colectiva deba insertarse en el ordenamiento jurídico general en un orden descendente por así decirlo, o sea, subordinándose a la de origen estatal, de carácter forzoso. El proceso de homologación da la oportunidad de eliminar de la convención las cláusulas contrarias al orden público, tanto social como económico. En caso de no hacerse, pertenece a la justicia ejercer el control a posteriori, siempre que se plantee una controversia judicial al respecto. Efectivamente, la jurisprudencia tuvo la ocasión de declarar la nulidad de ciertas cláusulas por ser contrarias a la ley"* (Ackerman-Tosca Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo VIII pág. 555 Ed Rubinzal Culzoni Sta. Fe 2007)

No me es ajeno que en el marco del convenio colectivo de los empleados de comercio la determinación de las sumas no remunerativas, ha merecido de la autoridad de aplicación tratamiento expreso cuando han señalado en la Res 570/09 "*que en tal sentido debe tenerse presente que la atribución de carácter no remunerativo a algún concepto que compone el ingreso a percibir de los trabajadores es como principio, de origen legal y de alcance restrictivo. Correlativamente a ello, la atribución heterónoma de tal carácter es excepcional y salvo en supuestos especiales legalmente previstos debe tener validez transitoria.".* Concluyo en 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.

d) La parte actora ha peticionado se declare la nulidad de los acuerdos salariales alcanzados en el marco de la negociación colectiva así como de las Resoluciones dictadas por la Secretaría de Trabajo dependiente del METySS de la Nación que las homologan.

La Sra. Magistrada de grado ha resuelto que *"Se puede argumentar frente a la decisión invalidante que voy a tomar, que habiendo sido homologados los acuerdos colectivos en cuestión, la vía intentada por el actor no es la acertada, pues no se inició recurso administrativo ni se impugnaron las actas acuerdos en sede administrativa, y que la decisión conlleva admitir la intromisión de la autoridad jurisdiccional en el ámbito de la autonomía colectiva y por fuera de la vía recursiva prevista para cuestionar los actos de la administración. Considero que no se puede exigir a los trabajadores individualmente afectados que recurran a los mecanismos previstos por la ley administrativa para obtener la nulidad de la homologación ministerial de cuya existencia y alcances incluso pueden no haber tomado razón en tiempo oportuno."*

La impugnación de un convenio colectivo de trabajo debidamente formalizado, ratificado y homologado debe realizarse dentro del ámbito administrativo, mediante la interposición de los recursos pertinentes y tan solo luego de agotada esa instancia, podrá ser objeto de revisión judicial. Así lo dijo la CSJN "*Que en lo concerniente a la cuestión a que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes, corresponde señalar que en el sub examine, la actora pretendió someter a la autoridad del magistrado la impugnación de un convenio colectivo de trabajo que, debidamente formalizado y ratificado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, recibió la correspondiente homologación por parte de dicho organismo por medio de la res. SSRL 20/96, suscripta por el subsecretario de Relaciones Laborales. De conformidad con lo expuesto, el referido planteo debió ser efectuado en el ámbito administrativo mediante la interposición de los recursos pertinentes. Por lo tanto, y sólo agotada*

dicha instancia, quedaría expedita la revisión judicial a cargo de la Cám. Nac. de Apels. del Trabajo, con arreglo al amplio marco de la competencia establecida en la ley 23551" (CSJN en autos "Unión Obrera Metalúrgica de la República Argentina v. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social s/ juicio sumarísimo "Fallos 319:371 JA 1996-IV-425. RC J 101818/09.).

e) A más de ello, advierto que la nulidad decretada lo es sólo respecto de los actos administrativos homologatorios dictados por la Secretaría de Trabajo, esto implica que con la decisión jurisdiccional adoptada y al ser la homologación el requisito esencial para conferirle carácter de norma obligatoria, ha dejado subsistente los términos de las referidas Actas Acuerdo, producto de la negociación colectiva.

Si como señala la señora jueza, siguiendo al Dr. Fernández Madrid, el acto homologatorio no tiene la virtualidad de purgar el vicio de origen, ya que la autoridad de aplicación debe, en todos los casos hacer un control de legalidad de los convenios y acuerdos, en los términos del artículo 7° de la Ley 14.250 y 8° de la L.C.T. y si lo hace mal, la sanción es la nulidad de la cláusula que contraría la ley, debió la magistrada y no lo hizo, expedirse sobre la nulidad de las Actas Acuerdo homologadas por la Secretaría de Trabajo. Y cierto es que no es dable ingresar en esta instancia a su tratamiento, pues la omisión en la que incurre la magistrada de grado, no ha sido materia de agravios para la parte actora (art. 280 del CPCC).

f) Luego de lo expuesto, voy a acompañar al Sr. Magistrado que me precede en el voto, admitiendo la queja de la parte demandada y consecuentemente la revocación la sentencia de grado en tanto declara- en sus considerandos- la nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008 – 510/2008 – 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación**.** Consecuentemente con ello deberán detraerse de la base para el cálculo de la indemnización, las asignaciones salariales que se han establecido sobre la

base de los Acuerdos celebrados y homologados por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y que alcanza a los trabajadores de la actividad mercantil en el marco del convenio colectivo 130/1975, durante el tiempo de vigencia de la relación laboral desde el día 5 de junio de 2006 al 30 de marzo de 2010.

3. <u>Tratamiento del agravio de la parte actora</u>

Objeta la representación letrada del Sr. L. A. G. el cálculo de los rubros indemnizatorios que integran la condena, desde que en base al informe pericial, se han determinado en forma incorrecta las horas extras y consiguientemente con ello su incidencia en aquéllos.

Conforme he votado la revocación de la sentencia en lo resuelto respecto las horas extraordinarias, el tratamiento del agravio de la parte actora, devino en abstracto.

4.

En definitiva, comparto con el Magistrado que me antecede en el voto que resulta pertinente dejar estipulado que la demanda incoada por el Sr. L. A. G. contra S. S.A., prospera en cuanto debe considerarse para el cálculo de las indemnizaciones derivadas del despido incausado, la antigüedad de cuatro años (fecha de ingreso el día 5 de junio de 2006 y de egreso el 30 de marzo de 2010, que llegan firmes a esta instancia). Asimismo, en la etapa de ejecución de sentencia el perito contador deberá establecer la mejor remuneración percibida por el actor entre marzo de 2009 y de 2010, sin incorporar en su cálculo las sumas no remunerativas percibidas conforme las Actas Acuerdo dictadas en el marco del CCT 130/75 ni las horas extras. Sobre la que resulte determinada, deberá calcular la indemnización por antigüedad; la sustitutiva del preaviso omitido; SAC sobre preaviso; el agravamiento previsto en el art. 1 y art. 2 de la Ley 25.323, este último

deberá liquidarse sobre la diferencia que establezca para la indemnización del art.245 LCT. Deberá detraer de la liquidación, la suma de $ 6.622 que -llega firme a esta instancia-, fue abonada al tiempo de la extinción del vínculo laboral acreditado. A las sumas que resulten, se aplicarán los intereses dispuestos en la sentencia de grado.

5. <u>Las costas</u>:

a) Las costas de la primera instancia y en mérito a la manda del art. 282 deberán ser readecuadas. Partiendo del principio objetivo de la derrota y considerado el resultado final del pleito, con vencimientos parciales y mutuos, soy del criterio, que la imposición de aquéllas en el orden causado refleja la pauta de distribución ajustada a derecho (art. 72 CPCC). *"No obstante vale reiterar que la repartición de los gastos causídicos por el juez basado en el progreso parcial de las pretensiones contrapuestas, si bien indica una pauta a seguir, no predetermina un sistema único para el caso del vencimiento parcial y mutuo, sino que le brinda la alternativa de compensar las costas o distribuirlas entre los litigantes, y aun en ese caso, no indica que el reparto debe ser aritmético sino prudencial y de acuerdo con las peculiaridades de la causa"*(Gozaini, Osvaldo "Costas Procesales" v.1, pág. 295. Ed. Ediar, Bs. As., 2007).

En cuanto a los honorarios profesionales por la intervención en la primera instancia, conforme el mérito, extensión y resultado obtenido, corresponde reajustar en el 18 % los determinados conjuntamente para los letrados de la parte actora y mantener los porcentajes establecidos para los letrados de la demandada y perito contador que intervino en autos. La base regulatoria será el monto de condena que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más el IVA si correspondiera y sin perjuicio de los mínimos legales que establece la ley arancelaria para este tipo de proceso. (art. 3, 5, 6, 7, 9, 38, 46 y 60 de la Ley XIII Nº 4 y su mod.)

b) En cuanto a las costas de esta instancia y conforme lo decidido propongo se impongan a la parte actora, vencida en esta instancia (art. 69 CPCC y art. 57 Ley XIV Nº 1).

Los honorarios profesionales se gradúan considerando el mérito de las tareas cumplidas y éxito que se obtiene, para lo cual propongo se determinen, en los porcentajes que establece el Dr. Heraldo Fiordelisi, sin perjuicio de aplicar los mínimos legales si así correspondiere. (arts.5, 7 y 13 Ley XIII Nº 4 y su mod.).

Consecuentemente, voto **PARCIALMENTE por la NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTION, el Sr. Juez de Cámara Dr. Heraldo Enrique Fiordelisi, dijo:

De compartir mis distinguidos colegas de esta Excma. Cámara los fundamentos vertidos en mi voto, el pronunciamiento que corresponde dictar sería el siguiente:

1) REVOCAR la sentencia dictada a fs. 217/224 vta. en cuanto admitió las horas suplementarias y decretó la nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

2) ESTABLECER que la indemnización del art. 245 LCT, los rubros que integran la liquidación final y los "incrementos indemnizatorios arts. 1 y 2 de la Ley 25.323", deberán ser calculados sobre la remuneración que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, sin incluir las sumas no remunerativas ni las horas extras, siguiendo las demás pautas establecidas en esta sentencia.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la primera instancia (art. 282 CPCC). **IMPONER** las costas en el orden causado (arts. 69, 2do.

párrafo y 72 CPCC) y **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A. en el 18% en forma conjunta, los de los Dres. R. A. S. y R. J.M. C. letrados de la parte demandada en el 18% también conjuntamente y los del Perito Contador D. O. S. en el 3% sobre lo que resulte en definitiva el monto del proceso, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio del mínimo que fija el art. 7 de la ley de aranceles (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y su mod.).

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora. (art. 69 CPCC). **REGULAR** los honorarios de los Dres. R. A. S. y R. J. M. C., en el 15% a cada uno de los que les correspondan por su intervención en la instancia inferior y los de los Dres. F. A. y M. A., en el 12,5% a cada uno los que les corresponda por su actuación en primera instancia, sin perjuicio del mínimo que establece el art. 7 de la ley arancelaria (conf. arts. 5, 13, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

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

Visto el acuerdo que antecede, el pronunciamiento que propone el Dr. Fiordelisi es el que debe dictarse.

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que el Dr. Mario Luis Vivas 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 noviembre 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 dictada a fs. 217/224 vta. en cuanto admitió las horas suplementarias y decretó la nulidad de las Resoluciones Nº 209/2008, 510/2008, 570/2009 y 143/2010 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

2) ESTABLECER que la indemnización del art. 245 LCT, los rubros que integran la liquidación final y los "incrementos indemnizatorios arts. 1 y 2 de la Ley 25.323", deberán ser calculados sobre la remuneración que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, sin incluir las sumas no remunerativas ni las horas extras, siguiendo las demás pautas establecidas en esta sentencia.

3) ADECUAR LAS COSTAS Y HONORARIOS de la primera instancia (art. 282 CPCC). **IMPONER** las costas en el orden causado (arts. 69, 2do. párrafo y 72 CPCC) y **REGULAR** los honorarios de los letrados de la parte actora, Dres. F. A. y M. A. en el 18% en forma conjunta, los de los Dres. R. A. S. y R. J.M. C. letrados de la parte demandada en el 18% también conjuntamente y los del Perito Contador D. O. S. en el 3% sobre lo que resulte en definitiva el monto del proceso, con más el IVA si correspondiere y sin perjuicio del mínimo que fija el art. 7 de la ley de aranceles (conf. arts. 3, 5, 6, 7, 9, 38, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y su mod.).

4) IMPONER LAS COSTAS DE LA ALZADA a la parte actora. (art. 69 CPCC). **REGULAR** los honorarios de los Dres. R. A. S. y R. J. M. C., en el 15% a cada uno de los que les correspondan por su intervención en la instancia inferior y los de los Dres. F. A. y M. A., en el 12,5% a cada uno los que les corresponda por su actuación en primera instancia, sin perjuicio del mínimo que establece el art. 7 de la ley arancelaria (conf. arts. 5, 13, 46 y concs. Ley XIII Nº 4 y su mod.).

5) REGISTRESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /12. CONSTE.