En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de noviembre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia del Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"C., M. O. y otro c/S. A. I. S.R.L. S/SUMARIO –Cobro de pesos e indemnizaciones de ley-", expte. nro. 422 año 2013,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 415/2010), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 793), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Silvia Noemí Alonso, Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 731/742 y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso, dijo:

1. El fallo apelado.

La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. M. O. C., condenando a S. A. I. SRL a abonarle las sumas que resulten por diferencias de haberes devengadas por el pago insuficiente de la 2ª cuota año 2008, 1ª y 2ª cuota año 2009 y la 1ª cuota año 2010 del SAC, diferencias salariales devengadas por el pago insuficiente de las

vacaciones anuales y de los días de licencia médica que hubieren usufructuado con más los intereses

También, hizo lugar a la demanda interpuesta por el coactor Sr. N. G. H., por diferencias en haberes devengados por el pago insuficiente de las horas extras con el recargo del 50 % y 100 %; de las horas nocturnas y horas extras nocturnas; del bono de paz social; de la 2ª cuota año 2008, 1ª y 2ª cuota año 2009 y la 1ª cuota año 2010 del SAC, de licencia médica que hubieren usufructuado y de las vacaciones anuales, con más los intereses impuestos.

Para fallar de ese modo, declaro en el caso concreto la inconstitucionalidad de los adicionales no remunerativos dispuestos por los convenios celebrados en los Exptes. Nº 1.169.854/06; 1.198.058/06; 1.213.932/07; 1.320.768/09; CCT 511/07. De acuerdo a ello las sumas abonadas bajo los conceptos: Asig. Expte 1169854/06; Suma Expte. 1169854/06; Res. MT 854-855-07; Res. MT 854-855-07 Sep; AACFAC Resol. MT 630/08; AACFAC Res ST 500 Art. 1; Res. 1013; ACFA17/09/2010, deben considerarse parte integrante de la remuneración de los actores a todos los efectos correspondientes en especial para el cálculo de las horas extraordinarias, SAC, licencia por vacaciones, licencia por enfermedad y accidente de trabajo, tal como se expusiera en IV.2.-

Impuso las costas a la parte demandada y reguló los honorarios profesionales.

1. El recurso. Sus fundamentos y la contestación.

La demandada apeló a fs. 745, el recurso fue concedido a fs. 748, fundado a fs. 761 y contestados los agravios a fs. 763/774.

Los agravios son cinco.

En primer lugar, sostiene que le genera gravamen la decisión por cuanto la jueza afirma que existe identidad entre el régimen de los actores y el que cumple el personal de base. Afirma que el examen es superficial y del mismo se infiere que se achaca a su parte no haber acreditado que los actores se desempeñen conforme el sistema de trabajos por equipos –excluidos de la ley 11544 por previsión del art. 31, inc. b) de la misma- y consecuentemente carecen de derecho al reconocimiento del trabajo suplementario.

El segundo agravio, estrictamente vinculado al anterior se vincula con la desestimación del carácter de liberalidad atribuido a los pagos efectuados por los actores por horas extras y horas nocturnas. Cita jurisprudencia y doctrina en apoyo de su criterio.

El tercer agravio, también vinculado a las horas extras, es subsidiario y se refiere al divisor que se considera aplicable en el fallo “176”. Insiste en que a todo evento corresponde aplicar el propuesto al contestar la demandada, es decir el 200.

Mediante el cuarto agravio se cuestiona la declaración de inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a ciertos conceptos y a través del quinto la inconstitucionalidad de las viandas. El agravio siguiente contiene argumentos relativos a la seguridad jurídica.

La recurrente pide la revocación del fallo y hace reserva del caso federal.

La parte actora contesta cada uno de los agravios, refutando los fundamentos del recurso en forma puntual y motivada; consecuentemente pide su rechazo.

2. Tratamiento de los agravios.

El argumento relativo a la improcedencia del pago de horas extras por la modalidad de trabajo por equipo es meramente dogmático y por sí insuficiente para fundar un pronunciamiento distinto.

La mentada modalidad por sí no excluye la posibilidad de pago de horas suplementarias. Ello asi porque como ha sostenido la jurisprudencia cuando la jornada total cumplida por el actor durante el ciclo de tres semanas arroja un promedio semanal que superan las 48 horas máximas y equivalen a la prestación de 56 horas mensuales de trabajo suplementario (14 horas semanales por 4.2), estás debieron serle abonadas con los recargos del art. 201 de la LCT (cfr. CNTrab. Sala X, 14/05/2012, en autos "Ayala Cesar del Señor c/ Servicios Compass de Argentina S.A. y otro s/ diferencias de salarios", elDial.com - AA7780)

Con base en esta premisa y partiendo del expreso reconocimiento de la demanda sobre la pertinencia del pago de horas extras al Sr. H., conforme surge de los recibos de haberes obrantes a fs. 142/183 y fue absolutamente corroborado por la pericia contable obrante a fs. 677/680 que no fue impugnada por la parte demandada, corresponde rechazar el argumento relativo a la liberalidad.

Huelga recordar que en modo alguno puede considerarse que el pago efectuado por la comprobada prestación de tareas en horas suplementarias encuadre en el concepto de liberalidad o gratificación. Ello por cuanto están ausentes los presupuestos que las caracterizan (voluntariedad por parte del empleador, decisión unilateral de este y discrecionalidad en

cuanto al monto, la oportunidad, la causa -condicionada o no- y su pago).

Con base en estas consideraciones, corresponde el rechazo del agravio.

Los argumentos relativos al divisor no alcanzan a constituir una crítica concreta y razonada. En efecto, la jueza ha dado precisos motivos para decidir del modo que lo ha hecho. Repárese que, con sustento doctrinario y jurisprudencial ha sostenido que no corresponde la utilización dogmática de divisores generales y sostuvo que el valor horario, en el caso que el sueldo se liquide por mes, debe obtenerse de dividir este último importe por el total de horas que las partes han pactado como débito del empleado y que: si bien por razones de conveniencia se suele, a tal fin, dividir aquel total por 30 y por las horas trabajadas o por 200 (25 --días a 8 horas cada uno) ello responde a que la mayor parte de los empleados trabajan este número de horas por mes. Pero en los casos que no se da esta situación no tiene sentido aplicar ese procedimiento. Para luego concluir que tal es el supuesto de autos en el que de las planillas horarias acompañadas por la accionada a fs. 528/545 emerge que el Sr. H. se desempeñó en turnos de 6 días por 3 de descanso. De dicha documental también se desprende que el promedio de días trabajados fue de 20 al mes. Conforme a ello consideró que se debe aplicar como divisor el de 176.

La mera insistencia en la aplicación del divisor 200, sin referencia concreta a las motivaciones del fallo, demuestra sin hesitación la insuficiencia de los agravios que propongo sean rechazados.

Los siguientes agravios relativos a la inconstitucionalidad de los convenios que asignan carácter no remunerativo a ciertos conceptos y a las viandas y su complementario fundamento relativo a la seguridad jurídica tampoco pueden prosperar.

La queja respecto a la falta de tratamiento de las cuestiones esgrimidas en el responde para rechazar el planteo de inconstitucionalidad no puede prosperar. Sabido es que, quien resuelve, no esta obligado a abordar la totalidad de las cuestiones introducidas por las partes, pudiendo seleccionar aquellas que resultan conducentes.

El razonamiento de la jueza se ha ajustado a esta premisa y la cuestión analizada, que constituye el fundamento nuclear de su fallo, reviste tal carácter –conducente- como lo demuestra el reciente fallo -4/6/2013- de la Corte Suprema de Justicia, en los autos caratulados "Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A." (L.L., 19/06/2013, p. 12. En esa causa se ha determinado que los mentados aumentos no remunerativos son inconstitucionales por desconocer la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen.

Los mentados argumentos son los que, también sustentan el rechazo del agravio por la inconstitucionalidad de las normas que otorgan el carácter no remuneratorios al concepto viandas.

Por las razones expuestas propongo el rechazo del recurso.

3. Costas y honorarios

Las costas de esta instancia se imponen a la demanda vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota.

Los honorarios por la actuación de los letrados se fijan de conformidad con las pautas generales contenidas en el artículo 5 de la ley arancelaria vigente y por aplicación de la escala prevista por el artículo 13 del mismo ordenamiento. En función de lo expuesto, los determino a favor de los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M., conjuntamente en un 30% de los regulados en primera instancia y a favor de los Dres. I. F. d. l. C., F. F. A. y M. d. l. P. F. A., en forma conjunta, en un 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si fuere pertinente.

A la segunda cuestión la Dra. Silvia Noemí Alonso dijo:

Propongo la siguiente resolución.

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 731/742.

2°) Costas de esta instancia a la demandada.

3°) Regular los honorarios de los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M. conjuntamente, en un 30% de los regulados en primera instancia y a favor de los Dres. I. F. d. l. C., F. F. A. y M. d. l. P. F. A., en forma conjunta, en un 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si fuere pertinente.

4°) Tener presente la ratificación de la reserva del caso federal efectuada a fs. 760 vta..

5°) Regístrese, notifíquese, devuélvase

A la primera cuestión el Dr. Julio Antonio

Alexandre dijo:

Acogida parcialmente la demanda de fs. 731/742 es apelada por la accionada a fs. 745 a tenor del informe de fs. 749/761 el que le es contestado por su oponente a fs. 763/774.

Que la colega que abre el acuerdo ha dado tratamiento a la queja por lo que implícitamente considera la suficiencia del memorial acompañado por la recurrente, lo que comparto, y reseña su contenido, evitando así su mera reiteración.

Sin perjuicio de las consideraciones que formula la recurrente en orden a la prueba de la modalidad de trabajo, lo cierto es que de ningún modo puede establecerse como regla que el sistema de trabajos en equipos queda excluido de la jornada establecida en el art. 1° de la ley 11.544, contrariando tal formula, se reiteran los fallos sosteniendo que la modalidad por equipos también exige el pago de horas extras cuando se exceden los topes legales (ver v. gr. CNTrab., Sala IX, 19/05/2009 –"Montaner Karina Mercedes c/ Iberargen S.A. s/ diferencias de salarios"- Cita: MJ-JU-M-45468-AR | MJJ45468 | MJJ45468).

Vale aclarar que la cuestión refiere en exclusividad a la condena que favorece al Sr. H., ya que de la prueba analizada y en especial de la documental o pericial obrante a fs. 677/680, surge justificación de reclamo por parte de C., de allí la improcedencia del acogimiento del rubro por su parte.

Insisto, si bien el trabajo prestado en la modalidad por equipos admite cierta flexibilidad en la forma de cálculo de la jornada máxima, siendo facultad privativa del empleador la distribución de las horas de

trabajo y la diagramación de los horarios -ora, por el sistema de turnos fijos, ora bajo el sistema de turnos rotativo -, ello no significa que no corresponda el pago de las horas suplementarias si se constata que se ha superado el tope legal y tal es el caso de autos ya que el rigor interpretativo volcado en el memorial no guarda relación con la realidad manifestada en los recibos de pago y de la experticia obrante a fs. 677/680 y aclaratoria de fs. 688/688vta. no impugnada por la recurrente.

Mal pueden justificarse tales comprobantes como manifestaciones de concesiones graciosas o liberalidades cuando del cotejo de la jornada de conformidad con la prueba adquirida en la causa surge claramente el exceso si es que ajustamos nuestro proceder a los fines de tal verificación a las pautas legales, doctrinarias y jurisprudenciales a las que he hecho referencia en los puntos anteriores.

Sin duda, tales verificaciones responden a pautas genéricas pero adecuadas al caso particular, de allí que importa verificar lo dicho a través de los datos que emerjan de las planillas de horario y asistencia obrantes a fs. 528/545. Surge de manera clara la modalidad de trabajo convenida esto es turnos de 6 días por tres de descanso, lo que hacen un promedio de veinte días mensuales, de allí que no se justifique aplicar el divisor que pretende la recurrente sino la adecuada al caso.

Completando las reflexiones de la iudex a quo a fs. 739, al referir al punto el Dr. Vazquez Vialard agrega en su voto que "...si bien por razones de conveniencia se suele, a tal fin, dividir aquel total

por 30 y por las horas trabajadas o por 200 (25 días a 8 horas cada uno) ello responde a que la mayor parte de los empleados trabajan este número de horas por mes. Si no se da esta situación no tiene sentido aplicar ese procedimiento que -según la hipótesis fáctica- podría vulnerar lo dispuesto por la normativa vigente en materia de retribución de horas extras".

Ello motivó que se advirtiera en el fallo Plenario 282 "Soria, Isidoro Horacio y otros c/ E.N.T.E.L. Empresa Nacional de Telecomunicaciones s/ diferencia de salarios" de la CNTrab., en pleno, del 27/08/1993, Cita: MJ-JU-M-4826-AR | MJJ4826 | MJJ4826, que: "La perspectiva en análisis descripta, trasladada al debate que nos convoca, produce cierta perplejidad porque condiciona toda respuesta, ya que los divisores podrían "infringir" o no la legislación vigente y todo depende de si los trabajadores han estipulado o no un débito laboral temporal mensual que coincida con el cociente que se les pretende aplicar". Como se advierte, la formula utilizada por la sentenciante –divisor 176- es la adecuada al caso y así lo propongo al acuerdo.

No merece objeción alguna el tratamiento dado por la jueza actuante en cuanto a los fundamentos y declaración de inconstitucionalidad de los adicionales no remunerativos otorgados por convenio y es que además de habernos expedido en numeroso casos en igual sentido siguiendo la doctrina de la CSJN en el fallo que se indica, también se lee que el hecho de que las actas acuerdo celebradas por un sindicato y un empleador hayan merecido homologación en sede administrativa no impide declarar su inconstitucionalidad, porque todas

las normas jurídicas, cualquiera sea su fuente y aún las provenientes de un convenio colectivo de trabajo, son susceptibles de esa tacha en tanto la disponibilidad colectiva no puede avanzar sobre garantías consagradas por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales; que el art. 103 bis de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto desconoce el carácter remuneratorio a los vales alimentarios, se aparta de las previsiones del Convenio Nro. 95 de la OIT, el cual es un tratado de acuerdo al art. 5º del Convenio de Viena sobre Derecho de los Tratados y por tanto, conforme el art. 27 del mentado Convenio de Viena, no se le puede oponer ninguna norma de derecho interno, dejando a salvo el principio de primacía de la Constitución y que las cláusulas colectivas que establecieron la entrega de asignaciones no remunerativas deben considerarse inconstitucionales, pues a través de recursos meramente terminológicos intentan desconocer la esencial salarial de una prestación que, por su adecuación a las previsiones del art.103 de la ley de contrato de trabajo y a las del art.1 del convenio 95 de la OIT, naturalmente lo tiene (ver v. gr. CNTrab., Sala II, 27/12/2012 –"Frutos, Cristian David c. INC S.A. s/despido"- publicado en: DT 2013 (junio) , 1381 • DJ 26/06/2013 , 61; Cita online: AR/JUR/77079/2012). Así corresponde, en mi consideración, poner fin al debate rechazando los agravios de la demandada e imponiéndole las costas de la Alzada, difiriéndose la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuanta las pautas arancelarias de la ley XIII, nos. 4 y 15 y se

tiene presente la reserva formulada del llamado “caso federal”.

A la segunda cuestión el Dr. Julio Antonio Alexandre dijo:

Al haber concordado con el voto de la Dra. Alonso, reitero su formula decisoria.

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

SENTENCIA

1°) Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 731/742.

2°) Costas de esta instancia a la demandada.

3°) Regular los honorarios de los Dres. J. M. P., J. H. P. y E. J. M. conjuntamente, en un treinta por ciento (30%) de los regulados en primera instancia y a favor de los Dres. I. F. d. l. C., F. F. A. y M. d. l. P. F. A., en forma conjunta, en un veinticinco por ciento (25%) de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado. En todos los supuestos con más el impuesto al valor agregado si fuere pertinente.

4°) Tener presente la ratificación de la reserva del caso federal efectuada a fs. 760 vta..

5°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando

Nahuelanca y concordar en la solución del caso (Ley V-17-DJ, antes Ley 1130 y art. 274 CPCCCh, Ley XIII-5-DJ, Anexo A).

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2013

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"