En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de diciembre del año dos mil trece, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"Z., J.I. c/ S.C. SRL s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de Ley", expte. nro. 527/13,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 173/11), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 273), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Nélida Susana Melero y Dra. Graciela Mercedes García Blanco.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 234/243vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

La Sra. Juez de la instancia de grado declaró la nulidad e inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios, en cuanto disponen incrementos salariales no remunerativos, de acuerdo a lo expuesto en el punto IV.2., admitió la demanda interpuesta por el Sr. J.I. J.Z. y condeno a la firma S.C. SRL a hacer entrega en el plazo de diez (10) días del certificado de trabajo, constancia documentada de aportes y contribuciones a la

seguridad social y ación de servicios y remunerac abonar – en idéntico plazo- la suma de ciento veintiocho mil trescientos treinta y cuatro pesos con cincuenta centavos ($128.334,50).

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios

1) Tal decisión es apelada por el demandado, quien se agravia sobre la declaración de inconstitucionalidad de los adicionales no remunerativos negociados en el marco del convenio colectivo de trabajo CCT 130/75, acuerdo abril de 2009, present. Ac. abril 2009, asignación acuerdo enero/2010, acuerdo junio/10, suma no remunerativa junio/2010.

Dice que más allá de los argumentos en que alega sostenerse la sentencia no pueden desarrollar la pertinencia de los mismos y su injusticia sino acudiendo a la realidad que en el marco convencional colectivo surge de las decisiones consensuadas en dicho ámbito y homologada por la autoridad de aplicación que no es sino el Estado.

Reconoce lo dogmático de asumir una u otra posición, alertan sobre la inseguridad jurídica que atenta contra la esencia del contrato de trabajo. Alude a las consecuencias de fallos como estos y se refiere al Convenio OIT 154 y a la recomendación N° 91.

Transcribe doctrina y jurisprudencia, y agrega que dada la naturaleza jurídica y la extensión de los efectos su representado cumplió acabada e íntegramente lo establecido en dichos acuerdos colectivos por lo que la decisión sume a la empleadora en inseguridad jurídica y a riesgo patrimonial, hecho que se agrava porque la situación sublite no fue sometida a consulta

de la respectiva comisión tal cual lo exigen los artículos 14 inc. a y 15 de la Ley 14250 en orden a su interpretación y alcance.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

Con cita de venio nacido de la autonomía colectiva y homologado por autoridad administrativa, inhibe a quienes intervinieron en ella intentar ulteriormente negarlo, y continúa con citas para sostener el agravio (fs. 249/250 y vta.).

Alude a los acuerdos y que en ellos se estableció que las sumas no remunerativas no serían incluidos en los cálculos de ningún efecto laboral y están excluidas de ser sujetos de aportes y contribuciones a los sistemas de la seguridad social, no así a los sindicatos ya sea mediante cuotas de solidaridad, aportes extraordinarios por empleado, beneficios para el gremio, etc.

Reitera que en el marco de la autonomía colectiva de las partes, en la negociación colectiva establecida por la Leyes 14250 y 25877, se convinieron sujeto a los controles estatales múltiples acuerdos, lo que justifica la idoneidad técnica –jurídica

Agrega que ante la presunción de legitimidad del acto administrativo requería como requisito previo la impugnación en aquella sede de la idoneidad del convenio.

Y vuelve a fs. 251 y vta., 252 y vta. a justificar estos conceptos con jurisprudencia, doctrina cita de Leyes.

2. El segundo agravio: Indemnización artículo 2 de la Ley 25323:

Entiende que su conferente ha tenido razones para litigar, ya que no hay firmeza jurisprudencial al respecto y ha cumplido con un convenio homologado, de

allí que tendrá que revocarse tal decisión como la multa derivada del pago de indemnizaciones que no procedían acorde la revista del actor a la época del distracto.

Señala la falta de actitud dañosa por parte de su representado que habilite la aplicación del segundo párrafo del art. 2 de la Ley 25323, enumerando las condiciones para que se condene a dicho pago. Efectúa otras apreciaciones con citas.

3) La constancia documentada de aportes. Variabilidad según criterio jurisprudencial.

Indica que la Sra. Juez sostuvo que la accionada no hizo entrega de la documentación a que hace referencia el art. 80 LCT, contra la expresa constancia de autos que da cuenta que la misma fue acompañada con la contestación sin que el actor procediera a su retiro, por lo que no podrá imputarse omisión ni mucho menos negligencia.

Recuerda lo decidido por el STJ en "L.R.", y lo dicho por el Dr. Alexandre en sentencia del 22 de junio de 2012.

Finalmente y habida cuenta que en el supuesto de confirmarse la decisión de grado deberán consignarse en la documentación de ley, excepto el certificado de trabajo, datos distintos producto de una consideración remunerativa de rubros que no lo eran a la época del distracto, no podrá disponerse indemnización que sancione un comportamiento que no era obligatorio (art. 19 CN).

4. Los honorarios profesionales. Razón para litigar. Costas por su orden

Peticiona que aún cuando se confirmara parcialmente la sentencia las costas debieron imponerse

por su orden; múltiples fallos jurisprudenciales transcriptos y no pocos autores han acordado legitimidad a la propuesta defensiva que se llevó a cabo. Entiende que los honorarios regulados resultan excesivamente altos, ya que desorbitan pautas arancelarias y justiprecian en exceso el magro trabajo profesional.

Advierte que el auto regulatorio no se encuentra fundado (art. 46 de la Ley de aranceles). Cita jurisprudencia relacionada con el agravio.

Cita el art. 505 del CC y el art. 13 de la Ley 24432.

Corrido el traslado el actor solicita la declaración de deserción del memorial y subsidiariamente contesta los agravios.

Más allá que considere que los argumentos rayan lo límites de la admisión, máxime si se tiene en cuenta que reconoce el apelante "lo dogmático de asumir una u otra posición" lo que ya evidencia tan solo una postura diferente a la adoptada por la Sra. Juez de grado, ante el criterio amplio que sustenta esta Cámara se les dará respuesta.

El tema relacionado con las asignaciones dinerarias no remunerativas fijadas a través de la negociación colectiva, parece ser uno de los que acarrea mayores reparos y controversias en la jurisprudencia pues fueron acordadas por las entidades representativas del sector del trabajador y fue homologado por la autoridad ministerial.

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

En sentencia del 17-7-2006 el Juzgado Contencioso

Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en autos "Comisión Gremial Interna del banco Ciudad de Buenos c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo" sostuvo que nuestro país obligado internacionalmente a través del Convenio de la OIT- no puede desconocer que tanto LCT como las Leyes previsionales han definido lo que entienden por salario y se concluyó que ni la administración, ni las entidades sindicales o la representación empresaria tiene facultades para la conceptualización del salario; en el año 2007 en autos "Machuca, Jessica Paola c/ Slim Talal Nasib" Tribunal del Trabajo de la Rioja se cuestionaron acuerdos salariales celebrados en el marco del CCT 387/2004, mediante los cuales se acordó el pago de adicionales no remunerativos, puntualizando que "el carácter remunerativo o no de los incrementos que se otorguen al trabajador de ningún modo depende del nombre que se le asigne, sino de su verdadera naturaleza jurídica y que ella deriva de la habitualidad, regularidad y generalidad como también del hecho de que no tengan una asignación destinada a cubrir exigencias específicas, siendo las mismas de libre arbitrio del trabajador.

En igual sentido se expidió en el año 2009 la Sala X de la CNAT en "Giménez, Patricia Dolores c/ Blockbuster Argentina S.A. s/ Despido, al descalificar lo acordado por la Federación Argentina de Empleados de Comercio y servicios, la Unión de entidades Comerciales Argentina, la Confederación Argentina de la Mediana empresa y por la Cámara Argentina de Comercio en el marco de del CCT 130/75 que fuera homologado mediante resolución 632/2007, con fundamento en lo que dispone el art. 103 y señalando que "los convenios de la OIT

tienen jerarquía superior de las Leyes a partir de la reforma constitucional de 1994 (cf. art. 75, inc.22) y por ende resulta inaplicable la normativa interna que no se ajusta a las disposiciones internacionales de rango superior.

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

No desconozco que en sentido diverso se expidieron Maza y Pirolo en "Guajardo, Analía Mabel c/ Enrique Martín Rossi s/ despido" CNAT, Sala II-Año2009, quienes consideraron al igual que el quejoso en autos que los jueces no podemos apartarnos de tal calificación nacida como contrato y vigente como ley sino media el planteo de nulidad de la homologación deducida en sede administrativa" . Posición compartida por Julián A. De Diego, Sala X de la CNAT "Gimenez c/ Blockbuster".(Revista de Derecho Laboral. "Normas internacionales y Derecho Interno", pág. 291 y sgtes., pero tampoco lo suscripto por la La Corte Interamericana de Derechos Humanos quien ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la Ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de Leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras

palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C No 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágrafo 124) (cf. C.S.J.N., 13/07/2007, M. 2333. XLII, "Mazzeo, Julio Lilo y otros"). Con posterioridad a lo resuelto en el caso "Almonacid", el tribunal americano ha profundizado este criterio en los siguientes términos: "Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.

”Nada impide en nuestro ordenamiento jurídico la declaración judicial de inconstitucionalidad e inconvencionalidad de la cláusula de un convenio colectivo de trabajo violatoria de los derechos del trabajador amparados por normas de jerarquía constitucional y supralegal, en el marco de un proceso incoado por aquél contra el empleador.

”Es asunto de legislar, sí, pero para garantizar "el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos" (Constitución Nacional, art. 75.23; "Vizzoti", cit., p. 3688). Estos principios, debe puntualizarse en la

presente causa, son aplicables, *mutatis mutandi*, a la reglamentación derivada del régimen de convenciones colectivas. La Constitución Nacional es Ley suprema, y todo acto que se le oponga resulta inválido cualquiera sea la fuente jurídica de la que provenga, lo cual incluye, por ende, a la autonomía colectiva" (cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, M. 1488. XXXVI., 3/05/07, "Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas").

"Como fue señalado precedentemente, en la sentencia dictada en "Pérez c/Disco" el Supremo Tribunal Federal afirmó en lo pertinente que la naturaleza jurídica de una institución (en el caso: el salario) debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador, o los particulares, le atribuyan, sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del *nomen iuris* sería inconstitucional. El carácter normativo de las mencionadas cláusulas (cuya inconstitucionalidad se pide) despeja toda duda acerca de la posibilidad de su impugnación constitucional o convencional, pues como todas las normas jurídicas, deben respetar las normas de mayor jerarquía en el sistema de fuentes. No obsta a esta conclusión el hecho de ser fruto de la autonomía privada colectiva, esto es, del acuerdo celebrado entre las partes legitimadas para la negociación en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo, pues la génesis del instrumento que las contiene no determina su naturaleza jurídica. "Tampoco impide la descalificación constitucional o convencional el hecho de que no haya sido cuestionado por la vía pertinente y por los sujetos legitimados

para ello el acto administrativo que dispuso la homologación, o en su caso, el registro, pues aquella omisión solo podría ser opuesta a los mencionados sujetos, entre los cuales no está incluido el trabajador al cual se le pretende aplicar una cláusula convencional violatoria de normas de jerarquía constitucional o supralegal, quien - naturalmente- no fue parte en el procedimiento administrativo que concluyó con la homologación o el registro del acuerdo colectivo.

Del mismo modo que en el marco de un proceso judicial entre un trabajador y su empleador puede ser aplicada una norma legal más favorable al trabajador que una cláusula convencional (cf. arts. 8o y 9o, L.C.T. -t.o. y 7o, párr. 1, Ley 14.250, t.o. dec. 1.135/2.004-), aunque no haya sido cuestionado en sede administrativa y/o judicial el acto administrativo que dispone la homologación, o en su caso, el registro pertinente, con mayor razón puede ser declarada la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la mencionada cláusula, máxime cuando la misma vulnera normas de jerarquía constitucional o supralegal que consagran derechos irrenunciables.

En la causa "R. c/ S. S.A.", sentencia definitiva N° 17.088 del 27/11/2009), se sostuvo "que el convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes" o, en palabras del recordado Justo López, eficacia de "Ley profesional" (a diferencia de la "Ley formal" dictada por el Poder Legislativo). Desde dicha perspectiva, al tratarse de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1° L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la

actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), considero que es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando en su aplicación al caso vulnera específicamente derechos o garantías de la Ley Fundamental y por tanto el órgano judicial está facultado (y obligado) a desplazarla para juzgar la contienda. Repárese además en que el control de constitucionalidad está basado en el principio constitucional de "razonabilidad" (lo opuesto a la razonabilidad es la arbitrariedad) que precisamente rige para los tres poderes del Estado y por ende puede llegar al grado de inconstitucionalidad tanto una norma legal como la proveniente de los sujetos intervinientes en la negociación colectiva que arriban a un convenio homologado por el Ministerio de Trabajo" (voto del Dr. Oscar Zas en autos "G. A. I. C/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios", Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, V-may-2011: MJ-JU-M-66285-AR - MJJ66285 - MJJ66285).

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

Resulta esclarecedor el voto de la Dra. Graciela A. González en –"Zunino, Héctor R. y otros c/ Telefónica de Argentina SA s/ Diferencias de Salarios", dejó a salvo su opinión "En cuanto a si es posible o no restar validez y vigencia a una norma proveniente de un convenio colectivo de trabajo a través de un planteo de inconstitucionalidad, Al respecto señaló, "en nuestro sistema, todas las normas jurídicas (cualquiera sea su

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

Desde esa perspectiva señaló: "Que no se le puede exigir a los trabajadores individualmente afectados que recurran al mecanismo previsto en la Ley 19549 para obtener la nulidad de la homologación ministerial –de cuya existencia y alcances incluso pueden no haber tomado razón en tiempo oportuno- y que, tampoco es necesario para plantear la invalidez de la norma con base constitucional que previamente se declare la nulidad del acto administrativo que la homologó, porque también ese procedimiento sujetaría al dependiente a los plazos y formas previstas en la legislación adjetiva. A mi entender, la invalidez de una norma

(legal o convencional) por resultar repugnante a la Constitución Nacional puede ser declarada en el caso concreto aún sin cuestionarse su génesis (trámite parlamentario, validación administrativa, etc.) y este también parece haber sido el temperamento que en su hora adoptó nuestro Máximo Tribunal" (R.D.L obra citada, pág. 367 y sgte.).

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

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

Razones todas no solo para declarar la inconstitucionalidad de los rubros considerados no remunerativos.

2) Indemnización del art. 2 de la Ley 25323: de la lectura de la demanda, su contestación y la sentencia no surge pedimento ni condena con base en el art. 2 de la Ley 25323, en consecuencia no hay agravio que atender.

3) Tampoco asiste razón en punto al agravio consignado como punto 3, toda vez que la Sra. Juez admitió la indemnización por entender que la misma fue puesta a disposición fuera de los términos que impone el decreto 146/01, pues finalizada la relación laboral el 24 de febrero de 2011, el demandado fue intimado a

la entrega del certificado mediante CD, recibida el 11/04/11, la que fue contestada poniendo a disposición el certificado del art. 80 LCT, CD el 3/06/2011, lo que demuestra claramente el incumplimiento temporal y ello es lo que trae aparejado la indemnización acordada.

Todo ello resulta suficiente para el rechazo del agravio, sin entrar a considerar el alcance de la puesta a disposición.

Con relación a las costas, teniendo presente que la decisión adoptada es materia de controversia doctrinaria y jurisprudencial, y que la diferencias por zona, vacaciones no gozadas y su SAC es consecuencia de la admisión de la inconstitucionalidad, pero sin dejar de merituar el incumplimiento en punto a la entrega del certificado de trabajo, es que admitiré parcialmente el agravio con relación a las costas, imponiendo las mismas en un 80% al demandado y 20% al actor.

En punto a los honorarios no advierto que la Sra. Juez haya indicado solo las normas arancelarias, toda vez que ha atendido a las etapas trabajadas y al resultado que obtuvieron los representantes del actor y a la extensión del trabajo y la complejidad del asunto que han debido defender, los apoderados de la demandada.

Asimismo, los honorarios han sido regulados dentro de los parámetros legales y si valoro la labor profesional, el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen y demás pautas que surgen de los artículos que mencionara la sentenciante, concluyo que el agravio debe rechazarse.

Las costas de la alzada deben ser impuestas al demandado (art. 69, primera parte, CPCCCh)

A fin de regular los honorarios de esta instancia,

que los difiero para el momento del acuerdo, valoraré iguales pautas que las consignadas para fijar los honorarios de la primera instancia, y lo que dispone el art. 13 de la Ley de aranceles.

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

1) Rechaza parcialmente los agravios y confirma el punto 1 de la sentencia de fs. 234/243vta.

2) Modifica el punto 2 e impone las costas en un 80% al demandado y 20% al actor.

3) Impone las costas de la alzada al demandado y difiere la regulación de los honorarios para el momento del acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Considerando que a tenor de la exigencia del art. 169 de la Constitución de la Provincia del Chubut es innecesaria la repetición de los argumentos formulados por las partes en cada uno de los votos de esta Alzada, por lo cual, a fin de evitar reiteraciones estériles que afectan los principios de celeridad y concentración procesal y resultando de quien abre el recurso la síntesis suficiente del caso traído a decisión, a ella me remito.

I.A) A fs. 248/257 expresa agravios la parte demandada apelante, corrido el traslado a la contraria a fs. 258, la actora los contesta a fs. 259/264vta.

I.B) A fs. 248/257 plantea sus agravios la parte apelante demandada centrando los mismo contra la decisión de la jueza *a quo* de:

1) declarar la inconstitucionalidad de conceptos no remunerativos (fs. 248/252vta.);

2) hacer lugar a la indemnización basada en el agravamiento previsto en el art. 2do. de la Ley 25323.

(fs. 252vta/254);

3) la entrega de constancia documentada de aportes. Variabilidad según criterio jurisprudencial (fs. 254/255);

4) honorarios profesionales, razón para litigar y correspondencia de imposición de costas por su orden (fs. 255/256vta.).

I.B-1) Se agravia la apelante demandada en cuanto a la decisión de la jueza *a quo* de declarar la inconstitucionalidad de conceptos no remunerativos (fs. 248/252vta.).

Respecto a la temática planteada, ya me he expedido en autos caratulados: "T., R. C. c/ S.A.I. y E. de la P. s/ Demanda Laboral", sentencia definitiva del día 15/2/12, registrada bajo el nro 03/12/L, en dicha oportunidad expuse que es de mi pleno convencimiento que en relación al planteo de inconstitucionalidad de las asignaciones no remunerativas establecidas en acuerdo convencional colectivo entre la accionada y el sindicato, no corresponde aceptar por imperio de un acuerdo sindical que se le atribuya carácter no retributivo al pago de sumas de dinero en beneficio de los dependientes, ya que la directiva del art. 103 de la LCT (que si bien trata distinto rubro la entelequia subsume todo el orden público laboral, cual es la columna vertebral de todo el Derecho del Trabajo) tiene carácter indisponible y esto no puede ser modificado por la posterior homologación emitida por el Poder Ejecutivo que no puede purgar un acto viciado, por cuanto los convenios colectivos de trabajo solo resultan operativos y vinculantes en todo cuanto no violen el orden mínimo legal o el orden público laboral.

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

Como consecuencia de lo dicho, y teniendo especialmente en cuenta el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fallo S.C. "Perez Aníbal c/ Disco S.A. S.C.P. n° 1911, L. XLII" – CSJN – 01/09/2009: publicado el 02/09/2009 elDial.com – AA562D citada expresamente por el actor a fs. 30vta. de su escrito de demanda y por la jueza *a quo* a fs. 238) cabe concluir que las sumas que han sido otorgadas al trabajador, respetando una pauta de normalidad y habitualidad, como consecuencia del desempeño laboral de este último, debe entenderse pagos efectuados en concepto de remuneración.

A mayor abundamiento se ha precisado en forma clara y contundente que tanto la voluntad del legislador o del empleador, cuanto la espontaneidad de este, son inválidas, aún cuando se motiven en propósitos tan levantados como los antedichos, para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional, mayormente cuando

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

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

No otra es la forma en que ha de entenderse la presente cuestión atento a que el mejoramiento de la calidad de vida del trabajador y de su familia, finalidad que persigue la Ley de Contrato de Trabajo, constituye fundamento válido para modificar el título con el cual se corresponde una prestación a la luz constitucional. Es la justicia social, precisamente, el valor que ha guiado de continuo a la Organización Internacional del Trabajo desde su creación hasta la actualidad en sus múltiples expresiones institucionales en defensa y protección de los derechos del trabajador

frente a los múltiples desafíos que presenta la evolución del mercado del trabajo, el cual se encuentra sometido a las exigencias superiores de la protección de la dignidad de la persona y del bien común ("Vizzoti")” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según sus votos).

“La noción de remuneración es definida en el art. 1ero. del Convenio nro. 95 de la OIT —ratificado por la República Argentina en el año 1952—, al especificar que "el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar"” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

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

el despido arbitrario” (Dra. Highton de Nolasco, Dr. Fayt, Dra. Argibay, según votos).

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

De tal manera, no resulta trascendente lo que pueda haberse establecido en las actas acuerdo que invoca la demandada en tanto el convenio nro. 95 de la OIT, define que [illegible] nio, el término salario significa remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, y en caso de "pugna", debe prevalecer la disposición del Convenio 95 de la OIT.

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara

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

como no remunerativa es lo mismo que decir que no es remuneración.

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

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

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

Por las razones expuestas arribo a la plena

convicción que corresponde desestimar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 252vta/254. y confirmar la sentencia de fs. 234/243vta. en cuanto fuera materia de agravios.

I.B-2) Funda su agravio la apelante demandada respecto a la indemnización basada en el agravamiento previsto en el art. 2do. de la Ley 25323 (fs. 252vta/254).

De la confrontación de los rubros reclamados por el actor individualizados en la liquidación que practicara en su escrito de demanda a fs. 31vta./32, así como las cuestiones decididas por la jueza *a quo* a fs. 241vta.242vta., no surge que dicho rubro fuera solicitado por el accionante y mucho menos que la sentenciante decidiera sobre el mismo, circunstancias estas por las cuales carece de virtualidad jurídica expedirse sobre dicho agravio, implicando ello su rechazo y así lo declaro.

I.B-3) En lo atinente al agravio sobre la entrega de constancia documentada de aportes, fundado en la variabilidad según criterio jurisprudencial (fs. 254/255), observo de la confrontación entre la documentación agregada a fs. 45/vta., 50 y 51 por la demandada en oportunidad de contestar la demanda y que fuera contestada por el actor mediante TCL nro. 77882833 (fs. 57) el día 08/04/11 (documentación reservada bajo el nro. 389 por Secretaría de Cámara el día 25/09/13), con la informativa prestada por la AFIP (fs. 114/118 y fs. 138/140) donde figuran períodos impagos y pagos parciales que evidencia que los aportes retenidos al actor no fueron ingresados en forma total a dicho organismo habiendo quedado acreditado en forma fehaciente la documental agregada por el actor a fs.

24/25.

A ello se suma que es entendimiento jurisprudencial que comparto plenamente el que entiende que la circunstancia que el demandado haya ofrecido el pago no permite vislumbrar una conducta que no sea renuente al pago. A mi entender, la única forma de considerar lo contrario hubiera sido a través de la consignación judicial del importe debido. Lo único cierto es que no puede considerarse al acreedor en mora cuando su crédito aún está impago (del voto de la mayoría. Fundamentos del Dr. Fernández Madrid)… "teniendo en cuenta que el pago es el cumplimiento de la prestación debida, como objeto de la obligación (art. 725 del Código Civil), y que abonar y pagar son sinónimos, el mismo no puede tenerse por cumplido por el mero ofrecimiento de efectivización. Es que la mera puesta a disposición (conforme emerge de la CD 167023258 del día 03/06/11 remitida por la demandada al actor – fs. 55 y ante la intimación por el obrero mediante TCL nro. 77882833 (fs. 57) el día 08/04/11 (documentación reservada bajo el nro. 389 por Secretaría de Adjudicación de Causa el día 25/09/13) fuera del marco judicial no significa cumplimiento de la prestación debida" (del voto de la mayoría. Fundamentos de la Dra. Ferreirós) (Expte. nro. 1344/06 - "Figueroa Sandra Romina c/ Cucor S.A. s/ despido" – CNTrab – Sala VI – 13/04/2007: elDial.com - AA3DF5, publicado el 21/06/2007).

Por las valoraciones y criterios efectuados arribo a la convicción de que deben ser rechazados los agravios planteados por la demandada a fs. 254/255, confirmando la sentencia en dicho sentido).

I.B-4) Centra sus agravios en cuanto a la

regulación de los honorarios profesionales, la razón para litigar como la correspondencia de imposición de costas por su orden (fs. 255/256vta.).

Respecto de la regulación de honorarios, teniendo en cuenta que es de aplicación lo prescripto por el art. 5to. "Pautas para fijar el monto del honorario. Título II – Labor Judicial- Capítulo I – Principios y 18 -Capítulo II – Monto del Proceso y de los Honorarios" –monto-, ambos de la Ley XIII, nro. 4 - Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores – Digesto Jurídico-, considero que la jueza *a quo* ha determinado el monto regulatorio de los honorarios en una forma ajustada y equitativa a la labor desarrollada, la naturaleza y complejidad del proceso, el resultado obtenido y su transcendencia jurídica y moral, razón por la cual corresponde no hacer lugar a los agravios expuestos después por la apelante demanda y confirmar la sentencia en dicho sentido.

En cuanto al agravio sobre la imposición de costas en juicios de la naturaleza del presente proceso, es criterio sustentado por la suscripta a partir de autos caratulados: "H., N. I. c/ O. M., A. y Otros s/ Demanda Laboral", expte. nro. 12.156/2000, sent. def. nro. 32 de esta Sala "B" del 16/05/01) la aplicación del principio jurisprudencial que establece: "En la distribución de costas el juez debe guiarse por un criterio jurídico y no aritmético, tomando en cuenta que en materia laboral las disposiciones procesales sobre la materia deben interpretarse conforme el principio protectorio" (CNTrab, Sala III, 20/10/92, "Canal, Ana M. c/ Sanatorio Lavalle SRL", DT-1992-B, 2295), más aún cuando el empleado necesitó accionar

judicialmente para que se le reconocieran sus derechos, aunque no lo fueran en la extensión que peticionara en la demanda, razones todas estas por las cuales arribo a la conclusión que deben desestimarse los agravios expuestos por la apelante demanda y confirmarse la sentencia en este sentido.

I.C) Conforme lo decidido, las costas de la alzada se imponen a la apelante demandada vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo "A" – Digesto Jurídico. Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para el momento del acuerdo, donde serán regulados los mismos teniendo en cuenta la temática planteada, la labor desarrollada y el éxito obtenido, conforme lo prescripto por los arts. 5, 6, 13 y ccdtes. del Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores, Ley XIII, nro 4 –Digesto Jurídico-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en caso de coincidencia:

1) Rechazar los agravios planteados por la apelante demandada a fs. 248/257 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 234/243vta. en cuanto fuera materia de agravios.

2) Imponer las costas de esta instancia a la apelante demandada vencida (art. 69 de la Ley XIII, nro. 5, Anexo A –DJ-. Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento del acuerdo (arts. 6, 7, 13 y ccdtes. del "Régimen Arancelario Profesional de Abogados y Procuradores" (Ley XIII, nro. 4 -DJ-).

A la primera y segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento la presente causa por apelación deducida por la parte demandada (fs. 246) contra la sentencia definitiva nro. 75/2013 del Juzgado Laboral nro. 2 de la jurisdicción.

Atento a la disposición del art. 274 del CP que es suficiente a los efectos de adoptar decisión que el tribunal lo haga fundadamente, examinando las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la primera instancia que hubieran sido materia de agravios, y por mayoría, "bastando para conformarla los votos en sentido coincidente de quienes se expidan en primero y segundo término", Que deja a salvo la facultad del tercero de emitir su opinión. Resultando quien aquí vota precisamente sorteada en tercer orden, haciendo uso de la facultad de abstención sobre aquellos temas en que existe mayoría de votos coincidentes en su resolución, se limitará el pronunciamiento a la cuestión de costas y de los honorarios apelados.

En lo pertinente la parte recurrente fundamenta su apelación diciendo "Sin perjuicio de las razones que fundan la apelación de honorarios regulados en estos actuados estimo que en el supuesto de confirmación aun parcial de la sentencia de grado resultaría equitativo y adecuado a derecho la imposición de las costas por su orden (art. 69 segundo CPr. párrafo Ley XIII N°5 anexo A antes Ley 2203).

"Múltiples fallos jurisprudenciales y no pocos autores de incuestionable autoridad han acordado legitimidad a la propuesta defensiva que he llevado a cabo y la particularidad de la cuestión sublite bien amerita acoger la pretensión de distribución de costas por tal razón

"Fuera de la mera referencia normativa que estimo

insuficiente el auto regulatorio no se encuentra fundado más allá de la mera indicación de las normas arancelarias correspondientes a la Ley vigente y que expresamente afrenta a lo dispuesto por el art. 46 de la Ley XIII N°4 antes Ley 2200 que así lo impone.

”Se estima entonces el máximo del arancel para el letrado de la actora y el mínimo para el suscripto sin justificación ni fundamento en las precisas y pautas que los artículos 5° y 6° de la Ley XIII N°4 antes Ley 2200.

”Por ello los honorarios deben guardar relación con el trabajo efectivamente cumplido, por lo que frente a montos excesivos debe en general tenderse a no aplicar los máximos porcentuales que admita el arancel de honorarios, porque de ello podría resultar una cifra que no condiga con el relativo esfuerzo realizado por el profesional en la gestión encomendada”(sic).

Análisis:

1. En forma constante he mantenido el criterio del STJ de la provincia en Sent. Def. nro. 21/97 de proporcionalizar las costas, en la especie es necesario efectuar una distinción dada por la particularidad del caso.

Los rubros por los que reclamó la diferencia se cuestionaron como remunerativos, la empleadora podía haberse considerado asistida en derecho para efectuar las liquidaciones de los salarios, tal como hizo.

Que esas diferencias derivaron en un cuestionamiento de inconstitucionalidad y de un reconocimiento judicial que así lo determinó.

Encuentro reunidos los parámetros requeridos por esta normativa para eximir parcialmente a la accionada de cargar con las costas, por lo cual las proporciono

en un 80% al demandado y en un 20% al actor.

2. En cuanto a la apelación sobre la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes, entiendo que el auto que estima la remuneración tiene carácter de sentencia respecto del monto de la retribución, queda comprendido en la exigencia general del art. 165 inc.5 y en la específica del 34 inc.4 del Dig.Jur. que impone a los magistrados el deber de fundar la sentencia bajo pena de nulidad..

Sin perjuicio de lo dicho y las reglas al respecto: "la realidad nos demuestra que los autos regulatorios no contienen generosa consideraciones, sino que, por el contrario, existe una tendencia mayoritaria a mencionar exclusivamente el nombre del beneficiario, el monto de la retribución y las citas legales del arancel. Pero lo cierto es que este proceder, que denominamos con la expresión de parquedad de los "autos regulatorios", ha sido validado tanto por el más alto tribunal, que entendió que tal situación por sí sola no comporta un supuesto de arbitrariedad (CSJN ED 57-394; íd. ED57-395; íd. JA 1988-I-367, y ED 121-511, fallos 325:244), como por cierta doctrina que señala que la obligación de fundamentación se cumple con solo citar los artículos aplicables de la ley de aranceles, reservando para casos especiales una explicación clara y detallada, pues la especificación es difícil de explicar en palabras (0'Farrell, "Aspectos de la nueva ley de aranceles")" (ver Julio Federico Passaron Guillermo M.Pesaresi, "Honorarios judiciales", pág. 176 ed. Astrea-2008).

Sin encuadrarme en alguna de las posturas doctrinarios y jurisprudenciales, máxima o mínima sobre la arbitrariedad de la sentencia regulatoria, advierto

que la jueza *a quo* a fs. 243vta. detalló el articulado en que encuadraba su decisión.

En cuanto a los supuestos de arbitrariedad pueden mencionarse, entre muchos otros, aquellos autos regulatorios que no permiten tomar razón de cómo se llegó a los estipendios –cuando era preciso mayor significación acerca del monto del juicio, de los trabajos en cuestión y del modo de aplicar las normas arancelarias meramente citadas (ver autor y obra citada, pág. 177). Lo que no es el caso, habida cuenta que impuso las costas a la vencida y no existió distinción de letrados distintos en etapas diversas.

"La Ley arancelaria (también la local) dedica diez artículos a las etapas procesales, es lógico que el auto regulatorio completo deba hacer referencia a la aplicación de esas normas y su incidencia en la regulación. Es que el juez debería dar una explicación, por lo menos básica y rudimentaria, que relacione los trabajos concretos efectuados y las cifras asignadas a la labor.

"Estos requisitos que consideramos como premisas esenciales, restaran oscuridad al auto regulatorio y permitirán esclarecer con certidumbre el alcance de la decisión estipendiaria" (autor y ob. citada, pág. 180).

Considero que esta es una postura de máxima exigencia, más allá de que merece ser elástica, no se puede aplicar en el caso y que la sentencia no es arbitraria porque se aplicó conforme la imposición de las costas y porque existieron los mismos letrados en el curso de las etapas del proceso, por lo cual para resolver el caso he de concordar con el criterio del máximo tribunal del país.

Dicho esto, en cuanto a los montos revisados con

lo dispuesto en la ley arancelaria, los mismos están ajustados a tales premisas, por lo cual no hago lugar al agravio.

Por lo que fue materia de decisión adhiero a la formula postulatoria de la Dra. Reynoso de Roberts.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con la disidencia parcial de la Dra. Melero, la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar parcialmente los agravios y confirmar el punto 1 de la sentencia de fs. 234/243vta.

2) Modificar el punto 2 de la sentencia referida e imponer las costas de primera instancia en un ochenta por ciento (80%) al demandado y en un veinte por ciento (20%) al actor.

3) Imponer las costas de la alzada al demandado, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales de los Dres. J. M. ., J. H. P. y E. J. M., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) y del Dr. M. A. H. en el veinticinco por ciento (25%), porcentajes a calcular sobre lo respectivamente regulado a cada parte por su labor en la instancia de grado, con más el IVA si correspondiera.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

NÉLIDA SUSANA MELERO
Juez de Cámara

MARTA SUSANA REYNOSO de ROBERTS
Presidente

GRACIELA MERCEDES GARCÍA BLANCO
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2013
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara