En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de marzo del año dos mil catorce, 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 Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de las Sres. Jueces de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"V., E. N. c/F. E. E. H. SA s/ SUMARIO - Cobro de pesos e indem. de ley", expte. nro. 737/13**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 37/12), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 338), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dra. Silvia Noemí Alonso y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 314/318vta.? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia parcialmente condenatoria de fs. 314/318vta. es apelada a fs. 321, por la demandada, a tenor del informe de fs. 324/328vta., sin replica de su contraria.

El thema decidendum gira básicamente en poder determinar si el monto de la remuneración tomado por la iudex a quo para establecer la base salarial determinante de la indemnización por antigüedad se ajusta a las pautas actuales que esgrime la recurrente o si por el contrario no se ajustan a derecho por errónea interpretación de la normativa vigente y

doctrina dominante, sin dejar de lado la adoptada por este Tribunal de alzada en materias que ha merecido amplias discusiones en su devenir legislativo y su posterior aplicación.

En cuanto a las remuneraciones variables y su modo de incorporarlas o desestimarlas a tal efecto.

Que tal como surge de la argumentación actual de fs. 324vta. 4° párr. no es tema controversial que el actor cobraba horas extras, lo que hacia que el monto percibido variara mensualmente, y, que, para resolver la cuestión, debe necesariamente determinarse cual era entonces el salario mensual, normal y habitual del ex trabajador. Así pues, el artículo 245 de la LCT establece a la hora de ocuparse de la indemnización por antigüedad o despido, que "En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor."

No cabe dudas respecto a que el salario a tenerse presente es el mejor que el actor hubiere percibido durante el año anterior al distracto o la fracción que correspondiere si fuere menor y que, para ello, debe considerarse aquello que el empleado percibe de manera normal, habitual y mensual. En relación a este tema, hace tiempo se ha dejado de lado aquel criterio que aseguraba que, respecto de algunos tipos de remuneraciones variables tales como las comisiones, debía tomarse un promedio de las mismas para los

cálculos indemnizatorios(ver CNTrab., Plenario 298 - "Brandi, Roberto A. c/ Lotería Nacional S.E."- 05/10/2000).

Tal como se ha expresado anteriormente, el salario a considerarse para el cálculo de la indemnización dispuesta por el artículo 245 LCT, debe ser necesariamente el devengado mensualmente, y de estos, aquel en el que mejor monto se obtuvo.

Lo dicho precedentemente encuentra sobrado fundamento tanto en doctrina como en jurisprudencia, así de conformidad con el criterio que sustentan v. gr. CTrab., San Rafael, sala II, 23/10/2011 – "Manrique Andrea Gladys c/ Consolidar AFJP S.A. s/ despido"- Cita: MJ-JU-M-67635-AR | MJJ67635 | MJJ67635, citando a Ra{ul Horacio Ojeda en su obra "Ley de Contrato de Trabajo. Segunda Edición Actualizada. Tomo III, ed. Rubinzal- Culzoni, pág. 428), se afirma que cuando la norma refiere al término "mejor", se hace clara alusión a que no existe la posibilidad alguna de computar promedios, aun cuando el trabajador perciba remuneraciones variables, sino que, en el marco del año inmediato anterior al despido, o en el periodo total si fuere menor, deben compararse las sumas tal como fueran devengadas, siempre que los rubros que la generan sean mensuales, normales y habituales.

Insisto: "A los efectos de calcular la indemnización por antigüedad de un dependiente de AFJP, no corresponde tomar como base de cálculo el promedio de lo percibido en el curso de la vinculación, pues aunque se tratara de remuneraciones variables, se impone computar la mejor retribución, como literalmente indica el art. 245 LCT" ver las innumerables citas del fallo tomado como eferencia.

Cabe señalar que el fundamento jurisprudencial de la queja ha perdido relevancia por imperio del dinamismo de las normas que subsumen tales cuestiones como de la de la nueva interpretación de la doctrina judicial y autoral integrada a la normativa supranacional por imperio constitucional (ver v. gr. “Las indemnizaciones laborales” por Dacuña, Carolina M., 13-07-2010, publicación: IJ Editores, Cita: IJ-XXXIX-211).

En consecuencia propongo al acuerdo el rechazo del primer agravio.

Distinto es el caso de la queja por el acogimiento del rubro SAC como integrativo de tal basa salarial y es que no encuentro razones para cambiar lo sustentado invariablemente en el tema y expuesto v. gr. en la causa “G.,J.R. c/ S. A. I. Y. E. D. L. P. s/ demanda laboral” SDN° 4/2013. Allí señalé que no obstante el avance doctrinario y jurisprudencial en cuanto a su inclusión a los fines de la determinación de la remuneración base para el cálculo de la indemnización por antigüedad, y por estricto cumplimiento de las directivas que emergen del art. 245 LCT, entiendo que integran la misma todos los rubros que componen el salario, excluyendo gratificaciones extraordinarias, SAC y otras prestaciones que por su naturaleza no sean susceptibles de ser percibidas todos los meses.

Y es que el art. 245 de la LCT se refiere a la mejor remuneración mensual, normal y habitual. Y el sueldo anual complementario o cualquier otra gratificación extraordinaria anual, aunque "normal" (conforme a las normas) y "habitual" (acostumbrado) no es mensual, ya que no se paga todos los meses, aunque se gana en cada momento. Con aquella delimitación, el

legislador ha buscado que el resarcimiento por antigüedad se calcule sobre el haber que mensualmente tiene a sus disposición el trabajador como retribución por su desempeño, con exclusión de asignaciones no mensuales y de premios o remuneraciones extraordinarias (en el sentido de no habituales).

En tal sentido se reiteran los fallos que señalan que no todo ítem retributivo debe ser computado para determinar el importe de las indemnizaciones por despido; siendo al efecto computables únicamente las normales y habituales, de periodicidad mensual." (ver v. gr. CTrab., Cba. Sala II, 02/10/2001 -"Meletta, Orlando H. c/ Dana Argentina S.A. - Demanda"- elDial - AACCD). Y que no corresponde calcular el sueldo anual complementario sobre la remuneración que es tenida en cuenta para determinar la indemnización por antigüedad, pues en relación con la base remuneratoria que debe computarse para el cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 LCT., la norma establece que la misma debe ser la mejor mensual normal y habitual percibida durante el plazo de prestación de servicios y la parte proporcional del aguinaldo no integra el salario mensual y habitual porque no se trata de una remuneración mensual sino de un adicional que se paga semestralmente(ver v. gr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala III • 30/08/1996 • Büttner, Alfredo F. c. Lombardi, José J. e Hijos S.A. y otro. • DT 1997-A, 950; Rev. Derecho Laboral dirigida por Vázquez Vialard y Valentín Rubio, Ed. Rubinzal Culzoni 2000, t. I, pág. 472 y ss, n° 393, 394 y Rev. De 2005-1 “Remuneraciones II”, pág. 480 p. a); CNTrab., sala VIII, 2002/07/15, DT 2003-A, 359; CNTrab., sala IV, 2001/08/16, DT 2002-A, 742; CNTrab., sala I,

2004/02/17, 2004-A, 651; todo plasmado en el fallo plenario de la Cámara Nacional del Trabajo n° 322 del 19/11/2009 –"T., A. P. c. B. C. D. L. R. A."- Publicado en: LA LEY 01/12/2009, 01/12/2009, 1 - DJ 16/12/2009, 3603 - LA LEY 16/12/2009, 10, con nota de Héctor Jorge Scotti; DT 2009 (diciembre), 381 - IMP 2010-1, 58 - DT 2010 (enero), 51, con nota de Leandro Recalde y que en definitiva propone: "No corresponde incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la parte proporcional del sueldo anual complementario".

Siendo así, considero que aún cuando mi propuesta seguramente se mantendrá en minoría propongo el rechazo del rubro como tal y su debida readecuación en la liquidación final.

Y aún cunde se pretende hacer valer en contrario la propuesta innovativa a la luz de la letra de la ley 25877, entiendo – siguiendo a Beatriz E. Ferdman - que la sustitución del término "percibido" por el de "devengado" tuvo como propósito plasmar normativamente lo que ya la jurisprudencia había establecido pretorianamente en orden a que la indemnización por antigüedad comprende la mejor remuneración mejor normal, habitual devengada por el trabajador , es decir aquella que debió percibir y que se liquida mensualmente. Nótese que si la ley hubiese considerado que para la indemnización por antigüedad se deben computar todas las remuneraciones devengadas cualquiera que sea la frecuencia en su pago, hubiese eliminado el adjetivo mensual. Sin embargo la ley 25.877 mantuvo la anterior fórmula del art. 245 "mejor remuneración mensual, normal y habitual (…)" , de donde se sigue que el término "devengar" significa el

derecho que se adquiere a cobrar determinada retribución que puede no coincidir con la abonada por el empleador y el adjetivo mensual implica el momento en que se hace exigible el derecho adquirido y no a la adquisición del derecho para la ulterior percepción. ("La remuneración 'percibida' y 'devengada' a la luz de la reforma de la ley 25.877"(verhttp://www.asociacion.org.ar/editorial_beatriz_ferdman.php).

Y así se ha resuelto v. gr. : "Es improcedente incluir el sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización por despido pues, aunque se trata de un rubro normal y habitual, no se caracteriza por ser mensual, como lo exige el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo" (ver Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, 23/12/2009, Ariza Rosa Lorena Myriam c. C.T.I. Compañía de Teléfonos del Interior S.A., LLC, 2010-535, AR/JUR/60266/2009).

No es todo, en falos recientes se lee v gr. que: "La interpretación adoptada en el decisorio de cámara está respaldada por una corriente jurisprudencial y doctrinaria, sin embargo no es, desde mi óptica, la que se compadece con la naturaleza del sueldo anual complementario, que en el decir de la doctrina es una remuneración suplementaria que se devenga día por día, pero que por imperativo legal –art. 122 de la LCT– se paga en dos cuotas, pero ese pago "semestral", se refiere a la liquidación o percepción del SAC, y no a su devengamiento –art. 245 LCT–. Y que se encuentre diferido en los dos períodos semestrales fijados en la LCT no es obstáculo para su inclusión en la base de cálculo de la indemnización en cuestión, desde que el art. 245 LCT –texto ordenado por ley N° 25877– refiere

a la "… la mejor retribución mensual … devengada", por lo que claramente la norma exige que sea mensual su devengamiento –adquisición del derecho a percibir el mismo por parte del trabajador– y no su percepción o exigibilidad de pago.” (Del voto de la mayoría en "Felgueres, Eduardo Enrique c/ Clinica Modelo S.A. - cobro de pesos -apelación de sentencia -recurso de inaplicabilidad de ley” – STJ de Entre Ríos RÍOS del 26/05/2011, Citar: elDial.com - AA6D97), dando mayor fundamento a la decisión que propongo al acuerdo en cuanto a la desestimación del rubro en el falo impugnado.

En cuanto al cuanto a la queja por la inclusión de conceptos no remunerativos de convenio, máxime cuando se ha resuelto extra petita, tal como surge del contenido de la demanda.

A la luz de nuestros antecedentes (v. gr. "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) no habría merecido 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. 5° 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"- publi-cado en: DT 2013 (junio) , 1381 • DJ 26/06/2013 , 61; Cita online: AR/JUR/77079/2012).

Ahora bien, en el caso la sentenciante suple la negligencia del peticionante y tras la declaración implícita de inconstitucionalidad muta la calificación, alcance e incidencia en la causa de las rubros en cuestión y aún cuando merece el reproche por no haber justificado claramente su postura no encuentro mayores razones para su desestimación ya que como es sabido cabe declarar la inconstitucionalidad de la norma convencional en tanto considera a las prestaciones como no remunerativas, pues las prestaciones que recibe el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo

son tipificadas como remuneraciones por el legislador y sus características son definidas por el art. 103 LCT., sin embargo, a partir de la ley 24700 pareciera difuminarse lo que es objeto de una definición clara y precisa del art. 103 bis LCT., y en el caso, esta duda razonable queda descartada a partir de la reforma constitucional de 1994 que determina como normas supralegales los tratados internacionales, -ingresan en esta categoría los tratados vigentes de la OIT-, por lo tanto, con esta fuente y lo establecido por los art. 1 y 4 del Convenio 95, no queda duda que toda contraprestación sea en dinero o en especie, que perciba el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo es remuneración. Por lo tanto, si las normas aplicables al caso vulneran normas de jerarquía constitucional o supralegal que reconocen derechos irrenunciables porque el orden público se encuentra interesado en que su titular los conserve y ejerza, aun en contra de su voluntad, tales como los consagrados a favor de los trabajadores, el juez podrá declarar de oficio, esto es, sin requerimiento de parte, la inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad de aquéllas(ver v. gr. CNTrab., sala V, 13/05/2011 –"G. A. I. C/ Coto C.I.C. S.A. s/ diferencias de salarios"- Cita: MJ-JU-M-66285-AR | MJJ66285 | MJJ66285). Razones por las cuales sin "aplaudir" la acción por el modo en la que se llevó a cabo por parte de la a iudex a quo, considero que en el caso debe confirmarse.

Finalmente, tampoco admitiré la queja a la integración del mes de despido ya que de una atenta lectura de los considerandos (fs. 317 p.c) surge claramente que del cotejo de los recibos bases de ambas posturas, existe una diferencia impaga a favor del

accionante y eso es lo que conforma la condena por el rubro. En consecuencia el agravio contenido a fs. 328 p. d) no merece mayores consideraciones.

Por todo lo dicho propongo al acuerdo el acogimiento parcial de los agravios y tan solo en cuanto a excluir el SAC de la base salarial a los efectos de la determinación de la indemnización por antigüedad, lo que alterará en menos pero no de manera significativa como para readecuar los honoraros y la condena en costa de la primera instancia. Las costas de la Alzada y por lo dicho y falta de controversia, se imponen por su orden y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán presente las pautas de la ley XIII Nos. 4 y 15. Se tiene en cuenta la reserva formulada del llamado "caso federal".

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

Acoger parcialmente los agravios y tan solo en cuanto a la exclusión del rubro SAC de la base salarial con incidencia en la indemnización por antigüedad, de conformidad con los considerandos pertinentes.

Costas de la Alzada por su orden y se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo. Se tiene presente la reserva formulada por el llamado "caso federal".

A la primera cuestión la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios. Remisión

El alcance del fallo, los antecedentes del caso y los datos del recurso han sido reseñados por el primer votante; a tales constancias me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Los tres primeros agravios versan sobre la base salarial fijada para el cálculo de la indemnización por antigüedad (remuneración variable, inclusión del sueldo anual complementario e inconstitucionalidad de oficio de los acuerdos paritarios) y el restante sobre el reconocimiento de un rubro abonado por la empleadora (integración del mes de despido) y no reclamado por la actora. Estas cuestiones serán tratadas en el orden propuesto en el memorial.

- La mejor remuneración y las remuneraciones variables.

La metodología propuesta por la empleadora no puede ser convalidada por las razones expresadas por el colega preopinante a las que adhiero plenamente.

Huelga recordar que, categóricamente, hemos afirmado que la jurisprudencia provincial rechaza el promedio en la determinación de la mejor retribución normal y habitual prevista en el art. 245 LCT (Sentencia Definitiva N° 28/2002). Además, esta Sala ha adoptado el criterio consagrado en el fallo, entre otros en los autos "D. P. del V. c/ O. A.F.J.P. S.A. S/ Demanda laboral", Expte. n° 15.755/2006, Sentencia Definitiva n° 77/2006; "T., P. L. c/S. A. S.A. s/Demanda laboral", Expte. 337/2010, Sentencia Definitiva n° 37/2010 "L"; V., A. J. c/ C. AFJP S.A. y otra s/ demanda laboral (Indem.), Expte. 294/2013 Sentencia Definitiva n° 67/2013 "L".

En dichos precedentes sostuve y reitero ahora que cuando el salario se compone de elementos fijos y elementos variables, antes de adicionar éstos a los primeros, se debe resolver si han sido normales y habituales. La jueza ha efectuado esta ponderación y

no es materia de agravios.

Ahora bien, continuando el análisis sostuve que, una vez determinando que el elemento variable del salario es normal y habitual (cualidad que resulta de su percepción a distintos valores en distintos períodos), corresponde señalar que el resultado económicamente más importante es el mejor.

Con base en lo expuesto, es que considero que la mejor remuneración normal y habitual es la que precisa, con base en los hechos de la causa, la jueza de grado y por tal razón, corresponde hacer lugar al recurso de la actora.

- La inclusión del sueldo anual complementario.

Esta Sala por mayoría, como lo señala el primer votante, ha consagrado la inclusión del sueldo anual complementario para el cálculo de las indemnizaciones por extinción del vínculo (cfr. Sentencias Definitivas N°5/11/L del 31/5/11; 6/11/11 del 3/6/11; 4/13/L del 5/2/13, entre otras).

He sostenido en tales pronunciamientos que existen sólidos argumentos que obligan la inclusión del sueldo anual complementario en la base del cálculo de la indemnización. Estos argumentos que, a renglón seguido explicitaré, se compadecen con la interpretación constitucional del trabajador como sujeto de tutela preferente (art. 14 bis CN y PISDEC entre otros Tratados de Derechos Humanos incorporados a la CN por el artículo 75 inc.22) y con la interpretación que propone el artículo 9 de la LCT.

La naturaleza del sueldo anual complementario es la de un salario diferido. En consecuencia más allá de la modalidad que se adopte para su pago es claro que se devenga en la medida que el trabajador preste

servicios. Además y obviamente, participa de las cualidades de normalidad y habitualidad que la ley exige para determinar la base indemnizatoria.

Huelga señalar que no estamos ante una interpretación aislada sino que es sostenida por varios superiores tribunales locales; verbigracia Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero y San Luis; como bien lo destaca el Dr. Fernández Madrid integrando la postura minoritaria del plenario Tulosai (a la que se suman la Dra. Ferreiros y los Dres. Balestrini, Rodríguez Brunengo, Stortini y Corach).

Por lo demás, la actual redacción del artículo 245 de la LCT, en tanto ha sustituido la palabra percibido por devengada –argumento utilizado por la jueza de grado- corrobora la solución propuesta.

Con base en lo expuesto propongo el rechazo del agravio.

- La inconstitucionalidad de oficio de los acuerdos paritarios.

La decisión de la jueza de grado respecto a la inclusión de las sumas no remunerativas para determinar la mejor remuneración del trabajador para el cálculo de las indemnizaciones legales es irreprochable.

Ya hemos señalado en anteriores pronunciamientos que la magistratura del fuero laboral por expresa habilitación legal se encuentra facultada para resolver más allá de lo pedido –ultra petita- (art. 68 de la ley XIV, n° 1). También sostuve y reitero ahora que esa facultad encuentra su raíz en el principio protectorio y sus proyecciones en materia procesal.

En este orden de ideas, calificada doctrina ha enseñado que la función del mentado principio es la de

corregir, en el proceso, tres formas de desequilibrio: económico (el conflicto compromete valores de jerarquía patrimonial diferente entre ambos litigantes), probatorio (el empleador tiene ventaja para producir su propia prueba) y subjetivo (la distinta "potencialidad que la voluntad de las partes tiene en el conflicto"). Agrega que el carácter tutelar, se expresa en dos aspectos: la prueba y la "suplencia" del juez respecto de los errores, contradicciones u omisiones de la demanda (Plá Rodríguez, Américo; Visión crítica del derecho procesal del trabajo; en Processo do trabalho na América Latina; LTR, San Pablo, Brasil, 1991, p. 244; citado por Mansueti, Hugo Roberto en Trabajo decente versus proceso laboral; L.L. 2010-B-1081).

Incluso prestigiosos juristas laborales han destacado que, aplicando este criterio, se ha decidido que la antigüedad a los efectos de calcular la indemnización por despido debe computarse de conformidad con lo dispuesto por la ley vigente, aun cuando el demandante la haya calculado en forma menos favorable para él, o que corresponde disponer el pago de intereses sobre dicha indemnización. En cambio, si sólo se reclama por indemnización, no entra en las facultades del juez condenar también al pago de salarios atrasados o de la retribución por vacaciones y del sueldo anual complementario, de horas extraordinarias de trabajo, ni de los días faltante para completar el mes de despido y otorgamiento de un certificado de trabajo (cfr. Krotoschin, Ernesto, “Tratado práctico de derecho del trabajo”.4ta. ed. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1981, pp. 639-693 -cuarta parte-).

Huelga señalar que el caso bajo examen encuadra

dentro del primer supuesto de hecho ejemplificado, esto es cálculo de la indemnización de despido; la variable ajustada por la jueza de grado es la de la mejor remuneración normal y habitual.

La revisión del monto de la mejor remuneración tuvo sustento en la declaración de inconstitucionalidad de oficio de las sumas no remunerativas correspondientes a los aumentos otorgados por convención colectiva. Al respecto es dable señalar que el control de constitucionalidad es una cuestión de derecho y es potestad de los jueces suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente, incluyendo el deber de mantener la supremacía de la Constitución.

También que el mentado control forma parte inherente e indisoluble de la jurisdicción judicial y el juez debe llevarlo a cabo aunque nadie lo incite a hacerlo (cf. Bidart Campos, Germán: "Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad?", ED 74-386).

La Corte Suprema de Justicia en la causa "Mill de Pereyra" del 27/9/2001 (Fallos 324:3219) ha receptado la posibilidad de que los jueces ejerzan el control de constitucionalidad de oficio. Incluso, en su actual composición, ratificó esta doctrina (cf. "Banco Comercial Finazas (en liquidación B.C.R.A) s/ quiebra" del 19/08/04; siendo dable destacar que ambos casos eran originarios de jurisdicciones provinciales -Corrientes y Buenos Aires- cuyas constituciones no contemplan, en forma expresa el control constitucional de oficio.

En cuanto al fondo de la cuestión es dable señalar que ya ha sido resuelta por esta Sala en autos "R., V.

S. y otra c/LA M. S.A. s/Demanda Laboral", expte. nro. 541 año 2011, sentencia definitiva n° 13/2012 del 4 de abril de 2012. En dicho pronunciamiento, se confirmó la declaración de inconstitucionalidad de las mismas normas colectivas; más allá de mi opinión minoritaria.

Concretamente, quienes integraron la mayoría sostuvieron que el peso de la doctrina que dimana del precedente de la Corte Suprema de la Nación -"Pérez c/Disco" que declaró la inconstitucionalidad del art.103 bis inc.c de la LCT. por desnaturalizar el concepto del salario; concluyendo que no puede sino seguirse esta jurisprudencia protectoria y su doctrina de conformidad con el art.9 L.C.T. (referencia Ley 26.428).

A estas motivos agrego hoy la doctrina que dimana del precedente "Díaz" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se ha determinado la inconstitucionalidad de los aumentos no remunerativos (CSJN, 4 de junio de 2013, en autos "Díaz Paulo Vicente c. Cervecería y Malteria Quilmes S.A." Suplemento de La Ley del 19/06/2013, cita online: AR/JUR/20023/2013.

Huelga remarcar que la fuerza vinculante de estas decisiones sella el debate. Así de de citar las propias palabras de la máxima instancia nacional: "… no es ocioso recordar que si bien la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquéllas (Fallos: 25:364). De esa doctrina, y de la de Fallos: 212:51, 160 y 307:1094, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores -inclusive, los Superiores Tribunales locales- que se apartan de los

precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Máximo Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional" (CSJN, 23/06/2009, Laboratorios Raffo SA c/ Municipalidad de Córdoba", elDial - AA5421).

Con base en estas consideraciones y teniendo presente que en el caso efectivamente se comprueba la falta de incorporación de nuevos fundamentos, también, propongo el rechazo de este agravio.

- Proporcional días trabajados de setiembre del año 2011.

En primer lugar y teniendo en cuenta que la recurrente sostiene que el rubro condenado no integró el reclamo, corresponde puntualizar que el concepto expresamente fue incluido en la liquidación conforme resulta del detalle de los créditos efectuado a fs. 37 y 38.

Hecha esta aclaración he de señalar que la revisión es procedente. En efecto, el recibo de haberes de fs. 4 da cuenta del pago de los días trabajados del mes de setiembre; en efecto expresamente se lee en su texto: sueldo básico, días de franco, días de enfermedad, horas extras 50%, horas extras 100%, antigüedad, asignación complementaria zona, asignación complementaria, asignación complementaria horas extras; rubros cuyo monto asciende a $5136,61 sobre los que se practicaron los descuentos de ley (jubilación 11%, ley 19032 3%, Obra social 3%, CEC 2% y FAECYS 0,50%).

A estos conceptos y montos se agregaron los correspondientes a la liquidación final, expresamente valorados por la jueza de grado y descontados como pagados –fs. 316 y 317-.

Consecuentemente, se ha quebrado la lógica del fallo al no descontar lo pagado por este rubro en el concepto relativo a proporcional días trabajados. El recibo de fs. 4 acompañado por la actora acredita el pago de los días trabajados en el mes de setiembre y no existe razón alguna que autorice una valoración parcial, es decir a tener por abonados unos rubros sí y otros no del mismo.

En función de lo expuesto, corresponde la revisión de este rubro, descontado de la suma consignada por la jueza de grado las correspondientes al mes de setiembre que surgen del mentado recibo, conforme detalle ya referido. En función de lo expuesto el rubro prospera por la suma de $839,92.

Por las razones expuestas, propongo el acogimiento parcial del recurso interpuesto por la empleadora y la consecuente modificación del monto de condena el que se fija en la suma de $22.585,67.

3. Costas y honorarios.

La modificación propuesta carece de incidencia en la imposición de costas puesto que no altera la condición de vencida de la demandada y en la regulación de honorarios porque fueron determinados en porcentuales. Las costas de esta instancia se imponen a la demandada vencida atendiendo al resultado obtenido y a la naturaleza del proceso.

Los honorarios de esta instancia se fijan de conformidad con las previsiones del artículo 5 de la ley XIII, n° 4 y por aplicación de la escala contenida en el artículo 13 del citado cuerpo legal. Con base en tales premisas se fijan los correspondientes a los letrados de la parte demandada, Dres. N. L. D. E., J. F. L. G. y G. B., en forma conjunta en un 25% de los

que le correspondan en la instancia de grado.

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

Propongo la siguiente fórmula:

1)Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada.

2)Revocar parcialmente el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 314/318 fijando el monto de condena en al suma de pesos veintidós mil quinientos ochenta y cinco con sesenta y siete centavos.

3)Costas a la demandada vencida.

4)Regular los honorarios de los Dres. N. L. D. E., J. F. L. G. y G. B., en forma conjunta en un 25% de los que le correspondan en la instancia de grado.

5)Tener presenta la reserva del caso federal efectuada a fs. 328 vta.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia se dicta a fs.314/318vta., por la que prospera parcialmente la demanda interpuesta por la parte actora E. N. V. y condena a la demandada a pagar en 10 días la suma de $ 27.722,33, con mas intereses. Impone las costas a la demandada y regula honorarios.

Notificadas las partes (fs.319/320), apela la parte demandada a fs.321. Concedido el recurso (fs.323), expone los agravios la parte apelante a fs.324/328vta.

La exposición de los votos que me preceden conforman el ámbito del recurso de acuerdo a los agravios opuestos, con lo que se cumple con las exigencias de los arts.165 y 166 Ley XIII N° 5, en resumen, el primer agravio controvierte la

interpretación de la mejor remuneración normal y habitual y en relación al tipo de retribución fija y variable. Cita jurisprudencia. El segundo puntualiza la improcedencia de incluir el sueldo anual complementario proporcional para determinar la retribución, cita jurisprudencia relevante que incluye el plenario "Tulosai, de fecha 19/112009. En el tercer agravio sostiene que su parte se ajustó al CCT.130/75 y la Ley 14.250 y es la crítica que incluye dentro del módulo conceptos no remunerativos; que por los acuerdos paritarios se acordaron los criterios, tratándose de prestaciones que si bien constituyen mejoras en la retribución, no se vinculan con el trabajo cumplido y son sus fines la protección del hombre de trabajo. Expone fundamentos en torno a los alcances de la intervención del Ministerio de Trabajo, según la ley 22.250, que señala de obligatoriedad para las partes. Cuarto agravio, impugna el criterio de la sentencia por entender que existe falta de pago de los días trabajados en el mes de setiembre de 2011, alude al recibo salarial de dicho mes donde se liquidan. Reserva el caso federal.

Conforme con el voto de mis pares, se verifican mayorías respecto al modo de determinar la base salarial como módulo indemnizatorio y la inclusión de rubros no remunerativos. Existen variables en cambio en las temáticas correspondientes al segundo y cuarto agravio, que se tratan a continuación. Inclusión del SAC proporcional a la base salarial. Respecto a este tema, bien destaca mi colega de primer voto el criterio que mantiene negando la inclusión, recordando su postura en minoría. El criterio mayoritario fue integrado por el suscripto, reconociendo que la Cámara

Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, reunida en Tribunal Plenario con fecha 19/11/2009, estableció asimismo por mayoría, que no correspondía incluir en la base salarial prevista en el primer párrafo del art.245 de la L.C.T., la parte proporcional del sueldo anual complementario. Se trata del plenario citado por la demandada en el caso "Tulosai", donde los jueces señalan que cuando se sancionó la ley de contrato de trabajo ya existían sistemas que establecían el derecho a la percepción de importes retributivos que se pagaban por semestre o por año y pese a ello, el Poder Legislativo optó, entre variables y controversias que ya se conocían, por la remuneración mensual, normal y habitual, a sabiendas que había rubros salariales "sin periodicidad mensual". Interpretaron en dicho cauce que con la Ley 25.877, también debía excluirse el rubro cuyo carácter es anual; no se negaba la importancia del concepto devengado, pero manteniéndose el concepto histórico de la anualidad que es momento de su exigibilidad, se distingue del nacimiento del derecho, el día a día, que asimismo es atributo de otras remuneraciones, el sueldo mensual se devenga día a día y el diario hora por hora. Así lo precisa el Fiscal General de la Cámara del Plenario y señala que la reforma estuvo dirigida a cumplimentar un fallo de la CSJN "Bagolini", con el fin de disipar situaciones litigiosas que se planteaban en hipótesis de cobros inferiores a lo debido y no pensada para incluir retribuciones que se percibían en lapsos superiores al mes (cita "La Reforma Laboral", Edit.Rubinzal Culzoni, págs.84 y ss.). Pero dicho plenario tenía un serio reparo por las circunstancias de la convocatoria y su resultado, por ausencia de

"…otros jueces de Cámara o sin que se busque la solución adecuada a la falencia que significa que se dicten plenarios con la ausencia de un tercio de los integrantes del organismo…" (Voto de la Dra.Estela Ferreirós), aludiendo entonces a la falta de "…fortaleza jurídica" del mismo. En el mismo sentido se expide el Dr. Rodríguez Brunengo y manifiesta que comparte la preocupación de la Dra. Estela Ferreirós sobre la inseguridad jurídica que comporta un pronunciamiento donde la constitución del cuerpo es aun menor a los dos tercios de los miembros totales de los jueces que componen el organismo colegiado. Además también se dijo por la minoría, que la interpretación implicaba un apartamiento del "favor operari", consagrado en la L.C.T. art.9°, pero asimismo del mandato constitucional del art.14bis de la Ley Cimera y del principio de progresividad del art.75 CN inc.19, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social y agrega, sabido es como lo expone el Dr.Bidart Campos, que las normas constitucionales no se dividen en programáticas y operativas sino que todas tienen fuerza directamente operativa.

Se reconoció la indudable autoridad científica de los votantes de la mayoría, pero estimo que debía excusarse su seguimiento, cuando con la Ley 26.248 se favorecía la interpretación favorable al dependiente y si era el caso duda o frente a dos interpretaciones de la norma o conjunto de normas que rigieran las instituciones del derecho del trabajo, debía decidirse en el sentido mas favorable al trabajador; en resumen, interpretar con el auxilio de la doctrina especializada, que con la Ley 25.877 que

cambió el contexto del art.245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual "percibida" por "devengada", resultó válida para incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial indemnizatoria, aunque sea de pago no mensual, en la medida que el mismo se devenga día a día y de ese modo integrar la calificación de remuneración mensual. El Dr.Fernández Madrid, exponía en su voto que la Cámara siempre se ha pronunciado por la exclusión del mes de sueldo de las retribuciones de periodicidad diferente a la mensual y le ofrecía dudas tal solución a la que finalmente adhirió, pero que la reforma del art.245 L.C.T. obligó a un replanteo y no podía dejar de lado la interpretación que se sostiene en otras jurisdicciones que ha consultado, Entre Ríos, Buenos Aires, Santa Fe, La Pampa, Córdoba, Río Negro, Mendoza, La Rioja, Santiago del Estero, San Luis, que consideran que la mejor retribución mensual, normal y habitual comprende también las remuneraciones de pago no mensual, ya que el trabajador, en estos casos, gana su monto por trabajar día a día, sin perjuicio que su pago sea diferido a otro momento. Resulta asimismo oportuno destacar del voto del Dr.Fernández Madrid, dice que la Cámara con anterioridad a la reforma del art.245, sostuvo respecto a su redacción que cuando decía "percibido" debía entenderse "devengado" (para que los incumplimientos del empleador no operen disminuyendo la base) y cita además el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires en el caso "Martín, Rosa L. c/A.S.E.B.A.", Diario de Jurisprudencia Judicial del 5/1201, cuya doctrina establece: "…A los fines del cálculo de la indemnización del art.245 de la Ley de Contrato de Trabajo, la mejor remuneración mensual, normal y

habitual debe incluir la totalidad de los ingresos de carácter remuneratorio cualquiera sea su modalidad, a cuyo fin deben computarse además del básico las remuneraciones variables o las que se originen como incentivos otorgados libremente por el empleador siempre que se perciban en forma normal y habitual, como así también el sueldo anual complementario, en razón de tratarse de un salario diferido…La bonificación anual por eficiencia en su parte proporcional dada su naturaleza salarial que el trabajador adquiere como consecuencia de su prestación habitual, debe integrar asimismo la base de cálculo de la mejor remuneración a los fines del cómputo de las indemnizaciones derivadas del despido…". En el plenario aludido dijo además la Dra.Ferreirós, que después de 30 años de haberse desempeñado en la magistratura laboral y siguiendo la doctrina de la S.C.B.A., incluyó siempre como todos los jueces de la provincia y de muchas otras, en la base de la norma en cuestión, el sueldo anual complementario, ello es, aún antes de haberse sancionado la Ley 25.877 y por otra parte el criterio consulta la interpretación mas favorable y principio constitucional nacional art.14bis (el trabajo en sus diversas formas gozará de3 la protección de las leyes) y art.71 C.Provincial, 2da.parte: "La legislación considera el trabajo como factor de promoción individual, familiar y social, asegurando la protección efectiva de los trabajadores".

Me expido en consecuencia sobre el punto en acuerdo con la Dra. Alonso que me precede en el voto.

Cuarto agravio. Conforme resulta de la constancia señalada por la agraviada, es evidente que en dicha liquidación salarial de fs.4 queda comprendida el mes

de setiembre, precisamente la hoja móvil de fs.251 que señala el fallo a fs.317vta., que alcanza la suma de $ 5.136,61 (f.Proporcional días trabajados), monto que resulta asimismo del recibo de fs.4.

La sentencia no advierte el punto y no formula el descuento de lo pagado, con lo que se debe hacer lugar con la revisión establecida, por lo que el rubro prospera por la suma de $ 839,92.

En conclusión como se expone en el segundo voto, el acogimiento parcial del recurso comporta la modificación del monto de condena que se establece en la suma de $ 22.585,67.

Por lo demás, la materia costas y honorarios se ajusta a derecho a mérito del art.57 Ley XIV N° 1 del Digesto Jurídico, por mantenerse las razones de la norma en ambas instancias. En principio la naturaleza laboral del presente juicio y con ello, la jurisprudencia y doctrina del Excmo.Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: "C., M. A. c/E. R. C. S.A.", Expte.N° 13.309-C-1991, cuando señala que han de imponerse a la vencida por aplicación del principio general, aún cuando la demanda no hubiera prosperado sino en parte. Aún más terminante resulta en el caso: "V. T., V. c/P. D. E. L. B.", Expte.N° 13.707-V-1992, significando que para establecer la condición de derrotado o vencido, no es admisible parcelar el litigio con relación a los distintos reclamos y a de estarse a un enfoque global de su resultado.

En la materia regulatoria de honorarios, la regulación porcentual sigue igualmente una justa evaluación, conforme al resultado del juicio y trabajos profesionales. En la segunda, por las razones expresadas, resultan asimismo ajustadas a tales

parámetros la regula propuesta en el voto de la Dra. Alonso.

A la segunda cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

Corresponde el pronunciamiento propuesto en el voto que me precede.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias parciales apuntadas, la siguiente:

SENTENCIA

1) Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la demandada.

2) Revocar parcialmente el punto primero de la parte resolutiva de la sentencia de fs. 314/318 fijando el monto de condena en al suma de pesos veintidós mil quinientos ochenta y cinco con sesenta y siete centavos ($22.585,67).

3) Costas a la demandada vencida.

4) Regular los honorarios de los Dres. N. L. D. E., J. F. L. G. y G. B., en forma conjunta en un VEINTICINCO POR CIENTO (25%) de los que le correspondan en la instancia de grado.

5) Tener presenta la reserva del caso federal efectuada a fs. 328 vta.

6) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Jueza de Cámara

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Presidente

FERNANDO NAHUELANCA
Juez de Cámara

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"