En la ciudad de Comodoro Rivadavia, Provincia del Chubut, a los días del mes de septiembre del año dos mil catorce, 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 de su titular Dr. Julio Antonio Alexandre y asistencia de la señora Jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y del señor Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"M., S. V. c/E. P. SRL S/DEMANDA LABORAL", expte. nro. 213 año 2014,** venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 2 (expte. nro. 49/2010), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 225), correspondió el siguiente orden para la votación: Dr. Julio Antonio Alexandre, Dr. Fernando Nahuelanca, Dra. Silvia Noemí Alonso.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 192/203? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

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

Que la sentencia condenatoria de fs. 192/203 es apelada por la vencida a fs. 206 a tenor del informe de fs. 208/211 y contestada por la accionante a fs. 213/220.

En respuesta a la sugerencia sancionatoria fundada en la presunta insuficiencia del memorial de agravios de la recurrente he sostenido en otros pronunciamientos que cabe utilizar la facultad que acuerda el art. 269 CPr/DJ con un criterio restrictivo, estimando cumplidos

los requisitos del art. 268 del mismo texto legal en base a una pauta de amplia flexibilidad. Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través del cual la demandada pretende fundar su queja alcanzan a cumplir –mínimamente- con los requisitos exigidos por la norma. De allí que, en base a lo expuesto y a fin de preservar el derecho de defensa en juicio, de indudable raigambre constitucional no habré de propiciar la deserción del recurso de la parte emplazada.

En cuanto al agravio desarrollado como p. III-a), referido a la declaración de inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios disponiendo pagos de conceptos no remuneratorios, ya henos tenido ocasión de fundar nuestra postura adhesiva a tales declaraciones (ver v. gr. “V., E. N...” RSD N° 9/2014/L).

Así, reitero que 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 se ha seguido la doctrina de la CSJN (ver fallos citados a fs. 215) en los que se destaca 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 esencia 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).

Tampoco merece mayor consideración la queja referida a la sanción impuesta con fundamento en el art. 132 bis ya que a su particular interpretación de tal normativa, de ningún modo refuta las razones de hecho, fehacientemente acreditadas, que permitieron la aplicación de la sanción conminatoria en cuestión, esto es la intimación conforme a derecho y la injustificada retención de fondos (art. 1° del decreto 146/01).

En cuanto a la resistida inclusión del SAC en la base del calculo indemnizatorio del art. 245 LCT., mas allá de las razones reiteradamente expuestas en cuanto

al punto (ver v. gr. “S...” RSD N° 6/2014/L y “V...” RSD N° 9/2014/L) en las que coincidía en general con los argumentos de la recurrente, priorizando los principios de economía y celeridad y sabiendo que he sostenido una postura definitivamente minoritaria, sin perjuicio de hacer reserva de la misma, evitando mayor dispendio jurisdiccional me inclino por adoptar en el caso el criterio sustentado v. gr. por STJ Entre Ríos, Sala III, "Felgueres, Eduardo Enrique c/Clínica Modelo S.A.- Cobro de Pesos- Apelación de Sentencia- Recurso de Inaplicabilidad de Ley" id 28918 (elDial.com - AA6D97) anotado por Marta B. Brodsky de Petric en trabajo titulado “La incidencia del SAC en el módulo del Art. 245, L.C.T. Un fallo trascendente en la Provincia de Entre Ríos”, Citar: elDial.com - DC1693, Publicado el 18/08/2011; “La remuneración computable en la indemnización por despido” por Scotti, Héctor Jorge, publicado en: LA LEY 16/12/2009, 10-IMP 2010-1, 53).

Conforme tal opinión, 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 Nº 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.-

De ello se sigue, señalan, que el SAC debe estar incluido en la base de cálculo indemnizatorio del art. 245 LCT, toda vez que lo que aquí interesa es que su devengamiento se produce diariamente en razón de la prestación de servicios por parte del subordinado, y de este modo, puede afirmarse que la misma integra la calificación de remuneración mensual que exige el dispositivo legal.

Esta interpretación, afirman de modo contundente, está en sintonía con el principio protectorio de rango constitucional –art. 14 bis CN-, y es el criterio adoptado por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ("Nagel, Gladys N. c/Panadería El Cañón y/o Jurio, Aníbal F.", 3/12/91; "Heimann, Raúl Alberto c/Rigolleau S.A.", 16/11/82; entre otros).

Por todo lo dicho, propongo al acuerdo la desestimación del recurso de apelación intentado por la demandada debiendo soportar las costas de la Alzada y se difiere la regulación de honorarios al momento procesal oportuno en el que se tendrán en consideración las pautas arancelarias de la ley XIII Nos. 4 y 15.

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

Rechazar el recurso de apelación intentado por la demandada y en consecuencia se mantiene firme la sentencia de fs. 192/203, en cuanto ha sido motivo de agravios. Costas a la recurrente y se difiere la

regulación de honorarios de conformidad con los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca, dijo:

La sentencia se dicta a fs.192/203, por la que se declara en el punto 1 la inconstitucionalidad de rubros con las denominaciones acuerdo colectivo Abril; pres. acuerdo colec Abril; Acuerdo 04-08 no re.; ACU.COM,04/08 Art.3°; PRESENT. AC.COM.04/08; como así también de la suma dispuesta en la Resolución 101/07 STCH, conforme a los considerandos. Punto 2) Hace lugar a la demanda de la actora S. V. M. y condena a la demandada E. P. SRL a entregar en 10 días certificado de trabajo, constancia de aportes y contribuciones a la seguridad social y sindicales, del seguro de retiro complementario y certificación de servicios y a pagar en igual plazo la suma de $ 293.051, con intereses conforma al considerando. Impone las costas a la demandada y regula honorarios.

Apela la demandada a fs.206 y a fs.207 se concede el recurso.

Los agravios por la parte demandada y bajo apoderamiento letrado se exponen a fs.208/211, señala los puntos y desarrolla los agravios. a) En relación con la declaración de inconstitucionalidad impugna la misma porque controvierte la naturaleza conferida a la convención, libremente concertada y homologada, introduciendo para el cálculo rubros no remunerativos, adicionales y el sueldo anual complementario. b) Sostiene la improcedencia de adicionar el SAC a la base salarial para la determinación del monto indemnizatorio por antigüedad (art.245 L.C.T.), reconoce el amplio

debate existente al respecto pero se remite al plenario "Tulosai", que concluye en la improcedencia de incorporar los rubros señalados para establecer la base del cálculo del art 245 L.C.T. Alude a la disparidad de la jurisprudencia y transcribe el voto del Dr.Pirolo en el plenario citado, como asimismo el del Dr.Maza. Estima que tales criterios deben prevalecer no obstante lo previsto en el art.9 L.C.T., pues no se trata de un vacío legislativo u opinión doctrinaria sustentable sobre la letra de la ley, por lo dicha norma no resulta de aplicación al caso. C) Considera improcedente la sanción conminatoria del art.132bis L.C.T. y su cuantificación, que la misma se endereza a combatir la evasión fiscal de subsistemas de seguridad social y organizaciones sindicales, es represiva y que su finalidad es esencialmente recaudatoria, criticable por su dureza, no por el fin perseguido. Que la causa de la obligación es ajena al trabajador, es un tercero en la relación, recibe un crédito aunque no sea siempre afectado por el incumplimiento. Critica el sistema que introduce la normativa y consecuencias por costos patronales y hasta puede señalarse que implican el pago de salarios sin trabajo. Peticiona en definitiva la revocatorio del fallo con los alcances de los agravios.

La parte actora contesta los agravios a fs.213/220 y peticiona su rechazo por sus fundamentos.

Tratamiento de los agravios.

Respecto a la deserción del recurso corresponde observar que no obstante no dirigirse concienzudamente a las parte de la sentencia que lo agravios para demostrar que no corresponde la solución jurisdiccional, contiene puntos concretos con lo que

por la amplitud de esta Sala en otorgar mayor resguardo al principio de defensa en juicio en punto al cuestionamiento de los fallos, admite su procedencia.

Al impugnar en consecuencia la agraviada (punto c. de fs.208vta.) la declaración de inconstitucionalidad de convenios colectivos de trabajo con las denominaciones que se señalan en la sentencia y se dejan expuestas al inicio del presente voto, dada la naturaleza conferida en el sistema legal a las convenciones colectivas de trabajo, es claro que en principio ha de reconocerse que el efecto de la homologación en tales convenciones crean una presunción de legalidad, pero no son pocos los institutos de la materia que se han incorporado paulatinamente a dicha concepción, que en todo caso ha enriquecido las soluciones en beneficio del trabajador.

A su respecto basta seguir el fundado pronunciamiento en recurso cuando se refiere a la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos, donde la tutela de la retribución trasciende al ámbito supralegal que otorga el inc.22 del art.75 C.N. y la reforma constitucional del año 1994, conformando en lo que se ha denominado como el “bloque constitucional federal”. Se rechaza el agravio interpuesto. D) Improcedencia de adicionar el SAC a la base de cálculo para aplicar el art.245 LCT. Asimismo el punto tiene fundada respuesta en el fallo y ha de señalarse, como lo hace el primer voto, que esta Cámara se expidió acogiendo el criterio del fallo, en los autos “V., E. N., c/F. E. e H. SA. s/sumario – cobro de pesos e indem. de ley”, Expte.Nº737/13, que responde precisamente a la inaplicabilidad del plenario

“Tulosai” en el excelente voto de la Dra.Alonso y con profusa fundamentación. Corresponde en consecuencia reiterar su jurisprudencia, donde se señalan los menoscabos al plenario citado, y se reponía que debía privar el principio de la interpretación más favorable (art.9 L.C.T., ref.Ley 26428), pero asimismo el mandato constitucional del art.14bis CN y el principio de progresividad del art.75 inc.19 CN, que manda a proveer lo conducente al desarrollo humano y al progreso económico con justicia social. Con ello y el dictado de la ley 25.877, se reforzó el criterio que con la misma cambió el contexto del art.245 L.C.T. referido a la remuneración mensual, normal y habitual “percibida” por “devengada”, otorgando plena validez con la interpretación más favorable, a incluir la proporción del SAC para integrar la base salarial indemnizatoria del art.245 L.C.T. Sin perjuicio de la mayor amplitud de la jurisprudencia de esta Cámara en los autos: “V...”, por lo expuesto se rechaza el presente agravio.

c) Improcedencia de la sanción conminatoria del art.132bis y su cuantificación.

El fallo extiende una amplia fundamentación para la aplicación del art.132bis., a partir de fs.200vta., dejando las notas por las que considera aplicable la norma y los principio protectorios del trabajador, que no resultan específicamente controvertidas por la recurrente. Además, que la copia simple “Mis facilidades” (fs.51), fue desconocida y no se accionó ninguna prueba para corroborar la documentación, como que por otra parte con relación a los aportes de la obra social CEC, se informa a fs.160 que la empresa no

se encuentra empadronada ni tiene empleados registrados y que la FAECYS acompañó una documentación que comprobaba pagos anteriores a la relación laboral de la empleada.

Se rechaza en consecuencia el agravio, en tanto que su cuantificación es la prevista en la ley.

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar asimismo el agravio precedente y con su conjunto, el memorial de agravios de fs.208/211, con costas atento su resultado (art.57 Ley XIV Nº 1 del Digesto Jurídico).

Para regular los honorarios, rige la ley XIII Nº 4 del Digesto Jurídico, arts.5, 6, 8, 9 y concords., por lo que teniendo en consideración el mérito de los trabajos profesionales y su resultado, propongo los honorarios conjuntos de los Dres.. H. P., E. J. M. y J. M. P., en el 28% y los del Dr.H. J. O. en el 25%, de los que les resulten en cada caso en la primera instancia.

A la segunda cuestión el Dr. Fernando Nahuelanca dijo:

Conformando la igualdad en el sentido y solución de las cuestiones propuestas, corresponde el pronunciamiento del voto que me precede, proponiendo la regulación de honorarios del considerando respectivo.

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

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

S E N T E N C I A:

1°).- Rechazar el recurso de apelación intentado por la demandada y confirmar la sentencia de fojas 192/203.

2°).- Costas a la recurrente. Regular lo honorarios profesionales de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente en el VEINTIOCHO POR CIENTO (28%) y los del Dr. H. J. O. en el VEINTICINCO POR CIENTO (25%), de los que les resulten en cada caso en la primera instancia, con más el IVA si correspondiere.

3°).- Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2014

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"