En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de octubre del año dos mil dieciocho, 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, Dra. Silvia Noemí Alonso, y asistencia de los señores jueces de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca y Dr. Julio Antonio Alexandre, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"G., M. S. c/ T. V. D. A. S.A. s/ COBRO DE PESOS E INDEM.DE LEY", expte. nro. 429/2018**, venidos del Juzgado Laboral nro. 1 (expte. nro. 5718/2009), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código Procesal Civil y Comercial (fs. 475), 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. 418/431? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Que la sentencia condenatoria de fs. 418/431 es apelada por la demandada a fs. 434 en los términos del informe de fs. 436/461vta. a los que se le oponen los argumentos de fs. 463/468vta. por parte de su oponente.

Que el punto primero del fallo hace lugar al planteo de inconstitucionalidad, formulado por la actora en su demanda y severamente cuestionado por la recurrente en su responde, del carácter no remunerativo de los incrementos salariales y y rubros abonados al actor así calificados y perfectamente identificados en autos. Ahora, la recurrente sumando razones vuelve sobre tal

cuestión. No obstante, difícilmente puede conmover tal decisorio tal postura fundada en doctrina y jurisprudencia ya superada –téngase en cuenta la fecha de registro de sentencia del fallo de esta Sala que se usa como referencia y fundamento de algunas apreciaciones-, desde entonces a habido novedades doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas, modificando criterios que aún y en muchas cuestiones que hacen al fuero, no han logrado consolidarse. Pero en cuanto a la inconstitucionalidad de los rubros no remunerativos homologados en sede administrativa, sin duda ha sido una de las cuestiones que ha merecido una adhesión mayoritaria. Y es que el fundamento central de tal postura indica que mediante un acuerdo salarial colectivo no se pueden vulnerar derechos constitucionales o de orden supralegal, como son los expuestos (artículos 14 bis, 75 inciso 12, y 31 de la Constitución Nacional y el Convenio N° 95 de la O.I.T.). Y que: "La determinación de la naturaleza – salarial o no- de una determinada prestación o percepción dependerá de su sustrato real", apreciado a la luz de los elementos conceptuales arriba analizados, con prescindencia de la calificación formulada por las partes del contrato individual o del convenio colectivo, en cuanto a través de la misma se pretenda definir como no salarial algo que –en sustancia- lo es. Por aplicación de este criterio, la jurisprudencia ha señalado que "no puede aceptarse la aplicación de una norma convencional [colectiva] que recorte el concepto de remuneración legal sin colocar la propia convención fuera del marco legal" (art. 6°, ley 14.250); que "la calificación como `no remunerativas´ formulada por las partes colectivas

no confiere ese carácter a prestaciones que no encuadran dentro del concepto de excepción contenido en las normas de los artículos 103 bis y 106 de la LCT" (ver Julio C. Caballero y J. E. Pico, Tratado de Derecho del Trabajo, página 163 y 164, Tomo III, Dir. M. E. Ackerman, ed. Rubinzal Culzoni; doc. del fallo de la CSJN: "Días, Paulo Vicente c/ Cervecería y Maltería Quilmes" del 4-jun 2013, en ED 253, y CApel., Civ. Com. Lab. y de Min. de la I Circ., Sala II, 20/03/2018 "Soto Alicia c/ Y.P.F. s/ cobro de haberes" y "T. A. M. c/ YPF S.A. s/ despido" – CNTRAB – SALA VI – 17/12/2013.- Fallo publicado por elDial.com el 01/04/2014 a los que remito por razones de brevedad). Tal y en breve síntesis la razón por la cual se desestiman los tres primeros agravios.

De ningún modo la documental de fs. 60/62 suple las exigencias de la certificación de trabajo prevista en el art. 80 y normativa reglamentaria y tal como se nos impone por doctrina legal conforme causa "Labra Rojas", y es que de ningún modo la recurrente ha demostrado el error de lo afirmado en los considerandos de fs. 428 vta. en cuanto a tales falencias, solo expresa su mera disidencia.

Y tal como se señaló respecto al rubro anterior, la recurrente puede variar en resultado adverso en cuanto a la aplicación del agravamiento indemnizatorio a resultas de lo previsto en el art. 2 de la ley 25323 ya que, aquella postura doctrinaria impulsada por la CSJN en cuanto a la errónea calificación de algunos rubros es anterior a la promoción de la presente. La falta de previsión en cuanto al punto torna

extemporánea la pretensión actual debiendo estarse a los fundamentos dados a fs. 427.

En cuanto al punto de los intereses, si bien he mantenido una opinión que difiere a la de la mayoría del tribunal, dejando a salvo mi criterio, dejo en claro que el sustento jurisprudencial de la recurrente ha tenido suerte adversa y en consecuencia por los fundamentos dados anteriormente en esta Alzada y a los que remito por razones de celeridad y economía procesal muy caros al fuero. Así se desestima el agravio y en cuanto a la discutida tasa de interés utilizada en el fallo, la aplicada, es la consensuada por este Tribunal (fs. 429vta.) en ambas salas (ver v. gr. B., M.R. c/ Tarjeta del Mar MAR S.A. s/ Sumario-Cobro e Pesos e Indem. de ley -Expte. N° 356/2016).

Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de apelación de la demandada y en consecuencia mantener firme el fallo impugnado, debiendo la recurrente soportar las costas de la Alzada y se tiene por promovida la Cuestión Federal (fs. 461 p. III). Se difiere la regulación de honorarios al momento del acuerdo en el que se tendrán en cuenta las pautas arancelarias de la ley XIII nos. 4 y 15.

A la segunda cuestión el Dr. Alexandre dijo:

Rechazar el recurso de apelación propuesto por la demandada, debiendo soportar las costas de la Alzada e introducida la Cuestión Federal. Se difiere la regulación de honorarios de conformidad a los considerandos pertinentes.

A la primera cuestión, la Dra. Alonso dijo:

1. El fallo apelado y los agravios.

El alcance del fallo dictado, los datos del recurso, el contenido de los agravios y de su contestación han sido reseñados por el colega preopinante; por tal razón, a tales consideraciones me remito a fin de evitar repeticiones estériles.

2. Tratamiento de los agravios.

Las cuestiones sometidas a revisión son las siguientes:

-La inconstitucionalidad de los acuerdos paritarios y el carácter no remuneratorio de las viandas

El primero, el segundo agravio y el tercer agravio están relacionados, motivo por el cual serán tratados en forma conjunta, adelantando desde ya su improcedencia conforme pacífico criterio de este tribunal.

Huelga remarcar que los rubros que integran la remuneración normal y habitual del trabajador deben ser considerados como integrantes del salario con base en las previsiones del convenio 95 de la OIT. Ello, sin perjuicio de ser calificados como no remuneratorios por la Convención Colectiva aplicable al caso dado que las obligaciones derivadas de las normas preeminentes de nuestro ordenamiento no pueden eludirse mediante la utilización de subterfugios terminológicos.

La débil línea argumental ensayada al expresar agravios no tiene entidad para quebrar el razonamiento lógico de la sentencia basado –como he dicho- en las normas preeminentes de nuestro ordenamiento; razonamiento, que además, se ajusta al criterio fijado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia.

Los siguientes agravios relativos a la inconstitucionalidad de los convenios que asignan

carácter no remunerativo a ciertos concretos y a las viandas y sus fundamentos complementarios relativos a la seguridad jurídica, a la doctrina de los propios actos y a la desnaturalización del efecto erga omnes de la convención homologada tampoco pueden prosperar.

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

El razonamiento de la jueza se ha ajustado a esta premisa y la cuestión analizada –la naturaleza salarial de las prestaciones-, que constituye el fundamento nuclear de su fallo es la conducente.

Ninguno de los argumentos esgrimidos alcanza para revisar la cuestión. En efecto, como sostiene calificada doctrina la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Díaz" desactivó una construcción jurídica, en la que participaron con particular entusiasmo dirigentes sindicales, cámaras patronales y las principales autoridades del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, que avalaron los aumentos no remunerativos.

Esta construcción jurídica se opone como sostiene el tribunal cimero al concepto de "remuneración" que no es sólo el salario en dinero que percibía el trabajador, sino también todo lo que recibía como contraprestación por su tarea, que pudiera traducirse en una ventaja económica para él. En este concepto amplio de remuneración entraba toda ganancia que el trabajador

obtenía con motivo del contrato de trabajo. El concepto era el producto de décadas de evolución de la doctrina laboral y de la jurisprudencia, que sólo dejaba para el debate temas marginales, tales como la cuestión de si la ropa de trabajo era o no parte de la remuneración del trabajador (por la afirmativa, CNAT, Sala II, 30/05/70, LT, XVIII-B, p. 1031, SCBA, 23/07/68, LT XVII-B, p. 679).

En la década de los noventa nacen los pactos sumas "no remunerativas" en los convenios colectivos de trabajo. Al principio eran adicionales o beneficios específicos, pero con el tiempo la situación degeneró de tal manera, que muchas veces los aumentos salariales pactados en las paritarias fueron, parcial o totalmente, "no remunerativos".

Lo más grave fue que en la última etapa, sobre las mal llamadas "asignaciones no remunerativas", los sindicatos y las cámaras patronales pactaban que fueran consideradas para la liquidación de otros beneficios laborales e, incluso, para realizar aportes y contribuciones con destino a las obras sociales y mutuales sindicales, que se computen para la cuota sindical, etc., quedando afuera solamente los subsistemas de la Seguridad Social, cuya desfinanciación no le interesaba a nadie. Así de simple.

Este camino se utilizó, primero como un remedio excepcional para destrabar una negociación colectiva, o para situaciones especiales, pero en los últimos años se transformó en un hecho normal y habitual, a punto tal que en una de las últimas rondas de negociaciones,

en una actividad se acordó que todo el incremento salarial fuera de naturaleza "no remunerativa".

Conforme lo ya expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en los autos caratulados “Díaz, Paulo Vicente c. Cervecería y Maltería Quilmes S.A.” (L.L., 19/06/2013, p. 12) se pronunció expresamente sobre la temática. En efecto, el fallo de la Cámara desestimó la inconstitucionalidad del art. 103 de la LCT y rechazó la inclusión en la base de cálculo de las indemnizaciones por despido del trabajador, de los importes correspondientes a los vales alimentarios —Ley 24.700 y adicionales—, así como también del denominado “Anticipo” —Acta Acuerdo Nov. 2005— pactado, con carácter no remuneratorio, en un acuerdo complementario del convenio colectivo 152/91, aplicable a la actividad de la demandada. Interpuesto recurso extraordinario, que al ser denegado dio lugar a la queja, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada, estableciendo que los mentados aumentos no remunerativos son inconstitucionales por desconocer la naturaleza salarial de las prestaciones que establecen. Con base en las razones dadas propongo el rechazo de los agravios individualizados bajos los números uno a tres.

En ese orden de ideas, corresponde destacar que en la sentencia dictada el 1/09/2009 en los autos "Pérez, Raúl Aníbal c/ Disco S.A.", declaró la inconstitucionalidad del artículo 103 bis, inciso c) de la LCT (texto s/ Ley 24700) relativo a los vales alimentarios, en cuanto niega a éstos naturaleza salarial. En lo que aquí interesa determinó: "la naturaleza jurídica de una institución 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 juris sería inconstitucional" y que "el artículo 103 bis, inciso c, no proporciona elemento alguno que, desde el ángulo conceptual, autorice a diferenciar a la concesión de los vales alimentarios asumida por el empleador de un mero aumento de salarios adoptado a iniciativa de éste" (considerando 5°) Agregó que "toda ganancia que el trabajador obtiene del empleador, con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa. Esa contraprestación sólo puede ser llamada jurídicamente, salario, remuneración o retribución (considerando 6°).

El mentado criterio fue reafirmado en un pronunciamiento posterior (sentencia del 19/05/2010, en autos "González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y otro") en el que se analizó la validez de las asignaciones no remunerativas establecidas por decreto.

Concretamente, se planteó en la instancia extraordinaria la revisión de una sentencia de Cámara que, al modificar el fallo de primera instancia, redujo la condena por diferencias en las indemnizaciones por despido y por vacaciones no gozadas y en el sueldo anual complementario, pues desestimó el planteo de inconstitucionalidad de los decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 que calificaron como "asignaciones no remunerativas de carácter alimentario" a las prestaciones establecidas a favor de los trabajadores y

rechazó la pretensión del demandante de que aquéllas se consideraran para el cálculo de los rubros reclamados.

La Corte estableció que el desconocimiento de la naturaleza salarial de la prestación trastornó la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio del artículo 245 de la LCT, reglamentario del artículo 14 bis de la CN, que ordena proteger al trabajador contra el despido arbitrario, pues condujo a que la indemnización desconociera la concreta realidad a la que quiso atender al limitar uno de los elementos de cálculo de la indemnización que constituye uno de los dos indicadores de esa realidad, que es el salario realmente percibido por el trabajador.

Asimismo, se remitió a las consideraciones que en materia de conceptualización del salario había expuesto en la sentencia del 01/09/09, autos "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (considerando 4°).

Esta triada de fallos establecen una premisa clara: las normas Constitucionales y las de los Tratados y/o el orden público laboral no puede modificarlas el Poder Ejecutivo ni la voluntad colectiva.

Es que, sin ambages "indica al Poder Ejecutivo y a los actores sociales de la negociación colectiva, que las prestaciones no remunerativas violan el Convenio 95 de la OIT y las normas de orden público de la LCT (art. 103) no admiten que la voluntad unilateral del empleador, la voluntad de los actores sociales (el sindicato y la representación empresaria), ni el Poder Ejecutivo puedan alterar por su decisión o por vía de la autonomía de la voluntad colectiva la naturaleza jurídica de una prestación como es la remuneración" (De

Diego, Julián A., "Mensajes de la Corte Suprema al mundo del trabajo", LL 2015-F, 1136).

Con base en estas consideraciones, propongo el mantenimiento del criterio uniforme de esta Sala y en consecuencia adhiero al rechazo de los agravios individualizados como primero, segundo y tercero.

-La indemnización del artículo 80 LCT

La queja del recurrente respecto a la procedencia de la multa se refiere a la completitud del certificado de trabajo entregado por la empleadora; la jueza ha considerado que es defectuoso porque no constan las remuneraciones percibidas por el actor ni la calificación profesional.

Respecto al primer recaudo la demandada hace referencia a la entrega del Form. PS 6.2 ANSes que obra a fs. 23/25 y 56/58. La crítica de la recurrente es eficaz respecto los dos últimos datos señalados como ausentes pero no respecto al primero de ellos. Es que, el formulario PS.6.2 emanado de la ANSeS –fs. 59/60 - y entregado al trabajador, conforme el mismo lo ha reconocido, es parte del certificado del mentado artículo y permite tener por cumplida el requisito relativo al detalle de las remuneraciones.

Luego, en el certificado que obra a fs, 27 se ha consignado el dato relativo la calificación profesional aunque sin mención de las acciones y/o cursos de capacitación que hubiese realizado el trabajador.

Ahora bien, es claro que no se ha podido superar la ausencia de un dato esencial como es el relativo a la naturaleza de los servicios prestados y tal deficiencia demuestra que el certificado es incompleto

o defectuoso y por lo tanto procedente la indemnización del artículo 80 LCT.

La calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación es un recaudo legal. La ley obliga a la empresa a documentar el nivel de calificación profesional obtenido en el período que el trabajador o la trabajadora permaneció bajo sus ordenes.

Es que la ley N° 24576 (sancionada el 18 de octubre de 1995 y promulgada de hecho el 9 de noviembre de ese año) incluyó como parte integrante de la Ley de Contrato de Trabajo en el Título II, un nuevo capítulo –VIII- relativo a la formación profesional, con diferentes previsiones, una de las cuales incide directamente en el contenido del certificado de trabajo.

Así, la sexta norma de ese capítulo, textualmente dice: En el certificado de trabajo que el empleador está obligado a entregar a la extinción del contrato de traba-jo deberá constar además de lo prescripto en el artículo 80, la calificación profesional obtenida en el o los puestos de trabajo desempeñados, hubiere o no realizado el trabajador acciones regulares de capacitación".

La claridad de la exigencia legal –más allá que la localización natural sería en el artículo 80 LCT- me exime de mayores comentarios.

La restringida interpretación que se propone no puede prosperar porque, como sostiene calificada doctrina, se trata de la certificación un dato nuevo, que ya no se resume a la identificación estandarizada

de la "categoría convencional". Se requiere la individualización del tipo de destrezas y aptitudes para las que está calificado en una suerte de "radiografía" de la trayectoria a órdenes del empleador que lo expide (cfr. Ojeda, Raúl H., Ley de Trabajo comentada y concordada; 2° edición actualiza, Rubinzal Culzoni Editores, Sta. Fe, 2011, p. 605).

Los fundamentos dados dejan sin sustento al agravio y, en consecuencia, corresponde confirmar la condena al pago de la indemnización de marras.

-La multa del artículo 2 de la ley 25323

El tercer agravio, relativo a la improcedencia del agravamiento indemnizatorio tampoco puede prosperar ya que los presupuestos que dan andamiaje a dicha indemnización han quedado configurados conforme se desprende claramente del razonamiento de la jueza de grado que ha quedado sin refutación clara y concreta. El incremento encuentra su razón jurídica en los perjuicios que la mora en el pago de las diferencias indemnizatorias produce al trabajador, su naturaleza es laboral y participa de todas las características de este tipo de crédito, basta la verificación de los presupuestos legales para admitir su procedencia, y la concurrencia de éstos no ha sido puesta en tela de juicio. Por estas razones no prospera el agravio

- *Los intereses sobre las sumas no remunerativas*

La declaración de inconstitucionalidad de las normas colectivas reseñadas y que fueran objeto de control constitucional tiene como lógica consecuencia que se resuelva el caso prescindiendo de ellas, es decir como si no existieran (CSJN, Fallos, 202:184, 264:364) y consecuentemente con efectos retroactivos.

Ergo, si la declaración de inconstitucionalidad implica, en nuestro ordenamiento, una declaración de inaplicabilidad (cfr. Bianchi, Alberto, B., *Control de constitucionalidad*, t. I, 2a ed.,Bs.As., 2002, p. 343), cabe concluir que los intereses son debidos desde que las indemnizaciones resultaron exigibles conforme lo prevé la ley laboral.

Por estas razones es que propicio el rechazo del agravio.

- *La tasa de interés*

En primer lugar, corresponde señalar que la recurrente no cuestiona la elección de la tasa de interés en función de lo propuesto por la parte al demandar sino que solo pretende la aplicación de la tasa pasiva en función del criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptado en una causa de naturaleza previsional y del Superior Tribunal en una causa contenciosa administrativa.

Los argumentos no demuestran el error del fallo sino que tan solo evidencian la adopción de criterios diferentes en causas que también tienen su génesis en relaciones jurídicas diversas. En este contexto, la crítica a la elección que dentro del elenco de tasas activas ha efectuado la jueza de grado no ha de tener andamiaje. Por lo demás es imposible soslayar que la tasa impugnada es la que aplican las dos salas de este tribunal.

Por las razones expuestas propicio el rechazo del agravio y consecuentemente del recurso en forma integral.

4. Costas y honorarios.

Las costas de esta instancia se imponen a la demandada por aplicación del principio general de la derrota.

Los honorarios deben establecerse de conformidad con las pautas generales del artículo 5 y por aplicación de la escala específica del artículo 13 del mismo ordenamiento.

En función de lo expuesto propongo se fijen a favor de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) los establecidos en la anterior instancia y a favor del Dr. I. F. de las C. en un 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado.

A la segunda cuestión, la Dra. Alonso dijo:

Considero que corresponde dictar el pronunciamiento propuesto por el Dr. Alexandre.

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 el Dr. Nahuelanca no emite su voto.

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

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

2°) Costas de la segunda instancia a la demandada.

3°) Regular los honorarios de esta instancia de los Dres. J. H. P., E. J. M. y J. M. P., conjuntamente, en el treinta por ciento (30%) los establecidos en la anterior instancia y a favor del Dr. I. F. d. l. C. en un 25% de los que le correspondan por su labor en la instancia de grado.

4°) Tener presente la reserva del caso federal efectuada a 461 y vta.

5°) Regístrese, notifíquese, devuélvase.

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

SILVIA NOEMÍ ALONSO
Presidenta

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "L"