

//neral Roca, 28 de diciembre de 2015.

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados "ALBARRAN GISELA DEL CARMEN c/ MARTÍNEZ JOSE GUILLERMO s/ RECLAMO" (Expte.Nº R-2RO-1475-L2015- R-2RO-1475-L2-15).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaría, corresponde votar en primer término a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO: A fs.11/18 Gisela del Carmen Albarran, bajo el apoderamiento del Dr.Armando Brusain, promueve demanda contra José Guillermo Martínez, por la suma de \$ 127.541,66 en concepto de diferencia de haberes, intereses y costas.

Explica que ingresó a trabajar para el demandado en el local comercial denominado Panadería La Industrial de Choele Choel en abril/2009, destinado a la comercialización de productos de pan, confitería y venta de productos de almacén, prestando tareas de lunes a viernes de 6.30 a 12.30 hs. y de 17 a 19 hs. y los sábados de 6.30 a 13 hs.

Cuenta la demandada con dos ámbitos físicos. En uno de ellos se dedica a la elaboración de productos de pan y confitería, donde cuenta con personal específico para la producción que luego se comercializa en distintos locales comerciales de venta al público mediante la distribución de ellos. Por otro lado, un local comercial con venta al público, atendido por la actora, quien además de vender los productos elaborados en el establecimiento, vende también productos de almacén y kiosco. El pan se vende al peso y del resto se autoabastecen en góndolas y heladeras de autoservicios, por lo que su tarea también consistía en reponer heladeras y góndolas con los productos comercializados.

Los clientes son atendidos por la actora, quien además cobra y rinde la venta con responsabilidad de caja.

Al llegar realiza la tarea primordial de atención al cliente, sin perjuicio también de ocuparse del envasado y fraccionamiento del pan, como tarea anexa mas siempre complementaria, pues la prioritaria es la atención al público.

La relación laboral que recién se registró en 1-12-2013 como vendedora, omitió contemplar el tiempo desde su ingreso en abril de 2009 y consignar las sumas no remunerativas que debían ser incorporados al básico y sobre dicha suma el cálculo de todos los adicionales del CCT 130/75. Da cuenta en una comunicación telegráfica de la jornada laboral cumplida e intima que se le paguen todas las diferencias adeudadas, bajo apercibimiento de reclamar judicialmente. La respuesta se recibe en 6-8-2014

rechazando lo expresado por la actora y desconociendo la fecha de ingreso invocada, las tareas de repositora descritas, la omisión de pago y los conceptos reclamados.

Sobreviene inmediatamente después una licencia por enfermedad a consecuencia de un accidente de trabajo, sin perjuicio de lo cual nunca se adecuó lo pertinente de aquel vínculo. Tampoco se pagaron las diferencias ni se ingresaron aportes y contribuciones.

Acusa temeridad y malicia y plantea la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo conferido a los incrementos salariales del CCT 130/75.

Practica liquidación y ofrece prueba.

A fs.46 obra constancia de haberse presentado escrito de contestación de demanda fuera de término, suscripto por José Guillermo Martínez con patrocinio letrado del Dr. Juan Carlos Bruno y se fija audiencia de conciliación.

A fs.56 se homologa pacto de cuota litis.

A fs.59 se abre a prueba produciéndose a fs.74/77 informativa de Anses; a fs.81/82 la de AFIP y a fs.85 audiencia de vista de causa a la que no comparece el demandado; se desiste de las confesionales y no se exhibe la instrumental oportunamente requerida, decretándose la caducidad de la prueba pendiente de producción. Se llaman AUTOS al ACUERDO para dictar Sentencia Definitiva.

CONSIDERANDO: I. Incontestación de demanda - efectos: "...Habrà de tenerse por cierto, a partir de la ausencia de negativa a los hechos invocados y documental acompañada, en razón de la incontestación en que incurriera la accionada, lo que de acuerdo con el art.356, inc.1º, del C.P.C.C. -aplicable supletoriamente al trámite de autos por mandato del art.59 de la ley 1.504-, surte como efecto el '\...reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieran...\', como así también el de tener por reconocidos o recibidos los documentos aportados, según el caso..." Así lo sostuvimos en autos "OLIVARES INALAF JAIME WILLIANS c/ FERNANDEZ TEXEIRA ANTONIO s/ RECLAMO" (Expte.Nº 2CT-21488-09, Sentencia del 29/9/2010). Pues en la literalidad la reforma operada sobre el código ritual civil y comercial por la ley 4142 hace diferir la solución descripta de la que resulta del art.60 del cuerpo adjetivo para el supuesto de declaración de rebeldía, por cuyo medio quien obtuvo su declaración queda eximido "...de la carga de acreditar los hechos invocados, los que se tendrán por ciertos salvo que fuera inverosímiles...", desde que así como la presunción iuris tantum de verdad del art.355 siempre podrá ser desvirtuada por pruebas en contrario, la consecuencia legal de la rebeldía en nada queda exenta de idéntica posibilidad, siendo que en el citado art.60 el legislador no cerró el camino de las

facultades instructorias que al Juez otorga el art. 36, inc.2º del mismo código, en clara relativización de la categoricidad de la exención.

Atendiendo a que en la materia, tanto quien litiga contra un demandado rebelde, como quien lo hace en un supuesto de demanda incontestada -tal el de autos-, se halla en ventaja respecto de aquél que sustancia una pretensión en un juicio con controversia planteada, siendo el efecto lógico la limitación de la actividad probatoria a lo estrictamente necesario, es decir a los supuestos en que se presenta imperioso corroborar determinados hechos, sea por inverosímiles o por impertinentes.

Máxime en materia laboral, donde además de las consecuencias atribuibles a las conductas de las partes en función de los institutos del derecho procesal, rigen los propios de la normativa específica, de forma y de fondo.

En tal sentido, "...la falta de contestación de la demanda guarda sustancial analogía con el instituto de la rebeldía, ya que tanto en uno como en otro caso el silencio será o no susceptible de obrar sus efectos de acuerdo a la naturaleza de la pretensión, su legitimidad y los elementos de convicción aportados. Aun cuando el silencio adquiera plena fuerza de 'admisión', porque toda la prueba fuera documental, sólo sería admisible el reclamo en la medida que resultare ajustado a derecho..." (cfr. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado con los códigos provinciales. Análisis doctrinal y jurisprudencial", dirigido por Elena I. Highton y Beatriz Arean, Hammurabi, Tomo 7, pág.8).

De manera que en consonancia con los conceptos expuestos, se impone tener por cierto lo siguiente:

1. Hay relación laboral entre actora y demandado;
2. La accionante ingresó como vendedora a prestar servicios en el local comercial denominado Panadería La Industrial de Choele Choel en abril/2009, destinado a la comercialización de productos de pan y confitería y venta de productos de almacén (reconocimiento tácito), aunque no se podría afirmar que lo hizo como Vendedora B del CCT 130/75 por las razones que luego se desarrollarán.
3. Prestaba tareas de lunes a viernes de 6.30 a 12.30 hs. y de 17 a 19 hs. y los sábados de 6.30 a 13 hs. (reconocimiento tácito).
4. En el local comercial con venta al público, además de vender los productos elaborados en el establecimiento, se venden también productos de almacén y kiosco que los clientes retiran de góndolas y heladeras de autoservicios, donde además está obligada a reponer (reconocimiento tácito).

5. Está a cargo de la caja y en los espacios de tiempo entre la atención de un cliente y otro debe envasar y fraccionar los productos de panificación (reconocimiento tácito).
 6. La relación laboral se registró en 1-12-2013 como ingresada en tal fecha, con categoría de vendedora con un sueldo básico de \$ 2.217,50 (recibo de fs. 4 e informativa de Anses de fs. 75).
 7. Sólo se abonaba el básico sin adicional alguno (recibo de fs. 4).
 8. En 6-8-2014 remite TCL con copia a AFIP por la que reclama que se denuncie su real fecha de ingreso y se le paguen todas las diferencias adeudadas, bajo apercibimiento de reclamar judicialmente (documentales de fs. 5 y 6).
 9. En aquella oportunidad el demandado desconoce los términos de la pretensión porque los hechos invocados son falaces, con lo cual rechaza la fecha de ingreso, las tareas descriptas, adeudar los rubros reclamados y que adeude jornada extraordinaria y sumas no remunerativas (CD de fs. 8).
- II.- Encuadre convencional a los hechos: Bajo los hechos tenidos por ciertos, la pretensión ejercida se encuentra justificada sólo en algunos aspectos y otros deben ser discutidos por las razones que paso a explicar:
- El haber que abonó el demandado en diciembre/2013 (recibo de fs. 4), no se condice ni con el que correspondía a panaderos ni a comercio;
 - En diciembre/2013 el haber de escala salarial oficial para la actora del CCT 478/06 para jornada completa (panaderos con ámbito de aplicación territorial en todo el país con excepción de algunas provincias entre las que no está la de Río Negro) en categoría "vendedora" era de \$ 4.688,32 de los cuales \$ 4.508,00 eran representativos del básico y \$ 180,32 (4%) de antigüedad, sin adicionales no remunerativos en tal período;
 - En diciembre/2013 el haber básico de vendedora B del CCT 130/75 era de \$ 6.450,85 de los cuales \$ 5.202,00 eran remunerativos y \$ 728,32 (14% de básico) mas \$ 520,23 (10% de básico) no remunerativos.
 - La fecha de ingreso consignada es 1-12-2013 cuando ello había ocurrido en abril/2007.
 - Al pagarse el salario correspondiente a diciembre/2013 no se indica sobre qué convenio se abona ni por qué jornada, aun cuando el renglón "pan" del recibo de fs. 4 que adiciona \$ 25 al básico hace pensar en habérselo hecho sobre el CCT 478/06 que es el que se adecúa al ámbito de aplicación y no 231/94, destinado a regir exclusivamente en la Provincia de Buenos Aires. La suma de \$ 2.217,50 (sueldo básico allí consignado) se aproxima así a la media jornada del haber cajera de panaderos del CCT 478/06.

Este Tribunal tuvo oportunidad de expedirse sobre un caso sustancialmente similar al presente, aunque con prueba muy específica del modo en que se desarrollaba la actividad dentro del local de ventas, en 25-2-2014 en autos "Miglierini Mabel Primavera c/ Guitlein Rubén Omar". Los hechos identificados en aquel caso daban cuenta de que la allí actora se había desempeñado en el comercio de propiedad del demandado, identificado con el nombre de fantasía "La Flor del Sur", cuya habilitación comercial municipal era para la explotación del rubro "Venta de Pan y Derivados", donde además de los productos de panadería que el demandado elaboraba en la localidad de Cervantes se vendían también bebidas y artículos de almacén. Mas a pesar de ello se concluyó que la actividad principal de la explotación era la panadería, con las siguientes consignas: a) que en este local se vendían productos de panadería; b) que todos los productos de panificación que se vendían al peso eran traídos desde el local de elaboración de propiedad del demandado, donde se habían anexado productos de almacén (yerba, azúcar, aceite, fideos, arroz, sal, manteca, vino en caja, soda, etc.) y de kiosco (cigarrillos, gaseosas, alfajores, helados, cerveza, aspirinas, etc.); c) que el negocio era conocido como la panadería del barrio; y d) que era atendido por la madre del demandado y por la actora, quienes además de atender al público cobraban.

Hasta aquí lo fáctico es idéntico al caso que tenemos en mérito, de modo que lo allí sostenido sobre el encuadramiento convencional se ha de trasladar al presente, toda vez que también en aquel supuesto la actora sostenía que la relación quedó comprendida en la CCT 130/75. Aun cuando el demandado no ha contestado la demanda, o sea no ha objetado lo convencional, el Juez debe aplicar el derecho a los "hechos" de la congruencia y ser coherente con la posición que tiene el Tribunal al respecto, toda vez que no ha habido en autos ni dichos ni prueba que permitan sostener que el local vende productos de almacén, kiosco y como un adicional pan.

Según dichos de la propia actora, quien hace referencia a la reposición de los productos de góndola y el embolsado de pan para el retiro de quienes prefieran comprarlo de ese modo, claramente se expendía el producto principal al peso. Pues como dice en la demanda "...el pan se vende al peso y del resto se autoabastecen en góndolas y heladeras de autoservicio...". Por ende, la tarea prioritaria es la venta a pedido del público del pan y productos elaborados de confitería, envasado y fraccionamiento de pan y la complementaria la de almacén, que por tratarse de autoservicio se cobraban en la caja.

En aquel caso con primer voto del Dr. Walter Peña al que adhirieron los Dres. María del Carmen Vicente y Diego Brogginí, sobre el encuadramiento convencional el Tribunal

dijo: "...La actora sostiene que la relación laboral mantenida quedó comprendida dentro de la CCT 130/75 para "Empleados de Comercio", mientras que el demandado afirma que la Convención Colectiva aplicable fue la de "Empleados de Panaderías" CCT n° 478/06. Varias son las razones por las que considero que el Convenio Colectivo aplicable fue el n° 478/06, con ámbito de aplicación en todo el territorio del país (art. 3). En efecto, el artículo 4° de dicho convenio, se refiere al ámbito personal de aplicación, estableciendo que "...Comprende esta convención colectiva de trabajo a todo el personal de todos los establecimientos de panaderías, fábricas, que produzcan pan precocido y congelado, así como las bocas de expendio de los mismos, ... plantas industriales y cualquier denominación que pudiera adoptarse, afectado a la venta y/o elaboración del pan en todas sus formas, pan inglés, pan francés, malteado, lactal, hamburguesas, panchos pebetes, grisines, galletas marineras, galletas de grasa, semoladas, bollos saborizados, berlinesas, bizcochos con grasas, semolados, facturas de grasa, incluido pan de leche, tortas negras, ensaimanadas, pizzas y prepizzas, pan de graham, de soja, de fibra de salvado, chipá y cremona, precocidos y congelados y cuanta variedad existiera, ahora o en el futuro, ya sea con harina blanca y harina de cualquier color o sabor...". Por su parte, el art. 17 de dicha convención establece las categorías, previéndose en los incisos e y f, las funciones de cajera y de atención al público, tareas que efectivamente cumplía la actora. En autos quedó acreditado que la actividad del demandado, es la elaboración de pan y demás productos de panadería para su posterior comercialización y/o venta al público, teniendo la sede de la explotación en la localidad de Cervantes. Las dos actividades (elaboración y venta al público o comercialización) están comprendidas en el CCT n° 478/06, tal cual fue expuesto. Cabe señalar, que si bien, podría llegar a interpretarse que la elaboración de productos de panadería, podría quedar encuadrado dentro del amplio concepto previsto en el art. 2 del CCT 130/75 (...Este convenio será de aplicación a todos los trabajadores que se desempeñen como empleados u obreros en cualquiera de las ramas del comercio o en actividades civiles con fines de lucro..."), el inciso b) de dicho artículo, limita la aplicación a la venta al público de dichos productos al establecer textualmente: "...Panaderías y Confiterías (venta al público)...", con lo que en todos los casos la elaboración de productos de panadería nunca estuvo comprendida en el ámbito de aplicación de dicha convención colectiva. El argumento de la actora de que en el comercio habilitado en calle España n° 152 de esta ciudad no se elaboraban productos de panadería y confitería "...sino que exclusivamente se comercializaban productos traídos del establecimiento que el titular

poseía en la localidad de Cervantes...", en nada cambia la situación en cuanto al encuadramiento convencional de la reclamante, ya que sólo demuestra que el demandado habilitó una sucursal para comercializar los productos que elaboraba en la sede principal de su empresa y entonces, siempre resulta de aplicación el CCT n° 478/06, pues de acuerdo a su art. 4, están comprendidos en dicha convención también los trabajadores afectados a la venta en las distintas bocas de expendio. El hecho de que el CCT 130/75 en el art. 2 inc. b) también comprenda a los trabajadores que se desempeñen en la venta al público de panaderías y confiterías, no modifica lo expuesto, toda vez que, en principio ello tendría trascendencia sólo para los comercios en los que el proceso de elaboración les fuera totalmente ajeno. Esta situación no se verifica en autos, ya que la actividad del demandado comprende los dos procesos, el de elaboración y el de la venta al público en sus distintas bocas de expendio. A todo evento, aún en la hipótesis de estar en presencia de un conflicto entre dos convenios colectivos aplicables, la solución en este caso, desde mi punto de vista, siempre se inclinaría hacia el n° 478/06. En efecto, para dirimir la cuestión existen distintos criterios, ya que el encuadre de un dependiente dentro de un determinado convenio colectivo de trabajo no depende de la voluntad del empleador, ni tampoco de un trabajador, sino de las propias normas convencionales y de las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo (CNTrab, Sala V, "Centenaro Mirta c/Electrodomésticos Aurora S.A. s/Dif. Salariales" Se. 57004 del 30-09-97). Las normas de una convención no son voluntarias sino imperativas, categóricas, irrenunciables y sólo modificables por el mismo procedimiento o norma superior. Conforme nuestro sistema legal no puede haber dos convenios colectivos de actividad vigentes -del mismo ámbito personal, material, territorial y temporal-, valga la redundancia, para la misma actividad. Pueden existir convenios colectivos de distintos ámbitos de negociación, conforme lo autoriza el art. 21 y 25 de la ley 14.250 pero no dos con igual ámbito de aplicación. Que como pautas tomaré como referencia el más específico a la actividad principal del demandado, la representación de las partes en cada convención colectiva y la fecha de homologación por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación. Con respecto al primero, tal como lo señalé anteriormente, el demandado tiene por actividad la elaboración de productos de panadería, su comercialización y también la venta al público. El CCT n° 486/06 comprende todas esas actividades, mientras que el CCT 130/75, contempla sólo un segmento, el referido a la "venta al público", con lo que la primera está más próxima a la fuente material y a los sujetos a los que se dirige. Al respecto, César Arese, en su obra

"Derecho de la Negociación Colectiva", pág. 405 señala que: "...El criterio o vara de medida es, sustancialmente, que el acuerdo que está más cerca de la base tiene un mayor grado de aceptación, ha podido entender y comprender la realidad que se reglamenta y realiza una actividad legislativa focalizada y particularizada. De tal manera, está en posición de ocupar un lugar preeminente frente a otros convenios genéricos, alejados o mediatizados territorial o funcionalmente del ámbito en disputa...". Con relación al segundo aspecto, en el CCT 478/06 las partes intervinientes (art. 1) fueron la Federación Argentina Unión Personal Panaderías y Afines (FAUPPA) y la Federación Argentina de la Industria del Pan y Afines (FAIPA), mientras que en el CCT 130/75 (art. 1) ninguna de estas entidades intervino en la negociación, ni tampoco otras representativas de la actividad de panaderías, con lo que se suma otro argumento más para la viabilidad de la aplicación de la primer convención colectiva. Con respecto al tercer aspecto, el CCT 130/75 fue suscripto el 8 de agosto de 1975 y también homologado el mismo año, mientras que CCT 478/06 fue firmado en el año 2.006 y luego homologado por Resolución ST n° 928 del 12 de diciembre de 2.006 (B.O. 5-2-07), de manera que el primer convenio ha quedado superado por el segundo, al menos en cuanto a la actividad principal, en este caso, del demandado. Lo expuesto, me lleva a la conclusión de que el CCT n° 478/06, es el que corresponde sea de aplicación en el caso de autos, pues es posterior al 130/75, más específico y ambas partes estuvieron representadas por las asociaciones signatarias correspondientes. Refuerza lo precedentemente señalado, el hecho de que también resulta de aplicación al caso el criterio de "unidad convencional", en virtud del cual, el horizonte es la aplicación de un solo convenio ligado siempre a la actividad principal del empleador. En la obra citada en párrafos anteriores, en la pág. 399, dicho autor señala que: "...La regla interpretativa de unidad convencional tiende a evitar el dispendio normativo y la fragmentación excesiva de los regímenes laborales. La idea central es sintetizar y reunir en un mismo instrumento de negociación el conjunto de disposiciones autónomas aplicables a una empresa o actividad...", aunque dicho principio tiene excepciones cuando se verifiquen distintas actividades de un mismo empleador claramente diferenciables. Es posible que un mismo empleador lleve a cabo distintas actividades, en virtud de lo cual su personal quede comprendido en diferentes regímenes legales o convencionales, según el caso. Así se ha dicho: "La aplicación de una norma convencional se determina en función de la actividad principal desarrollada por la empresa para la cual presta servicios el trabajador, pero en los supuestos en que una empresa cuenta con distintas unidades técnicas de ejecución del

fin societario (comercial, industrial y financiero) dicha determinación deberá realizarse tomando en consideración el tipo de trabajos desarrollados por el dependiente" (CNAT sala II 30/301 "Almaraz Luisa v. Montisol Argentinas Diferencias de haberes"). Igual conclusión deriva del plenario 153 CNAT en el que se estableció que el convenio de los trabajadores de la Sanidad era aplicable a los trabajadores que se desempeñaban en el Sanatorio Central de la Unión Tranviarios Automotor. En el presente caso, si bien la actora alegó en la demanda que en el local donde trabajaba se expendían productos de almacén, siendo éstos la principal fuente de ingresos, lo cierto es que luego no quedó acreditado que la actividad de almacén haya sido la preponderante. Por el contrario, se probó que fue una sucursal de la panadería con sede en Cervantes, en donde como anexos se expendían productos de almacén y también de kiosco. En consecuencia, de conformidad con los argumentos expuestos, concluyo que el convenio colectivo aplicable a la relación laboral que mantuvieron las partes fue el n° 478/06..."

La vastedad de la argumentación esgrimida me exime de mayores comentarios en relación al tema, pues creo que con el desarrollo diseñado ha quedado debidamente explicitada en toda la esencia de encuadramiento convencional. Por ende, las diferencias de haberes se acogen por la escala salarial correspondiente a cada período que va desde agosto/2012 hasta febrero/2015.

III.- Sumas no remunerativas: En cuanto al pedido de inconstitucionalidad de las sumas no remunerativas pactadas convencionalmente entre empleadores y trabajadores del CCT 130/75, he de referirme a solo algunas del CCT 478/06 que es el aplicable al caso, por los pocos períodos en que ellas se pactaron. Este Tribunal en consonancia con los fallos de la CSJN ha venido sosteniendo lo pedido en tal sentido, sustentado en los argumentos que a continuación se esgrimen:

1) Las previsiones de los arts. 103 y 103bis de la LCT y art. 1° del Convenio 95 de la OIT -de rango supralegal según el art. 75 inc. 22, primer párrafo, de la Constitución Nacional-

2) Más allá de la pretensión de las partes firmantes de un convenio colectivo al asignar otra naturaleza jurídica al haber, las partes colectivas no tienen autonomía para cambiar el soporte que justifica los conceptos definidos por la legislación como salario o remuneración, pues de lo contrario se violarían los arts. 12 de la LCT y 7° de la Ley 14.250.

3) El primer fallo de este Tribunal caratulado "García, Adrián c/ Roymar SRL y otros s/ Reclamo" (Expte. N° 2CT--22174-09) dijo que "...las partes colectivas no tienen

autonomía para cambiar la naturaleza jurídica de los conceptos definidos por la legislación como salario o remuneración, pues de lo contrario, se violarían los arts. 12 de la LCT y 7º de la Ley 14.250 ... Mario Ackerman, en su obra Tratado de derecho del Trabajo, T. III, pág. 163 señala 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 arts. 103 bis y 106 de la LCT, y que el carácter remuneratorio de los salarios percibidos en concepto de horas extra no puede ser modificado por disposición convencional. Esta doctrina encuentra fundamento en el sistema de ordenación de las fuentes de regulación que adopta el régimen legal argentino, según el cual las disposiciones de las convenciones colectivas deben ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo y una norma estatal no puede ser modificada in peius para el trabajador por una norma convencional colectiva (arg. art. 7, ley 14.250), excepto cuando el propio legislador ha habilitado espacios de disponibilidad colectiva...". Luego agrega que: "...esta solución resulta ser aplicación, en el plano laboral, del carácter imperativo de normas de orden público laboral que limitan la autonomía individual y colectiva (arts. 12, LCT y 7, ley 14.250). En el ámbito de la seguridad social, son los intereses de la comunidad involucrados en la financiación del sistema los que aconsejan limitar la autonomía de las partes para alterar -directa o indirectamente- la base de cotización. Como señala Vázquez Vialard, el aporte a cargo de los trabajadores y empleadores al régimen de la seguridad social no puede quedar librado a la negociación que éstos realicen a fin de determinar su contribución; la misma debe ser fijada por ley, sin perjuicio de considerar ésta las distintas situaciones que se plantean y la necesidad de contar con los fondos suficientes para afrontar el pago de las prestaciones. De acuerdo con ello, en ese ámbito, no tendría validez lo decidido a nivel convencional colectivo respecto del carácter `no remunerativo` de lo percibido por el trabajador como contraprestación de su aporte

laboral...".

4) La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Pérez, Aníbal Raúl c/ Disco S.A." (Sent. 1° de septiembre de 2.009) declaró la inconstitucional del inc.c) del art. 103 bis de la LCT (según texto Ley 24.700) y para ello se basó en lo que debía entenderse por remuneración o salario. En esa causa el actor había reclamado por la remuneratividad de los vales alimentarios que regular y mensualmente le entregaba su empleadora con base en el art. 103 bis inc.c) de la LCT, para que fuesen considerados salario y por ende sumados a la base remuneratoria destinada al cálculo de las indemnizaciones por despido. A tal fin planteó la inconstitucionalidad del artículo de marras en cuanto calificaba a dichos vales como beneficios sociales no remunerativos. Sostuvo el Alto Tribunal que: "...5°) Que, en tales condiciones, es preciso entender que 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: 327:3677, 3689 y 3690; Aquino, Fallos: 327:3753, 3770 y 3797), perderían buena parte de su sentido y efectividad si no expresaran una conceptualización del salario que posibilitara su identificación. Los derechos constitucionales, ha sostenido esta Corte al examinar una cuestión de índole laboral aunque con alcances no acotados a ese campo, tienen un contenido inserto en la propia Constitución pues, de lo contrario, debería admitirse una conclusión insostenible y que, a la par, echaría por tierra todo control de constitucionalidad: que la Constitución Nacional enuncia derechos huecos, a ser llenados de cualquier modo por el legislador, o que no resulta más que un promisorio conjunto de sabios consejos, cuyo seguimiento quedaría librado a la buena voluntad de este último. Ello muestra que la determinación de dicho contenido configure, precisamente, uno de los objetos de estudio centrales del intérprete constitucional (Vizzoti, cit., p. 3688; asimismo: Sánchez c. ANSeS, Fallos: 328:1602, 1623/1624, voto del Juez Maqueda). Al respecto, aún cuando a conclusiones análogas a las que inmediatamente serán sentadas, conduciría el estudio del art. 14 bis y de otras normas del ya señalado bloque de constitucionalidad, corresponde centrar la atención en los arts. 6° y 7° del PIDES puesto que, al resultar interdependientes (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general n° 18. El Derecho al Trabajo, 2005,E/C.12/GC/18, párr. 8), proporcionan, con entera sencillez y elocuencia, pautas decisivas para esclarecer la antes mencionada conceptualización y, por ende, para resolver el sub lite. En efecto, dado que el primer precepto dispone que el derecho a

trabajar `comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo`...(inc. 1º, *itálicas agregadas*), y el segundo califica, cuando dicha oportunidad se materializa mediante un trabajo en relación de dependencia, como `salario`o `remuneración` la prestación debida por el empleador al empleado, es necesario concluir, entonces, en que resulta inadmisibile que caiga fuera del alcance de estas últimas denominaciones una prestación que, como lo vales alimentarios en cuestión, entrañó para el actor, inequívocamente, una `ganancia`y que, con no menor transparencia, sólo encontró motivo o resultó consecuencia del mentado contrato o relación de empleo...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 (doctrina de *Ínta Industrial Textil Argentina S.A. s/Apelación`*, Fallos: 303:1812 y su cita), sobre todo cuando cualquier limitación constitucional que se pretendiese ignorar bajo el ropaje del nomen juris sería inconstitucional (Fallos: 329:3680)....". En el considerando 7º) se señala que: "...De consiguiente, así como es indudable que `salario justo, `salario mínimo vital móvil`, entre otras expresiones que ya han sido recordadas, bien pueden ser juzgados, vgr., en punto a la relación adecuada entre los importes remuneratorios y las exigencias de una vida digna para el empleado y su familia, también lo es que, además de ello, el salario se proyecta con pareja intensidad a otro costado de la dignidad del trabajador. Se trata, en breve, de que es preciso y necesario que a la persona trabajadora le sea reconocido, de manera tan plena como sincera, que se ha `ganado la vida` en buena ley, que toda ganancia que obtiene del empleador con motivo o a consecuencia del empleo, resulta un salario, una contraprestación de este último sujeto y por esta última causa..."

5) Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos "González, Martín Nicolás c/ Polimat S.A. y Otro" (Sent. del 19 de mayo de 2010) declaró la inconstitucionalidad de los Decretos 1273/02, 2641/02 y 905/03 en cuanto desconocían la naturaleza salarial de las prestaciones que otorgaban. Dichos Decretos establecieron para los trabajadores del sector privado comprendidos en convenciones colectivas de trabajo -con excepción de los rurales y los del servicio doméstico- un incremento salarial denominado asignación mensual no remunerativa de carácter alimentario, fijado de manera escalonada entre el 1º de julio de 2.002 y mayo de 2.003. En dicha causa, la Corte se remitió a las consideraciones y conclusiones expuestas en "Pérez c/ Disco S.A.", agregando en el considerando 5º que: "...en el presente litigio está fuera de todo debate que el desconocimiento de la naturaleza salarial de la prestación dispuesta por

los decretos impugnados produjo una disminución en el importe del sueldo anual complementario. Pero también lo hizo del correspondiente a las indemnizaciones por despido sin justa causa y por vacaciones, lo cual posibilita añadir las siguientes consideraciones. Respecto del primero de estos dos últimos renglones, resulta notorio que la calificación del concepto litigioso trastornó la finalidad reparadora del régimen indemnizatorio (Ley de Contrato de Trabajo, art. 245), reglamentario del art. 14 bis en cuanto ordena que la ley protegerá al empleado contra el `despido arbitrario`, por cuanto condujo a que la indemnización termine desconociendo la concreta realidad a la que quiso atender, a causa de limitaciones a uno de los elementos de cálculo de aquella que, precisa e inequívocamente, constituye uno de los dos indicadores de esa realidad: el salario realmente percibido por el trabajador despedido (Vizzotti, fallos:327:3677,3686...").

6) En acuerdo paritario, por imposición reglamentaria o por decisión legislativa, el salario participa de una conceptualización propia en la órbita constitucional que no puede ser mutada, so pena de cambiar la naturaleza de las cosas. Esto no es ni más ni menos lo que dice la CSJN en los precedentes citados. La remuneratividad del salario es un mínimo inderogable con las pocas excepciones de aquellos rubros que han quedado definidos de otro modo, por las particulares condiciones en que se da y volver sobre ello a esta altura de los antecedentes es ocioso y reiterativo a menos que se concediera algún margen a los negociadores colectivos bajo determinadas circunstancias ajustadas a la doctrina de la emergencia, donde con carácter temporal y limitado para permitir los acuerdos, se extiendan fundada y muy coyunturalmente al régimen de la ley 14.250.

7) La perversidad de las mecánicas utilizadas en estos últimos años para dar sustento a acuerdos de este tenor, no solo han contribuido a privar a los regímenes de seguridad social de ingresos, sino que han generado la nivelación hacia abajo, en tanto por dichos conceptos las escalas salariales quedaban descompensadas en términos reales, dando lugar a pirámides achatadas en que se omitió asegurar igual remuneración por igual tarea.

8) Descartada claramente la naturaleza no remunerativa, pues no se trata de supuestos que pudieran enmarcarse en la condición de beneficios sociales, cuyo examen debe ser restrictivo a fin de que por este medio se intente burlar la normativa general y eximir el cumplimiento de cargas previsionales, los conceptos de "Pérez c/ Disco" y "Gonzalez c/ Polimat", son sumamente claros en cuanto al alcance que se da a las sumas percibidas por el trabajador, más allá del nomen iuris. "...El principio de afianzar la justicia y la

garantía de una retribución justa exigen que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de sus valores y a la finalidad de cada una de ellas..." (fallos CSJN: 297:201; 381:700 y otros).

9) Cuando la fuente normativa sea el convenio colectivo de trabajo, hay quienes consideran innecesario examinar la validez constitucional, pues el cotejo lleva necesariamente a la conclusión de que se ha hecho una modificación in peius. Por aquellos tiempos el apoyo del Ministerio de Trabajo y Secretarías de Trabajo, quedó habilitado fácticamente aunque en mi opinión no jurídicamente. Al momento de homologar cláusulas convencionales con el pago de sumas no remunerativas formuladas en paritarias, el Estado mismo había dispuesto el pago de sumas no remunerativas a dependientes privados mediante decretos y hubiera sido la autocontradicción su denegatoria (art. 7 ley 14250). Tal como lo dijo el Dr. Mario Ackerman, según el párrafo 1 del art. 7 de la ley 14250 "...las convenciones colectivas deben ajustarse a las norma legales que rigen las instituciones del Derecho del Trabajo y una norma estatal no puede ser modificada in peius para el trabajador por una norma convencional colectiva (arg. art. 7, ley 14.250)...". La Dra. Silvia Pinto Varela al tratar el tema específico en Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada (Segunda Edición actualizada coordinada por Raúl Horacio Ojeda, TII, pag 170 y siguiente) luego de referir a las definiciones de la CSJN en "Pérez c/ Disco" dice lo siguiente: "...Este criterio ha sido reiterado por la Corte Suprema en autos "González Martín Nicolás c/ Polimat SA" del 19 de mayo de 2010 aunque referido a los decretos de sumas no remunerativas del PEN. En dichos precedentes si bien el alto tribunal declara la invalidez constitucional de los vales alimentarios y de los decretos de sumas no remunerativas respectivamente, lo cierto es que es muy claro en cuanto al alcance que le da a sumas percibidas por el trabajador...En la especie, es otra la fuente normativa: el convenio colectivo de trabajo que emana de la autonomía de la voluntad de las partes colectivas. Desde tal orden de saber, consideramos que no resulta necesario examinar su validez constitucional, sino tan sólo efectuar un cotejo entre lo establecido en el acuerdo colectivo y lo dispuesto en el art. 103 de la LCT. Repárese en que tanto el artículo 8º de la LCT como el artículo 7º de la ley 14250 establecen que las disposiciones de los convenios colectivos deberán ajustarse a las normas legales que rigen las instituciones del derecho del trabajo, a menos que las cláusulas convencionales resultaran más favorables para los trabajadores. De no ser así, resulta ineficaz la autonomía colectiva pues implicaría modificar in peius una disposición legal y por ende

no resulta válida ni aplicable la cláusula convencional. En el caso, las partes colectivas le asignan carácter no salarial a sumas a percibir por los trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, lo que implica una modificación peyorativa de lo establecido por la ley en el artículo 103...". Según esta posición, debería llegarse en el marco del derecho privado a la sustitución de pleno derecho del carácter no remuneratorio de la suma en cuestión, por el remuneratorio, pues así debe ser considerado todo cuanto se abona como contraprestación del trabajo prestado o en ocasión del mismo, a excepción del examen restrictivo de los llamados beneficios sociales cuando los hubiera.

10) Tenemos pues que se impone expedirnos por la inconstitucionalidad de la homologación llevada adelante por el Ministerio de Trabajo en las oportunidades en que dictando las Resoluciones 508/2008, 570/2009, 143/2010, 782/2010, 685/2011, 829/2012 y 645/2013 dio efecto erga omnes a los aumentos salariales mal denominados "no remunerativos", pues violando el orden público laboral individual del dependiente y de la seguridad social no se cumplió con el debido control de legalidad previsto en el art. 4 de la ley 14250.

11) He de agregar la nueva doctrina de la CSJN en materia remuneratoria cuando en el fallo "Díaz Paulo Vicente c/ Quilmes SA y Maltería" del 4-6-2013, descalificó la validez del derogado art. 103 bis, inciso c de la LCT en su aplicación al caso, así como la cláusula convencional mediante la cual se pactó el "Anticipo Acta Acuerdo Noviembre 2005 con carácter no remunerativo".

IV.- Liquidación: Por ende, no solo no se aplica en la especie el CCT 130/75, ni tampoco el 231/94 el cual, no obstante referir a la actividad de panaderos, carece de aplicabilidad al caso pues, el art. 3 de tal convención establece como ámbito territorial exclusivamente a la Provincia de Buenos Aires, habiendo sido concertado entre la FEDERACIÓN INDUSTRIAL PANADERIL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES y la FEDERACIÓN OBREROS Y EMPLEADOS PANADEROS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

El que corresponde al caso es el 478/06 cuyas partes intervinientes son la Federación Argentina Unión Personal Panaderías y Afines (FAUPPA), asociación civil de segundo grado y la Federación Argentina de la Industria del Pan y Afines (FAIPA), de quienes se destaca que reúnen la capacidad representativa legal tanto de empleadores como de trabajadores con ámbito de aplicación a todo el territorio del país, a partir del cual podrán establecerse apartados de cada lugar o zona, conforme con las características de

las mismas, siendo respetados, asimismo, todos los acuerdos superiores que pudieran existir en distintas provincias o jurisdicciones, homologados o no, los cuales formarán parte del convenio colectivo de trabajo en carácter de apartado del lugar. También aclara que los nuevos acuerdos zonales pasarán a formar parte de este convenio colectivo de trabajo como apartados, respetándose todas las cláusulas superiores, con la excepción de las escalas salariales y categorías, que serán uniformes en todo el país. Las provincias o zonas podrán firmar acuerdos económicos de mayores alcances, que deberán encuadrarse como presentismo, puntualidad, escalafón u otros adicionales. El art. 8 prevé el escalafón por antigüedad comprensivo de una bonificación mínima por cada año de servicio del 1% de la remuneración, pagadera en la misma forma y plazo del salario, el que se eleva al 1,5% al pasar los 15 años de antigüedad. El art. 17 define dentro de las categorías laborales a "Cajero/cajera", quien se limitará a atender la caja cobrando las ventas al público, pero si su empleador lo considera necesario, deberá también atender al público despachando mercaderías, cumpliendo funciones de dependiente a mostrador.

Por acuerdo local a regir para las provincias de Río Negro y Neuquén se dispuso en tal ámbito territorial un 5% por zona desfavorable

En atención a lo expuesto, se hace lugar a la demanda por diferencia en la liquidación de haberes de la actora mas no de conformidad con las cuentas de fojas 16/17 sino sobre el importe que representaba en cada período la escala salarial que con sus remunerativos y no remunerativos tendrá las bases que a continuación se explicitan:

- Entre agosto y octubre/2012: básico + antigüedad + zona= \$ 3.685,75.
- Noviembre/2012: básico + antigüedad + zona= \$ 3.793,90.
- Diciembre/2012: básico + suma no remunerativa + antigüedad + zona= \$ 4.226,50.
- Enero a abril/2013: básico (la SNR de diciembre se incorporó al básico)+ antigüedad + zona= \$ 4.226,50.
- Mayo a agosto/2013: básico + antigüedad + zona= \$ 4.595,13.
- Setiembre a diciembre/2013 y enero y febrero/2014: básico + antigüedad + zona= \$ 4.922,73.
- Marzo a mayo/2014: básico + suma no remunerativa + antigüedad+ zona= \$ 6.473,37.
- Junio/2014: básico + antigüedad + zona= \$ 6.645,91.
- Julio a octubre/2014: básico + antigüedad + zona= \$ 7.172,86.
- Noviembre/2014 a febrero/2015: básico + suma no remunerativa + antigüedad + zona= \$ 8.450,53.

A consecuencia de lo que antecede, aplicaré los mismos períodos que detalla la liquidación y sus deducciones en sumas globalizadas tal como lo hizo la actora aplicando al efecto los intereses desde cada período globalizado.

Así las diferencias son las siguientes:

- Entre agosto/2012 y abril/2013 debió cobrar \$ 35.983,65 y cobró \$ 28.500 por lo que la diferencia es de \$ 7.483,65.
- Entre mayo y octubre/2013 debió cobrar \$ 28.225,98 y cobró \$ 22.750 por lo que la diferencia es de \$ 5.475,98.
- En noviembre/2013 debió cobrar \$ 4.922,73 y cobró \$ 4.000,00 por lo que la diferencia es de \$ 922,73.
- Entre diciembre + SAC/2013 y abril/2014 debió cobrar \$ 30.175,31 y cobró \$ 28.517,50 por lo que la diferencia es de \$ 1.578,81.
- Entre mayo/2014 y febrero/2015 debió cobrar \$ 83.161,05 y cobró \$ 57.035 por lo que la diferencia es de \$ 26.126,05.

A ello se le aplican los intereses de la tasa activa cartera general (préstamo) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina según fallo del STJRN en autos "Loza Longo" (27-05-2010) calculados al 31-10-2015 y a partir del fallo "Jerez" dictado en 24-11-2015 por el STJRN la tasa establecida por el Banco de la Nación Argentina para préstamos personales libre destino (operaciones de 49 a 60 meses) que son los que se seguirán devengando. Por ende, las cuentas quedan al siguiente tenor:

agosto/2012 a abril/2013 \$ 7.483,65.

intereses (57,13%) \$ 4.275,40.

mayo a octubre/2013 \$ 5.475,98.

intereses (47,83%) \$ 2.619,16.

noviembre/2013 \$ 922,73.

intereses (46,28%) \$ 427,04.

diciembre/2013 a abril/2014 \$ 1.578,81.

intereses (37%) \$ 584,16.

mayo/2014 a febrero/2015 \$ 26.126,05.

intereses (16,44%) \$ 4.295,12.

total al 31-10-2015 \$ 53.788,10.

Se deniega sin embargo la pretensión de aplicar el art. 275 LCT, toda vez que no se observa con la evidencia que la actora pretende que se haya violado por parte del demandado el deber de lealtad procesal mediante la interposición de defensas abusivas

o maliciosas en el sentido de articulaciones manifiestamente improcedentes. Por el contrario, la incontestación de demanda allanó el camino al dictado de esta sentencia sin especulaciones inconducentes o innecesarias.

Las costas se imponen en proporción a las respectivas condiciones de gananciosos y perdedores por el criterio objetivo de la derrota previsto en el art. 68 del CPCyC.

TAL MI VOTO.

Los Dres. María del Carmen Vicente y Diego Jorge Brogginí, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la SEGUNDA CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL, con asiento en esta Ciudad;

RESUELVE: I.- HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda y en consecuencia condenar a JOSÉ GUILLERMO MARTÍNEZ a pagar a GISELA DEL CARMEN ALBARRAN, en el plazo DIEZ DIAS de notificado, la suma de \$ 53.788,10 en concepto de diferencias de haberes del período agosto/2012 y febrero/2015, importe que incluye intereses en los términos explicitados en el considerando calculados hasta el 31-10-2015, sin perjuicio de los que se siguen devengando con las particularidades que en el mismo capítulo se destacan. Con costas al demandado a cuyo efecto se regulan los honorarios del Dr. Armando Silverio Brusain en su carácter de apoderado y patrocinante de la actora en la suma de \$ 10.500,00 y los del Dr. Juan Carlos Bruno por la única presentación hecha representando al demandado en la suma de \$ 3.300,00 (m.b.\$ 53.788,10, arts. 6,7,8, 9, 40 y cc. de la LA).

II.- RECHAZAR PARCIALMENTE LA DEMANDA en cuanto al encuadramiento convencional lo que en términos económicos se traduce en la diferencia entre lo reclamado por capital y lo acogido favorablemente por el mismo concepto. Costas a cargo de la actora, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. Armando Brusain en \$ 11.700,00, sin arancelar por ello al Dr. Juan Carlos Bruno, toda vez que la decisión es oficiosa del Tribunal y no forma parte de los argumentos introducidos por la parte demandada ya que la demanda ha sido contestada fuera de término y ordenada su exclusión en autos (m.b.\$ 85.954,44: \$ 127.541 - \$ 41.587,22 acogidos favorablemente, Arts. 6,7,8, 9, 40 y cc. de la LA).

III.- Los honorarios de los profesionales se han regulado teniéndose en cuenta el importe pecuniario del proceso, importancia de los trabajos realizados y calidad y extensión de los mismos.

IV.- Con la presente por secretaría se practica la planilla de impuestos, sellados y

contribuciones y se notifica con la sentencia, debiendo ser abonada por la empleadora condenada en costas conforme lo dispuesto por la Ley 3234 y dentro del término de quince días de notificada la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Código Fiscal. Regístrese, notifíquese, cúmplase con Ley 869.

DR. DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal de Trámite - Sala II

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE DRA. GABRIELA GADANO

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mi: DRA. DANIELA PERRAMON

Secretaria