



NEUQUEN, 1 de Septiembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**JABAT ELISA ESTHER C/ MAXIMA A.F.J.P. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES**", (Expte. N° **394717/2009**), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:**

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 384/390 vta. que hace lugar a la demanda y condena a las empleadoras a abonar la suma de \$ 23.573 en concepto de diferencias por comisiones no abonadas a los fines de calcular indemnización del art. 245 de la LCT., aquéllas interponen apelación a fs. 393/396, cuyo traslado ordenado a fs. 397, es contestado a fs. 398/400, solicitando se rechace la apelación presentada por las demandadas, con costas.

II.- Dos son los agravios que plantea la demandada, el primero se refiere a la omisión de resolver en forma positiva y precisa la supuesta decisión de decretar la inconstitucionalidad de la norma, sosteniendo que no se puede inferir de los considerandos que se haya decidido declarar ni la inconstitucionalidad ni en su caso, de qué norma específica, tornando nula la sentencia por tal motivo.

Manifiesta que el CCT que regulaba las relaciones laborales entre Máxima AFJP S.A. y el Sindicato del Seguro de la República Argentina no es el 411/08, y que dicho número se refiere a la resolución de la secretaria de Trabajo mediante la cual homologó (el 21/04/2008), el acuerdo entre las partes para modificar algunas cláusulas del CCT, pero no existen allí los arts. 11 y 13 ni tampoco existe cláusula que los modifique en su redacción anterior.



Como segundo agravio, califica de dogmáticas las afirmaciones de la sentencia alegando que la tornan arbitraria e infundadas, porque la sentenciante sólo dice que los arts. 12 y 13 del CCT de Empresa y su resolución resultan violatorios del orden público laboral, sin expresar ningún argumento que permita conocer con claridad tal aseveración acerca de la segunda norma mencionada.

Expresa que todo Convenio Colectivo de Trabajo deber ser analizado en cuanto a su legalidad, con carácter previo a su homologación por la autoridad de aplicación y que luego de la homologación, goza del principio de legalidad.

III.- Entrando al estudio de los agravios, adelanto mi opinión en el sentido de que el recurso será rechazado.

En efecto, cuando el apelante invoca la omisión de resolver en forma positiva y precisa la decisión de decretar la inconstitucionalidad, interpreto que apunta a la inexistencia de una expresión literal que diga "declarar la inconstitucionalidad de...", ya que la magistrada a través de los fundamentos contenidos en los párrafos subsiguientes y señalando prueba producida en la causa y citando jurisprudencia, concluye que los arts. 12 y 13 del convenio colectivo de empresa y su resolución, "resultan violatorios del orden público laboral y como tal resulta reprochable constitucionalmente (art.1 convenio OIT, art. 14 bis CN y 108 LCT)" y es otra manera de expresar la frase aparentemente, reclamada por el apelante.

En función de ello, la omisión de consignar literalmente en la parte resolutive tal decisión ("declarar la inconstitucionalidad de..."), no conlleva por sí sola nulidad pretendida (eventualmente pudo ser objeto de recurso de aclaratoria, conforme el alcance del art. 166, 2º párrafo del



Código Procesal), ya que conforme lo señalado anteriormente, ordena en los "considerandos", pto. 3) "in fine" y pto. 4) (a fs. 388vta. párrafo 2), se calcule la indemnización de la actora, en base al art. 245 de la LCT (ley 25877), disponiendo una suma acorde con los lineamientos de tal norma y ello lo traslada al pto. I de la parte dispositiva (a fs. 389 vta.), con lo cual, tampoco prosperará la queja sobre falta de fundamentos para decretar la inconstitucionalidad.

En tal sentido, la SCBA, en la causa "Álvarez, Verónica Andrea" (L. 89.747, del 09/04/2008), sostuvo que;

"El art. 13 del Convenio Colectivo de Trabajo 284/1998 establece en su parte pertinente que la incidencia de las retribuciones variables en el cálculo de la indemnización del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (o que eventualmente le pudiere corresponder al trabajador de acuerdo a las normas que en cada caso fija la Ley de Contrato de Trabajo), será considerada en base a la "mejor remuneración mensual, normal y habitual efectivamente percibida por el trabajador en el período de tres meses anteriores a la extinción de la relación laboral".

"No obstante la explícita remisión a las disposiciones de la ley 20.744, el precepto en cuestión establece a los fines indemnizatorios un método de cálculo trimestral para cuantificar la "incidencia de las retribuciones variables" que colisiona con la previsión contenida en el art. 245 de aquel cuerpo normativo. Corresponde recordar que dicho artículo prevé que en los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, el empleador debe abonar 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,



percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor."

"Se sigue de ello que, al disponer un lapso menor al previsto en la Ley de Contrato de Trabajo, el Convenio Colectivo de Trabajo se ha apartado del principio consagrado en la norma de carácter genérica y superior jerarquía, limitando el derecho del trabajador como el caso que nos ocupa a ser indemnizado sobre la base de la "mejor remuneración" percibida en el transcurso de un término más prolongado, y por ende, a que el cálculo se practique sobre la base de guarismos que pueden resultar ostensiblemente diferentes a los liquidados en los tres últimos meses".

"Ha sostenido esta Corte que las restricciones establecidas por la norma del convenio colectivo no puede retacear derechos que dimanen de normas legales de jerarquía superior como es, en el caso, el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo en su correcta interpretación (cfr. causa supra citada)".

"Siendo esto así, no puede conferirse validez a la cláusula convencional bajo examen (fundamento del decisorio recurrido), en tanto cercena el derecho que le asiste al dependiente a que su indemnización por antigüedad sea calculada sobre la base de la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de duración de los servicios si fuere menor (arts. 8 y 245 párr. 4º de la L.C.T. y 7 de la ley 14.250)".

Por otra parte, si bien es cierto que hubo un error al individualizarse el Convenio Colectivo, ya que se consignó "411/08" en lugar de 284/98, ello de ninguna manera puede llevar a una confusión de la decisión, porque la magistrada al introducirse en el planteo de inconstitucionalidad planteado por la actora, analiza el CCT



284/98 (y su resolución homologatoria N° 411/08 comparándolo con el contenido de lo arts. 245 y 108 LCT) y al decidir sobre su invalidez constitucional, hace referencia a "los artículos 12 y 13 del CCT de empresa y su resolución"; y frente a esa secuencia lógica, no hay duda que se refiere al único CCT que analizó, es decir a los arts. 12 y 13 del CCT. 284/98.

Además, debo señalar que el análisis previo de legalidad que conlleva el dictado de homologación de un convenio colectivo por la autoridad administrativa (Secretaría de Trabajo de la Nación), no crea una suerte de valladar para la declaración de inconstitucionalidad de alguno de sus articulados, en caso de que resulte violatorio al orden público laboral.

En tal sentido se ha dicho que;

"El convenio colectivo, una vez homologado por la autoridad administrativa, adquiere fuerza "erga omnes". Desde dicha perspectiva, al tratarse además de una de las fuentes que regulan la relación laboral individual (art. 1 L.C.T.) que es obligatoria para todos los trabajadores y empleadores de la actividad (aun cuando no hayan suscripto el acuerdo colectivo), es pasible de declaración de inconstitucionalidad cuando el órgano judicial decide desplazar su aplicación al caso por vulnerar derechos o garantías de la Ley Fundamental. (Del voto del Dr. Stortini)." (Autos "RIOS JOSE ALBINO C/ SEARCH ORGANIZACION DE SEGURIDAD S.A. S/ DIFERENCIAS DE SALARIOS. - Ref.: Art. 1 L.C.T. - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES DEL TRABAJO. - Sala: Sala X. - Mag.: Corach. Stortini. - N° Sent.: SD. 17.088. - Fecha: 27/11/2009 - Nro. Exp. : 15.310/2008, Voces: Inconstitucionalidad).

IV.- Consecuentemente, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso presentado por la parte demandada confirmándose lo decidido en la sentencia de fs. 384/390 vta.,



en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios. Costas a la demandada, en atención a su calidad de vencida (art. 17 ley 921), debiendo regularse los honorarios correspondientes a esta instancia, bajo las pautas del art. 15 de la Ley 1594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo;

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II,**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 384/390 vta., en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Costas de Alzada a la parte demandada en su calidad de vencida (art. 17, ley 921).

III.- Fijar los honorarios correspondientes a esta instancia para los Dres. ... y ..., apoderado y patrocinante del actor, respectivamente, de PESOS SEIS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS (\$ 6.596) y de PESOS DIECISEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA (\$16.490) en igual orden, y para el Dr. ..., apoderado y patrocinante del demandado, de PESOS DIECISEIS MIL CIENTO SESENTA Y UNO (\$16.161) (art. 15, L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA