



NEUQUEN, 20 de marzo del año 2018.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**SOTO ALICIA C/ Y.P.F. S/ COBRO DE HABERES**", (JNQLA6 EXP N° 473071/2012), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y Marcelo **MEDORI** en legal subrogancia (conf. Ac. 14/2017), con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 330/333 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

a) Luego de reseñar las circunstancias que derivaron en la promoción del juicio, la recurrente señala que la prueba recabada en autos denota con suficiente claridad, que no existió un negocio bilateral, donde las partes decidieron libremente sobre la extinción del vínculo laboral ya que, en este último supuesto, la conducta desplegada antes, durante y después de la firma del acta acuerdo habría sido completamente diferente.

Destaca que una trabajadora con más de 30 años de antigüedad, a pocos años de reunir las condiciones para jubilarse, es citada por su jefe directo en forma sorpresiva a una reunión con personal de recursos humanos. Sigue diciendo que en esa reunión, y sin aviso previo, en un día común de trabajo, se le comunica que la empresa ha tomado la decisión irrevocable de desvincularla, y que frente a ello tenía dos opciones: a) firmar un documento que desconocía pero que le permitiría hacerse acreedora de una suma importante de dinero y conservar la obra social por un período de tiempo; o b) retirarse tan solo con un telegrama de despido.



Entiende que la segunda opción opera como amenaza.

Afirma que el acto se encuentra viciado por dicha amenaza y porque la trabajadora actuó con error, motivado en la falsa información suministrada por la demandada, articulada de modo intencional para intimidar a la trabajadora.

Dice que la accionada indujo a la actora a creer que la primera opción era la más conveniente, al hacerle creer que únicamente de ese modo podía obtener una compensación económica y mantener la obra social cuando, en realidad, esta última habría sido mantenida en cualquiera de las dos opciones, y con la segunda habría devengado un crédito que, según la pericia contable de autos, habría sido mayor al millón de pesos.

Considera que en el acto impugnado también se da el vicio de dolo, señalando que la demandada organizó con astucia una reunión a fin de obtener la firma de la trabajadora en un documento que le permitía tener por extinguida la relación laboral sin causa alguna, y sin necesidad de afrontar las responsabilidades indemnizatorias.

Cuestiona que la jueza de grado le haya otorgado validez al acuerdo por el solo hecho de reunir las formas.

Señala que la sentencia de grado falla en contra del principio protectorio, y de la manda del art. 9 de la LCT.

Reseña los dichos de los testigos, y se queja de que la sentencia de primera instancia considera que el único testigo válido es el señor Flores.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada no contestó el traslado de la expresión de agravios.



II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que la sentencia de grado debe ser revocada.

Tanto en autos "Carte c/ Banco Patagonia S.A." (Expte. N° 404.246/2009, sentencia de fecha 14/6/2016) como en la causa "Benedetti c/ Y.P.F. S.A." (Expte. N° 459.782/2011, sentencia de fecha 18/10/2016) resolví la nulidad de acuerdos como el que nos convoca en estas actuaciones, por entender que ellos encubrían un despido sin causa de los trabajadores.

Sin embargo, entiendo que en autos no resulta necesario analizar la validez del acuerdo en cuestión en tanto, más allá de lo que en él se dice, la propia demandada ha encuadrado la "desvinculación por mutuo acuerdo" como despido sin causa, a tenor del recibo de haberes correspondiente a la liquidación final (fs. 89 y 5), en el que consta el pago de indemnización por antigüedad, e indemnización sustitutiva del preaviso.

Resulta palmario que no obstante denominar gratificación por cese a la suma percibida por la actora, de acuerdo con el recibo de haberes la ruptura del contrato de trabajo ha sido encasillada como despido sin causa, ya que, de otro modo, no se justifica el pago de la indemnización por antigüedad y de la indemnización sustitutiva del preaviso.

Lo dicho importa la revocación de la sentencia de grado, en cuanto rechaza la demanda, debiendo abordarse la procedencia de los distintos rubros pretendidos por la parte actora.

III.- La actora pretende el pago de diferencias salariales derivadas de no computar para la liquidación de los adicionales prima zonal y prima zonal adicional Neuquén, los ítems que constan como no remunerativos en los recibos de haberes.



De los recibos de haberes acompañados a autos surge que el único rubro sobre el que no se liquidaban aportes y contribuciones es el denominado "vianda ayuda alimentaria". Esto también surge de la prueba pericial contable.

Si bien la demandada encasilló a la actora como personal fuera de convenio, afirma que el rubro "vianda ayuda alimentaria" se corresponde con el acuerdo al que arribaron con la Federación Sindicatos Unidos Petroleros e Hidrocarburiíferos; acuerdo que calificó este adicional como no remunerativo (fs. 99/101).

Ahora bien, surge del texto de la norma de homologación del acuerdo que el adicional "vianda ayuda alimentaria" viene a suplir al adicional que venían percibiendo los trabajadores del sector, con igual tratamiento para los vales de producto de compra de canasta familiar.

Consecuentemente, habiéndose excluido por ley 26.341 a los vales alimentarios de la categoría de beneficios sociales del art. 103 bis de la LCT, no corresponde que tal rubro sea incluido en esa categoría. Por ende, debe ser considerado, a todos sus efectos, como parte de la remuneración del trabajador.

En autos "Oviedo c/ Moyano" (Expte. N° 399.983/2009, sentencia de fecha 16/6/2016), adherí al voto de mi entonces colega de Sala, quién precisó: *"La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido conceptos importantes a tener en cuenta en oportunidad de otorgar carácter remunerativo o no a una prestación otorgada por el empleador. Así, al fallar la causa "Pérez c/ Disco S.A." (sentencia del 1 de septiembre de 2009), la Corte rescató que la LCT establece que habrá de considerarse salario o sueldo "la contraprestación que debe percibir el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo", concepto que coincide*



con la definición internacionalmente aceptada del Convenio n° 95 de la OIT, cuyo art. 1° caracteriza al salario como "la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por un acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo... por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por los servicios que haya prestado o deba prestar". También puso de manifiesto lo dispuesto por los arts. 6° y 7° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto a que el derecho a trabajar comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo, y que debe considerarse salario o remuneración la prestación debida por el empleador al empleado. Por ello, la Corte Suprema, en el fallo señalado, fulminó como inconstitucional la naturaleza no remuneratoria de los vales alimentarios explicando, con argumentos que también son de peso para el sub lite en atención al planteo de la demandada, que nominar como beneficios sociales a dichos vales importa mutar al trabajador en beneficiario de tales prestaciones y al empleador en beneficiador social; suplantar como causa del crédito o ganancia al contrato de empleo por un acto del empleador ajeno a este último; introducir en un nexo oneroso para ambos celebrantes una suerte de prestación gratuita por parte del empleador, traduce una calificación que resulta "poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido"... Agrego a lo dicho que la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteró los conceptos de la causa "Pérez c/ Disco", al fallar el caso "Díaz c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." (4/6/2013, ED 253, pág. 400), invalidando por inconstitucionales las cifras no remunerativas que surgen como tales sólo a los efectos de no generar cotizaciones a la seguridad social, cuando en realidad significan un pago al



trabajador en retribución a la disposición de su fuerza de trabajo.

"Iguales consideraciones merece el adicional por comida, sobre el que también esta Sala II se ha pronunciado, aunque con referencia al CCT 536/2008. En autos "Martínez c/ Perfil S.R.L." (expte. n° 413.499/2010, P.S. 2012-IV, n° 147) se dijo que "En el ya citado precedente "Pérez c/ Disco" (TySS 2009, pág. 775), cuya doctrina fuera posteriormente ratificada en "González c/ Polimat" (sentencia del 19/5/2010, LL diario del 8/6/2010, pág. 7), el máximo tribunal nacional fue terminante respecto a que "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 (doc. "Inta Industria 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 de nomen iuris sería inconstitucional (Fallos 329:3680)" y que "la indebida exclusión de conceptos que se encuentran comprendidos dentro de la noción de salario que brindan tanto las normas internacionales ratificadas por la República Argentina, como la propia legislación nacional, afecta el principio de retribución justa" (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Fayt y Argibay, considerando 11). Asimismo, surge de los fallos señalados que el concepto de remuneración debe ser interpretado a la luz de lo previsto en el art. 103 de la LCT, coincidente con la definición que de ese instituto trae el Convenio n° 95 de la OIT.

"Analizadas, entonces, las previsiones convencionales cuestionadas a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe sino concluir, en coincidencia con la a quo, que el bono de paz social y normal desarrollo de las operaciones, cuya vigencia



prorroga el art. 14 bis del CCT 536/8, como las viandas compensables en dinero que refiere el art. 34 del mismo convenio, el beneficio del art. 34 bis, la asignación por alimento/vianda -refrigerio del art. 60 y la vianda del art. 80, todos del convenio citado, constituyen una ganancia para el trabajador que reconoce como exclusiva fuente el contrato de trabajo y la prestación laboral del trabajador, por lo que su naturaleza es remunerativa, de acuerdo con el art. 103 de la LCT... Tampoco incide sobre la calificación de remunerativos de los conceptos convencionales el hecho que hayan sido establecidos como no remunerativos por la convención colectiva de trabajo ya que, tal como lo ha señalado la CNAT, la negociación paritaria no debe contener cláusulas que resulten violatorias del orden público laboral, por lo que la asignación del carácter de beneficio social a determinadas prestaciones como producto de la negociación colectiva no obliga al juez, quién lo puede incluir como parte de la remuneración (cfr. Sala X, "Brunetti c/ Telecom Argentina", 31/8/2011, LL on line AR/JUR/48447/2011; Sala II, "Giunta Parodi c/ Telecom Argentina", 30/3/2012, LL on line AR/JUR/9923/2012)".

"Asimismo, en el voto del Dr. Massei dictado en el precedente "Alcocilla" por el Tribunal Superior de Justicia sostuvo:

"Al respecto en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, integrada por conueces, en el caso: -"ARGUELLO VARELA, JORGE MARCELO c/ ESTADO NACIONAL S/ AMPARO", en su voto los Dres. ROCCA y HERRERA en el considerando 10 sostuvieron: "...Como se dijo en la instancia de origen, el carácter del suplemento mal llamado "no remunerativo" no deviene como consecuencia de la calificación unilateral que le atribuye al empleador -en este caso una autoridad nacional-, sino que nace de su propia



naturaleza, que como se aprecia es simplemente un aumento de sueldo pretendidamente encubierto" (CSJN; Fallo 316:1563 Vol.-1993).

"Ya con anterioridad el cimerio Tribunal Nacional, avalando la postura que vengo desarrollando, en el caso: "PICCIRILLI RICARDO H. y OTRO C/ ESTADO NACIONAL S/ COBRO" dijo: "...La mención de -asignación no remunerativa- (Art. 1 del decreto 2474/85) resulta poco afortunada, carente de contenido y un evidente contrasentido, en cuanto pretende negar la naturaleza del adicional que está creando, esto es, su carácter remunerativo..." (CSJN; Fallo 312: 297 y sgtes. -1989). En esta línea argumental se ha expresado la Cámara Nacional Federal Contencioso administrativo, Sala II, in re: - "MARTINEZ LOPEZ MARIA T. Y OTRO C/ MJ-ESTADO NACIONAL" (en revista-diario La Ley N° 199, del 16-10-2002, Pág. 9/10), señalando que "...Es regla general que toda prestación de carácter habitual y regular que perciba el empleado integra el concepto de sueldo... El adicional (que se lo abona como no remunerativo ni bonificable) en estudio es remunerativo porque es de carácter general... A lo que cabe agregar, que las restricciones presupuestarias esgrimidas por el Poder Ejecutivo y por la misma CS y que la apelante invoca, si bien pueden alegarse como escollo para satisfacer la adecuación necesaria de los salarios, carecen de entidad para transformar en no remuneratorio el emolumento reconocido, pues la naturaleza jurídica del suplemento se determina objetivamente de acuerdo al modo implementado, la contraprestación que retribuye y la finalidad que persigue su concreción, y de ningún modo su naturaleza salarial puede depender de las circunstanciales necesidades presupuestarias de quienes administran la hacienda pública..."...Por consiguiente, todo rubro dinerario que se abone al trabajador en forma mensual, normal y habitual integra la base para determinar la indemnización



por despido, salvo que la misma encuadre dentro de los supuestos previstos por el artículo 103 bis y 106 (conforme las circunstancias fácticas del caso en este último supuesto), correspondiendo al empleador la demostración de que se está en presencia de la excepción que invoca.

"Para ello no resulta necesario plantear la inconstitucionalidad de la norma -cualquiera sea su naturaleza-, toda vez que se trata de una interpretación de la naturaleza jurídica del adicional que se menciona como no remunerativo, cuestión esta que le incumbe al juzgador".

De lo dicho se sigue la procedencia de las diferencias salariales reclamadas por la parte actora por la suma de \$ 4.037,70.

IV.- A efectos del cálculo de los rubros indemnizatorios tomo como mejor remuneración la suma de \$ 10.584,00, conforme pericial contable, la que incluye el adicional "vianda ayuda alimentaria".

No corresponde computar en esta base de cálculo el rubro "GxC", toda vez que surge del informe pericial contable que, si bien era habitual, su pago se realizaba una vez al año, no surgiendo de la prueba aportada a la causa que su devengamiento fuere mensual.

Luego, teniendo en cuenta que el acuerdo resolutivo -despido- lleva fecha 1 de diciembre de 2010, corresponde se le abone a la trabajadora la integración del mes del despido por la suma de \$ 10.584,00 (art. 233, LCT).

También resulta procedente la indemnización sustitutiva del preaviso, por la suma de \$ 21.168,00 con más su SAC por \$ 1.764,00.

Respecto de la indemnización por antigüedad la base de cálculo es la suma de \$ 11.466,00, en tanto ya he



sentado posición respecto a que corresponde la inclusión en ella del SAC.

Conforme lo he dicho en autos "Cañicura c/ Empresa Zille SRL" (sentencia del 5/7/2011, Sala II, P.S. 2011-IV, f° 707/719): *"Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno (por mayoría) que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/ Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982).*

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolia, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustentó), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC.



"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439).

"El sueldo anual complementario es una remuneración adicional que se devenga mes a mes ya que, de otro modo y como bien lo pone de manifiesto el a quo, no tendría razón de ser el pago proporcional dispuesto en el art. 123 de la LCT. Por tanto, y conforme ya lo adelantara, corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo, la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto de que aquella reparación -tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado (que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y, consiguientemente, del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado, el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes".

No corresponde abordar la cuestión referida a la aplicación del tope previsto en el art. 245 de la LCT, en tanto el mismo no fue invocado por la parte demandada.



Luego teniendo en cuenta la antigüedad de la trabajadora al momento del distracto (31 años), la indemnización por antigüedad asciende a la suma de \$ 355.446,00.

V.- Respecto de las multas previstas en la ley 25.323, entiendo que la del art. 1 no resulta procedente.

En autos "Vilurón c/ Centro Médico Neuquén" (Expte. N° 355.557/2007, sentencia de fecha 17/3/2011) sostuve que *"no corresponde que la demandada abone el recargo indemnizatorio del art. 1 de la Ley 25.323. En efecto, la norma referida establece la duplicación de la indemnización por antigüedad cuando se trate de una relación laboral que al momento del despido no estuviese registrada o lo estuviere deficientemente. Con relación a la registración deficiente debe entenderse que el objetivo de la ley es erradicar el trabajo en negro clandestino mediante una condena pecuniaria, por lo que en este supuesto debe estarse a lo dispuesto en los arts. 7, 9 y 10 de la Ley 24.013 y no al criterio amplio por el cual quedaría comprendido todo supuesto en que se distorsione algún dato de la relación de empleo. Consecuentemente, en el supuesto que la trabajadora, como en autos, no haya sido registrada con la categoría que efectivamente desempeñaba no corresponde el agravamiento indemnizatorio del art. 1 de la Ley 25.323 (cfe. CNAT, Sala 7º, "Rossi c/ PC Arts Argentina", Lexis n° 13/11558)".*

En autos se da la misma situación, en tanto la defectuosa registración provendría de la consideración como no remunerativo de rubro "vianda ayuda alimentaria", la que en realidad fue liquidada en tal carácter en base a un acuerdo homologado por el Ministerio de Trabajo de la Nación, por lo que más allá de lo que se ha resuelto en autos, considero que no puede imputarse a la demandada una incorrecta registración de la relación laboral.



Respecto de la multa del art. 2 de la ley 25.323, entiendo que corresponde su aplicación, pero en un 50%, toda vez que la demandada fue intimada al pago de las indemnizaciones de ley.

Tengo en cuenta, para su morigeración, la existencia del acuerdo rescisorio, que pudo haber hecho creer a la demandada que nada más debía a quién fuera su empleada. Asimismo su cálculo debe hacerse sobre la diferencia entre lo abonado a la trabajadora y lo pendiente de pago.

Conforme lo dicho la multa del art. 2 de la ley 25.323 progresa por la suma de \$ 80.620,00.

VI.- El monto total de los rubros adeudados a la actora asciende a la suma de \$ 473.619,70; importe del cual debe deducirse lo ya abonado a la demandante en concepto de indemnización por antigüedad (\$ 289.655,12) y de indemnización sustitutiva del preaviso (\$ 18.687,44), por lo que la demanda progresa por la suma de \$ 165.277,14.

VII.- Llegado a este punto no puedo ignorar que en el acuerdo celebrado entre las partes, la actora se comprometió a no reclamar nada más a la demandada como consecuencia de la relación laboral que las unió.

Ahora bien, como ya lo desarrollé dicho acuerdo no puede ser considerado como de finalización de la relación laboral por mutuo acuerdo, en tanto de la propia conducta de la demandada surge que se trató de un despido sin causa.

Podría entenderse como un acuerdo transaccional o conciliatorio, pero para ser considerado válido debe reunir los requisitos del art. 15 de la LCT, los que se encuentran ausentes.

Por tanto dicho acuerdo resulta inoponible a la trabajadora, en tanto se trata de un acto realizado en fraude



a la ley laboral, por lo que debe ser considerado nulo (art. 14, LCT) en aquellos aspectos que importen renuncia de derechos por parte de la actora.

VIII.- El capital de condena devengará intereses desde la fecha de la mora (1 de diciembre de 2010) y hasta su efectivo pago, el que se liquidará de acuerdo con la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

IX.- Las denuncias ante la AFIP requeridas por la parte actora pueden ser efectuadas por la misma accionante -si lo entiende procedente-, sin necesidad de intervención judicial.

X.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y revocar el decisorio apelado.

Recomponiendo el litigio se hace lugar a la demanda, condenando a la demandada a abonar a la actora, en el plazo previsto por el art. 51 de la ley 921, la suma de \$ 165.277,14 con más sus intereses de acuerdo con lo determinado en el Considerando respectivo.

Las costas por la actuación en ambas instancias son a cargo de la demandada vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en el 22,4% de la base regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594), en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ...; 10,2% de la base regulatoria, en conjunto, para los letrados patrocinantes de la parte demandada Dres. ... y ...; 1% de la base regulatoria para la Dra. ..., por su actuación a fs. 144/148; y 4,48% de la base regulatoria para el Dr. ..., apoderado de esta última parte,



todo de conformidad con los prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada del Dr. ... se regulan en el 7,84% de la base regulatoria (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Marcelo MEDORI dijo:

I.- Que adhiero en su mayor parte con el voto que antecede en punto al análisis y conclusión relacionados con la validez del acuerdo de extinción del contrato de trabajo entre el actor y la empleadora, y a partir de ello, la revisión de los rubros incluidos en la base salarial a los fines del cálculo de las indemnizaciones derivadas de ello, y en particular, con la que excluye el individualizado como "GxC" (punto II y 2do. Párrafo del IV).

Sin embargo, habré de disentir con el reconocimiento de la existencia de diferencias de haberes y en la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), para concluir que el único crédito a favor de la actora se deriva de la insuficiencia del pago de la correspondiente a la sustitutiva del preaviso no gozado, conforme el criterio de interpretación por el que el adicional por "vianda ayuda alimentaria" ni la proporción del sueldo anual complementario procede incluirlos dentro del valor base.

Conforme a los citados argumentos, es que propiciaré al acuerdo se revoque la sentencia, y haciéndose lugar parcialmente al recurso, condenar a la demandada al pago de la suma de \$39,77, dentro del plazo de diez días de notificada la presente, con más los intereses conforme a la tasa y cómputo señalados en el voto que antecedente, y con rechazo de las multas previstas en la Ley 25323.



A.- Que en la causa "TORO MARIN RODRIGO C/ TWARDOWSKI MATIAS MARCOS S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (EXP JNQLA1 N° 504974/2015-Sent. 30.05.2017), expresé:

"Que en lo que resulta de interés respecto a la integración de los rubros indemnizatorios, vale anticipar que el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo estipula concretamente en lo pertinente: "Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a UN (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de TRES (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. .." (según ref. art. 5 de la ley 25.887 B.O. 19.3.2004)(cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 103 y ss. de la L.C.T.; y 377 9 y 386 del Cód. Proc.).

"La doctrina y jurisprudencia se encuentra dividida en el tema en cuestión. Se ha considerado en particular que el recaudo de "mensual", significa que no se debe incluir en la base a considerar aquello que aun siendo remuneratorio, no se liquida y percibe en forma mensual, excluyendo por ello el aguinaldo y otras prestaciones que por su naturaleza no son susceptibles de ser ganadas todos los meses. (p. 1201, t. II, Derecho del Trabajo y de la Seguridad social, Julio Armando Grisolia). "La remuneración que se toma para el cálculo debe ser la mejor, pero con la condición de que a la vez sea normal y habitual. No se computan por tanto los pagos no mensuales (gratificaciones, sueldo anual complementario) o que no son habituales pues dependen de hechos contingentes que no se repiten regularmente (premios extraordinarios). La retribución correspondiente a horas



extraordinarias será computable en la medida en que se las trabaje habitualmente. ...Cabe observar que cuando el despido coincide con la finalización de un lapso no remunerado (servicio militar, período de espera por enfermedad) una importante corriente jurisprudencial considera aceptable como remuneración base la que el trabajador habría devengado en el momento del cese (básico de convenio, salario mínimo, vital y móvil o salario de la categoría en la empresa según el caso) con el objeto de impedir el otorgamiento de una indemnización sobre la base salarial desactualizada. ..Por normal se entienden aquellas situaciones que sirven de norma o regla, o desde otro punto de vista, las cosas que se hallen en estado natural. Habitual, por su parte es sinónimo de periodicidad o continuidad, según la definición de la 504974/2015 mayoría en el Plenario Piñol, Cristóbal Antonio c. Genovesi S.A.".(p. 610 y 611, Fernandez Madrid, Practica Laboral).

"... 3) Viandas: Que el CCT 644/12 Petroleros Yacimientos de la industria de petróleo y gas privado en las provincias de Río Negro y Neuquén, celebrado el 26 de julio de 2011, prevé como beneficio a favor de los trabajadores alcanzados por su incumbencia, el que titulariza como "Vianda-Ayuda alimentaria", y regula prescribiendo: "Art. 34 - A título reiterativo y sin perjuicio de lo establecido en el artículo 22 del presente convenio colectivo de trabajo, se establece que las empresas proveerán una vianda diaria al personal que preste servicios ocho horas o en su jornada ordinaria dispuesta por diagrama si esta fuere inferior, para su consumo en el lugar de trabajo, adecuada a las necesidades alimentarias del trabajador y a las condiciones de trabajo y ambientales. Las empresas podrán sustituir las viandas previstas en este artículo mediante el pago de una suma no remunerativa, cuyo valor se fija en \$ 89 (pesos ochenta y nueve) por cada una. Cuando el personal comprendido en el



presente convenio colectivo de trabajo recargue sus tareas en exceso de dos (2) horas como mínimo, las empresas proveerán una vianda adicional por el mismo valor mencionado en el párrafo anterior. Al personal con desarraigo o que realice campamento se le fija en \$ 25,40 (veinticinco con 40/100) por unidad el valor de desayuno y/o merienda en los mismos términos y condiciones que los estipulados para la vianda/ayuda alimentaria. Los adicionales aquí mencionados serán provistos o abonados, según corresponda, por día efectivamente trabajado."

"El concepto vianda - ayuda alimentaria a que se refiere este artículo se conviene expresamente con carácter no remunerativo y exento del impuesto a las ganancias conforme ley 26176, normas reglamentarias y resoluciones del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, e incluido entre los "Beneficios preexistentes", sobre los que se estipuló: "Art. 22 - Exenciones ley 26176 y actas complementarias: con el fin de evitar inconvenientes interpretativos respecto de los conceptos alcanzados por las exenciones vigentes dispuestas por la ley 26176 y demás disposiciones dictadas en consecuencia por el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, a título enunciativo se detallan las partes pertinentes de las normas convencionales que rigen la materia, y cuya ultractividad se mantiene. Así, las partes mantienen la ultra actividad y vigencia plena de las disposiciones contenidas en los artículos 33, 34, 39, 60, 80 y 81 del convenio colectivo de trabajo 396/2004, con las modificaciones introducidas por el convenio colectivo de trabajo 536/2008, manteniéndose a todo efecto la exención impositiva dispuesta mediante ley 26176".

"Que tales previsiones consideran al concepto vianda como una "ayuda alimentaria" y excluyen su carácter remunerativo, que se corresponde y debe ser interpretada en



función de lo regulado en la Ley 26.176 de Actividad Petrolera que en su art. 1º excluyó al rubro de la base imponible para determinar el impuesto a las ganancias de los trabajadores allí amparados: "Los conceptos comprendidos en los artículos 34, 39, 60, 80 y 81 de la Convención Colectiva de Trabajo (CCT) N° 396/04, homologada por Resolución de la Subsecretaría de Relaciones Laborales del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 90 del 15 de diciembre de 2004 y en el Acta Acuerdo de fecha 10 de marzo de 2005, homologada por Resolución de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 78 del 1º de abril de 2005 y en el Acta Acuerdo de fecha 15 de junio de 2006, homologada por Resolución de la Secretaría de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social N° 474 del 4 de agosto de 2006, como así también en toda otra norma convencional, vinculada con la explotación petrolera, que contenga los conceptos comprendidos en los artículos mencionados precedentemente, no integrarán la base imponible a los efectos de la determinación del Impuesto a las Ganancias de los trabajadores amparados por dichos Acuerdos Convencionales".

"Que tal régimen especial se mantuvo indemne y no resultó alcanzado por la posterior modificación introducida en la LCT a través de la Ley 26341 que derogó los inc. b) y c) de su art. 103 bis, que había excluido de la nómina de los "Beneficios sociales" -con naturaleza jurídica de seguridad social, no remunerativas, no dineradas, no acumulables ni sustituibles en dinero, que brinda el empleador al trabajador por sí o por medio de terceros, que tiene como objeto mejorar la calidad de vida del dependiente o de su familia a cargo- a: "b) Los vales del almuerzo, hasta un tope máximo por día de trabado que fije la autoridad de aplicación; c) Los vales alimentarios y las canastas de alimentos otorgados a través de



empresas habilitadas por la autoridad de aplicación, hasta un tope máximo de un veinte por ciento (20 %) de la remuneración bruta de cada trabajador comprendido en convenio colectivo de 15 trabajo y hasta un diez por ciento (10 %) en el caso de trabajadores no comprendidos;" Que la Res. ST N° 1400/12 del 20.09.12 (B.O. 5.11.12) homologó sin observaciones el CCT 644/12 que como se cita, en su art. 22 mantuvo las exenciones impositivas de la Ley 26 176, consagrando legislativamente la naturaleza o caracterización otorgada al beneficio en análisis en el ámbito convencional, concretamente como no remunerativo.

"... Que en definitiva, se habrá de rechazar el planteo del actor, y estimando ajustado el cuestionamiento del demandado, se habrá de excluir el rubro vianda como concepto a computar a los fines de establecer la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

Que conforme el marco jurídico que estimo aplicable a la presente y atendiendo al planteo formulado por la demandada en su responde, es que concluiré que para liquidar la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), debe recurrirse al monto de \$8.625,00 informado por la perito contadora a fs. 252 vta como la "mejor Rem. Mensual, normal y habitual devengada", que excluye el rubro "viandas".

Luego, acerca de la incidencia del sueldo anual complementario en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, y a diferencia de la vocal que me antecedió en el voto, en reiterados antecedentes ("CARRASCO JORGE HUMBERTO C/ TEXEY S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 420662/2010, Sent. 05.06.2015 entre muchos), he sostenido otro criterio que lo excluye por considerar que se trata de una prestación semestral (art. 121 LCT), explicando que:



"En relación a la apelación subsidiaria, diré que ya me he expedido, apoyando la posición del plenario N° 322 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en: "TULOSAI, ALBERTO P. c/ BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICA ARGENTINA s/ LEY 25.561" (19/11/2009), in re "MOLINA ITALO JAVIER CONTRA PRIDE INTERNATIONAL S.R.L. S/DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 352439/7), sent. del 27 de diciembre de 2012, a cuyos fundamentos me remito por razones de brevedad. Considero que es el criterio más actualizado y comprensivo del texto legal vigente del art. 245 de la LCT, especialmente, en cuanto al recaudo de que el salario sea mensual, lo que descarta otro tipo de percepción, no habiendo la reforma N° 25.877 modificado tal módulo, no coincidiendo con el criterio del magistrado de origen".

En consecuencia, la indemnización del art. 245 de la LCT será la resultante de multiplicar la suma de \$8625,00 por 31, conforme ingreso de fecha 03.12.79 y egreso del 30.11.10, que lleva a obtener \$267.375,00, importe que cotejado con la suma de \$289.655,12, que la actora admite haber percibido por tal concepto (fs.269), resulta que no existe crédito pendiente de cancelación por el rubro.

B.- Luego, si se coteja la indemnización por el preaviso no gozado que percibiera la actora por \$18.687,44 (fs. 269) con el derivado de adoptar el mismo valor mensual de \$8.625,00, para fijar el equivalente a dos meses que prevé la norma (arts. 121, 231 LCT y 232 LCT), con adición del SAC (\$1477,21), se llega a la suma de \$18.727,21, restando por cobrar a la demandante \$39,77.

C.- A tenor de lo expuesto, los supuestos y facultades previstos en el último párrafo del art. 2 de la Ley 25323, y que por la exigüidad del monto pendiente de pago resulta razonable atribuirlo a un ínfimo error de cálculo,



estimo ajustado eximir a la demandada del pago de la multa allí establecida.

IV.- Que como anticipara, será conforme a los argumentos desarrollados que propiciaré al acuerdo se revoque la sentencia, y haciéndose lugar parcialmente al recurso, condenar a la demandada al pago de la suma de \$39,77, dentro del plazo de diez días de notificada la presente, con más los intereses conforme a la tasa y cómputo señalados en el voto que antecedente, y con rechazo de las multas previstas en la Ley 25323.

V.- Atento a la materia controvertida y el resultado obtenido por las partes, que resultaron recíprocamente vencedoras y vencidas, estimo prudente imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 17 Ley 921 y 71 del CPCyC).

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con **el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:**

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la **Dra. Patricia CLERICI**, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II POR MAYORIA

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia de fs. 330/333 vta., haciendo lugar a la demanda y condenando a la demandada a abonar a la actora, en el plazo previsto por el art. 51 de la ley 921, la suma de \$ 165.277,14 con más sus intereses de acuerdo con lo determinado en el Considerando respectivo.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en el 22,4% de la base



regulatoria (que incluye capital más intereses, art. 20 de la ley 1.594), en conjunto, para los letrados apoderados de la parte actora Dres. ... y ...; 10,2% de la base regulatoria, en conjunto, para los letrados patrocinantes de la parte demandada Dres. ... y ...; 1% de la base regulatoria para la Dra. ..., por su actuación a fs. 144/148; y 4,48% de la base regulatoria para el Dr. ..., apoderado de esta última parte (arts. 6, 7, 10 y 11 de la ley 1.594).

IV.- Fijar los honorarios por la actuación ante la Alzada del Dr. ... en el 7,84% de la base regulatoria (art. 15, ley 1.594).

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

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Marcelo J. Medori - DR. JORGE PASCUARELLI

Dra. Micaela S. Rosales - Secretaria