NEUQUEN, 19 de septiembre del año 2019.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"ALARCON AMARANTO BASILIO C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ COBRO DE HABERES"**, (**JNQLA1 EXP** N° **469744/2012**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, 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 demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 186/191, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por la adhesión del a quo al informe pericial contable, cuando éste fue impugnado por la demandada.

Dice que la mejor remuneración mensual, normal y habitual tomada por el sentenciante de primera instancia no cumple con los recaudos del art. 245 de la LCT, siendo erróneo lo determinado en tal sentido por la perito contadora.

Sostiene que algunos conceptos incluidos dentro de la base de cálculo de la indemnización no fueron mensuales ni habituales. Refiere concretamente al pago de la resolución 1.365, que solamente se registró en el mes de septiembre de 2010 hasta el mes de enero de 2011, y luego varió su monto en febrero y marzo de 2011, o sea que fue percibida durante siete meses, y no durante los doce meses anteriores.

Se queja también por la inclusión de sumas no remunerativas en la base de cálculo de la indemnización del

art. 245 de la LCT, con referencia a los rubros Viandas y Bono Paz Social.

Dice que ellos fueron incorporados por el CCT 509/07 (arts. 34 y 46) con carácter no remunerativo, y agrega que el art. 106 de la LCT autoriza a que un convenio colectivo o estatuto profesional atribuya carácter no remunerativo a lo abonado en concepto de comida o transporte.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando en el análisis del recurso de apelación de autos, el agravio de la recurrente refiere a la determinación de la base de cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 de la LCT, por entender que la misma incluye conceptos no remunerativos y otros que no pueden ser considerados mensuales, en tanto no fueron percibidos durante los doce meses anteriores al distracto.

Comienzo el tratamiento del agravio por la cuestión referida a los rubros no remunerativos.

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)".

Analizadas las normas convencionales que regulan el pago del bono de paz social y de la ayuda alimentaria, no surge que dichos conceptos puedan ser considerados como rubros no remunerativos.

En efecto, comenzando con el bono de paz social, el art. 7 del CCT 509/07 dispone que el mismo se devenga mensualmente y se encuentra vinculado al mantenimiento de condiciones de paz social y normal desarrollo de las operaciones. Como puede advertirse no surge de la norma convencional que existan circunstancias excepcionales que puedan hacer entender que el pago de este bono es ajeno a las prestaciones específicas del contrato de trabajo, ni menos aún que pueda ser incluido en alguno de los supuestos de excepción que regla el art. 105 de la LCT.

Por ende, y como lo adelanté, debe ser considerado como parte integrante de la remuneración del actor.

Respecto de la ayuda alimentaria, la norma convencional que la crea (art. 34), determina que, en virtud de las condiciones climáticas y geográficas en que se desarrolla la actividad, las empresas deben proveer a todo el personal una vianda (servicio de catering o comedor) para su

consumo en el lugar de trabajo, pudiéndose sustituir este beneficio por el reintegro de gastos equivalente al monto que determina la misma norma, por día efectivamente trabajado o que hubiere correspondido trabajar en la hipótesis de hallarse el trabajador en goce de licencia por vacaciones, enfermedad, accidente y/o cualquier otra licencia que devengue salario que por ley corresponda.

La parte demandada invoca la norma del art. 106 de la LCT para justificar la condición de no remunerativo del presente rubro.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo dictó el acuerdo plenario n° 247, en autos "Aiello c/ Transportes Automotores Chevallier S.A." (28/8/1985, DT 1985-B, pág. 1.435), cuya mayoría sostuvo: *"El artículo 106 de la Ley de Contrato de Trabajo autoriza que un convenio colectivo de trabajo o laudo arbitral atribuya carácter no remuneratorio a gastos de comida, traslado o alojamiento, sin exigencia de rendición de cuentas".*

Ahora bien, más allá que parte de la doctrina mostró reparos respecto de la doctrina sentada en el plenario citado, en el concreto caso de autos, el hecho que la misma norma convencional habilite el pago de esta ayuda alimentaria, cuando ella se compensa en dinero –conforme sucede en el sub lite-, aun cuando el trabajador se encuentra eximido de cumplir con su débito laboral, me convence que, en realidad, la norma convencional es fraudulenta por cuanto bajo el ropaje de un gastos por comidas, introduce un pago mensual que se devenga no obstante que el trabajador no preste tareas, o sea que en nada se vincula con la finalidad plasmada en la primera parte del art. 34 del convenio de aplicación.

Consecuentemente, y por aplicación del art. 14 de la LCT, el rubro ayuda alimentaria debe ser considerado como parte integrante de la remuneración del actor.

III.- Debo ahora analizar el agravio de la demandada referido a que el pago por resolución n° 1.365 no tiene la condición de mensual ni habitual, por lo que corresponde sea excluido de la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT.

Juan Carlos Fernández Madrid sostiene que la remuneración que se toma para el cálculo de la indemnización por antigüedad debe ser la mejor con la condición de que, a la vez, sea normal y habitual. Por ello, continúa el autor citado, *"es aquella compuesta por rubros que, aunque no se devenguen constantemente, sí integren el salario en una notable proporción de los períodos. Ninguna de esas calificaciones remite a la cuantía económica variable del salario total o de cualquiera de sus rubros…"* (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada", Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 2.082).

Lo dicho resulta suficiente a efectos de desechar el agravio bajo análisis, ya que, tal como lo reconoce la misma apelante, el actor percibió este rubro salarial durante siete meses del período de doce meses que fija el art. 245 de la LCT, siendo indiferente a los efectos de la inclusión en la base de cálculo de la indemnización por antigüedad, la variación de su cuantía.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados que intervinieron ante la Alzada, Dres. .... y ..., en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos por igual concepto, y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

El Dr. José I. **NOACCO dijo:**

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

Por ello, **esta Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 186/191.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados que intervinieron ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se liquide para cada uno de ellos por igual concepto, y por su labor en la instancia de grado (art. 15, ley 1.594).

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

DRA. PATRICIA M. CLERICI - DR. JOSE I. NOACCO
Dra. MICAELA S. ROSALES - Secretaria